

# Annuario del Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

Volume I

a cura di M. Bolognari, F. Campione,  
G. Civello, A. Ferrato e M. Sarzo



Prima edizione 2023, Padova University Press  
Titolo originale Annuario del Dipartimento di Diritto pubblico,  
internazionale e comunitario Vol. I

© 2023 Padova University Press  
Università degli Studi di Padova  
via 8 Febbraio 2, Padova  
www.padovauniversitypress.it

Redazione Padova University Press  
Progetto grafico Padova University Press  
This book has been peer reviewed

ISBN 978-88-6938-378-6



This work is licensed under a Creative Commons Attribution International License  
(CC BY-NC-ND) (<https://creativecommons.org/licenses/>)

**Annuario del Dipartimento di Diritto  
pubblico, internazionale e comunitario  
Vol. I**

a cura di  
M. Bolognari, F. Campione, G. Civello, A. Ferrato e M. Sarzo



## Indice

<i>Presentazione</i>	9
<i>Il conflitto di doveri penalistici al tempo della pandemia</i> Rocco Alagna	11
<i>Emergenza Coronavirus e profili penali: «fase 2» e sicurezza sul lavoro</i> Enrico Mario Ambrosetti, Luca Carraro	37
<i>Sovranità statale, sicurezza e globalizzazione: quale equilibrio?</i> Cristiana Benetazzo	85
<i>Statuti regionali, disposizioni programmatiche e di principio, diritti costituzionali: brevi spunti per un rinnovato dialogo</i> Giuseppe Bergonzini	103
<i>Fusione di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti: profili canonici, civili e tributari</i> Giacomo Bertolini	123
<i>Il contrasto alla violenza di genere e domestica: aspetti de iure condito e prospettive de iure condendo</i> Elena Cadamuro	155
<i>La sfida della pianificazione urbanistica del futuro: passare dalla logica della rigidità e della deroga alla cultura della flessibilità.</i> Alessandro Calegari	185
<i>Il Rapporto PASFID nella prospettiva degli obblighi internazionali ed europei dell'Italia</i> Bernardo Cortese	213
<i>L'impatto della riforma UCI 2019 (competizioni professionistiche su strada) sulla concorrenza nel mercato interno UE</i> Bernardo Cortese	225

<i>La città confinata e il confine costituzionale</i> Paolo Costa	257
<i>La limitata retroattività in bonam partem dell'improcedibilità dell'impugnazione</i> Marcello Daniele	267
<i>La disciplina giuridica dei gameti umani e il diritto penale</i> Alice Ferrato	275
<i>Il valore dei Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art nella soluzione arbitrare e negli altri possibili sistemi di soluzione alternativa delle controversie in Italia</i> Mariangela Gramola	299
<i>Quale piano per il futuro dell'urbanistica? O quale futuro per un giusto procedimento di pianificazione urbanistica?</i> Patrizia Marzaro	335
<i>“Autorità” ed “efficacia” delle decisioni amministrative in materia antitrust</i> Marcella Negri	355
<i>Spunti di riflessione sul diritto costituzionale alla parità di trattamento</i> Carlo Padula	387
<i>La moneta sovrana nella rivoluzione permanente delle nuove tecnologie: aspettando l' «euro digitale»</i> Carola Pagliarin	405
<i>L'azione di danno temuto promossa dal custode giudiziario</i> Monica Pilloni	425
<i>The (In)evitability of Precedent</i> Andrea Pin	437
<i>Le Case della Comunità e il rapporto tra città e salute</i> Filippo Pizzolato	455
<i>Esame comparato della giurisprudenza costituzionale continentale (in particolare, francese, tedesca e spagnola) e sua valenza suppletiva, ai fini</i>	

<i>d'una più nitida enucleazione del limite massimo (nazionale) all'imposizione tributaria</i>	479
Marcello Poggioli	
<i>Conflitto di doveri e cause di esclusione della punibilità: riflessioni dal "laboratorio" delle c.d. scelte tragiche in emergenza pandemica</i>	515
Debora Provolo	
<i>Riparto delle competenze e finanziamento del diritto alla salute tra Stato e Regioni nella crisi pandemica</i>	533
Guido Rivosecchi	
<i>Crisi e riforme amministrative: un parallelismo diacronico</i>	581
Clemente Pio Santacroce	
<i>Dalla rappresentanza corporativa alla rappresentanza degli interessi. Aspetti del dibattito dottrinario fra Italia e Germania</i>	603
Antonino Scalone	
<i>Le infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici secondo il paradigma della semplificazione e nell'ottica della promozione della concorrenza e della parità di trattamento tra operatori*</i>	621
Maria Luisa Schiavano	
<i>Su alcuni sviluppi della presunzione giurisprudenziale di distribuzione occulta dei redditi accertati in capo a società di capitali a base ristretta</i>	651
Roberto Schiavolin	
<i>Diritto alla privacy ed esigenze investigative, tra incertezze normative e criticità sistematiche</i>	673
Silvia Signorato	
<i>Gli APA unilaterali*</i>	683
Mauro Trivellin	
<i>Azione di classe con elementi di estraneità all'ordinamento italiano e clausola per arbitrato estero: analisi di un caso recente proposto dinanzi alla s.s.i. del Tribunale di Milano nello sfondo della destabilizzante discipli- na introdotta nel c. cons. per l'attuazione della dir. 2020/1828 sulle azioni rappresentative</i>	707
Beatrice Zuffi	





## PRESENTAZIONE

I contributi pubblicati in questo volume sono il frutto delle ricerche operate nel 2022 dalle studiose e dagli studiosi del Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università di Padova.

I temi trattati sono i più vari, e testimoniano la perdurante vitalità del Dipartimento sia pure nel contesto di un non facile anno di transizione, contraddistinto dalla faticosa uscita da una pandemia che ha, inevitabilmente, rallentato l'attività di ricerca.

Sono, pertanto, davvero grato alle colleghe e ai colleghi per la loro partecipazione all'Annuario. Desidero inoltre manifestare grande riconoscenza alle ricercatrici e ai ricercatori che, con la loro preziosa opera di curatela, ne hanno agevolato la pubblicazione.

Marcello Daniele  
*Direttore del Dipartimento di diritto pubblico,  
internazionale e comunitario*



# Il conflitto di doveri penalistici al tempo della pandemia

Rocco Alagna

Professore associato di diritto penale

SOMMARIO: 1. Le questioni conflittuali tra doveri penali nel triage pandemico. – 2. I protagonisti e il contesto del triage pandemico. – 3. Le fattispecie della scelta tra chi far vivere e chi lasciar morire: Triage pandemico *ex ante* ed *ex post*. – 4. La svolta utilitarista e la differenziazione tra pazienti allo scopo di salvare più vite possibili. – 5. Critiche alla svolta utilitarista. – 6. Triage e nazismo: per una responsabilità nel destino.

## 1. Le questioni conflittuali tra doveri penali nel triage pandemico

Tra le complesse ed eterogenee questioni emerse da quell'esperienza di soverchiante male destinale che è stata (ed è) la pandemia da coronavirus, talune meritano una riflessione giuridico-penalistica meno estemporanea. Ci si riferisce a quelle gravitanti attorno all'impossibilità del medico di salvare la vita di una persona senza al contempo compromettere ineluttabilmente il salvataggio della vita di un'altra persona<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Tra i pochissimi giuristi a occuparsi di pandemia prima della pandemia, J. TAUPITZ, *Infektionsschutzrechtliche „Triage“ – Wer darf überleben? – Zur Verteilung knapper medizinischer Güter aus juristischer Sicht*, in *Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung*, a cura di M. Kloepfer, Nomos, Baden-Baden, 2011, p. 103. Nella letteratura italiana, A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, «Diritto Penale e Processo», VII, 2020, p. 887; L. RISICATO, *Obblighi di garanzia e medicina d'urgenza: il nodo della diagnosi differenziale*, «Giurisprudenza italiana», VI, 2022, p. 1485; M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non*

Una prima questione concerne il comprendere se, in un contesto di grave scarsità di risorse sanitarie e dunque di oggettiva competizione tra pazienti, la scelta di curare una persona piuttosto che un'altra, scelta effettuata in base ai parametri clinici dello stato di salute e delle prospettive di successo terapeutico, sia un modo (diretto o indiretto) per differenziare le vite che sono *degne* di essere vissute da quelle che non lo sarebbero. E così, se le scelte terapeutiche fatte in base a parametri clinici scientificamente fondati non siano che discriminazioni giuridiche, in questo caso persino mortali, delle persone in cui quei parametri (come *salute, genere, età*) deporrebbero a sfavore del trattamento medico.

Un'ulteriore questione è relativa al comprendere se lo scopo di massimizzazione su scala sociale dei benefici che provengono dalle sole cure possibili, sia momento di strumentalizzazione della dignità umana di taluni a vantaggio di altri. E se ciò implichi una lesione dell'eguaglianza qualitativa assoluta di ciascuna vita umana.

Come bisognerebbe anche valutare la liceità dell'interruzione della terapia già in corso su un paziente a vantaggio di un nuovo paziente che, rispetto a colui che è già in cura, avrebbe migliori possibilità di beneficiare del trattamento medico, e dunque di sopravvivere. Ovvero, se il privilegio *storico* del paziente che ha già avuto somministrata la terapia si possa trasformare in un privilegio *giuridico* su quella terapia. Nel suo *diritto* ad averla somministrata senza soluzione di continuità, anche dinanzi a un paziente meno fragile, rispetto al quale la terapia avrebbe migliori possibilità di successo. Del resto, andrebbe compreso se il paziente che è stato staccato dal respiratore torni semplicemente al suo destino originario, con la ripresa della catena ezio-patologica iniziale che la terapia aveva momentaneamente rallentato, oppure se la sua morte sia frutto di un'azione direttamente e autonomamente omicidiaria<sup>2</sup>.

*punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in «Diritto Penale e Processo», IX, 2021, p. 1171; G. A. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del principio di realtà*, «Rivista italiana di medicina legale», II, 2020, p. 983; G. M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, «Sistema Penale», 2020, p. 5. G. M. CALETTI, *Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto*, «Quaderni Costituzionali», IV, 2020, p. 616; U. RUFFOLO, *Le mobili frontiere della responsabilità medica*, «Giurisprudenza italiana», II, 2021, p. 456; R. PUCCELLA, *Scelte tragiche e dilemmi giuridici ai tempi della pandemia*, «La nuova giurisprudenza civile commentata», I, 2020, p. 24.

<sup>2</sup> D. P. SULMACY, *Unlike diamonds, defibrillators aren't forever: Why it is sometimes ethical to deactivate cardiac implantable electrical devices*, «Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics», II, 2019, p. 341; B. BRONNER, *The total artificial heart and the dilemma of deactiva-*

Per altro, se mai ci fosse l'obbligo di dirigere tutte le terapie, sia quelle disponibili sia quelle momentaneamente somministrate ad altri pazienti, alle persone che scientificamente mostrano più possibilità di guarigione, si porrebbe il tema dell'*obbligo* del medico di curare soltanto determinati pazienti. Obbligo la cui violazione avrebbe necessariamente conseguenze incriminatrici sul medico stesso.

Come pure bisognerebbe comprendere se è vero, e se sì per quale ragione, che il rispetto di un *divieto* avrebbe sempre la precedenza sull'osservanza di un *obbligo*. E che in caso di conflitto tra un dovere di *fare* e un dovere di *omettere*, a soccombere sarebbe sempre il dovere di *fare*. E bisognerebbe anche valutare se si tratta davvero di due obblighi di natura diversa (*fare* e *omettere*), o se invece, nel contesto medico, essi altro non siano che declinazioni linguistiche di un unico identico obbligo di *curare*, e dunque di un unico obbligo di *fare*. Al cui interno coabiterebbero momenti commissivi e momenti omissivi<sup>3</sup>.

Del resto, accanto alla scelta relativa a chi prestare cure tra più malati tutti egualmente bisognosi, e quell'altra relativa al vagliare la possibilità giuridica di staccare un malato già assistito da una macchina salvavita per utilizzarla su un paziente con maggiori possibilità di guarigione, c'è anche l'eventualità che il medico si rifiuti di trattare un paziente nonostante la disponibilità del macchinario salvavita; e lo faccia al fine di mantenere tale macchinario disponibile per pazienti di molto prossimo arrivo con possibilità di guarigione molto maggiori rispetto a quelle del paziente già preso in carico<sup>4</sup>.

Queste vicende esemplificano il contesto tematico e problematico del *triage esiziale*, che è la procedura utilizzata dai medici quando essi hanno talmente poche risorse salvavita disponibili che debbono scegliere quali malati che rischiano di morire sono da curare (e probabilmente sopravviveranno), e quali altri malati non possono essere curati e certamente moriranno<sup>5</sup>.

tion, «Kennedy Institute of Ethics Journal», II, 2016, p. 347; B. BRONNER, *Two ways to kill a patient*, «Journal of Medicine and Philosophy», I, 2018, p. 59; D. P. SULMACY, *Treating or killing? The divergent moral implications of cardiac device deactivation*, «Journal of Medicine and Philosophy», I, 2020, p. 32.

<sup>3</sup> R. ALAGNA, *Il nuovo corso della giurisprudenza tedesca in tema di eutanasia passiva*, «Foro italiano», 2013, II, p. 298.

<sup>4</sup> I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden?. Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion*, «Goltdammer's Archiv für Strafrecht», 2021, II, p. 452.

<sup>5</sup> È una questione che si articola tra una dimensione macro, delle scelte politiche e norma-

## 2. I protagonisti e il contesto del triage pandemico

Qui gli attori protagonisti sono i medici. Protagonisti che rivelano peculiarità sotto diversi aspetti. Il fatto che il loro coraggio nel porsi dinanzi a questo specifico decidere della vita e della morte sia un obbligo giuridico che prelude a un reato<sup>6</sup>, infatti, è indizio chiaro che sono soggetti per nulla *immuni* dal controllo penale. E indizia il fatto che il rischio del loro reato sia una *colpa* insita in quello specifico ruolo sociale, come se fossero perenni peccatori originali, dei soggetti *penalmente impuri*<sup>7</sup>.

Eppure, il loro impiego nei lazzaretti dello Stato *untore che protegge gli untori*, aggiunge a questa sinistra vocazione criminale un nuovo concetto di eroismo: pacifico, civile, ordinario<sup>8</sup>. Il fatto che, in una situazione di gravissimo pericolo per gli individui e per la collettività, possa essere una *criminale* a salvare o un *eroe* a scegliere di lasciar morire, fa di questa nuova antropologia sociale del medico una scenografia distopica, piuttosto che soltanto una sceneggiatura tragica<sup>9</sup>.

Tale antinomia esistenziale del medico, però, non è solo la nemesis dell'immunità di cui egli ha goduto per secoli<sup>10</sup>, è la cifra esatta di un triplice conflitto: il conflitto del medico con la norma incriminatrice che lo qualifica come autore di reato ai danni del paziente, il conflitto del malato con la norma scriminante che giustifica il fatto di reato del medico, e il conflitto tra l'incriminazione e la giustificazione che infine deciderà se

tive su tali criteri, e una dimensione micro, delle scelte di medici storici su pazienti storici che vengono o non vengono curati: D. STERNBERG-LIEBEN, *Rationierung im Gesundheitswesen. Gedanken aus (straf)rechtlicher Sicht*, in *Festschrift für Ulrich Weber*, a cura di B. Heinrich, E. Hilgendorf, W. Mitsch, Sternberg-Lieben, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2004, p. 70; S. HERB, *Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin. Die Allokation knapper medizinischer Ressourcen als Rechtsproblem*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2002, p. 54; S. SCHÜRCH, *Rationierung in der Medizin als Straftat*, Helbing und Lichtenhahn, Basel, 2000, p. 48.

<sup>6</sup> A. ENGLÄNDER, *Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante-Triage*, in *Triage in der Pandemie*, a cura di T. Hörnle, S. Huster, R. Poscher, Mohr Siebeck Tübingen, 2021, p. 113.

<sup>7</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 65.

<sup>8</sup> F. CAMON, *A ottant'anni se non muori t'ammazzano*, Apogeo Editore, Adria, 2020, p. 11 e pp. 64-65.

<sup>9</sup> L'essenza del tragico che si manifesta nella accettazione della commistione necessitata di innocenza e colpevolezza dinanzi al male destinale, S. GIVONE, *Metafisica della peste. Colpa e destino*, Einaudi, Torino, 2012, X.

<sup>10</sup> M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 5 ss.

c'è un *eroe* o un *criminale*, se si tratta di diritto di agire per salvare o di responsabilità penale per omicidio<sup>11</sup>.

Dinanzi a tali complessità, la tentazione istintiva sarebbe quella di rintracciare uno *spazio libero dal diritto*, ovvero una dimensione giuridico-sociale in cui tutto è sterilizzato: il fatto oggettivamente dannoso, il giudizio sulla natura e valore di questo danno, il controllo penale<sup>12</sup>. Eppure, non c'è nessuna neutralità originaria nello scenario in cui un medico (che ha una sola risorsa salvavita e più pazienti che rischiano di morire) debba scegliere chi salvare e chi lasciar morire. C'è un fatto lesivo. C'è una pluralità di diritti e di soggetti che rivendicano diritti. Ci sono interessi conflittuali, e ci sono doveri giuridici identici ma fattualmente antagonisti. Non c'è spazio per neutralità e indifferenza; qui si tratta o di *omicidio*, o del salvataggio di una vita attraverso la *necessità giustificata* della morte altrui<sup>13</sup>.

Conflitti, dunque. Conflitti tra aspettative, interessi, diritti, doveri. Talvolta conflitti tra due doveri di *fare*: o si salva l'uno o si salva l'altro paziente. Talaltra, conflitti tra un dovere di *fare* e un dovere di *omettere*: salvare la vita di una persona senza cagionare la morte della persona già in terapia.

L'obiettivo del *triage esiziale* è fornire, nello stesso tempo e luogo, la migliore cura a più persone possibili e nonostante risorse insufficienti<sup>14</sup>. La vocazione del triage è fornire una lista di priorità per la somministrazione degli insufficienti trattamenti medici concretamente disponibili<sup>15</sup>.

Sviluppatisi nel contesto delle guerre e delle calamità naturali, la dimensione giuridica della scelta del sanitario di allocare la risorsa terapeutica solo su taluni dei pazienti a rischio di vita, in una situazione in cui chi non è stato scelto per essere assistito quasi certamente non potrà sopravvivere, ha appena visto, però, lo svilupparsi di sue nuove aree di significato<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», IV, 2011, p. 1383; F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 46, pp. 82-83.

<sup>12</sup> M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 27.

<sup>13</sup> F. CONSULICH, *Lo statuto penale*, cit., p. 40 ss.

<sup>14</sup> R. LANZ, *Medizin und Management bei Katastrophen und Massenunfällen*, Verlag Hans Huber, Bern, 1992, p. 11, p. 64.

<sup>15</sup> E. REBENTISCH, *Handbuch der medizinischen Katastrophenhilfe*, Dr. Edmund Bana-schewski Verlag, München, 1991, p. 161.

<sup>16</sup> Si è discusso se, rispetto all'utilizzo di mezzi scarsi per l'assistenza ai pazienti, la guerra



La letteratura internazionale, infatti, mostra che la questione non è affatto quella del rintracciamento di una tecnica per la gestione di una catastrofe sanitaria, ma evidenzia come essa coinvolga la stessa tenuta delle istituzioni e dei principi che presiedono all'organizzazione di una società libera e democratica. Il tema del triage esiziale, dunque, non è più soltanto un modo di istruire e organizzare un numero di sanitari per meglio performare la risposta delle strutture sanitarie, ma è un tema che tocca concetti e basi dello stato di diritto: la tutela pubblica della *vita umana*; senso e significato della *discriminazione mortifera* tra persone; ruolo del diritto e della *responsabilità giuridica* dinanzi al dominio destinale e arbitrario della natura.

E sono tre le articolazioni giuridico-fattuali che si sono rivelate come bisognose di una ulteriore profonda riflessione penalistica. In primo luogo, la scelta dei sanitari di non curare il paziente presente *hic et nunc*, nonostante la disponibilità di tutti gli strumenti salvavita, e a motivo del fatto che con certezza, entro un breve lasso di tempo, arriveranno altri pazienti più bisognosi o più meritevoli della cura<sup>17</sup>. Una seconda ipotesi è il classico caso di perfetto conflitto di doveri di fare: in una situazione di scarsa possibilità di cure salvavita e di abbondanza di pazienti bisognosi, il sanitario deve scegliere quale vita di quale soggetto concreto potrà essere salvata. Una terza ipotesi è relativa al caso in cui il sanitario, dopo aver già iniziato a somministrare la cura salvavita a un paziente, dovesse ritenere più bisogna o più meritevole una persona diversa arrivata solo dopo l'inizio delle cure sul primo.

Tali fattispecie hanno sollecitato e sollecitano una presa di posizione giuridica sul *se* e sul *come* stabilire *chi* può sopravvivere a una malattia mortale. E lo smottamento subito dalle tradizionali impostazioni in tema di conflitto di doveri penalistici è stato consistente.

Tanto che persino nella Germania del tabù storico-giuridico del *Programm Eutanasia* è emersa una forte tendenza a superare gli schemi scolastici sul conflitto di doveri e a considerare concretamente la svolta

possa essere considerata come un disastro: R. LANZ, *Katastrophenmedizin nach Einsatz von Massenvernichtungsmitteln. Einleitung*, in *Katastrophenmedizin*, a cura di Rossetti, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1980, p. 215; o se sia una categoria a parte P. VERSEN, *Rechtsgrundlagen der Katastrophenhilfe*, Hoffmann Verlag, Berlin, 1976, p. 452.

<sup>17</sup> S. AST, *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht*, «Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik», II, 2020, p. 271; I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., p. 452.

utilitaristica verso lo scopo del salvataggio di quante più vite possibili<sup>18</sup>. Questione che ha portato il tema dei criteri di scelta dei pazienti da curare ad avere riflessi sui concetti di *vita*, di *dignità* e di *responsabilità*<sup>19</sup>. E ha dato corpo a un dibattito che ha visto pubblicare, tra Germania e Stati Uniti, diverse centinaia di contributi e che, ancora una volta, ha mosso le sensibilità dei penalisti sul tema del rapporto tra i giuristi e il costante rischio di rinnovazione del male storico del nazismo<sup>20</sup>.

Del resto, l'esigenza del triage, prima ancora che la sua teorizzazione, scaturisce proprio dalla medicina di guerra. Le procedure seguite dai chirurghi da campo di Napoleone, riprese e sistematizzate del medico russo Pirogov sulla base dell'esperienza della Guerra di Crimea del 1853-56, furono raffinate e diffuse nella Germania di inizio Novecento<sup>21</sup>. E se i francesi la fecero diventare una disciplina di studio esportandola anche negli Stati Uniti, fu soltanto con le *Richtlinien für die Versorgung Verwundeter in den vorderen Sanitätseinrichtungen* che nelle linee guida scritte dal Terzo Reich per la Seconda guerra mondiale, trovarono massiccia applicazione le regole per la *Sichtung und die Verteilung der Verwundeten*<sup>22</sup>.

Il suo legame genetico con la guerra<sup>23</sup> e quell'immoralità necessaria della selezione mortifera, non possono che nutrire accuse di analogia con la notte nazista del Programma Eutanasia, delle *lebensunwerten Lebens* e dei campi di concentramento e sterminio<sup>24</sup>. Ed è proprio rispetto a tale

<sup>18</sup> T. HÖRNLE, *Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?*, in *Triage in der Pandemie*, a cura di T. Hörnle, S. Huster, R. Poscher, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, p. 149; E. HOVEN, *Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung*, in *Triage in der Pandemie*, a cura di T. Hörnle, S. Huster, R. Poscher, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, p. 335.

<sup>19</sup> R. POSCHER, *Die Abwägung von Leben gegen Leben. Triage und Menschenwürdegarantie*, in *Triage in der Pandemie*, a cura di T. Hörnle, S. Huster, R. Poscher, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, p. 41.

<sup>20</sup> A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo Novecento*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 82 ss., p. 220 ss.

<sup>21</sup> E. REBENTISCH, *Geschichte der Sichtung*, in *Handbuch der Sichtung*, a cura di U. B. Crepsin, G. Neff, Stumpf & Kossendey, Edewecht, 2000, p. 33.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 38.

<sup>23</sup> La specifica dell'accusa rispetto alla quale non è tanto il contesto di per sé quanto il fatto che talvolta il triage in guerra era volto al (e dunque torto dal) reingresso dei militari feriti al fronte; per le cure si selezionano dunque quelli che avrebbero potuto tornare prima a combattere più che quelli più meritevoli da un punto di vista clinico o etico. Fece scalpore, per esempio, che durante la Seconda guerra mondiale i comandanti americani di stanza in Africa fecero distribuire la scarseggiante penicillina ai militari in forze che avevano contratto malattie veneree invece che ai malati in condizioni critiche. Sul punto, G.R. WINSLOW, *Triage and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1982, p. 7.

<sup>24</sup> T. KOHLSORF, *Pflicht, Macht und Gewissen*, in *Katastrophenmedizin*, a cura di J. Mayer,

contesto giuridico e culturale che la svolta utilitaristica nell'approccio al male destinale della pandemia, e al tema del *wer leben und wer sterben soll* (fedele filigrana delle pagine della *Technik* di Jonas), acquisisce il significato generale di questione fondamentale del diritto e dello Stato<sup>25</sup>.

### 3. Le fattispecie della scelta tra chi far vivere e chi lasciar morire: Triage pandemico *ex ante* ed *ex post*

Tralasciando l'ipotesi di c.d. *trriage preventivo*, ovvero quando pur essendo risorse salvavita disponibili il sanitario ritiene di non utilizzarle in attesa che arrivino pazienti maggiormente meritevoli, che è un semplice classico caso di reato omissivo improprio, le fattispecie problematiche attengono a due categorie di casi: il triage pandemico *ex ante*, e il triage pandemico *ex post*<sup>26</sup>.

Il *trriage pandemico ex ante* è inquadrato dalla situazione in cui i respiratori disponibili non sono sufficienti a soddisfare le necessità di tutti i pazienti in pericolo di vita. Il trattamento salvavita è indicato in entrambi i casi. I pazienti sono entrambi consenzienti e per nessuno ci sono alternative terapeutiche, nemmeno provvisorie, che possano garantire di non perdere la vita. Il medico deve dunque scegliere come assegnare le risorse disponibili.

Dinanzi a questa situazione, la posizione tradizionale è sempre stata quella di considerare scriminata la morte del paziente che il medico non ha scelto. In sostanza, dinanzi a un caso classico di conflitto di doveri di fare, il medico potrà indifferentemente scegliere di salvare l'uno o l'altro dei due pazienti<sup>27</sup>.

Il medico qui è dinanzi a una impossibilità materiale, prima che giuridica, di adempiere entrambi i doveri giuridici storici che convergono sulla propria posizione di garanzia. Nel caso specifico, si tratta di un rischio della stessa natura e grado, che incombe sul medesimo bene giuridico

Jungjohan, Neckarsulm, 1987, p. 4.

<sup>25</sup> H. JONAS, *Technik, Medizin und Ethik*, Suhrkamp, Frankfurt, 1987, p. 159.

<sup>26</sup> Si veda la bibliografia citata alla nota 37.

<sup>27</sup> F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazioni e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 475; ID., *Stato di necessità*, «Digesto Discipline Penalistiche», 2004, p. 1251; A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 7; E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 90; F. BELLAGAMBA, *Ai confini dello stato di necessità*, «Cassazione Penale», X, 2000, p. 1832; C. F. GROSSO, *Necessità* (voce), «Enciclopedia giuridica», XVII, 1977, p. 882.

*vita*. Il conflitto tra questi obblighi, l'antagonismo tra le posizioni dei soggetti garantiti dagli obblighi giuridici, permette al medico che omette di prendere in cura una delle due persone, di non rispondere per l'omissione tipica e causale a cui è giuridicamente riconducibile l'evento morte. Evento morte naturalisticamente legato a una seriazione causale già in corso, ma giuridicamente causato dal fatto che il medico, omettendo l'azione doverosa, non ha interrotto l'efficace progressione di quella seriazione causale.

Questa non punibilità nasce tradizionalmente dalla considerazione che è scriminato l'omesso impedimento dell'evento morte nella misura in cui il medico ha comunque adempiuto all'*altro* dovere antagonista.

La situazione di parità tra i due obblighi viene consolidata per il fatto che il bene giuridico *vita* si considera intrinsecamente non confrontabile, non graduabile, non misurabile<sup>28</sup>. E non essendo possibile tracciare linee di differenziazione tra le vite in pericolo di due esseri umani, non è possibile costruire una gerarchia tra questi due beni giuridici<sup>29</sup>. Beni che si assume siano gravati da un pericolo identico in termini di gravità e attualità<sup>30</sup>.

Questa situazione determina l'equivalenza tra gli obblighi giuridici di impedimento della morte, e così l'ordinamento concede libertà di decisione al titolare della posizione di garanzia su quali dei due doveri concretamente adempiere, e la violazione dell'obbligo non adempiuto si considera scriminata. A parità di natura e intensità del rischio, i doveri di fare sono identici perché riguardano comunque la *vita*, che è un bene giuridico qualitativamente e quantitativamente incommensurabile, postulandosi che le vite delle persone che si contendono la cura salvifica non possano mai essere messe a confronto<sup>31</sup>.

La seconda ipotesi è invece quella del *triage pandemico ex post*. Si tratta dei casi in cui il medico che aveva già disposto l'utilizzo di un respiratore su un determinato paziente che rischiava di morire, decide di inter-

<sup>28</sup> C. JÄGER- J. GRÜNDEL, *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, « Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik », I, 2020, p. 151.

<sup>29</sup> W. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, p. 69.

<sup>30</sup> C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Beck Verlag, München, 2020, p. 854.

<sup>31</sup> R. MERKEL, R. AUGSBERG, *Die Tragik der Triage straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, «Juristen Zeitung», VII, 2020, p. 707.

rompere quel trattamento per rivolgerlo a un sopravvenuto paziente che presenta una prognosi migliore rispetto a quella del paziente già in cura.

I motivi per cui la dottrina aveva sempre negato la possibilità di ammettere, in questi casi di interruzione del trattamento, una causa di giustificazione si basano fondamentalmente su due argomentazioni<sup>32</sup>. In primo luogo, si afferma che può operare lo stato di necessità scriminante in un caso di conflitto di doveri soltanto se il bene per cui si agisce è di valore superiore rispetto a quello che può soccombere. E dato che nel triage esiziale la vita è l'unico bene in gioco, e non c'è differenza di valore tra i beni *vita*, questa ipotesi non avrebbe mai potuto essere scriminata<sup>33</sup>. Né, per altro, si potrebbe *innalzare il valore* della vita di chi ha una prognosi più favorevole argomentando che la salvezza di quel bene richiede persino la violazione di un divieto, dato che comunque non potrebbe essere oggetto di obbligo una condotta che necessariamente passerebbe per l'illecita violazione di un divieto<sup>34</sup>.

In secondo luogo, si afferma la prevalenza del rispetto dei divieti sul rispetto degli obblighi in condizioni in cui c'è la medesimezza del valore del bene giuridico<sup>35</sup>. In sostanza, salvo casi particolari, l'ordinamento indicherebbe di lasciare intonsa la relazione di pericolo tra fatti e beni giuridici, cioè di non interferire con lo stato in cui si trovano i beni giuridici in gioco<sup>36</sup>.

Qui però è intervenuta la svolta impressa dalla dottrina tedesca e statunitense che ha analizzato temi e problemi penalistici legati al triage esiziale nella pandemia da coronavirus, e che ha sostenuto che il medico non sarebbe affatto libero ma piuttosto avrebbe l'obbligo, penalmente

<sup>32</sup> Dato che nell'ordinamento tedesco lo stato di necessità scriminante si fonda su una significativa proporzione tra i due beni che affrontano la necessità, nel triage ex post, secondo la linea tradizionale, non si potrebbe applicare lo stato di necessità perché i due beni antagonisti sono equivalenti, e dunque manca la prevalenza sostanziale di uno sull'altro che il codice penale tedesco pretende al §34, cfr., E. HILGENDORF, *Triage Recht und Ethik*, in *Triage in der (Strafrechts)Wissenschaft*, a cura di E. Hilgendorf, E. Hoven, F. Rostalski, Nomos, Baden Baden, 2021, pp. 172-173.

<sup>33</sup> U. NEUMANN, § 34, in *Nomos Kommentar-StGB*, a cura di U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, F. Saliger, Nomos, Baden Baden, 2017, p. 43.

<sup>34</sup> T. RÖNNAU, K. WEGNER, *Grundwissen. Strafrecht. Triage*, «JuS», II, 2020, p. 404.

<sup>35</sup> S. AST, *Die ex-post Triage. Ein Blick auf die Aktuelle Diskussion*, in *Triage in der (Strafrechts)Wissenschaft*, a cura di E. Hilgendorf, E. Hoven, F. Rostalski, Nomos, Baden Baden, 2021, p. 181.

<sup>36</sup> T. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, Nomos, Baden Baden, 2009, p. 159.

sanzionato, di curare soltanto il paziente più meritevole, e ciò allo scopo di massimizzare il numero di vite salvate<sup>37</sup>.

#### 4. La svolta utilitarista e la differenziazione tra pazienti allo scopo di salvare più vite possibili

La svolta muove dalla considerazione che lo scopo di una unità di pronto soccorso in una situazione pandemica emergenziale di massa, in un ospedale in cui ci sono molti più pazienti di quelli che possono essere curati con gli strumenti salvavita a disposizione, sarebbe proprio quello di mettere in relazione le condizioni di ciascun paziente per capire non solo quali pazienti non potrebbero trarre beneficio dalla terapia intensiva, ma anche quali (tra gli altri) potrebbero trarne il beneficio maggiore<sup>38</sup>.

Questa nuova istanza di differenziazione implica che i doveri potrebbero non essere eguali, e dunque la scelta del medico tra l'adempimento dei due doveri non sarebbe più comunque giustificata. Con la conseguenza che, in caso di doveri di rango diverso, l'azione sarebbe scriminata soltanto se volta a tutelare il dovere di rango maggiore<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> S. AST, *Quieta non movere?*, cit., p. 268; A. ENGLÄNDER, T. ZIMMERMANN, „Rettungsstötungen“ in der Corona-Krise?, «Neue Juristische Wochenschrift», IX, 2020, p. 1398; K. GAEDE, M. KUBICIEL, F. SALIGER, M. TSAMBIKAKIS, *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*, «Medstra», I, 2020, p. 129; E. HOVEN, *Die Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, «Juristen Zeitung», II, 2020, p. 449; C. JÄGER, J. GRÜNDEL, *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung*, cit., p. 151; J. F. LINDNER, *Die „Triage“ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte*, «Medizinrecht», IV, 2020, p. 723; W. LÜBBE, *Orientierung in der Corona-Krise? Nicht mit Doppelbotschaften*, «Medizinrecht», II, 2020, p. 434; R. MERKEL, R. AUGSBERG, *Die Tragik der Triage*, cit., p. 704; T. RÖNNAU, K. WEGNER, *Grundwissen. Strafrecht. Triage*, «JuS», II, 2020, p. 403; C. SOWADA, *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise*, «Neue Zeitschrift für Strafrecht», III, 2020, p. 452; D. STERNBERG-LIEBEN, *Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision*, «Medizinrecht», III, 2020, p. 627; J. TAUPITZ, *Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben*, «Medizinrecht», II, 2020, p. 440; T. WALTER, *Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen*, «Goldammer's Archiv für Strafrecht», IV, 2020, p. 656; A. BRECH, *Triage und Recht. Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 32.

<sup>38</sup> A.E. BUSCH, *Ärztliche Triage in Friedenszeiten. Eine kritische Analyse der Strafbakeitrisiken im Lichte der Implikationen des Grundgesetzes*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», III, 2020, p. 748.

<sup>39</sup> Il diritto angloamericano non conosce la categoria del conflitto dei doveri, ma utilizza il canone del male minore. Con il relativo obbligo di evitare il male maggiore in caso di situazione in cui una scelta è dilemmatica, cfr., F. ROSTALSKI, *(Straf)Rechtliche Verantwortlichkeit in Fällen der Triage. Zugleich eine functional-rechtsvergleichende Betrachtung*, in

Da qui, una serie di valutazioni circa i modi e i limiti di una differenziazione tra le posizioni dei pazienti, e dunque tra i doveri di agire del medico. Valutazioni che vanno dal prendere in considerazione le rispettive personali prospettive cliniche di successo del trattamento medico<sup>40</sup>, alla ponderazione della stessa aspettativa (quali-quantitativa) di vita del paziente, una volta che questi dovesse superare l'incombente e attuale pericolo<sup>41</sup>.

L'etica medica, soprattutto di matrice angloamericana, ha analizzato questo scenario, e i possibili obiettivi da perseguire con il triage sono stati diversificati a seconda del tipo di beneficio finale del trattamento medico che si ritiene di assumere come preferibile. Contrapposta a questi obiettivi sostanziali che cercano di ponderare quale è il risultato migliore da conseguire, se il numero di vite o il numero degli anni di vita o degli anni con una certa qualità esistenziale, c'è poi l'alternativa di rinunciare alla valutazione clinica e di basarsi esclusivamente sull'ordine cronologico di arrivo dei pazienti, sul *caso*<sup>42</sup>.

Rimanendo all'interno dell'ottica del triage che è razionalizzare le risorse, cioè avere un obiettivo ottimale da perseguire, si può dire che sono stati individuati tre grandi obiettivi del triage: salvare il più alto numero possibile di vite umane, salvare il più elevato numero possibile di anni complessivi di vita, salvare il numero più alto possibile di anni di vita garantendo anche un certo minimo grado di salute generale e, appunto, di *qualità di vita*<sup>43</sup>.

Secondo la dottrina tedesca utilitarista, dunque, dinanzi a due pazienti in fin di vita ed entrambi bisognosi di accedere alla terapia intensiva, il medico non potrebbe scegliere indifferentemente di trattare uno

*Triage in der (Strafrechts)Wissenschaft*, a cura di E. Hilgendorf, E. Hoven, F. Rostalski, Nomos, Baden Baden, p. 265; I.H. DENNIS, *On necessity as a defence to crime*, in *Criminal Law and philosophy*, I, 2009, p. 31; J. HORDER, *Ashworth's principles of criminal law*, Oxford University Press, New York, 2019, p. 145; G. P. FLETCHER, *Rethinking criminal law*, Oxford University Press, New York, 1978, p. 774; P. H. ROBINSON, *Structure and Function in criminal law*, «Law and Philosophy», II, 1997, p. 407.

<sup>40</sup> J. TAUPITZ, *Verteilung medizinischer Ressourcen*, cit., p. 446; K. GAEDE, *Strafrechtliche Fragen des Infektionsschutzes und von Pandemien*, in *Arztstrafrecht in der Praxis*, a cura di K. Ulsenheimer, K. Gaede, C. F. Müller, Heidelberg, 2021, p. 46; E. HOVEN, J. HAHN, *Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie*, «Juristische Arbeitsblätter», III, 2020, p. 481; C. SOWADA, *Strafrechtliche Probleme*, cit., p. 452.

<sup>41</sup> E. HOVEN, *Die Triage-Situation*, cit., p. 451.

<sup>42</sup> J. M. TAUREK, *Should the numbers count?*, «Philosophy & Public Affairs», 1977, II, p. 293.

<sup>43</sup> G. J. ANNAS, *Worst case bioethics: Death, disaster, and public health*, Oxford University Press, 2010, p. 7.

dei due, ma avrebbe il dovere di valutare per quale persona la terapia presenti maggiori possibilità di successo<sup>44</sup>.

Il diritto penale, così, non potrebbe discostarsi dalle valutazioni tecniche della professione medica<sup>45</sup>. Per altro, lo sforzo del triage sarebbe proprio nell'ottica dell'efficienza, cioè della massimizzazione del numero delle persone salvate. E anche se il criterio delle probabilità di sopravvivenza è condizionato da una serie di dati relativi all'*età*, allo stato di *salute* complessivo, al *decorso* della malattia, si tratta comunque di criteri oggettivi che mostrerebbero una loro neutralità dal punto di vista etico<sup>46</sup>.

A questi presupposti, ovvero brandendo un criterio scientifico oggettivo che non sarebbe di per sé eticamente connotato, si sostiene che la differenza tra le probabilità di successo della terapia implichi una gerarchizzazione tra i doveri di fare del medico, il quale sarebbe dunque obbligato a prestare assistenza al soggetto con la migliore prognosi<sup>47</sup>.

Si ritiene così possibile, in situazioni di triage, mettere su piani diversi gli obblighi di fare penalmente sanzionati, e relativi a persone che abbiano diverse probabilità di sopravvivenza o, se hanno la stessa probabilità, che presentino differenze di età<sup>48</sup>. L'esito penalistico di questa svolta interpretativa è che il medico sarebbe scriminato soltanto se adempisse al suo dovere di intervenire sul paziente che ha migliore probabilità di sopravvivenza. Viceversa, nel caso in cui intervenisse in violazione di questo criterio, la morte del paziente con maggiori probabilità di successo, e che era stato ingiustamente scartato, gli verrebbe addebitata quale omicidio per omissione<sup>49</sup>.

Questi stessi argomenti sono stati applicati anche all'ipotesi di triage *ex post*. Rispetto alla quale si è sostenuto che, a determinate condizioni, non soltanto non sarebbe punibile il medico che interrompe il trattamento salvavita in atto per rivolgerlo a un nuovo paziente, ma egli avrebbe persino l'obbligo di interromperlo.

<sup>44</sup> K. GAEDE, M. KUBICIEL, F. SALIGER, M. TSAMBIKAKIS, *Rechtmäßiges Handeln*, cit., p. 131.

<sup>45</sup> SOWADA, *Strafrechtliche Probleme*, cit., p. 456; K. GAEDE, M. KUBICIEL, F. SALIGER, M. TSAMBIKAKIS, *Rechtmäßiges Handeln*, cit., p. 132.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 133; E. HOVEN, *Die Triage-Situation*, cit., p. 452.

<sup>48</sup> ; K. GAEDE, M. KUBICIEL, F. SALIGER, K. TSAMBIKAKIS, *Rechtmäßiges Handeln*, cit., p. 134; E. HOVEN, J. HAHN, *Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie*, «Juristische Arbeitsblätter», III, 2020, p. 482.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 482.



La motivazione centrale sarebbe che il paziente in trattamento con il ventilatore non ha un diritto soggettivo su questo strumento medico. E l'unica sua peculiarità rispetto al paziente sopravvenuto (e clinicamente più meritevole) sarebbe la mera materiale detenzione del respiratore<sup>50</sup>, di talché l'estubazione non sarebbe un'aggressione giuridicamente rilevante alla sua sfera dei diritti soggettivi<sup>51</sup>. Autorevole dottrina, per altro, afferma che se invece si ritenesse di attribuire un diritto soggettivo al paziente sul mezzo, ciò sarebbe a detrimento dello scopo solidaristico e generale che il respiratore serve nell'ambito di una situazione di scarsità di mezzi di salvataggio<sup>52</sup>.

Due le motivazioni addotte a sostegno di questa posizione.

In primo luogo, il diritto del paziente (intubato) al respiratore sarebbe un mero diritto di partecipare in condizioni di relativa parità alla distribuzione delle risorse sanitarie scarse, ovvero esso sarebbe un diritto sociale positivo verso terzi (*Teilhaberecht*) e non un diritto fondamentale negativo verso lo Stato (*Abwehrrecht*). Per tale motivo, la pubblica amministrazione manterrebbe sempre e comunque il diritto di riallocare lo strumento qualora tale riallocazione fosse più funzionale alla tutela della salute<sup>53</sup>.

In secondo luogo, il ventilatore sarebbe soltanto una delle appendici del sistema di strumenti che i medici utilizzano per la terapia intensiva del paziente intubato, e senza la continua assistenza del personale sanitario esso sarebbe, come oggetto in sé, del tutto inutile al paziente<sup>54</sup>.

La posizione giuridica del paziente intubato non avrebbe alcuna peculiarità o vantaggio rispetto a quella del paziente in attesa di entrare in terapia intensiva. Si sarebbe, dunque, dinanzi a due soggetti bisognosi e un solo respiratore, ovvero in una condizione di conflitto di doveri penali<sup>55</sup>. In sostanza, qui non ci sarebbe più alcuna distinzione rispetto all'ipotesi di triage *ex ante*. E da questa perfetta equivalenza dei doveri e

<sup>50</sup> K. GAEDE, M. KUBICIEL, F. SALIGER, M. TSAMBIKAKIS, *Rechtmäßiges Handeln*, cit., 130.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>52</sup> T. HÖRNLE, *Ex-post Triage*, cit., 171.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 171; M. KUBICIEL, *Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion*, «Zeitschrift für medizinische Ethik», 2020, III, p. 515.

<sup>54</sup> K. GAEDE, M. KUBICIEL, F. SALIGER, M. TSAMBIKAKIS, *Rechtmäßiges Handeln*, cit., 135; T. HÖRNLE, *Ex-post Triage*, cit., p. 171.

<sup>55</sup> CK. GAEDE, M. KUBICIEL, F. SALIGER, M. TSAMBIKAKIS, *Rechtmäßiges Handeln*, cit., p. 134; JÄGER, J. GRÜNDEL, *Zur Notwendigkeit*, cit., p. 157

degli interessi dei pazienti, il medico avrebbe piena facoltà di designare il paziente da salvare<sup>56</sup>.

Come si è visto a proposito del triage *ex ante*, la dottrina ritiene che anche i doveri di salvataggio relativi al bene della vita debbano essere graduati in ragione dell'incidenza del parametro della probabilità di sopravvivenza, così che il medico sarebbe obbligato a curare il paziente con la migliore prognosi<sup>57</sup>.

## 5. Critiche alla svolta utilitarista

Al di là della loro articolazione logica, il cuore delle critiche alla svolta utilitarista è senza dubbio la violazione del principio di incommensurabilità della vita umana. Rimanendo avvinte a questo elemento, le critiche si sono però ulteriormente articolate<sup>58</sup>.

Sul piano generale, si muove la critica di *consequenzialismo*, che si fonda sul fatto che dando rilievo agli elementi fisiologici alla base della prognosi clinica si privilegierebbero casuali circostanze di fatto (gli indici che compongono la prognosi) rispetto alla complessa solennità della vita stessa<sup>59</sup>. C'è poi l'accusa di *olismo*, ovvero dell'assorbimento dell'individualità soggettiva all'interno del concetto globale di *società*, e ciò perché si intravedrebbero tracce di un tentativo di massimizzazione del risultato salvifico a beneficio della comunità intesa come unità globale diversa e maggiore della somma degli individui che la costituiscono<sup>60</sup>. Infine, si taccia questo utilitarismo di dar forza a una pericolosa deriva giuridica fondata sulla biologia *evoluzionista*<sup>61</sup>.

Sul piano più specifico della teoria del conflitto tra doveri penalistici, i critici escludono categoricamente e alla radice che una ispirazione utilitarista possa essere utilizzata nella gestione del conflitto<sup>62</sup>. Il sistema delle scriminanti di un ordinamento liberale, infatti, sarebbe orientato alla tutela dei diritti individuali delle persone coinvolte dal conflitto di doveri, e non invece alla realizzazione della soluzione più efficiente per la collettività.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>57</sup> E. HOVEN, *Die Triage-Situation*, cit., p. 454.

<sup>58</sup> Per una ricostruzione delle teorie, C. SOWADA, *Strafrechtliche Probleme*, cit., p. 452.

<sup>59</sup> I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., p. 453; M. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, München, 2002, p. 32.

<sup>60</sup> I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., p. 453; M. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, cit., p. 32.

<sup>61</sup> T. WALTER, *Menschlichkeit*, cit., p. 670.

<sup>62</sup> I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., p. 453.

Il sistema deve dunque prendere in considerazione le posizioni di tutti i partecipanti al conflitto e scriminare soltanto la scelta di chi in definitiva sopporta i costi reali del conflitto stesso<sup>63</sup>. Sarebbero così i diritti individuali e non un immaginario *dovere* verso la società come ente collettivo a guidare la soluzione del conflitto di doveri<sup>64</sup>. Il medico non potrebbe mai essere chiamato a massimizzare il numero delle vite salvate quando c'è scarsità di risorse mediche<sup>65</sup>.

Nel concentrarsi sulla concretezza di un pericolo di morte specifica rispetto a una potenziale specifica vittima<sup>66</sup>, le critiche così si raggruppano sotto la foggia dell'individualismo normativo, che rifiuta ogni scelta collettivista e utilitarista, la quale in realtà discriminerebbe gli individui a seconda della loro età e della loro condizione fisica<sup>67</sup>.

L'interesse a vivere di un soggetto concreto non potrebbe mai essere pretermesso a vantaggio di un interesse superiore e collettivo. I diritti fondamentali di un paziente e dunque la sua pretesa di trattamento in una situazione di conflitto di doveri non perderebbero valore per il solo fatto che c'è un paziente con una migliore prognosi<sup>68</sup>. Sul piano della *vita*, della *dignità umana* e del diritto di *eguaglianza* l'individualismo normativo ritiene che non potrebbero essere ammesse motivazioni inerenti alla massimizzazione del salvataggio delle vite<sup>69</sup>. Il principio di eguaglianza non ammetterebbe deroghe, men che meno sul piano del diritto alla vita<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> T. HÖRNLE, *Ex-post Triage*, cit., p. 167.

<sup>64</sup> M. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, cit., p. 131.

<sup>65</sup> I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., p. 453.

<sup>66</sup> Per un sostegno alla lettura utilitarista delle scriminanti F. MOLINA, *El estado de necesidad como ley general*, «Revista de derecho penal y criminología», I, 2000, p. 204 ss. Per un approccio antiutilitarista, invece, J. WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 22.

<sup>67</sup> I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., p. 455.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 456. Sulla difficoltà di stabilire cosa intendere per prospettive di successo, se immediate, se medio-tempore, se semplicemente uscire vivi dalla terapia intensiva e se sia un minimo vitale previsto anche dopo, se debbano essere calcolati solo numericamente o anche rispetto alla qualità di questa vita dopo il trattamento c'è incertezza. Cfr., A. ENGLÄNDER, T. ZIMMERMANN, *Die Covid-19-Pandemie*, «Neue Juristische Wochenschrift», XI, 2020, p. 1402; e per la loro problematica individuazione nel mondo reale, A. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, Enke Verlag, Stuttgart, 1992, p. 342 ss.

<sup>69</sup> R. MERKEL, R. AUGSBERG, *Die Tragik der Triage*, cit., p. 705; D. STERNBERG-LIEBEN, *Corona-Pandemie*, cit., p. 629; B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN, *Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin*, in *Triage in der Pandemie*, a cura di T. Hörnle, S. Huster, R. Poscher, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, p. 303; T. WALTER, *Menschlichkeit*, cit., p. 656; W. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, p. 46.

<sup>70</sup> Né potrebbe essere utilizzato l'argomento della giustizia generazionale e del c.d. *fair*

Per l'individualismo normativo, dunque, gli approcci utilitaristi cercherebbero di risolvere i conflitti nell'interesse di una entità collettiva che non esiste e che nemmeno può essere modellata. L'aspettativa del paziente di aver salvata la vita non cambierebbe in nulla se esistesse un altro paziente con più probabilità di sopravvivere. E ciò perché la vita di una persona non sarebbe protetta perché è una vita, ma perché è *la vita di qualcuno*<sup>71</sup>.

Rispetto poi allo specifico caso del *triage ex post*, a quanto già illustrato si deve aggiungere che nel momento in cui il paziente meno meritevole è stato intubato la sua pretesa di essere salvato si sarebbe consolidata, e tale consolidamento non soltanto permanerebbe durante tutto il corso del trattamento ma si trasformerebbe anche in un vero e proprio *diritto* a non aver sottratto lo strumento salvifico<sup>72</sup>.

## 6. Triage e nazismo: per una responsabilità nel destino

Il triage ha lo scopo di curare, e dunque salvare, la vita di più persone possibili. E se lo si ritiene necessario, il triage, è soltanto a motivo di quella sua propria immorale utilità. Soltanto allo scopo di rendere minima la sconfitta dell'uomo dinanzi al *male destinale*. Non c'è alternativa a questo scopo e a questo fondamento, se si ritiene che il triage debba esistere.

Le impostazioni individualiste, le impostazioni hegeliane, e le impostazioni egualitariste, difatti, sono la contraddizione logica e ontologica del triage.

L'individualismo normativo lascia i rapporti di forza per come sono, e dunque per come il *caso* ha voluto che fossero. La sua nobile crudeltà sta nel non provare nemmeno a distribuire le risorse, nel non tentare di salvare un'ulteriore *persona*<sup>73</sup>. Allo stesso modo l'egualitarismo: impraticabile nella sua versione piena, che rivendica tutto per tutti e dunque ottiene

*innings*, ovvero dell'ingiustizia di una vita che viene vissuta per meno dell'età media, e della mera fatalità per una vita *altra* che invece cessa di vivere dopo aver già avuto il suo *fair inning*, cfr., J. HARRIS, *Are withholding and withdrawing therapy always morally equivalent? A reply to Sulmasy and Sugarman*, «Journal of medical ethics», 1994, I, p. 223.

<sup>71</sup> D. STERNBERG-LIEBEN, *Corona-Pandemie*, cit., p. 631.

<sup>72</sup> I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., p. 458; A. BUSCH, *Ärztliche Triage*, cit., p. 775; D. STERNBERG-LIEBEN, *Corona-Pandemie*, cit., p. 627; T. RÖNNAU, K. WEGNER, *Grundwissen*, cit., p. 406; B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN, *Gleichheit vor der Triage*, cit., p. 291.

<sup>73</sup> W. KERSTING, *Gerechtigkeit und Medizin*, Köln, 1995, p. 29.

niente per nessuno, si deve limitare a chiedere soltanto un eguale accesso alle cure; il che significa che ancora una volta sarà il *caso* a scegliere<sup>74</sup>.

Senza un responsabile e coraggioso impegno volto alla distribuzione ottimale delle risorse sanitarie, ogni scelta è priva di logica, di valore, di ragionevolezza. È una scelta del tutto irresponsabile<sup>75</sup>.

Il triage esiziale non è un ordinario rapportarsi tra medico e paziente. Perché qui il medico dovrà assumere informazioni e decisioni che possano tentare di salvare il singolo paziente che ha di fronte, ma assieme a tutti gli altri pazienti che sono fisicamente nello stesso spazio e luogo. Nel triage, il rapporto con il singolo paziente è contiguo alla molteplicità di rapporti con altri singoli pazienti che pure rischiano di morire.

La dignità umana viene lesa quando la persona è ridotta alla sua creaturale fisicità, senza alcuna possibilità di avere l'operatività di sfere di controllo, di consapevolezza e di ragione. E la dignità umana viene lesa perché quella fisicità è arnese da impiegare per altro e o per altri. Nel triage, invece, le vite sono vite di individui: persone che vengono prese in carico per la loro cura, persone che si tenta di salvare e curare anche se i mezzi sono insufficienti. E la dignità persiste anche se si sceglie con sgomento di dedicare le cure al solo paziente che potrebbe avere migliori possibilità di sopravvivenza, grazie al medico che applica la sua scienza, la sua arte, che fa ciò per cui esiste. Non torce il suo giudizio clinico a motivo della razza, dell'età, del ruolo sociale. Ma soltanto a motivo dei dati clinici, della scienza ed esperienza medica<sup>76</sup>.

E nessun altro parametro può essere utilizzato, nemmeno come criterio sussidiario, senza mortificare la dignità, la ragionevolezza, il diritto e il senso e significato del concetto di responsabilità. Non certamente l'età anagrafica. Perché si devono salvare *individui* e non (presunti) anni di vita. Si devono salvare *persone* che, per poco o per molto, saranno<sup>77</sup>. Esisteranno, e *riceveranno il mondo*<sup>78</sup>. Men che meno può utilizzarsi l'a-

<sup>74</sup> W. KERSTING, *Egalitäre Grundversorgung und Rationierungsethik. Überlegungen zu den Problemen und Prinzipien einer gerechten Gesundheitsversorgung*, in *Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen*, a cura di T. Gutmann, V. H. Schmidt, Velbrück, Weilerswist, 2002, p. 80.

<sup>75</sup> G. GÄFGEN, *Die ethische Problematik von Allokationensentscheidungen – am Beispiel des Ressourceneinsatzes im Gesundheitswesen*, in *Ethik und Wirtschaftswissenschaft*, a cura di G. Enderle, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 249.

<sup>76</sup> S. POSCHER, *Die Abwägung*, cit., p. 68, p. 73.

<sup>77</sup> Questo elemento è del tutto ipotetico e imponderabile. Il punto è la guarigione dalla malattia e la sopravvivenza a quell'aggressione.

<sup>78</sup> F. CAMON, *Se a ottant'anni*, cit., p. XX.

*spettativa di vita*. Di certo la vita, e la sua dignità, non sono minori se si è vissuto meno. Né, nella versione del *fair innings*, vita e dignità sono maggiori se a motivo della più giovane età si sono potute vivere meno esperienze e ora si deve dunque *compensare*<sup>79</sup>. Rivendicare un *fair inning*, una similare opportunità di *giocarsela* nella vita, è utilizzare un criterio privo di attualità, di concretezza, e del tutto privo dell'unico significato che nel triage può contare: la scienza medica. Perché è l'unico linguaggio che il medico, il quale è l'unico attore sul campo, conosce e rispetto al quale può e deve rispondere.

Infine, il criterio che indica di scegliere chi deve vivere (se non tutti possono vivere) facendo affidamento al *caso*<sup>80</sup> (sia nella sua versione *cronologica* sia in quella *ludica* del sorteggio o della lotteria) è evidentemente la negazione del cuore e di ogni sfumatura del concetto di *responsabilità*<sup>81</sup>. Si tratta di una scelta tragica, ma proprio per questo si deve trattare di una scelta responsabile nella tragedia, se vuole essere una scelta non solo tragica ma anche penalmente giustificata.

La sublimazione dell'accusa centrale al triage, che è l'accusa di creare il rischio di superamento della soglia interpretativa verso un nuovo *nazismo*, spiega che la posta in gioco nella teoria penalistica del triage è proprio la *civiltà* per come si è sviluppata dopo la Seconda Guerra Mondiale. Spiega che in tema di triage si affronta la sfida grande della contesa tra l'appiattimento irresponsabilmente vile e disumano sul *caso*, e l'assunzione costosa di responsabilità dinanzi al destino<sup>82</sup>.

L'accusa al triage, infatti, è di strumentalizzare la vita umana del singolo a favore di una entità collettiva immaginaria e inafferrabile come

<sup>79</sup> J. HARRIS, *The value of life. An introduction to medical ethics*, Routledge, London, 2006, p. 51.

<sup>80</sup> Letteratura a favore del parametro del caso: A. ENGLÄNDER, T. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, cit., p. 1398, p. 1402; J. F. LINDNER, *Die "Triage"*, cit., p. 727; D. STERNBERG-LIEBEN, *Corona-Pandemie*, cit., p. 634; T. WALTER, *Menschlichkeit*, cit., p. 667. In generale, sul *caso* come principio decisionale legale O. DEPENHEUER, *Zufall als Rechtsprinzip? Der Losentscheid im Rechtsstaat*, «Juristische Zeitschrift», 1993, I, p. 171. Per la letteratura contraria al criterio del *caso*: A. ARCHANGELSKIJ, *Das Problem des Lebensnotstands am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 52; A. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, Enke Verlag, Stuttgart, 1992, p. 90; C. JÄGER, J. GRÜNDEL, *Zur Notwendigkeit*, cit., p. 162, considerano la decisione del lotto "discutibile" e "precaria".

<sup>81</sup> Se ne parlerà meno sinteticamente nel paragrafo successivo.

<sup>82</sup> J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, Beck Verlag, München, 2020, p. 75.

quella della *comunità*<sup>83</sup>. E anche se non sono mancate riflessioni a sostegno del triage anche da parte di teologi morali<sup>84</sup>, è l'assimilazione del triage esiziale all'utilitarismo più feroce che nutre le critiche più solide e pungenti<sup>85</sup>.

Senza dubbio, c'è una prospettazione teleologica nell'articolazione del triage: con la scelta di accettare l'effetto della malattia sulla vita di un individuo concreto, al fine di ottenere conseguenze complessivamente più favorevoli per un insieme di altri individui, il triage determina le azioni attuali in base ai risultati futuri<sup>86</sup>. L'insieme degli effetti futuri positivi sui singoli individui è il criterio che fa scegliere la condotta da tenere, ovverosia fa scegliere chi deve vivere quando non tutti possono vivere<sup>87</sup>.

Ed è proprio qui, dunque, la critica più ficcante al triage utilitarista: si evoca il far strame dei diritti individuali, l'integrale indifferenza per la vita della persona che è *qui e adesso*, l'impossibile bilanciamento tra la lesione della vita di un individuo (contro la sua volontà) quando i vantaggi sono per individui che gli sono *altri e diversi*<sup>88</sup>. In questa astrazione disincantata dalla persona concreta, si tende a vedere una pericolosa disumanizzazione, l'indegnità del singolo rispetto all'utilità collettiva. E ciò non solo con il rischio di rottura del rapporto di fiducia tra medico e paziente<sup>89</sup>, ma con il rischio di imboccare un viale di ritorno verso l'epoca più buia della civiltà del nostro tempo: il *nazismo*.

Questo è il punto: la paura di un nuovo *nazismo*. Che insinuandosi in concetti collettivi, asporti dal di dentro senso e significato dai concetti

<sup>83</sup> K. GRAF, C. BAUMANN, *Katastrophenmedizin*, in *Lexikon Medizin, Ethik, Recht*, a cura di A. Eser, M. Lutterotti, P. Sporcken, Herder Verlag, Freiburg, 1989, p. 589.

<sup>84</sup> In particolare, J. GRÜNDEL, *Ethik ärztlichen Handelns bei Katastrophen*, in *Katastrophenmedizin*, a cura di G. Heberer, K. Peter, E. Ungeheuer, Beck Verlag, München, 1984, p. 95.

<sup>85</sup> O. HOFFÉ, *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 1992, p. 3.

<sup>86</sup> La critica è quella di consequenzialismo: J. NIDA-RÜMELIN, *Kritik des Konsequentialismus*, Beck Verlag, München, 1995, p. 17.

<sup>87</sup> D. BIRNBACHER, P. LIENING, *Problem emit medizinischen Leitlinien bei knappen Ressourcen*, in *Leitlinien und Standards im Gesundheitswesen*, a cura di N. Nagel, C. Fuchs, Deutscher Ärzte-Verlag, Köln, 1997, p. 190 ss. Per una ricerca molto accurata e dettagliata sui profili etici ed epistemologici delle scelte mediche che implicano elementi di svantaggio che si concentra specificamente sulle questioni relative ai trapianti, A. DUFNER, *Welche leben soll man retten?, Eine Ethik für medizinische Hilfskonflikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021, p. 7.

<sup>88</sup> G. BRUDERMÜLLER, *Ethikkommissionen und Ethische Diskurs*, in *Angewandte Ethik und Medizin*, a cura di G. Brudermüller, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1999, p. 109.

<sup>89</sup> H. P. WOLFF, *Arzt und Patient*, in *Medizin und Ethik*, a cura di H.-M. Sass, Enke Verlag, Stuttgart, 1999, p. 203.

di *individuo* e di *persona* umana<sup>90</sup>. E per questo, fa riflettere che sia stata proprio la dottrina tedesca a rivoluzionare la teoria del bilanciamento dei valori nel conflitto di doveri, persino trasferendo tale rivoluzione dentro la teoria dello stato di necessità giustificante.

Il rischio, dunque, è che un cedimento (anche se in casi eccezionali come la pandemia), sulla incommensurabilità della vita possa essere l'abbrivio di una nuova disumanità<sup>91</sup>. L'insieme dei pazienti a rischio di vita ma con maggiori chances di salvezza può divenire eugenetica, darwinismo, dannazione dei disabili, sterminio dei deboli. E così nuovamente unità collettive come *comunità*, *razza* e *popolo*. La storica esperienza della contabilità degli (e con gli) esseri umani. La *Würde* che diviene nuovamente *Preis*<sup>92</sup>.

E ciò perché una interpretazione sensata e giustificabile aprirebbe la breccia che può far crollare il *principio diga*. Per questo motivo, la protezione andrebbe attrezzata a monte: *Wehret den Anfängen*, dice Claus Roxin<sup>93</sup>. E anche se questa è un'impronta marcatamente tedesca, l'insegnamento che l'esperienza storica del male deve costituire per tutti i giuristi è certamente qualcosa di universale<sup>94</sup>.

Il solco scavato dalla *Euthanasie*, dal concetto delle *lebensunwerten Lebens*, e dalla sottomissione mortifera dei malati ai sani, ha fatto della lotta contro il rischio del *nazismo*, e della sua infezione collettivistica, la chiave di volta dell'ordinamento giuridico tedesco post-nazista<sup>95</sup>.

Eppure, e specificamente rispetto al triage esiziale in pandemia, c'è il rischio di una eterogenesi dei fini. Il predominio assoluto e invalicabile della vita di ogni singolo essere umano è il valore per eccellenza, bisogna però declinarlo in una situazione in cui va stabilito chi deve vivere quando non tutti possono vivere. Una situazione in cui i morenti sono decine di volte superiori agli strumenti medici di salvataggio. E senza una teorizzazione di base, la scelta è lasciata al singolo medico, che a sua volta potrà

<sup>90</sup> A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale*, cit., p. 82 ss.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 220 ss.

<sup>92</sup> I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1788)*, in *Werkausgabe Band VII*, a cura di W. Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt, 1993, p. 68.

<sup>93</sup> C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., §13.

<sup>94</sup> Quando, invece, la letteratura statunitense (commentando la Sezione 3.02 del Penal Code) non ha di questi timori di brandire il principio del male minore per sacrificare i pochi a vantaggio dei molti. Esperienze così evolute eppure sensibilità così distanti ci fanno forse capire che qui c'è il rischio di una eterogenesi dei fini.

<sup>95</sup> Chiarissima, sul punto, la Corte costituzionale federale, BVerfGE, 39, 1 del 25.02.1975 a pagina 67.



scegliere a suo arbitrio, dunque anche usando criteri (cioè motivi) incontrollabili, e che possono essere i più immorali discriminatori e nazisti.

Il timore che, in una situazione di assoluta eccezione, una interpretazione giuridica, che relativizzi parzialmente il bene della vita, porti a una nuova svolta di sterminio, si deve confrontare con le *vite concrete* di *individui concreti*, rispetto alle quali, ragionando in ottica utilitaristica, si può dire di averne salvate molte di più.

La poetica sacrale di questo concetto eremitico e contemplativo di *vita* rischia dunque di mutarsi in cinismo e fatalismo irresponsabili. Pretendere tutto per tutti è un sortilegio massimalista che affranca la coscienza e deresponsabilizza il diritto, ma nella complessità della vita reale, e della morale reale, questa liturgia della sacralità della vita umana officia il rito funebre di concreti esseri umani. *Person*e che invece avrebbero potuto salvarsi<sup>96</sup>.

Il punto è che chi accetta la massimizzazione delle vite da salvare in una situazione di emergenza sanitaria di massa, non è contro l'incommensurabilità della vita e a favore della differenziazione tra vite degne e vite indegne di essere vissute. Ma dice soltanto che due vite incommensurabili valgono più di una vita incommensurabile<sup>97</sup>. E chi, pur essendoci specifiche ragioni esclusivamente mediche, non si preoccupa di salvare due vite al posto di una sola, pur nella infinita tragedia della scelta, squalifica ogni altra ulteriore vita che avrebbe potuto essere salvata<sup>98</sup>.

La dottrina che è ferocemente contraria a questa interpretazione sostiene la totalità e infinità di una *sola vita*, tanto che più vite non sarebbero e non potrebbero mai essere più di una *singola vita*<sup>99</sup>.

Le accuse mosse contro il triage esiziale, in cui i medici scelgono i pazienti da curare in base a parametri esclusivamente clinici, non tengono senza cedere all'irresponsabilità dinanzi al male destinale.

Si accusa il triage di consequenzialismo, perché darebbe valore a singole circostanze di fatto invece di considerare la vita nella sua integrale complessità<sup>100</sup>. Ma lo scopo non è celebrare la vita, bensì evitarne la certa

<sup>96</sup> W. KERSTING, *Egalitäre*, cit., p. 65.

<sup>97</sup> A. ESER, *Lebensrecht*, in *Lexikon Medizin, Ethik, Recht*, a cura di A. Eser, M. Lutterotti, P. Sporken, Herder, Freiburg, 1989, p. 701; F. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichten-kollision*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 58.

<sup>98</sup> J. HARRIS, *The value of life*, cit., p. 52.

<sup>99</sup> J. M. TAUREK, *Should the numbers count?*, «Philosophy and Public Affairs», 1977, II, p. 307; U. NEUMANN, §34, cit., 74; R. MERKEL, *Gründe für den Ausschluss*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 2002, III, p. 652.

<sup>100</sup> I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichten-kollision*, cit., p. 453.

cessazione a causa di una specifica malattia mortale, che ha precisi indici di sensibilità/insensibilità alle cure<sup>101</sup>. Certo, decisivo deve essere la *guarigione dell'infezione mortale* e non quanto *tempo* rimane e di che *qualità* a chi sopravvive.

E anche la sfumatura olistica, che taluno intravede nell'approccio utilitaristico, andrebbe meglio analizzata<sup>102</sup>. Non è affatto scontato che si possa parlare del confronto tra un interesse singolare soccombente e uno collettivo sopraffattore: un interesse genuinamente collettivistico è un interesse che non salva mai nessuna vita storica, ma piuttosto la sacrifica. Qui non si tratta di interesse o bene collettivo, che certamente è un *meno* rispetto alla vita e dignità della persona singola, qui si parla di una pluralità di vite e di dignità singolari. Che sono una *moltitudine soggettiva* concreta, presente e minacciata dal rischio mortale, e non una mera *collettività*.

E se è vero che il sistema delle scriminanti non è volto a realizzare la soluzione più efficiente per la collettività, altrettanto vero è che nemmeno è orientato a prendere in considerazione in maniera rigorosamente egualitaria i diritti di tutti i soggetti del conflitto di doveri. Almeno non se ci sono delle ragioni per dimostrare che a posizioni giuridiche eguali corrispondono, rispetto a uno specifico rischio storico, risposte comportamentali diversificate sulla base di parametri clinico-scientifici.

E sono tutti concetti, questi, che trovano fondamento in una certa *idea* di Carta costituzionale. Perché qui il diritto alla vita è in connessione con il diritto alla salute, che è legato alla libertà professionale del medico, e tutti questi elementi vengono sollecitati dal rischio di violazione del principio di eguaglianza.

Il nucleo del diritto alla salute è che lo svantaggio di un individuo malato deve essere compensato dal sistema di cure in un quadro di solidarietà tra sani e malati<sup>103</sup>. Nessuno può garantire la salute, né tantomeno la vita. Né lo Stato né il medico possono garantire la vita e la salute di nessuno. Più congruamente, si tratta di proteggere la persona da rischi per la salute e per la vita provenienti dallo Stato stesso, diritti fondamentali, o da terzi, diritti sociali. Il diritto alla salute non è dunque il diritto al ripristino della salute, ma è il diritto all'utilizzo di trattamenti medici e delle cure volti alla protezione della *vita* e della *salute*<sup>104</sup>. Come del resto non è possibile monopolizzare tutte le risorse pubbliche verso la tutela della salute, perché ci

<sup>101</sup> Certo il punto deve essere la *guarigione dell'infezione mortale* e non quanto *tempo* rimane e di che *qualità* a chi sopravvive.

<sup>102</sup> I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., p. 453.

<sup>103</sup> W. WARTBURG, *Gleichheit und Gerechtigkeit im Gesundheitswesen*, Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1983, Wartburg Verlag, Basel, p. 14.

<sup>104</sup> J. SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Selbsverl, Darmstadt, 1977, p. 266.

sono altri ambiti della vita che rivendicano diritti fondamentali e che vanno finanziati. In questo senso, dunque, tale diritto alla salute è limitato a ciò che è *appropriato*, a ciò che la persona può *ragionevolmente* aspettarsi dallo Stato e dalla società<sup>105</sup>.

All'art. 32 della Costituzione, la salute è *diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività*. L'impegno per la salute del singolo guarda anche all'interesse complessivo della collettività. L'immagine costituzionale dell'individuo non è quella di una persona isolata ma di un soggetto che vive e realizza la sua personalità all'interno della comunità. Tenendo anche conto di ciò, in caso di afflusso soverchiante di malati in pericolo di vita, il medico deve considerare la vita di ciascuno assieme alla vita di tutti; perché quei *tutti* sono molto più della *collettività*, sono una *molteplicità di individui concreti*.

In quest'ottica, il parametro costituzionale è quello del principio di uguaglianza che, in condizioni normali, implica che pazienti in situazioni analoghe debbono ricevere identici trattamenti sanitari; e che, in una situazione catastrofica, implica che la scelta tra individui debba essere fatta secondo parametri oggettivi che siano conformi ai valori costituzionali. La scelta non può essere fatta in base al sesso, alla razza, alla nazionalità, alle fedi religiose o politiche, al censo.

Ma se la vita è immancabilmente incommensurabile, una scelta va tuttavia fatta. E dato che i parametri di non discriminazione sono parametri *esistenziali* (tutti hanno un sesso, una razza, una nazionalità, per non parlare delle condizioni *personali* e *sociali*), retrospettivamente la scelta può essere sempre letta come discriminatoria.

Una parte della letteratura sulla incommensurabilità della vita ha sfumature metafisiche che portano alla sacralità, anche in senso pienamente laico, della vita. Così gli oppositori dell'eutanasia, nel periodo più buio degli ultimi secoli, parlano della prudente titubanza di fronte al tema *vita*, prudenza dovuta al mistero che la caratterizza<sup>106</sup>. Si è scritto che *Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes, als Äquivalent, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde*<sup>107</sup>. Ma è dalla capacità all'autonomia morale dell'uomo

<sup>105</sup> D. MURSWIEK, *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, in *Handbuch des Staatsrechts*, a cura di J. Isensee, P. Kirchhof, V. Otto von Schmidt Verlag, Heidelberg, 2000, §112.

<sup>106</sup> F. WALTER, *Die Euthanasie und die Heiligkeit des Lebens*, Beck Verlag, München, 1935, p. 138; K. ENGISCH, *Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Enke Verlag, Stuttgart, 1948, p. 33.

<sup>107</sup> I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., p. 68.

che si riconosce la dignità umana, la quale rende incommensurabile ciascuna vita umana<sup>108</sup>.

Un conto, però, è l'incommensurabilità della vita, altro è la sua *assolutezza*. E nel nostro ordinamento, come in ogni ordinamento, la tutela della vita non è affatto assoluta: legittima difesa, stato di necessità, il diritto di uccidere durante un conflitto armato, la pena di morte, l'interruzione della gravidanza, il suicidio, il rifiuto o interruzione di un trattamento medico salvavita, sono tutte ipotesi che dimostrano che se la vita è un bene incommensurabile, di certo la sua protezione è relativa e non assoluta. Alcuni di questi limiti si fondano sulla teorica del *male minore*, nel senso della salvezza di alcuni piuttosto che la morte di tutti<sup>109</sup>. Del resto, a limitare il diritto alla vita è lo stesso diritto inviolabile alla dignità umana, come nei casi in cui il protrarsi della vita sarebbe una violazione della dignità umana, tanto che solo una *morte dignitosa* la può ristabilire<sup>110</sup>.

*Vita, salute, dignità e individuo*, qui non sono su piani teorici, ma stanno dentro la stanza dove il medico è dinanzi a tutti i pazienti in pericolo di vita, e sceglie cosa fare e a chi. A motivo del fatto che le possibilità gli sono molto limitate; come già nell'aforisma di Ippocrate: “*La vita è breve. L'arte è lunga. L'occasione è fugace. L'esperienza è fallace, il giudizio è difficile. Bisogna non solo che il medico sia pronto a far da sé le cose che debbono essere fatte, ma anche il malato, il contesto e le circostanze esterne debbono dare il loro contributo*”.

Dinanzi al male destinale non ci si può disumanizzare piegandosi vilmente al caso brutto, ma bisogna assumersi una responsabilità giuridica nel destino<sup>111</sup>. E stabilire esattamente chi e perché deve vivere quando non tutti possono vivere<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Così K. WÜRTEMBERGER, *Rechtliche Optimierungsgebote*, in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 1999, I, p. 141 ss.

<sup>109</sup> H. WELZEL, *Zum Notstandproblem*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1951, I, p. 52; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, De Gruyter, Berlin, 1969, p. 184.

<sup>110</sup> G. FIANDACA, *Considerazione intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2007, II, p. 546; G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, «Discrimen», I, 2020, p. 1; S. CANESTRARI, *Biodiritto* (voce), «Enciclopedia del diritto», VIII, 2015, p. 99; L. RISICATO, *La consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione “timida” fuga lo spettro delle chine scivolose*, «La legislazione penale», I, 2020, p. 1; V. MANES, *Aiuto a morire, dignità del malato, limite dell'intervento penale*, «Politica del diritto», 2020, I, p. 41.

<sup>111</sup> S. GIVONE, *Metafisica della peste. Colpa e destino*, Einaudi, Torino, 2012, p. 76.

<sup>112</sup> Per una più completa prospettazione sul come strutturare una responsabilità penale dinanzi al male destinale, R. ALAGNA, *Profili penali del triage in pandemia*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 69 ss.



# **Emergenza Coronavirus e profili penali: «fase 2» e sicurezza sul lavoro \***

*Enrico Mario Ambrosetti*  
*Professore ordinario di Diritto penale*

*Luca Carraro*  
*Assegnista di ricerca in Diritto penale\*\**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo. – 3. Rischio SARS-CoV-2 e obbligo di aggiornamento del DVR. – 3.1. La tesi secondo cui il DVR riguarda tutti i rischi. – 3.2. Un punto fermo: il datore di lavoro è tenuto a valutare solo il rischio aziendale. – 3.3. Il patogeno SARS-CoV-2 rappresenta un rischio generico o specifico? – 4. L'art. 2087 c.c. come fonte della posizione di garanzia del datore di lavoro. – 5. Il concetto di infortunio malattia. – 6. Le principali fattispecie penali (astrattamente) ascrivibili al datore di lavoro: artt. 589 e 590 c.p. e deformazione delle categorie classiche. – 6.1. La posizione di garanzia del datore di lavoro. – 6.2. Il patogeno SARS-CoV-2 e il problema dell'accertamento causale. – 6.3. Il patogeno SARS-CoV-2 e la colpa: regole cautelari e causalità della colpa. – 7. Responsabilità dell'ente.

## **1. Premessa**

L'emergenza innescata dalla rapida e capillare diffusione dell'agente patogeno SARS-CoV-2 – e della conseguente malattia (Covid-19) – ha

\* Contributo approvato dai Referee. Il presente scritto è frutto di un comune lavoro degli autori. I paragrafi da 1 a 6.3 sono, peraltro, da attribuirsi in via esclusiva a Luca Carraro e il solo paragrafo 7 a Enrico Mario Ambrosetti.

\*\* Il presente contributo è stato pubblicato sulla Rivista «Responsabilità civile e previdenza», 2020, IV, pp. 1046 e sg. che ha accordato l'autorizzazione alla pubblicazione anche in tal sede.

comportato l'insorgere di rilevanti interrogativi nel panorama giuridico, sospinto sotto molteplici profili a «mettere ordine» nel confuso susseguirsi di provvedimenti di matrice governativa che hanno caratterizzato gli ultimi mesi.

Con l'aprirsi della c.d. «fase 2», uno degli orizzonti sui quali tali interrogativi sono venuti ad intensificarsi è certamente rappresentato dal sistema afferente alla organizzazione e gestione della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro; del resto, l'esposizione a contagio o al rischio di trasmissione dell'insidioso virus trova una evidente concretizzazione proprio nei luoghi di lavoro, ove l'interazione interpersonale – prima fonte di rischio ma anche primo connotato umano – caratterizza la maggior parte dei contesti lavorativi e richiede misure e accorgimenti specifici, non necessariamente desumibili o riconducibili al tradizionale sistema del d.lgs. n. 81/2008.

Come noto, il sistema di prevenzione aziendale divisato nella struttura normativa del 2008 costituisce un *corpus* tecnicamente complesso, articolato e ispirato ad una logica di prevenzione partecipata<sup>1</sup> che, ove rettamente intesa e concretamente attuata, risulta idonea a rappresentare uno strumento indubbiamente efficace, per quanto perfettibile, per la tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

<sup>1</sup> Il sistema di tutela della salute e sicurezza sul lavoro ha certamente vissuto, almeno sotto il profilo normativo, il passaggio da un modello di tipo *iperprotettivo* – interamente incentrato su un datore di lavoro onerato dal dovere di vigilare «sino alla pedanteria» sul lavoratore – a un modello di tipo *partecipativo-collaborativo* in cui anche i lavoratori sono depositari di obblighi di sicurezza. Cfr., sul tema, D. CASTRONUOVO *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, «Archivio penale», 2019, II, p. 13, specialmente nt. 25 ove l'Autore, pur riferendosi alla dimensione organizzativa del debito di sicurezza gravante sul datore di lavoro, ricorda con chiarezza che in forza dell'art. 18, comma 3-bis, d.lgs. n. 81/2008, gli stessi lavoratori sono tenuti, sotto la propria responsabilità, all'adempimento dei propri doveri di sicurezza; cfr. anche M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, («Itinerari di diritto penale»), p. 273; ID., *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, «Diritto Penale Contemporaneo» <<https://archiviodpcdirittopenaleuomo.org>>, 25 settembre 2012, p. 5; A. PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela* (nota a Cass. pen., Sez. IV, 12 ottobre-19 dicembre 2011, n. 46819), «Diritto Penale Contemporaneo», 4 maggio 2012, <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>> pp. 10 e sg.; L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 826 e sg. Volendo, sia consentito il rinvio sul tema anche a L. CARRARO, *Il comportamento gravemente colposo del lavoratore e la responsabilità del datore di lavoro*, in «Rivista trimestrale diritto penale contemporaneo», III, 2019, p. 252.

D'altro canto l'eccezionalità della situazione attuale – il 31 gennaio 2020 è stata dichiarato lo stato di emergenza dal Governo per la durata di 6 mesi<sup>2</sup> – impone di chiedersi se il sistema di tutela così disegnato dal richiamato decreto legislativo sia sufficiente a salvaguardare i lavoratori, nella fase della ripresa (ed in quelle che seguiranno), dalle insidie del coronavirus, e in che modo lo stesso corpo normativo «tradizionale» possa (*recte*: debba) coordinarsi con le alluvionali fonti dell'emergenza.

Il presente scritto vuole dunque rappresentare, e soprattutto stimolare, una serie di riflessioni in ordine ai possibili profili di rilevanza penale (in particolare in ordine ai delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p.) discendenti dal non semplice intreccio tra la normativa emergenziale (in tutte le sue pertinenti articolazioni di fonti primarie e secondarie) e la disciplina del d.lgs. n. 81/2008.

La chiave di lettura prescelta nel condurre tali riflessioni, in coerenza con la lente penalistica indossata, è quella del rischio che il datore di lavoro è chiamato ad individuare, valutare e governare in base alla posizione di garanzia che egli riveste nella realtà aziendale.

In altri termini il problema di fondo sul quale si intende indugiare è, in prima battuta, quello di comprendere se il rischio da Covid-19 configuri un rischio «specifico» o un rischio «generico» e, conseguentemente, se il datore di lavoro sia, allo stato attuale della normativa vigente, tenuto ad aggiornare il DVR (o il DUVRI); seguendo questa linea logica si dovrà dunque proseguire ad individuare quali siano, e come si articolino nei vari contesti, le misure che il primo garante della sicurezza deve adottare onde consentire una ripresa (o una prosecuzione) dell'attività in condizioni di sicurezza (per i lavoratori e per i terzi). Lungo questa direttrice sarà infine possibile prendere correttamente in considerazione i potenziali profili di responsabilità penale del datore di lavoro nelle ipotesi in cui il lavoratore abbia contratto il virus SARS-CoV-2, ponendone in luce gli aspetti maggiormente problematici e considerandone i riflessi in ordine alla eventuale responsabilità dell'ente di cui al d.lgs. n. 231/2001.

<sup>2</sup> Con Delibera del 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri ha dichiarato per sei mesi lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, richiamando il d.lgs. n. 1/2018 e, pertanto, classificandolo come «*emergenza di rilievo nazionale connessa con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo*».



## 2. Il quadro normativo

Al fine di impostare correttamente i temi da affrontare, si è persuasi che si debba preliminarmente isolare, nel complesso delle disposizioni emergenziali, le norme che, almeno nel momento in cui si scrive – tenendo in considerazione la eccezionale rapidità con cui si susseguono gli interventi normativi – risultano maggiormente rilevanti nella materia di specifico interesse.

Onde tentare di recuperare una certa chiarezza e limitandosi a richiamare i principali provvedimenti governativi aventi incidenza sull'attività di impresa (e, conseguentemente, sul lavoro) si potrebbe tracciare la seguente linea cronologica: dopo la dichiarazione dello stato di emergenza su tutto il territorio nazionale mediante Delibera del 31 gennaio 2020 del Consiglio dei Ministri, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (poi convertito in l. 5 marzo 2020, n. 13, successivamente abrogato dal d.l. n. 19 del 2020 ad eccezione dell'art. 3, comma 6-bis, e dell'art. 4) prevedeva «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*» in parte sopravvissute all'abrogazione e a più riprese integrate dai DPCM che si sono susseguiti.

Successivamente il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (d'ora in avanti, per brevità, DPCM) del giorno 11 marzo 2020 sospendeva su tutto il territorio nazionale alcune attività commerciali (come ad es. le attività commerciali al dettaglio o i servizi di ristorazione); il successivo DPCM del 22 marzo 2020 disponeva la sospensione fino al 3 aprile 2020 di tutte le attività produttive industriali e commerciali ad eccezione di quelle indicate nel relativo allegato 1.

Il 17 marzo 2020 il d.l. n. 18 (c.d. Cura Italia), poi convertito con l. n. 27 del 24 aprile 2020 adottava, per quanto qui di interesse, ulteriori misure a tutela (anche) del lavoratore (ad esempio l'art. 16 in ordine all'uso delle mascherine chirurgiche da considerarsi DPI di cui all'art. 74, comma 1, d.lgs. n. 81/2008; o, sotto altro profilo, l'art. 42, comma 2, che qualifica espressamente il contagio da Covid-19 in ambito lavorativo come infortunio sul lavoro<sup>3</sup>).

In data 25 marzo 2020 un Decreto del MISE prevedeva l'applicazione di ulteriori prescrizioni e modificava il novero delle attività soggette alle misure previste dai precedenti DPCM.

<sup>3</sup> Art. 42, comma 2, d.l. cit.: «*nei casi accertati di infezione da Corona Virus in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura [...] la relativa tutela dell'infortunato*».

Ancora con d.l. del 25 marzo 2020 n. 19 venivano depenalizzate le violazioni dei precetti in tema di sospensione delle attività produttive ed economiche (che, per effetto del precedente d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13, erano sanzionate, per l'appunto, in via penale, mediante il richiamo esplicito all'art. 650 c.p.) individuando delle specifiche sanzioni amministrative (pecuniarie).

Il DPCM 10 aprile 2020 estendeva l'efficacia temporale delle misure emergenziali sino al 13 aprile 2020 (prolungando dunque il termine fissato al 13 aprile del precedente DPCM del 1° aprile 2020) e modificava i codici ATECO indicati nel relativo allegato 3.

Infine, con il DPCM 26 aprile 2020, veniva disposta la «ripresa» di alcune attività produttive e commerciali (con ulteriore modifica dei richiamati codici ATECO).

Nel tentativo di restringere ancor più la lente dell'obiettivo, focalizzandosi sul momento attuale l'orbita emergenziale che più risulta pertinente al tema della salute e sicurezza sul lavoro, sembra doversi individuare principiando dall'art. 1, n. 9, DPCM 11 marzo 2020, quale fonte di riferimento sulla quale si è basato l'ormai celebre «*Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*» siglato dalle organizzazioni datoriali e sindacali il 14 marzo 2020 in forza della esplicita sollecitazione divisata nel citato DPCM (a sua volta «retto» sul d.l. 6/2020) e richiamato come obbligatorio mediante il decreto presidenziale del 10 aprile 2020 (a sua volta basato sul c.d. decreto Cura Italia).

Come noto, nell'evocata rapidità normativa del periodo attuale, il citato protocollo del 14 marzo veniva successivamente integrato ed implementato mediante il più recente Protocollo condiviso fra il Governo e le Parti sociali del 24 aprile 2020; protocollo quest'ultimo che veniva a trovare fondamento normativo mediante il successivo DPCM del 26 aprile 2020 (in vigore sino al 17 maggio 2020) il cui art. 2 co. 6 imponeva alle attività non sospese il rispetto dei relativi contenuti nonché, nei rispettivi ambiti di competenza, il Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri, sottoscritto il 24 aprile 2020, di cui all'allegato 7 e il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 8.

Se già questi brevissimi richiami iniziali rendono immediatamente percepibile come l'intreccio normativo si presenti a dir poco spinoso, nondimeno essi riescono a far emergere l'importanza centrale che, nella

realtà aziendale e lavorativa in genere, sono venuti ad assumere i Protocolli richiamati, vero esito operativo e punto di riferimento per datori di lavoro e aziende in questo clima di «inquinamento normativo»<sup>4</sup>.

In particolare il Protocollo del 24 aprile 2020 si articola in tredici misure di precauzione – la cui natura, come si vedrà, sembra in certa misura elastica – le quali rappresentano lo standard minimo di tutela che dovrebbe essere garantito in ogni ambiente di lavoro, ferma restando la possibilità (*recte*: la necessità) di adattare e di integrare i presidi ivi divisati mediante più stringenti, efficaci e pervasive misure dettate dalle specifiche peculiarità delle singole realtà aziendali.

Da ultimo, preme ricordare come nelle more di stesura di questo contributo sia entrato in vigore il d.l. n. 23/2020, definito emblematicamente decreto rilancio, il quale, nell'articolato testo normativo, conferma l'obbligatorietà per il datore di lavoro di dare applicazione nella singola realtà aziendale alle misure di contenimento del virus divise nei Protocolli richiamati. Ed ancora, per il periodo 18 maggio-31 luglio, di rilievo si presentano il d.l. n. 33/2020 (il quale richiama l'art. 4, d.l. n. 19/2020, con riferimento alle sanzioni applicabili in caso di violazione), il d.l. n. 34/2020 e il DPCM 17 maggio 2020.

### 3. Rischio Sars-Cov-2 e obbligo di aggiornamento del DVR

Tracciato come sopra il quadro normativo di riferimento, preme ora, prima di scendere nei problemi più spiccatamente penalistici, soffermarsi sulla natura che il rischio da contagio SARS-CoV-2 presenta, onde comprendere se esso rientri o meno nell'area di rischio che il datore di lavoro, quale primo garante della sicurezza aziendale, è chiamato a individuare, valutare e governare.

L'emergenza coronavirus, del resto, ha ingenerato notevoli incertezze in ordine al coordinamento tra le varie misure di cui ai provvedimenti normativi sopra richiamati – in particolare i protocolli condivisi – ed il sistema disegnato dal d.lgs. n. 81/2008.

Potendosi escludere che i vari interventi normativi citati rappresentino nuove disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e concretizzino, piuttosto, delle indicazioni operative<sup>5</sup> volte ad implemen-

<sup>4</sup> L'espressione, benché utilizzata in una diversa cornice argomentativa da G. AMENDOLA, *I reati ambientali nel Codice Penale. Una difesa dall'inquinamento normativo*, «Guida al diritto», 1999, XVI, pp. 13 e sg., sembra ben attagliarsi anche al contesto attuale.

<sup>5</sup> Cfr. G. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a con-*

tare le attività produttive (quelle non sospese prima, quelle che gradualmente hanno «riaperto i battenti» poi), il primo tema problematico che viene a porsi – e che invero ha acceso un vivo dibattito<sup>6</sup> – afferisce all'obbligatorietà o meno di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi (DVR). Interrogativo che, nei casi di affidamento di lavori, servizi o forniture ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi nell'ambito dell'azienda, si riferisce alla necessità o meno di aggiornare il DUVRI (Documento unico di valutazione dei rischi interferenziali).

Da un lato vi è chi sostiene che tale documento debba essere aggiornato alla luce di una corale considerazione delle norme che presidiano la salute e la sicurezza sul lavoro, facendo leva ermeneutica sia sulle disposizioni di carattere generale (in specie artt. 2, comma 1, lett. *o* e *q*, 15, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 81/2008) sia su quelle più specifiche (art. 17, lett. *a*, 20 comma 2, e Titolo X del d.lgs. cit.).

Dall'altro lato, al polo opposto, vi è chi sostiene come non sia, ed invero non possa essere, richiesto al datore di lavoro una vera e propria valutazione del rischio da Covid-19, con la conseguente elaborazione di una formale modifica al DVR, essendosi dinanzi ad una pandemia (mondiale) il cui rischio è rimesso alla valutazione operata dall'Autorità *pubblica* per ragioni di sicurezza *pubblica*, in una dimensione che trascende la singola realtà aziendale e che impone al datore di lavoro 'solamente' di applicare le misure individuate dalla predetta Autorità (alle quale egli non può e non deve sostituirsi).

Benché la questione appaia, allo stato, sopita, giacché la Direzione Prevenzione, Sicurezza Alimentare e Veterinaria della Regione Veneto e il

*fronto con l'emergenza epidemiologica da covid-19*, «Giustizia Insieme» (22 aprile 2020), < <https://www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/117-diritto-dell-emergenza-covid-19/1025-salute-e-sicurezza-nei-luoghi-di-lavoro-covid>>.

<sup>6</sup> A titolo esemplificativo cfr. C.G. CATANOSO, *La valutazione dei rischi e il DVR ai tempi del Coronavirus*, «Puntosicuro», 27.02.2020, < <https://www.puntosicuro.it/valutazione-dei-rischi-C-59/la-valutazione-dei-rischi-il-dvr-ai-tempi-del-coronavirus-AR-19861/>>; C. CORSINI, M. ZAMBRINI, *Compliance aziendale, tutela dei lavoratori e gestione del rischio pandemico*, «Giurisprudenza penale», 2020; R. DUBINI, *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, «Puntosicuro», 2 marzo 2020, <<https://www.puntosicuro.it/rischi-da-agenti-biologici-C-52/covid-19-sulla-valutazione-dei-rischi-da-esposizione-ad-agenti-biologici-AR-19868/>>; C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, «Diritto della sicurezza sul lavoro», 1-2020, I, pp. 136 e sg.; P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, «Diritto della sicurezza sul lavoro», 1-2020, I, pp. 117-135.

Dipartimento di Igiene e Prevenzione Sanitaria della Regione Lombardia, nonché l'Ispettorato Nazionale del Lavoro con Nota n. 89/2020 hanno ritenuto (salvo che si tratti di ambienti di lavoro sanitario o socio sanitario) *non* necessario un aggiornamento del DVR in considerazione del fatto che il rischio da contagio Covid-19 rappresenta un rischio non riconducibile all'attività e ai cicli di lavorazione, va nondimeno precisato che di diverso avviso si è manifestata l'Agencia europea per la salute e la sicurezza sul lavoro: quest'ultima, nel documento «*Covid-19: guidance for the workplace*» ha fornito delle linee guida per affrontare l'emergenza epidemiologica e ha rilevato che le misure di prevenzione adottate «*dovrebbero essere incluse nella valutazione del rischio sul luogo di lavoro che copre tutti i rischi*»<sup>7</sup>.

Affrontare la questione in termini più rigorosi, dunque, non sembra operazione di mero esercizio logico, neppure oggi, allorquando i provvedimenti che si susseguono rapidamente sembrano confermare la non necessità di tale aggiornamento del DVR: siffatta conclusione, che pur si ritiene corretta in linea di principio, necessita di essere edificata su un'attenta valorizzazione delle norme e, ancor prima, dei principi e delle logiche che reggono il sistema della salute e sicurezza sul lavoro nel nostro ordinamento.

Come noto, l'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, impone di rielaborare immediatamente il documento di valutazione rischi nel rispetto delle modalità di cui all'art. 28 co. 1 e 2 al cospetto di «*modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità*». E siffatta operazione deve avvenire nella dimensione individuata dall'art. 2, lett. q), e dall'art. 28, d.lgs. n. 81/2008, di «*valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività...*» in coerenza con i principi tracciati dalla Direttiva quadro n. 89/391/CEE.

### **3.1. La tesi secondo cui il DVR riguarda tutti i rischi**

Da questi riferimenti normativi in ordine al DVR, alcuni commentatori hanno fatto discendere un vero e proprio obbligo di formale aggior-

<sup>7</sup> Cfr. G. FAVA, *Fase 2 - Responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio da contagio*, in «Centro Studi Levatino», 5 maggio 2020, <<https://www.centrostudilivatino.it/fase-2-responsabilita-del-datore-di-lavoro-per-linfortunio-da-contagio>>.

namento anche in ordine al rischio da contagio SARS-CoV-2 mediante la sinergica lettura degli artt. 15, lett. a), b) e c), 17, lett. a), 28 commi 1 e 2, d.lgs. n. 81/2008.

In particolare, il percorso argomentativo si snoda secondo i seguenti passaggi logici: l'art. 15, lett. a), parla di «tutti» i rischi; l'art. 15, lett. b), richiede di integrare, nella prevenzione, l'influenza dei fattori dell'ambiente generalmente inteso, dunque anche con riferimento ad emergenze sanitarie; l'art. 15, lett. c), impone di ridurre al minimo i rischi così individuati<sup>8</sup>. Ancor più specificamente, un'analisi dell'art. 15, lett. b), condotta alla luce dell'ampiezza semantica del concetto di salute<sup>9</sup> e della definizione di prevenzione<sup>10</sup> accolte nel t.u.s.l., dischiuderebbe l'orizzonte di una «salute circolare» in cui la logica sarebbe quella di un «rapporto reciproco e bidirezionale» tra i rischi interni e quelli esterni di un'azienda intesa in termini (non reificati, ma) di organizzazione dei fattori produttivi, in una sorta di permeabilità tra organizzazione lavorativa e ambiente esterno in senso ampio<sup>11</sup>.

Analogamente l'art. 17, lett. a), t.u.s.l., richiede una valutazione di «tutti» i rischi; rischi la cui globale dimensione viene ribadita dal sopra citato art. 28 del medesimo d.lgs., in specie al comma 2, ove si precisa che il DVR deve contenere «una relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute durante l'attività lavorativa». Ne conseguirebbe che la congiunta lettura di tali disposizioni porterebbe a concludere

<sup>8</sup> G. DE FALCO, *La normativa*, cit., p. 2 s.

<sup>9</sup> Cfr. art. 2, lett. o), d.lgs. n. 81/2008: la salute viene definita come «*stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente soltanto in un'assenza di malattia o d'infermità*». Concetto che, per la sua ampiezza, è stato definito in dottrina come «olistico» in un'integrazione via via crescente di salute e ambiente (cfr. specificamente C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in «Diritto della sicurezza sul lavoro», 2020, I, p. 143).

<sup>10</sup> Cfr. art. 2, lett. n), d.lgs. n. 81/2008, a mente della quale prevenzione coincide con «*il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute e della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno*».

<sup>11</sup> Le espressioni sono tratte da C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute*, cit. L'Autrice, alimentandosi proprio del c.d. pensiero laterale dischiuso dal tema della salute circolare – e dalle suggestioni di I. CAPUA, *Salute circolare. Una rivoluzione necessaria*, EGEA, Milano, 2019 («Cultura e società») – affronta il tema dell'integrazione tra salute e sicurezza sul luogo di lavoro e ambiente da una prospettiva innovativa, cogliendo le problematiche attuali del rischio Covid-19 a banco di prova (e nel contempo a motore propulsivo) di riflessioni verso un «più moderno diritto della salute e sicurezza sul lavoro».

per la necessità di una valutazione globale, idonea a ricomprendere tutti i rischi ai quali il lavoratore sia esposto «durante» l'attività lavorativa, valorizzando tale lemma («durante») quale indicazione legislativa di una connessione «cronologica», e non eziologica, tra lavoro e rischio<sup>12</sup>.

Ancora, secondo taluni<sup>13</sup>, verso un obbligo di aggiornamento del DVR militerebbe la lettura di talune norme del Titolo X del t.u.s.l., facendosi principalmente leva sull'ampiezza semantica della disposizione di apertura di cui all'art. 266<sup>14</sup> e sull'indicazione proveniente dall'art. 271 d.lgs. cit. Quest'ultima, in particolare, accorda al datore di lavoro la possibilità di non adottare talune delle misure del Titolo X ove le ritenga non necessarie a seguito di valutazione in ordine al rischio derivante da attività che, pur non consistendo in una deliberata intenzione di operare con agenti biologici, implicino, per le modalità di lavorazione o per i materiali impiegati, un possibile rischio biologico. Ne deriverebbe che la valutazione da rischio biologico sarebbe doverosa anche al cospetto di agenti patogeni che, pur non avendo nulla a che fare con l'organizzazione produttiva, trovino nondimeno in essa «un'occasione».

Infine, a favore dell'obbligatorietà dell'aggiornamento del DVR, si richiama ancora una volta l'art. 29, comma 3, t.u.s.l. – in tal modo chiudendosi il cerchio argomentativo – ponendo in evidenza come (i) nel mutamento significativo del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro o (ii) nelle modifiche apprezzabili al grado dell'evoluzione della tecnica, delle prevenzioni e della protezione ai quali viene normativamente ancorato l'obbligo di aggiornamento del DVR, possano rientrare i mutamenti organizzativi derivanti dall'ottemperanza alle misure di prevenzione del contagio che il datore di lavoro è tenuto ad applicare in forza della normativa emergenziale.

Se la lettura sinergica di queste argomentazioni può certamente suscitare una certa suggestione a favore della tesi sopra richiamata, si ritiene corretto indugiare con maggiore acribia sui vari passaggi logici proposti,

<sup>12</sup> Cfr. G. DE FALCO, *La normativa*, cit., p. 4.

<sup>13</sup> G. DE FALCO, *La normativa*, cit., 5 ss. Si veda anche la bibliografia ivi citata.

<sup>14</sup> L'art. 266 t.u.s.l. sancisce l'applicabilità delle disposizioni del Titolo X «a tutte le attività lavorative nelle quali vi è il rischio di esposizione ad agenti biologici», ove per agente biologico si intende, ai sensi del successivo art. 267, lett. a) «qualsiasi microrganismo anche se geneticamente modificato, coltura cellulare ed endoparassita umano che potrebbe provocare infezioni, allergie o intossicazioni».

onde verificarne la «effettiva tenuta» logico-sistematica, ripercorrendoli secondo l'ordine di esposizione in chiave confutativa.

### **3.2. Un punto fermo: il datore di lavoro è tenuto a valutare solo il rischio aziendale**

Come lucidamente osservato in dottrina, al fine di comprendere se il rischio da SARS-CoV-2 rientri o meno nell'oggetto della predetta obbligatoria (ri)valutazione del rischio, non sembra sia possibile limitarsi a far leva sul fatto che la legge imponga di valutare «*tutti*» i rischi, dovendosi per contro valorizzare adeguatamente, proprio a partire dall'art. 29, d.lgs. 81/2008, la stretta connessione che l'indicazione legislativa traccia tra questi lemmi («tutti i rischi») e la successiva specificazione: «*presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività*», individuando dunque i rischi connessi «*al contesto strutturale, strumentale, procedurale e di regole che il datore di lavoro ha concepito e messo in atto per il perseguimento delle proprie finalità produttive*»<sup>15</sup> secondo una logica che trascende il mero piano cronologico e richiede, invece, una più stretta connessione tra rischio e organizzazione produttiva.

In questa diversa chiave di lettura, andrebbe dunque ricalibrata anche l'interpretazione delle norme generali variamente connesse all'obbligo di valutazione dei rischi (artt. 15, 17 e 28, d.lgs. cit.) sulle quali la tesi in confutazione si è sviluppata.

Da altro angolo prospettico non può certo disconoscersi che il d.lgs. n. 81/2008, nel Titolo X, predisponga una specifica disciplina in ordine all'esposizione ad agenti biologici.

A tal proposito, però, deve essere immediatamente – e più attentamente – posto in luce come siffatta disciplina (artt. 266-286) abbracci tutte (e sole) le attività lavorative nelle quali il rischio di esposizione ad agenti biologici derivi da (i) una scelta del datore di lavoro che deliberatamente intenda «*esercitare attività che comportino uso di agenti biologici*» (con conseguenti obblighi comunicativi di cui all'art. 269, comma 1, e autorizzativi di cui all'art. 270, comma 1); (ii) organizzazioni dell'attività lavorativa che, pur non concretizzando alcuna deliberata intenzione di operare con agenti biologici, possano implicare, *per le modalità di esercizio*, il ri-

<sup>15</sup> P. PASCULLI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, «Diritto della sicurezza sul lavoro», 2019, II, p. 99. L'Autore, secondo una linea metodologica che si condivide, affronta la tematica del rischio Covid-19 nel sistema di salute e sicurezza sul lavoro, valorizzando i riferimenti normativi divisati nel d.lgs. n. 81/2008 ed il loro sinergico lavorare.



schio di esposizioni dei lavoratori (richiamandosi esemplificativamente le attività di cui all'Allegato XLIV del t.u.s.l.) o attività in cui il rischio biologico sia intrinsecamente *connesso all'uso di una certa strumentazione o di certi materiali e lavorazioni*<sup>16</sup>.

Questa specificazione rende sufficientemente chiaro come il d.lgs. n. 81/2008, nel considerare il rischio biologico, si riferisca ad ipotesi di agenti che trovino in qualche modo radice *eziologica* (e non mera occasione di contesto) nel lavoro, non sembrando residuare alcuno spazio, almeno nell'attuale impostazione dell'art. 266 cit., per un agente biologico, proveniente *aliunde* ed avente un raggio d'azione praticamente coincidente con il pianeta<sup>17</sup>, che si innesti *ab extra* in un ambiente lavorativo privo di agenti biologici derivanti dalla sua fisiologica (od anche patologica) estrinsecazione.

Facendosi dunque guidare dal dato normativo attuale, da un lato, le coordinate generali di cui agli artt. 15, 17, 28 e 29 t.u.s.l. circoscrivono pur sempre l'area di rischio da governare da parte del datore di lavoro a dei rischi specifici, connessi in via ontologica o funzionale all'attività espletata; dall'altro, anche le norme particolari di cui al Titolo X, a dispetto dell'apparente onnicomprensività dei rischi di cui all'art. 266, d.lgs. n. 81/2008 («*tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici*»), vengano poi a circoscrivere la loro sfera di operatività, ove tale rischio di esposizione ad agenti biologici viene considerato in quanto causato da un uso deliberato di essi da parte del datore di lavoro o (ex art. 271, comma 4) ove, pur non essendovi l'intenzione di operare con tali agenti biologici, il datore organizzi un'attività produttiva – come quelle di cui all'allegato XLIV – le cui modalità di esecuzione possono sprigionare un'esposizione agli agenti biologi citati.

Ne deriva che ove il rischio biologico si configuri come «generico» e l'organizzazione rappresenti, in virtù delle modalità di trasmissione del

<sup>16</sup> P. PASCELLI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli*, cit., p. 101, ove viene richiamato, ad esemplificare le attività che possano per loro natura esporre a rischio di agenti biologici pur in assenza di una deliberata scelta del datore di lavoro, il rischio tetanico nell'attività di falegnameria.

<sup>17</sup> La precisazione si rende rilevante in relazione alla possibile (ed invero doverosa) valutazione del rischio di contagio in relazione a particolari agenti patogeni connessi a certe zone geografiche circoscritte ove sia possibile che il prestatore di lavoro debba recarsi per espletare le proprie mansioni. Sul tema cfr. L. ANGELINI, C. LAZZARI, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, «Diritto della sicurezza sul lavoro», 2019, II, pp. 73 e sg.; R. NUNIN, *Rischio geopolitico ed attività di ricerca: alcune osservazioni in materia di valutazione, prevenzione e responsabilità*, «Diritto della sicurezza sul lavoro», 2016, II, pp. 56 e sg.

virus, una delle tante possibili occasioni di contagio, spetterà alla Pubblica Autorità (e non già al datore di lavoro) procedere a valutare tale rischio e ad individuare le misure più opportune, *a fortiori* se tale individuazione deve avvenire, nel clima di incertezza scientifica dell'emergenza, con la rapidità necessaria a contrastare efficacemente la pandemia.

Si potrebbe al proposito affermare, cercando di riassumere in un'unica espressione quanto detto, che, a ben vedere, il lavoratore non viene esposto al rischio da contagio SARS-CoV-2 a cagione del lavoro, ma, piuttosto, che egli è esposto a tale rischio *anche* nel luogo di lavoro, con la conseguenza di porre in evidenza come le misure predisposte dalla Pubblica Autorità si manifestino destinate a tutelare la popolazione (anche) *nei* luoghi di lavoro (e non *dai* luoghi di lavoro).

Del resto, su di un piano generale, deve essere valorizzato l'intreccio gordiano tra l'obbligo di valutazione dei rischi e le note caratterizzanti la figura del datore di lavoro. Il datore di lavoro, infatti, è tenuto all'obbligo di valutazione dei rischi (e alla elaborazione del conseguente documento) in quanto responsabile dell'organizzazione ed esercente dei poteri decisionali e di spesa (ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 81/2008, nella sua anima sostanziale<sup>18</sup>). E non è un caso che siffatto obbligo non sia delegabile: benché possa (ed anzi, in certi casi, debba) farsi coadiuvare da figure tecniche come l'RSPP o il medico competente (sul quale si è auspicato un potenziamento in un'ottica di maggiore integrazione tra SSN e azienda<sup>19</sup>) nell'espletarlo, il compito di valutare i rischi grava sul solo datore di lavoro perché soltanto al datore di lavoro spetta il potere di organizzare la propria attività produttiva nell'ambito della libertà costituzionalmente riconosciutagli dall'art. 41 della Carta Fondamentale.

Se solo il datore, dunque, può valutare i rischi che la propria attività produttiva innesca (sia all'interno, sui lavoratori; sia all'esterno, in ottica «integrata», sull'ambiente latamente inteso) e strutturare di conseguenza

<sup>18</sup> Sulla definizione di datore di lavoro divisata nel t.u.s.l. si veda S. TORDINI CAGLI, *I soggetti*, in D. CASTRONUOVO et al., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, G. Giappichelli Editore, Milano, 2016, pp. 69 e sg.

<sup>19</sup> Cfr. C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute*, cit., la quale, in una prospettiva *de iure condendo* individua i limiti del dato normativo attuale e le potenzialità dischiuse, per contro, in un coinvolgimento generalizzato del medico competente, il quale intervenendo sin dalle prime battute della valutazione del rischio potrebbe meglio indirizzare il datore di lavoro anche nell'individuare possibili fonti di rischio per la salute, auspicandone poi un più stretto collegamento con il SSN, in un sistema integrato che consideri luogo di lavoro e ambiente esterno nei vicendevoli scambi bidirezionali sempre più implicati dalla globalizzazione.

la propria organizzazione aziendale in ossequio ai limiti di cui all'art. 41 Cost., risulta evidente che l'oggetto di valutazione dei rischi oggi diviso nel t.u.s.l. non può estendersi a tal punto da farvi rientrare anche rischi che non siano correlati all'attività produttiva intrapresa.

In altri termini, al fine di individuare quale sia l'ampiezza della valutazione che il datore di lavoro è tenuto ad effettuare in virtù dell'attuale sistema di salute e sicurezza sul lavoro, deve essere ancora mantenuta ben salda la distinzione tra rischi «generici» (che incombono sull'azienda così come sull'intera popolazione) e rischi «specifici» (che vengono innescati dalla singola realtà aziendale e che con essa esibiscono una più pregnante connessione), essendo solo questi ultimi a dover rientrare nell'orizzonte deontico della valutazione del datore di lavoro, poiché solo su questi egli esercita, di fatto, una qualche forma di signoria decisionale.

### **3.3. Il patogeno SARS-CoV-2 rappresenta un rischio generico o specifico?**

La risposta al quesito di partenza, dunque, passa a ben vedere per la risoluzione di un altro interrogativo, che forse si pone ancor più a monte: il rischio biologico di SARS-CoV-2 è un rischio «generico» o «specifico»?

La risposta, invero, sembra non suscitare particolari difficoltà.

Se è, infatti, evidente che il rischio biologico da coronavirus, concretizzandosi mediante contatto sociale, può proiettarsi nell'organizzazione aziendale, è parimenti evidente che – salvo in alcune specifiche attività, quali quelle dei servizi sanitari o infermieristici – tale rischio rappresenta pur sempre un rischio «generico», che non trae radice eziologica nell'organizzazione produttiva e che, al più, trova in essa l'occasione per diffondersi<sup>20</sup> (non diversamente da quanto accade in altri frangenti di vita quotidiana).

Che la Pubblica Autorità, mediante l'enucleazione – pur con modalità costituzionalmente discutibili – di protocolli e misure anti-contagio da applicarsi obbligatoriamente nelle realtà d'impresa, abbia avocato a sé poteri che normalmente spetterebbero al datore di lavoro, peraltro, finisce per confermare la natura «generica» del rischio da SARS-CoV-2: il datore di lavoro non ha definito le misure che dovrà applicare nella propria struttura organizzativa a valle dell'individuazione e della valutazione dello specifico rischio promanante dalla (o comunque connesso alla) propria attività, ma si deve limitare ad applicare le misure e i presidi che sono stati

<sup>20</sup> Cfr. P. PASCULLI, *Coronavirus*, cit., p. 100.

individuati dall'Autorità Pubblica. Ciò significa, peraltro, che le modifiche organizzative che il datore di lavoro dovrà pur attuare onde adattare le misure protocollari alla propria singola realtà non deriveranno da una sua autonoma scelta, bensì da decisioni prese a monte, da chi gestisce, a livello centrale, l'emergenza.

Se allora l'obbligo di valutazione dei rischi di cui agli artt. 17, 28 e 29 t.u.s.l. è strettamente connesso al ruolo del datore di lavoro come depositario del potere di scelta e di spesa, nel caso del coronavirus, posto che la scelta è stata fatta della Pubblica Autorità, si deve concludere che il rischio all'origine di questa scelta non sia governabile dal datore di lavoro, ne trascenda la signoria e rifluisca, in fondo, in un rischio generico.

Alcuni hanno evidenziato come ogni modifica, anche quella imposta dall'adeguamento alle misure dell'Autorità Pubblica, implichi nondimeno una nuova valutazione.

In questo argomentare, vi è tuttavia, a parere di chi scrive, un'inversione logica: se è pur vero che l'adozione delle misure oggi divise nei Protocolli condivisi rende necessaria un'oculata valutazione strategica dal parte del datore di lavoro, chiamato e ridisegnare le geometrie del proprio piano produttivo in ossequio ai limiti imposti dalla Pubblica Autorità alla relativa libertà di iniziativa economia, va pur sempre ricordato che tale adattamento discende dalla valutazione del rischio a monte effettuata dal Legislatore dell'emergenza (cioè l'Esecutivo) e che esso (l'adattamento) rappresenta dunque l'effetto di un rischio valutato *in alto loco*, e non la causa di una valutazione di un nuovo rischio<sup>21</sup>.

Se il problema SARS-CoV-2 attiene dunque alla salute pubblica, è stato oggetto di valutazione dell'Autorità pubblica e manifesta un rischio generico che solo di riflesso riguarda l'organizzazione lavorativa, allora sembra davvero arduo onerare il datore di lavoro di una valutazione rischi che, nella realtà, è già stata eseguita, con ben altri strumenti, dall'Autorità statale (coadiuvata peraltro dalle competenti Autorità regionali).

Una diversa conclusione, peraltro, comporterebbe un non indifferente problema di possibile diversificazione delle misure preventive adottate dai singoli datori di lavoro sul territorio nazionale. Ogni datore, infatti, potrebbe individuare e adottare misure diverse a valle di una diversifi-

<sup>21</sup> Peraltro quest'inversione logica non sfugge nemmeno a chi sostiene la tesi dell'obbligatorietà di aggiornamento del DVR, ancorché si cerchi di superarla evidenziando come ogni mutamento implichi a sua volta una valutazione. Certamente dal punto di vista logico ciò appare corretto, eppure ragionando in tal modo si rischierebbe di innescare una catena a ritroso in cui causa ed effetto verrebbero a confondersi in un inaccettabile allontanamento dal dato normativo.

cata valutazione del rischio covid-19, sino a giungere ad un paradossale risultato (che però si dovrebbe ammettere per coerenza logica interna al ragionamento): si dovrebbe cioè ammettere che ove il datore di lavoro ritenga non presente il rischio di contagio da SARS-CoV-2 nella propria realtà aziendale, potrebbe non adottare misura alcuna e proseguire l'attività. Esito, all'evidenza, non accettabile alla luce dei vari strumenti normativi attualmente vigenti i quali, per quanto confusi e affastellati, convergono tuttavia chiaramente nel ritenere doverosa, per ogni datore di lavoro, l'applicazione delle misure individuate dal combinato disposto dei Protocolli del 14 marzo e del 24 aprile 2020<sup>22</sup>.

Infine, un'ulteriore osservazione depone per la non obbligatorietà dell'aggiornamento formale del DVR: domandandosi in che cosa si risolverebbe questa valutazione del rischio, emerge con chiarezza che il singolo datore di lavoro, non disponendo degli strumenti e delle conoscenze – nemmeno ove affiancato da RSPP, medico competente e RLS – per valutare i possibili rischi da SARS-CoV-2, non potrebbe in alcun modo dar seguito ad una vera e propria valutazione del rischio ai sensi degli artt. 17, 28 e 29 t.u.s.l., non venendogli in soccorso nemmeno la specifica disciplina presente nel Titolo X con riguardo al rischio biologico.

Gli stessi detrattori della tesi della non obbligatorietà dell'aggiornamento DVR, devono ammettere, infatti, come la disciplina del t.u.s.l. si manifesti lacunosa nell'individuare le modalità attraverso le quali si dovrebbe valutare lo specifico rischio da contagio SARS-CoV-2, poiché le indicazioni di cui all'art. 271, pur utili e necessarie, non risultano sufficienti: si pensi al problema della classificabilità dell'agente patogeno SARS-CoV-2 all'interno degli agenti biologici di cui al gruppo 2, 3 o 4 dell'art. 268, comma 1, d.lgs. n. 81/2008. L'opzione, come correttamente posto in luce, non è priva di risvolti pratici e la relativa incertezza, addensando possibili responsabilità sul datore di lavoro, dovrebbe essere superata mediante un chiaro intervento legislativo e non mediante una più o meno elastica operazione interpretativa.

D'altro canto, senza i poteri e le competenze necessarie per la valutazione di un rischio tanto insidioso quanto generico come il Covid-19, l'aggiornamento del DVR che si pretenderebbe dal datore di lavoro si ridurrebbe a mero adempimento burocratico-formale; un adempimento, per giunta, che, oltre a porsi in contrasto con il principio di effettività che permea il sistema della salute e sicurezza sul lavoro, si rivelerebbe anche

<sup>22</sup> Da interpretare ed integrare con i vari protocolli Regionali e aziendali.

inidoneo a consentire quella signoria (o gestione) sul rischio preso in considerazione che rappresenta lo snodo funzionale del DVR stesso.

Ciò ovviamente non significa che il datore di lavoro non sia tenuto a rispettare, applicandole, le misure di contenimento e *lato sensu* di sicurezza preventiva che la Pubblica Autorità ha dettato per fronteggiare il Covid-19, giacché sul medesimo datore incombono pur sempre gli obblighi derivanti dalla peculiare posizione di garanzia che egli riveste in forza dell'art. 2087 c.c. (sulla quale si veda *infra*). Egli anzi dovrà applicare i richiamati protocolli mediante il c.d. Piano di intervento. E certamente, in questo senso, sarà opportuno per il datore, onde dare evidenza di quanto fatto per adattare la propria realtà produttiva alle indicazioni dell'Autorità Pubblica, raccogliere documentazione precisa, specifica e ordinata delle modifiche apportate al proprio ciclo produttivo, ai propri locali e, in senso ampio, alla propria organizzazione. Così come parimenti opportuno è che il datore di lavoro raccolga siffatte evidenze documentali in un'apposita appendice al DVR.

Al proposito si impone un'ultima precisazione. Quanto ora detto non significa certo che parlare di vero e proprio aggiornamento del DVR o di Piano di intervento in un'appendice allo stesso si riduca, in fondo, ad una mera questione nominativa, priva di risvolti pratici sostanziali.

Al contrario, se si conviene con la linea interpretativa proposta, si dovrà porre in luce come la riorganizzazione interna che anche si rendesse necessaria per ottemperare alle direttive dell'Autorità pubblica (unico soggetto che può e deve valutare il rischio SAR-CoV-2), consisterebbe pur sempre in un adeguamento a misure pubbliche, non assimilabili ad un vero e proprio aggiornamento della valutazione rischi *ex art.* 29, d.lgs. n. 81/2008. Ne deriva – ed ecco i rilevanti risvolti pratici di cui si diceva – che l'eventuale inosservanza non potrà rilevare ai sensi dell'art. 55 t.u.s.l., ponendo «fuori campo» le fattispecie contravvenzionali<sup>23</sup> previste dal sistema di salute e sicurezza sul lavoro afferenti all'omessa (o inadeguata o parziale) valutazione del rischio<sup>24</sup>, trovando piuttosto il corredo sanzio-

<sup>23</sup> Ulteriore problema, che in questa sede ci si può limitare soltanto a far emergere senza indugiare, afferisce all'individuazione, nel caso del rischio da SARS-CoV-2, del *dies a quo* del termine di 30 giorni entro il quale dar seguito all'aggiornamento del DVR. Si tratta, all'evidenza, di un ulteriore profilo che milita contro la tesi dell'obbligo di aggiornamento formale del DVR.

<sup>24</sup> Cfr. sul tema, in termini generali, V. TORRE, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti primarie*, e ID., *Le contravvenzioni a carattere generale del t.u.s.l.*, in D. CASTRONUOVO et al., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, cit., rispettivamente pp. 37 e sg. e 144 e sg.

natorio che presidia l'adozione delle misure anti-contagio dei protocolli nella disciplina specifica<sup>25</sup> che ha previsto i medesimi.

#### 4. L'art. 2087 c.c. come fonte della posizione di garanzia del datore di lavoro

Sebbene non si ritenga configurabile – come sopra visto – al di fuori delle ipotesi di attività sanitarie o a queste assimilabili (nelle quali il contagio SARS-CoV-2 diviene un rischio specifico<sup>26</sup>) un obbligo di vero e proprio aggiornamento del DVR, nondimeno si è persuasi che il datore di lavoro sia tenuto ad adottare tutte le cautele precauzionali definite dall'Autorità pubblica e divise nei Protocolli condivisi del 14 marzo e del 24 aprile 2020, giacché «*quello che costituisce un gravissimo problema di "salute pubblica" per tutta la popolazione nei fatti diviene anche un problema di salute sul lavoro*»<sup>27</sup>. E ciò trova espressa conferma nell'art. 2 del DPCM 26 aprile 2020 il quale, nel richiamare espressamente i vari protocolli (compresi quelli specifici per l'edilizia, il trasporto e la logistica) e nel prescrivere il rispetto dei rispettivi contenuti, ha attribuito ai medesimi natura normativa.

In altri termini, poiché il contagio da coronavirus – che pure è e rimane un rischio generico incombente su tutta la popolazione – può trovare terreno fertile negli ambienti di lavoro in virtù della contiguità dei soggetti che vi operano, il datore di lavoro è pur sempre tenuto dal generale obbligo di «*adottare, nell'esercizio dell'impresa, le misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*».

L'art. 2087 c.c. rappresenta infatti, come ben noto, la fonte della posizione di garanzia del datore di lavoro, il quale, pur non dovendosi fare carico, per le ragioni suddette, dell'applicazione del Titolo X t.u.s.l., dovrà tuttavia garantire l'adozione, nella propria realtà aziendale, delle misure

<sup>25</sup> Sul punto, non potendosi dilungare oltre in ordine alla tematica del rischio, si rinvia alle approfondite considerazioni di P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in «Diritto della sicurezza sul lavoro» 2020, I, pp. 117 e sg. ancora valide pur nel parzialmente mutato quadro normativo.

<sup>26</sup> In ordine ad alcuni dei problemi dischiusi dal diverso contesto dell'attività sanitaria, cfr. G. LOSAPPIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, «Giurisprudenza penale», web, 23 marzo 2020, <<https://www.giurisprudenzapenale.com/2020/03/23/covid-19-e-infortuni-sul-lavoro-in-ambito-ospedaliero/>>.

<sup>27</sup> Cfr. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 104.

di prevenzione dettate dall'Autorità pubblica, adattandole alle specifiche peculiarità produttive della propria organizzazione con un certo margine di discrezionalità.

Come è stato posto in luce in dottrina, tuttavia, nella prassi giurisprudenziale l'art. 2087 c.c. è stato interpretato in chiave eminentemente «promozionale»<sup>28</sup>, venendo interpretato non più solo come elemento strutturale, in combinato disposto con l'art. 40 cpv. c.p., della responsabilità omissiva del datore di lavoro, ma anche quale norma di chiusura del sistema prevenzionistico, fonte di un dovere di diligenza ulteriore e ben più esteso di quello risultante dalle disposizioni t.u.s.l.

In altri termini una norma nata come fonte del debito di sicurezza, da specificarsi poi nelle più puntuali regole cautelari o pre-cautelari volte a fornire la disciplina modale della condotta richiesta al datore di lavoro, è divenuta nelle aule giudiziarie una norma che rappresenta essa stessa la regola modale (oltre che la fonte della suddetta posizione di garanzia<sup>29</sup>) con tutti i conseguenti rischi di amputazione dell'accertamento relativo alla effettiva sussistenza di una colpa penalmente rilevante (sul punto si veda più ampiamente *infra*).

Sebbene una tale opzione ermeneutica potesse, tutto sommato, giustificarsi in relazione al quadro normativo italiano sino ai primi anni '50, volgendosi a sopperire alla mancanza di una disciplina specifica dei doveri preventivo-cautelari incombenti sul datore di lavoro, successivamente all'evoluzione legislativa del nostro ordinamento (avvenuta peraltro sulla spinta delle direttive europee) la giurisprudenza avrebbe dovuto riportare l'art. 2087 c.c. all'originaria funzione di fonte dell'obbligo giuridico, per il datore, di impedire l'evento ex art. 40 cpv. c.p.<sup>30</sup>. E la necessità di un tale ridimensionamento ermeneutico, volto a riportare all'originaria funzione l'art. 2087 c.c., avrebbe dovuto rendersi ancor più evidente dopo l'introduzione del d.lgs. n. 81/2008, la cui logica prevenzionistica trova articolazione operativa tanto nelle misure generali di tutela previste dall'art. 15 e negli obblighi del datore di lavoro (e del dirigente) di cui all'art. 18, quan-

<sup>28</sup> Cfr. P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, III, 2, diretto da E. Dolcini, G. Marinucci, CEDAM, Padova, 2009, p. 400.

<sup>29</sup> In ordine alla sovrapposizione tra dovere di garanzia e dovere di diligenza, cfr. C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, «Rivista italiana di medicina legale», 1992, pp. 829 e sg.

<sup>30</sup> Cfr. V. TORRE, *La valutazione*, cit., 58.



to nelle specifiche regole (di cui talune pre-cautelari e solo altre cautelari in senso proprio<sup>31</sup>) divise nell'allora nuovo *corpus* normativo.

Di conseguenza, se l'intero sistema di tutela della salute e sicurezza sul lavoro venutosi a creare in Italia risultava operante attraverso un robusto intreccio di norme prescrittive e organizzativo-procedurali divise nel d.lgs. n. 81/2008 (la cui violazione, peraltro, viene dallo stesso autonomamente sanzionata, in via per lo più contravvenzionale), l'art. 2087 c.c. avrebbe dovuto, nell'interpretazione giurisprudenziale, ritirarsi dal piano della colpa (anche generica) a quello oggettivo di fonte della posizione di garanzia che le è proprio, giacché «*ove sia formulato in modo corretto, il documento di valutazione dei rischi, unito alle discipline di settore applicabili all'impresa, esaurisce le regole cautelari prevenzionistiche cui l'imprenditore si deve attenere, senza lasciare all'art. 2087 c.c. alcun reale margine di operatività*»<sup>32</sup>.

Non è un caso, del resto, che un'attenta giurisprudenza, sebbene minoritaria, non abbia mancato di sottolineare siffatta necessità di ridimensionamento ermeneutico dell'art. 2087 c.c., affermando che per quanto siffatta norma ponga il datore di lavoro come primo e principale debitore di sicurezza (secondo i canoni della migliore scienza e tecnologia possibile), «*la posizione di garanzia del datore di lavoro non è tuttavia di ampiezza tale e di natura tale da consentire che il medesimo possa essere ritenuto penalmente responsabile di ogni infortunio che avvenga al lavoratore ... occorre anche in questo caso, come sempre avviene per la responsabilità colposa, che venga individuato uno specifico inadempimento, da parte del soggetto tenuto alla protezione, agli obblighi di protezione previsti*»<sup>33</sup>.

Certo, l'art. 2087 c.c., pur ove ricondotto alla corretta funzione di fonte della posizione di garanzia del datore di lavoro (e non di regola cautelare avente funzione di momento oggettivo dell'imputazione colposa) non elimina il fatto che la natura immanente dei rischi connessi all'am-

<sup>31</sup> Sul tema, con specifico riferimento proprio al t.u.s.l., acuta si presenta la disamina svolta da G. CIVELLO, *La colpa eventuale nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e verità soggettiva della colpa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 34 e sg., il quale sottopone a lucida critica l'interpretazione giurisprudenziale volta a qualificare norme pre-cauzionali come regole cautelari in grado di fondare il segmento oggettivo della colpa, ponendo in evidenza come siffatta operazione ermeneutica rischi di snaturare «*lo statuto tradizionale della colpa, in quanto ci si allontana viepiù dalla nozione di "regola cautelare", così obliterando anche i profili di "concretizzazione del rischio" e di c.d. "causalità della colpa" tra la violazione cautelare e l'evento di reato*».

<sup>32</sup> D. MICHELETTI, *I reati propri*, cit., p. 210.

<sup>33</sup> Cass. pen., Sez. IV, 16 febbraio 2012 n. 17074, richiamata in analogo contesto argomentativo anche da G. CIVELLO, *La colpa eventuale nella società del rischio*, cit., p. 39.

biente di lavoro impongano al datore un reale ed efficace sforzo di tutela verso il lavoratore, fattosi «*fragile ingranaggio di un apparato gravido di pericoli*»<sup>34</sup>. D'altro canto, se siffatta constatazione non è idonea a scalfire i principi generali in tema di colpa, non lo è nemmeno il contesto di generale rischio Covid-19 che incombe, prima che sul lavoratore, sull'intera popolazione, dentro e fuori ai posti di lavoro (dove peraltro le percentuali di contagio, stando almeno alle statistiche attuali, risultano decisamente inferiori a quelle riscontrate in famiglia<sup>35</sup>).

In altri termini se è pur vero che il datore di lavoro deve adoperarsi per governare il rischio che, sebbene generico, si proietta nell'azienda, è pur sempre necessario porre in evidenza come «*l'obiettivo della riduzione dei rischi non [sia] determinabile in modo indipendente dalle misure: sono gli strumenti (tecnici ecc.) disponibili che determinano il "minimo" cui un dato rischio possa essere ridotto; il rapporto fra misure preventive ed evento non può essere ricostruito come rapporto lineare di mezzo a fine, ma è un rapporto circolare, in cui sono i mezzi a precisare il fine*».

Ne deriva che potendo l'*alterum non laedere* «*divenire un obbligo di diligenza penalmente rilevante soltanto allorché (in ossequio al principio di legalità e di tipicità) trovi specificazione, mediante attrazione in una fattispecie tipica di reato colposo*»<sup>36</sup>, dinanzi al Covid-19 il dovere di garanzia del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. potrebbe trovare specificazione modale nelle misure divise nei Protocolli condivisi del 14 marzo e del 24 aprile 2020 (sopra meglio specificati nei vari rimandi normativi).

Da quanto detto risulta dunque confermato l'assunto iniziale in base al quale, il datore di lavoro, in virtù della posizione di garanzia rivestita, appare gravato dall'obbligo di adottare nella propria realtà aziendale le misure anti-contagio divise nei suddetti protocolli, onde fronteggiare la diffusione dell'agente patogeno.

Il rischio di contagio da SARS-CoV-2, del resto, rappresenta, come è stato evidenziato in dottrina, una condizione con la quale le aziende

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2012 n. 49821.

<sup>35</sup> Si stima che solo il 4,2% dei contagi sia avvenuto sul luogo di lavoro, mentre il 10,8 % negli ospedali, il 24,7 % in ambito familiare e il 44,1% nelle RSA. I dati derivano dall'Istituto Superiore della Sanità e vengono riportati anche in G. BRIOLA, M. FARDO, M. ARLENTI, P. BERNARDO, *Responsabilità penale e giuslavoristica del datore e dell'ente ex 231/2001 per contagio da Covid-19*, in «Guida al lavoro», 20 maggio 2020, < <https://www.guidaallavorodigital.ilsole24ore.com/art/primo-piano/2020-05-08/responsabilita-penale-e-giuslavoristica-datore-e-ente-ex-dlgs-2312001--contagio-covid-19>>, pp. 55-65.

<sup>36</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, («Univ. Modena E R. E.-Fac. Giur. Sc. Giur»), p. 287.

dovranno convivere, non potendosi – almeno allo stadio delle attuali conoscenze scientifiche – pensare di neutralizzare completamente siffatto rischio mediante un qualche presidio di sicurezza che risponda strettamente alla logica di cui al d.lgs. n. 81/2008.

Si rende necessaria a questo punto una precisazione: i protocolli, che pur si presentano per larghi tratti armonici con la disciplina del t.u.s.l., non sembrano tuttavia poter essere riguardati, in assenza di disposizioni normative specifiche, come integrativi rispetto alle norme prevenzionistiche del d.lgs. n. 81/2008 *stricto sensu* intese.

Per convincersene è sufficiente osservare le norme del t.u.s.l. sulla necessità di allontanare i lavoratori in caso di pericolo non arginabile. L'art. 18, comma 1, impone ai principali garanti della sicurezza di «*adottare le misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza e dare istruzioni affinché i lavoratori, in caso di pericolo grave, immediato ed inevitabile, abbandonino il posto di lavoro o la zona pericolosa*»<sup>37</sup>. Orbene, è evidente che il Covid-19 rappresenti un pericolo grave, immediato e inevitabile, ma, a patto di non volersi richiedere la immediata chiusura di tutte le aziende, non potrà certo ritenersi applicabile la norma citata. Quest'ultima, a ben vedere, riguarda episodi di emergenza repentina<sup>38</sup> e

<sup>37</sup> In senso analogo cfr. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 105.

<sup>38</sup> A ben vedere la norma richiamata sembra riferirsi a situazioni improvvise, innescate repentinamente da fattori interni all'azienda ad eziologia immediata. Mentre questo scritto viene elaborato un'esplosione avvenuta nella zona del Petrolchimico di Marghera, presso il capannone serbatoi della 3V Sigma, azienda di prodotti chimici ad alto rischio, ha certamente implicato la necessità per il datore di lavoro di evacuare immediatamente i locali dello stabilimento in virtù del rischio grave e non altrimenti evitabile al quale sarebbero stati esposti i lavoratori. La situazione, all'evidenza, è molto diversa rispetto a quella ingenerata dal rischio SARS-CoV-2, nella quale non si ritiene possa trovare applicazione la norma richiamata nel corpo di testo. Al proposito, una suggestione evocata dal concetto di «salute circolare» al quale si è sopra fatto riferimento, sospinge, pur da una diversa prospettiva, a considerare come nei recenti accadimenti di Porto Marghera, l'esplosione verificatasi abbia innescato una nube potenzialmente carica di agenti chimici nocivi che si è estesa alle Province di Mestre, Venezia e Treviso, ponendo in luce come, *de iure condendo*, sia sempre più avvertita l'esigenza di un ripensamento della sicurezza nei luoghi di lavoro capace di dimostrare maggiore sensibilità alle implicazioni ambientali derivanti da rischi lavorativi specifici. I processi Eternit ed Ilva, del resto, hanno posto in luce i limiti di imputazioni fondate sui reati di comune pericolo (in specie gli artt. 437 e 434 c.p.), rendendo evidente la necessità che il legislatore si faccia carico di coraggiosi, ma ponderati, interventi volti a ricercare un congruo bilanciamento dialettico tra libertà d'impresa, tutela dell'ambiente e, per tal via, tutela della salute. Cfr. per approfondimenti sul tema, C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in «Diritto della sicurezza sul lavoro», 2020, I, pp. 136 e sg.; e P. TOMMASETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, ADAPT

non sembra poter essere estesa sino a ricomprendere il rischio ingenerato dall'agente patogeno SARS-CoV-2. L'Autorità Pubblica, infatti, per fronteggiare siffatto rischio, ha elaborato delle misure diverse e ulteriori rispetto a quelle previste nel t.u.s.l., rendendone espressamente doverosa l'applicazione alla singola realtà aziendale proprio per poter proseguire (e non per interrompere o prolungare la chiusura della) attività produttiva.

Le norme prevenzionistiche e le misure anti-contagio previste nei protocolli anzidetti, in altri termini, procedono su due binari paralleli (salvo per quanto concerne i DPI, ove i richiami normativi espressi di cui all'art. 16, d.l. n. 18/2020 possono giustificare conclusioni diverse<sup>39</sup>).

Va al proposito segnalato che la Procura di Bergamo, in data 15 maggio 2020, ha diramato una nota nella quale, pur ammettendo che i tre protocolli sopra citati siano da qualificare come misure di contenimento del patogeno SARS-CoV-2 ed in quanto tali siano corredati, in caso di inosservanza, dalle sanzioni individuate dall'art. 4, d.l. n. 19/2020 (ovverosia sanzioni amministrative il cui procedimento di irrogazione segue le modularità di cui alla l. n. 689/1981), ha proposto un'interpretazione che permetterebbe di applicare, in caso di violazione dei contenuti dei protocolli medesimi, le fattispecie contravvenzionali di cui al d.lgs. n. 81/2008. In particolare, la Procura di Bergamo, facendo leva sull'*incipit* dell'art. 4 cit. («*salvo che il fatto non costituisca reato*»), ritiene che vi sia spazio per la «*possibilità che un datore di lavoro (o altro soggetto aziendale con posizione di garanzia) commetta un fatto che viola una misura contenuta in uno dei protocolli e che, al contempo, consista in un illecito di natura penale, ossia in un reato*». E su tale base la Procura, a mente della finalità di prevenzione generale che anima il sistema di sicurezza e igiene del lavoro, «*ritiene consigliabile reperire, nelle misure di contenimento contenute nel Protocollo condiviso o negli altri due protocolli, i precetti che corrispondono alle norme del d.lgs. n. 81/2008*», procedendo poi in modo dichiaratamente esemplificativo ad individuare le possibili sovrapposizioni tra Protocolli e disposizioni del t.u.s.l.

Orbene, anche soprassedendo agli evidenti problemi di stretta legalità che devono accompagnare saldamente la sanzione penale caratterizzandola per precisione, determinatezza e pregnanza onde rendere conoscibile con chiarezza il precetto ed il corredo sanzionatorio, sembra che l'interpretazione suggerita della Procura sia animata principalmente

University Press, Modena, 2018, («Collana della FONDAZIONE ADAPT»), p. 149 e sg.

<sup>39</sup> Sul punto si rinvia agli approfondimenti svolti da P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 127 e sg.

dall'obbiettivo (in sé anche condivisibile) di rendere applicabile la disposizione di cui all'art. 301 t.u.s.l. e, conseguentemente, le disposizioni di cui agli artt. 20 ss., d.lgs. n. 758/1994, impartendo al trasgressore la prescrizione volta a regolarizzare entro un termine stringente la situazione antiggiuridica. Per quanto, tuttavia, il tentativo di usare uno strumento ideato proprio per porre in sicurezza in tempi rapidi i luoghi di lavoro possa essere una strada da percorrere, non può dimenticarsi di come i sottoscrittori del Protocollo condiviso del 24 aprile avessero precisato espressamente che esso contenesse *linee guida* condivise tra le Parti sociali, ovverosia un oggetto ben diverso dalle «norme tecniche» o «buone prassi» di cui all'art. 2, lett. u), v) del d.lgs. n. 81/2008. E altrettanto chiara risultava la finalità espressa del Protocollo condiviso: fornire indicazioni operative finalizzate a incrementare, negli ambienti di lavoro non sanitari, l'efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l'epidemia da Covid-19.

Ne consegue che – in difetto di un espresso provvedimento normativo (che potrebbe limitarsi a ritenere applicabile il regime di cui all'art. 301 t.u.s.l. alla violazione dei protocolli, senza la necessità di arrivare addirittura, di fatto, ad una creazione in via ermeneutica di fattispecie di reato, «rovistando» nelle somiglianze tra protocolli e disposizioni penali già esistenti) – l'eventuale violazione (di per sé considerata) delle dette misure di protezione elaborate dall'Autorità pubblica non dovrebbe essere sanzionata ai sensi del t.u.s.l.<sup>40</sup>, ma in base alle specifiche previsioni sanzionatorie apprestate dagli strumenti normativi che hanno introdotto quelle stesse misure (principalmente, dunque, mediante sanzione amministrativa irrogabile dal Prefetto). Ove poi conseguisse un effettivo contagio alle suddette violazioni, queste ultime potrebbero rilevare come segmento oggettivo della colpa (generica o specifica *sub specie* di violazioni di «discipline»<sup>41</sup>) in ordine alle fattispecie di lesioni colpose (od omicidio colposo, nel caso in cui la patologia avesse esito fatale) ascritte al datore di lavoro in forza del combinato disposto di cui agli artt. 40 cpv. c.p. e 2087 c.c.

Tali fattispecie codicistiche (artt. 590 e 589 c.p.), infatti, potrebbero venire in gioco in seguito all'esplicita qualificazione, operata dall'art. 42 del

<sup>40</sup> Salvo quanto precisato *supra* in ordine all'obbligo di far indossare le mascherine, espressamente richiamate dall'art. 16, d.l. n. 18/2020, come DPI di cui all'art. 74, comma 1, d.lgs. n. 81/2008: in forza di tale richiamo, potrebbero dunque applicarsi senza forzature, in caso di violazione, le sanzioni previste dal t.u.s.l.

<sup>41</sup> Sul punto si veda *infra*.

decreto Cura Italia e delle note INPS, del contagio da covid-19 in ambito lavorativo come infortunio sul lavoro. Qualificazione che, come a breve si vedrà, benché originata dall'intento di assicurare al lavoratore una copertura INAIL il più possibile estesa, rischia di portare con sé delle rilevanti ricadute sul piano penale.

## 5. Il concetto di infortunio-malattia

Vari contributi, apparsi nelle più varie forme e riviste, hanno sin dai primi momenti di vigenza del c.d. decreto Cura Italia (d.l. n. 18/2020 oggi convertito in l. n. 27/2020) duramente criticato la scelta (legislativa, come a breve si dirà) di qualificare il contagio da SARS-CoV-2 come infortunio sul lavoro, richiamando sovente anche la nota esplicativa n. 13/2020 di INAIL.

A ben vedere, tuttavia, pochi si sono soffermati nell'analizzare, da un lato, le reali coordinate normative delineate dal decreto Cura Italia e dalla connessa nota 13 di INAIL sopra richiamata e, dall'altro, sul concetto di infortunio-malattia conseguentemente evocato.

Onde poter tratteggiare i profili di penale responsabilità in ordine alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.p., risulta pertanto evidente la necessità di indugiare – sia pur in termini il più possibile riassuntivi – sul tema, giacché questo peculiare «infortunio infettivo» rappresenta, nella struttura delle fattispecie richiamate, elemento costitutivo (in particolare l'evento) del reato.

L'art. 42 della legge n. 27/2020 recita: *«Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato»*, garantendosi di conseguenza ai lavoratori la copertura INAIL *«anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro»*.

La norma evoca immediatamente la controversa categoria di conio giurisprudenziale del c.d. infortunio-malattia.

Orbene, siffatta categoria nacque dalla sensibilità di un filone giurisprudenziale degli anni '80 impegnato nel far confluire all'interno del concetto di infortunio, classicamente ancorato ad una causa violenta ed immediata, talune malattie professionali caratterizzate da una concentrazione della causa dovuta a condizioni abnormi di lavoro.

Come noto, infatti, la nozione di infortunio risultante dall'art. 2, d.P.R. 1124/1965, si caratterizza per una causa violenta e repentina occorsa sul lavoro (nella quale, tendenzialmente, non si pongono problemi sul piano della causalità materiale ma, piuttosto, su quello della causalità della colpa). Per contro, la nozione di malattia professionale veniva tenuta ben distinta da quella di infortunio, in quanto storicamente connessa ad un apposito elenco, via via integrato da INAIL, e caratterizzata da una eziopatogenesi non violenta e tendenzialmente più lenta a manifestare in modo sensibile la sintomatologia di riferimento (così rendendo particolarmente complesso proprio l'accertamento del nesso causale).

Invero la Consulta, invocata in ordine ad una questione di legittimità costituzionale afferente al delitto di cui all'art. 437 c.p. – sul presupposto che il mancato richiamo alle malattie professionali derivanti dalla violazione della c.d. prevenzione primaria presentasse profili di irragionevole disparità di trattamento rispetto agli infortuni, invece espressamente richiamati dalla norma – aveva rigettato la questione ritenendo che l'accoglimento avrebbe implicato la creazione di una nuova fattispecie penale, preclusa alla Consulta in ossequio ad un ben inteso principio di stretta legalità<sup>42</sup>.

Benché possa definirsi come una forma di analogia *in malam partem*, la coniata categoria dell'infortunio-malattia uscita dalla penna della sopra richiamata giurisprudenza degli anni '80 e confermata di recente anche nel noto caso Eternit<sup>43</sup>, rappresenta una sorta di crasi tra i due diversi concetti di infortunio e di malattia professionali: più precisamente essa individua «una malattia che, a causa di una eziopatogenesi particolarmente aggressiva e veloce, può essere ai fini penalistici assimilata ad un infortunio» o una «sindrome morbosa riconducibile ad un agente patogeno di varia natura [...] presente nell'ambiente di lavoro»<sup>44</sup>.

Siffatta nozione di infortunio malattia ha trovato, del resto, conferma nell'indirizzo INAIL in materia di malattie infettive e parassitarie, diviso nella Circolare INAIL n. 74 del 23 novembre 1995, ed oggi rievocata

<sup>42</sup> Cfr. Corte cost., 21 luglio 1983, n. 283.

<sup>43</sup> Cfr. Trib. Torino, 13 febbraio 2012, n. 481. Sul tema si veda L. MASERA, *La sentenza Eternit, una breve sintesi delle motivazioni*, «Diritto penale contemporaneo», 30 maggio 2012, <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1530-la-sentenza-eternit-una-sintesi-delle-motivazioni>>. Per una visione di sintesi dei tre gradi di giudizio cfr. S. TORDINI CAGLI, *I delitti di comune pericolo*, in D. CASTRINUOVO et al., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 195 e sg.

<sup>44</sup> S. TORDINI CAGLI, *I delitti di comune pericolo*, cit., p. 187.

dinanzi all'emergenza Covid-19, in forza della quale «*la causa virulenta è equiparata a quella violenta*».

Quanto precede spiega dunque la qualificazione del contagio covid-19 alla stregua di infortunio ai fini INAIL, ma non coglie ancora la più ristretta area denotativa individuata dalla norma di cui all'art. 42 del c.d. Cura Italia.

Come sopra posto in luce l'art. 42 citato assicura la copertura INAIL ove l'infortunio malattia così ricostruito concretizzi uno di quei «*casi accertati... in occasione di lavoro*».

Correttamente, in altri termini, l'art. 42 richiede, affinché quell'infortunio da causa virulenta possa qualificarsi come infortunio sul lavoro, che esso esibisca una connessione eziologica con il lavoro suscettibile di essere accertata. Ed è su questo aspetto che la circolare n. 13 sopra citata di INAIL potrebbe schiudere panorami insidiosi, *in primis* sotto il profilo civilistico-indennitario, e, di riflesso, anche in sede penale. Tale circolare, in effetti, individua uno spettro applicativo particolarmente ampio, estendendo il riferimento normativo di «*occasione di lavoro*» a «*tutte le condizioni temporali, topografiche e ambientali in cui l'attività produttiva si svolge e nelle quali è imminente il rischio di danno per il lavoratore, sia che tale danno provenga dallo stesso apparato produttivo e sia che dipenda da situazioni proprie e ineludibili del lavoratore*».

Come correttamente posto in evidenza<sup>45</sup>, nel sistema di assicurazione degli infortuni sul lavoro di cui al d.P.R. n. 1124/1965<sup>46</sup>, il «rischio generico», non avendo relazione causale con l'attività lavorativa e gravando in maniera uguale e indiscriminata su tutti i cittadini, lavoratori o meno, non è oggetto di copertura assicurativa INAIL. In virtù di quanto in precedenza argomentato circa l'inquadramento del Covid-19 come rischio generico (ad eccezione delle professioni come quella sanitaria in cui l'esposizione all'agente patogeno risulta eziologicamente connessa al lavoro) si dovrebbe dunque concludere che nessuna copertura assicurativa INAIL dovrebbe essere riconosciuta.

Si impone, tuttavia, un'ulteriore specificazione: in dottrina e in giurisprudenza si suole parlare anche di c.d. «rischio generico aggravato», nel quale si ricomprendono i casi in cui un rischio astrattamente generico

<sup>45</sup> Cfr. G. SCUDIER, *Ecco perché il coronavirus non può essere (sempre) infortunio sul lavoro*, 20 maggio 2020, < <https://www.casellascudier.it/ecco-perche-il-coronavirus-non-puo-essere-sempre-infortunio-sul-lavoro/>>.

<sup>46</sup> Il richiamo si giustifica anche mediante la rubrica dell'art. 42 citato: «*Disposizioni INAIL*».



venga ad aggravarsi in forza di particolari fatti o circostanze che lo proiettino nell'attività lavorativa svolta sino a farne una peculiarità dell'attività stessa (e a far, di conseguenza, ritenere il lavoratore meritevole di tutela INAIL).

Dinanzi a tali situazioni, il formante giurisprudenziale aveva in passato elaborato il principio della «presunzione semplice d'origine professionale»<sup>47</sup>: sebbene difetti la prova circa l'origine professionale del contagio, ove sussistano elementi gravi, precisi e concordanti, siffatta origine professionale viene fatta oggetto di una presunzione *iuris tantum*.

Nell'attuale temperie normativa e interpretativa da emergenza Coronavirus, la circolare 13 citata ha confermato l'operatività, con riguardo alla categoria degli operatori sanitari, di siffatta presunzione in ordine all'eventuale contagio dai medesimi contratto, affermando, a presupposto di siffatta operatività, che gli operatori sanitari sono «*esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico. Per tali operatori vige, quindi, la presunzione semplice di origine professionale, considerata appunto la elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus*».

Quanto precede, a bene vedere, risulta ancora compatibile con un accertamento che garantisca la possibilità di rilevare eziologie del contagio SARS-CoV-2 eccentriche rispetto all'occasione lavorativa (ad esempio imputabili ad un contegno extraprofessionale non prudente), vincendo di conseguenza la presunzione ed evitando di ritenere che il contagio, sol perché contratto da un lavoratore, debba necessariamente ritenersi originato a causa del lavoro.

La circolare INAIL, tuttavia, prosegue estendendo ben oltre l'ambito sanitario la presunzione sopra ricordata, sul presupposto che «*A una condizione di elevato rischio di contagio possono essere ricondotte anche altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza. In via esemplificativa, ma non esaustiva, si indicano: lavoratori che operano in front-office, alla cassa, addetti alle vendite/banconisti, personale non sanitario operante all'interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi, etc.*» giungendo conseguentemente a ritenere che «*Anche per tali figure vige il principio della presunzione semplice valido per gli operatori sanitari*».

<sup>47</sup> Si trattava dei casi, per lo più afferenti all'ambito medico, nei quali il contatto – implicato dall'attività svolta – con il sangue o con altri liquidi biologici avesse esposto – in via per l'appunto professionale – il personale a rischi di contagio (per esempio, in caso di Epatite).

A ben leggere tali parole, dunque, INAIL finisce per estendere di molto l'ambito applicativo della presunzione semplice, assimilando il rischio ingenerato dal contatto con i positivi (o con i presunti tali benché asintomatici) a quello innescato dal mero contatto con le persone in genere (l'utenza nei casi del front office, ad esempio) o con i luoghi in cui il patogeno potrebbe essere transitato (nel caso, ad esempio, degli addetti ai servizi di sanificazione).

*È evidente che la congruità e razionalità di una tale assimilazione dipende per larghi tratti da conoscenze scientifiche afferenti alle modalità di trasmissione del virus: modalità (o meglio seriazioni eziologiche) con la cui incertezza dovrà fare i conti la Pubblica Accusa in fase di accertamento, penale, della causalità (si veda infra sul tema). Sul punto, tuttavia, INAIL non ha osteso alcuna specifica indicazione.*

Il passaggio che ai nostri fini, tuttavia, si rende di maggiore interesse, afferisce a tutte le altre categorie di lavoratori, ovverosia quelle categorie per le quali non sussiste alcuna assimilazione alle precedenti e, di conseguenza, per le quali non opera alcuna presunzione di origine professionale del contagio.

La circolare INAIL aggiunge infatti che *«Residuano quei casi, anch'essi meritevoli di tutela, nei quali manca l'indicazione o la prova di specifici episodi contagianti o comunque di indizi "gravi precisi e concordanti" tali da far scattare ai fini dell'accertamento medico-legale la presunzione semplice. In base alle istruzioni per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie, la tutela assicurativa si estende, infatti, anche alle ipotesi in cui l'identificazione delle precise cause e modalità lavorative del contagio si presenti problematica. Ne discende che, ove l'episodio che ha determinato il contagio non sia noto o non possa essere provato dal lavoratore, né si può comunque presumere che il contagio si sia verificato in considerazione delle mansioni/lavorazioni e di ogni altro elemento che in tal senso deponga, l'accertamento medico-legale seguirà l'ordinaria procedura privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale».*

In tal modo, con riferimento a questa categoria residuale<sup>48</sup> di lavoratori, la circolare INAIL, a dispetto di quanto potesse apparire nei primi commenti, ha negato esplicitamente che vi possa essere un qualsiasi automatismo tra contesto lavorativo e contagio da covid-19 per un lavoratore, ribadendo, in ultima analisi, la necessità di un accertamento in tal senso.

<sup>48</sup> Sebbene si tratti della categoria residuale, va pur sempre ricordato che essa si presenta anche come la più nutrita.

Le perplessità provengono semmai dal modo attraverso il quale un simile accertamento potrà essere effettuato nell'ambito dell'attuale deficit di certezza cognitiva circa i singoli anelli causali di trasmissione del patogeno SARS-CoV-2. E l'invito a privilegiare gli elementi «*epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale*» non sembra in fondo fornire direttive utili e nemmeno rassicurazioni confortanti sull'uso più o meno esteso che si vorrà fare (in particolare) del riferimento al dato circostanziale: il timore è che esso possa portare a valutare talune violazioni delle norme anti-contagio, che anche si potessero riscontrare nell'azienda considerata, come circostanza valevole di per sé a suffragare un addebito di responsabilità colposa in capo al datore di lavoro, senza di fatto affrontare il tema preliminare, ovverosia quello afferente alla connessione causale, ed obliterando anche quelli successivi, ovverosia l'accertamento della causalità della colpa e dell'esigibilità soggettiva della condotta osservante.

La circolare n. 13/2020 di INAIL, in altri termini, pur nel comprensibile intento di fornire una tutela quanto più possibile ampia ai lavoratori colpiti dal covid-19 nella fase più difficile dell'emergenza epidemica, ha forse applicato in maniera troppo disinvolta schemi presuntivi calibrati su tutt'altre situazioni, non adeguandoli in modo sufficientemente ponderato alle specifiche peculiarità dell'emergenza SARS-CoV-2<sup>49</sup>.

Si sarebbe, al riguardo, forse potuto meglio valorizzare la natura mutualistica dell'intervento di INAIL che si ricava dall'art. 42 del decreto Cura Italia; una natura voluta dal legislatore al fine di<sup>50</sup> garantire ai contagiati una tutela immediata senza porre poi i relativi costi economici sulle spalle, già duramente provate, del datore di lavoro.

Da tale impostazione sul piano mutualistico-assistenziale, dunque, potrebbe ricavarsi un'implicita consapevolezza del legislatore: se non si vuole che sia il datore di lavoro a rispondere dei costi (economici e non solo) del Covid-19, ciò è per lo stringente motivo che è ben chiaro come non sia il datore di lavoro a ingenerare siffatto rischio virale.

Iniziando a prendere forma quella che appare come la fine dello stato di emergenza, tuttavia, non sembra infondato il timore che proprio la

<sup>49</sup> Del resto, nemmeno nel comunicato stampa del 15 maggio 2020 (che ha pur ricordato gli oneri probatori in sede civile e penale per aversi responsabilità del datore di lavoro), è stata ricalibrata l'area operativa della presunzione semplice di origine professionale, né, d'altro canto, è stata fornita qualche specificazione o indicazione rigorosa e puntuale circa i criteri ai quali ancorare un corretto accertamento dell'origine professionale del contagio.

<sup>50</sup> Siffatta natura sembra ricavabile dall'affermazione per cui gli «infortuni» di cui si discute «*non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico*».

necessità di recuperare gli oneri di questa tutela estesa, in una con la tendenza psicologicamente diffusa a non accettare la morte e la malattia come fatto naturale ineluttabile ma sempre e comunque come la conseguenza di un errore altrui<sup>51</sup>, porti alla formulazione, in sede penale, di capi di imputazione per lesioni o per omicidio colposi, magari addirittura aggravati ai sensi di cui agli artt. 590, comma 3, e 589, comma 2, c.p., esponendo dunque il datore di lavoro ben oltre le azioni di rivalsa INAIL o di risarcimento del danno di marca schiettamente civilistica.

## **6. Le principali fattispecie penali (astrattamente) ascrivibili al datore di lavoro: artt. 589 e 590 c.p. e deformazione delle categorie classiche**

Come sopra posto in luce, l'interpretazione dell'art. 2087 c.c. quale fonte della posizione di garanzia del datore di lavoro potrebbe trovare oggi, nell'ambito di possibili addebiti colposi per contagio SARS-CoV-2 negli ambienti di lavoro, maggiore specificazione modale mediante il contenuto dei Protocolli condivisi ai quali si è fatto più volte riferimento nelle prime battute di questo scritto.

Se infatti il datore di lavoro, proprio in forza della suddetta posizione di garanzia, è tenuto ad applicare i protocolli richiamati, adattandoli alle peculiarità della propria realtà produttiva, non sembra inutile chiedersi, alla luce dei timori evocati dalla qualificazione del contagio come infortunio-malattia, quali conseguenze, dal punto di vista penale, potrebbero derivare qualora un lavoratore risultasse affetto da Covid-19 e, nell'azienda presso cui egli ha operato, si accertasse il difetto di taluni di quei presidi di sicurezza che i Protocolli medesimi richiedono.

Ponendo mente all'assimilazione della causa violenta a quella virulenta di cui si è detto al paragrafo precedente, sembra evidente che in siffatte situazioni potrebbero venire in discussione le fattispecie colpose a tutela della vita e della salute che il lavoro giurisprudenziale ha utilizzato

<sup>51</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica. Categorie dogmatiche ed evoluzione sociale*, «Cassazione penale», 2009, 50, p. 1232, il quale afferma: «più precisamente, l'atteggiamento culturale dell'uomo odierno è di accettazione psicologica della morte o di eventi infausti che siano conseguenza di un rischio volontariamente assunto [...] mentre è di rifiuto psicologico degli eventi infausti che siano conseguenza di patologie rispetto alle quali la medicina ha sorprendentemente smarrito quella convinzione di onnipotenza, nella quale l'uomo moderno tende a placare le sue paure dinanzi alla morte».

al cospetto della categoria del c.d. infortunio-malattia avente radice eziologica sul lavoro: artt. 589 e 590 c.p.<sup>52</sup>.

In tale contesto, il patogeno SARS-CoV-2, a ben vedere, sembra presentare, amplificandole, le stesse problematiche di accertamento della responsabilità penale che hanno da sempre accompagnato gli infortuni-malattia; problematiche che, per lo più, «*si addensano nelle costellazioni di casi riguardanti gli eventi lesivi connessi a esposizioni dei lavoratori a sostanze patogene*»<sup>53</sup> proprio in relazione alla «*minore linearità dei processi etiologici*»<sup>54</sup> e alla conseguente loro tendenza a «*mettere a dura prova le categorie dell'imputazione penale*»<sup>55</sup>, con particolare riferimento alla causalità e alla colpa.

In altri termini, se quello sopra diviso è il concetto di infortunio-malattia – elemento costitutivo (e segnatamente l'evento) della fattispecie penale (peraltro potenzialmente aggravata dalla violazione di norme a tutela della salute sul lavoro) – i principali problemi emergono intorno ai perni fondamentali dell'imputazione penale: l'individuazione soggettiva del garante, il piano causale e la specifica consistenza della colpa.

## 6.1. La posizione di garanzia del datore di lavoro

Rinviando a quanto già detto in ordine all'art. 2087 c.c. circa il fondamento della posizione di garanzia che grava sul datore di lavoro, tenuto a proteggere i lavoratori da tutti i pericoli potenzialmente derivanti dalla fonte di rischio rappresentata dalla propria organizzazione produttiva, è ai nostri fini sufficiente richiamare l'attenzione sulla effettiva consistenza, nel tessuto giurisprudenziale, di una tale *Garantenstellung*. Non può infatti essere dimenticato che, almeno<sup>56</sup> a partire dalla celebre sentenza *Thyssen Krupp*<sup>57</sup>, l'impostazione teorico-dogmatica in ordine alla posizione di

<sup>52</sup> Per una compiuta trattazione, in termini generali, dei richiamati delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. si rinvia a G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Manuale di diritto penale, I reati contro le persone*, CEDAM, Padova, 2010, pp. e 37 e sg. e 111 e sg.

<sup>53</sup> D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in Id. et al., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 209.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Invero la Suprema Corte, sebbene non ancora con l'impegno dogmatico delle Sezioni Unite che sarebbe poi seguito, aveva già manifestato siffatta linea ermeneutica in Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2012, n. 1678/2013, riprendendo, peraltro, opinioni già espresse dall'estensore in sede dottrinale (cfr. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pp. 193 e sg.).

<sup>57</sup> Sez. Un. pen., 24 aprile-18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn, p. 106.

garanzia è venuta a modificarsi radicalmente. Invero, nella richiamata vicenda processuale, il tema della posizione di garanzia veniva dischiuso dall'esigenza di «ricercare responsabilità e non capri espiatori»<sup>58</sup> dinanzi a patologie la cui lungo-latenza (sino a 30 anni) innescava problemi di individuazione soggettiva nella pluralità diacronica (ed anche sincronica) dei «garanti» nella medesima compagine organizzativa.

Benché nel caso del Covid-19 – che non presenta simili latenze – non sembrano porsi simili problematiche di individuazione soggettiva, rimangono di tutto rilievo, per le implicazioni teorico-dogmatiche che ne derivano, le conclusioni della richiamata pronuncia della Suprema Corte in ordine al dovere di garanzia.

Secondo la Suprema Corte, infatti, la posizione di garanzia – che, stando all'insegnamento classico, richiama l'obbligo di impedire l'evento di cui all'art. 40 cpv. c.p. e fonda dunque le basi per configurare il reato omissivo improprio – individuerrebbe il soggetto che «è chiamato, pro quota, secondo la sua “competenza”, a gestire e ad organizzare specifici fattori di rischio»<sup>59</sup> con la conseguenza di rendere la *Garantenstellung* compatibile anche con ascrizioni di addebiti penali strutturati in forma commissiva (ai nostri fini, nella forma di esposizione dei lavoratori al rischio patogeno).

L'individuazione del garante come il gestore di un rischio e la conseguente possibile «attivazione» di tale figura anche in presenza di condotte attive porta con sé importanti implicazioni sul piano dell'accertamento causale, contribuendo ad accrescere – in particolare sotto il profilo epistemico-processuale – le già articolate problematiche che insistono sul piano causale.

Va tuttavia precisato che in ordine alla conversione in legge del d.l. n. 23/2020 (c.d. decreto liquidità), le Commissioni riunite Finanza (VI) e Attività produttive (X) hanno approvato, nella seduta del 21 maggio 2020, un articolo 29-bis rubricato «*Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19*» ai sensi del quale, per quanto qui di interesse, «*i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti*

<sup>58</sup> Sez. Un. pen., 24 aprile-18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn, p. 101.

<sup>59</sup> D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in ID. et al., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 216. Per importanti approfondimenti del tema nella prospettiva del principio di responsabilità per fatto proprio, si veda anche la bibliografia ivi citata in nt. 41.

*di lavoro, sottoscritto il 24 aprile [...], e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, comma 14, del decreto legge 16 maggio 2020 n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste».*

Una siffatta previsione, da un lato conferma quanto sopra detto in ordine al fondamento dell'obbligo di adottare in ogni singola realtà produttiva operante i protocolli richiamati; fondamento da individuarsi negli obblighi di sicurezza gravanti sulla posizione di garanzia rivestita dal datore di lavoro (e non su una pretesa natura «specificata» del rischio SARS-CoV-2). Dall'altro la nuova norma finisce per affermare in modo chiaro anche il limite di siffatta posizione da garanzia, o, detto altrimenti, l'effettiva area di rischio che il datore di lavoro è tenuto a gestire per fronteggiare il virus: egli deve cioè adempiere alle prescrizioni imposte dalla Pubblica Autorità, essendo il proprio debito di sicurezza perimetrato proprio su tale adempimento e null'altro potendosi da lui esigere per contrastare il Covid-19. Ne conseguono, evidentemente, rilevanti riflessi in ordine alla responsabilità penale del datore di lavoro, sulla quale ora si intende indugiare mediante un più specifico riferimento ai problemi ingenerati dal covid-19 in punto di causalità e, sotto diverso profilo, di colpa (sui quali si veda subito *infra*).

## **6.2. Il patogeno SARS-CoV-2 e il problema dell'accertamento causale**

Senza poter in tal sede nemmeno enucleare tutti i complessi e articolati nodi tematici dischiusi da quello che è stato definito come il «*progressivo sgretolamento del dogma causale*»<sup>60</sup>, tra i «*segni vistosi di*

<sup>60</sup> Per avvedersi di come la c.d. «crisi del dogma causale» rappresenti ormai un autentico *topos* nella dottrina penalistica, si veda, quanto al panorama tedesco, E. HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme im Licht der modernen Kausallehre am Beispiel der jüngsten Produkthaftungsfälle*, in *Lenckner FS*, München, 1998, pp. 699 e sg.; A. HOYER, *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung*, in *GA*, 1996, pp. 160 e sg.; K. ROLINSKI, *Statistische Kausalität im Strafrecht?*, in *Miyazawa FS*, Baden-Baden, 1995, pp. 483 e sg. Nella letteratura italiana, per tutti, cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 159 e sg.; O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 2002, II, 45, pp. 661 e sg.; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004, («I temi della modernità»); G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione del versante oggettivo del reato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013; G. MANCA, *Rapporto di causalità*, in G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale di diritto penale, Parte generale Il reato*, CEDAM, Padova, 2017, pp. 128 e sg.

*deformazione prasseologica*»<sup>61</sup> che la categoria classica oggi manifesta, ci si limiterà a tratteggiare quelli interessati più da vicino dall'emergenza Covid-19 nell'ambito delle richiamate fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

Nelle casistiche afferenti all'esposizione dei lavoratori a sostanze nocive o ad agenti patogeni, in genere, le difficoltà dell'accertamento causale – che si stagliano dunque in prima battuta sul piano processuale – riguardano principalmente due ambiti: (i) da un lato le problematiche causali originano da condizioni fattuali, quali l'effettività, le modalità, i tempi di esposizione o le eventuali ipotesi di multifattorialità<sup>62</sup>; (ii) dall'altro, le difficoltà della prova causale nascono da condizioni afferenti alla sfera scientifico-cognitiva<sup>63</sup>, quali il difetto di certezze in ordine alle seriazioni causali che reggono l'eziopatogenesi alla base dell'infortunio-malattia *hic et nunc*. Problematiche, queste ultime, solitamente incrementate dall'ingresso, sempre più consistente, nel processo penale di consulenti tecnici di accusa e difesa impegnati a contendersi la più attendibile spiegazione cognitiva dinanzi ad un giudice che, dietro il baluardo del *peritus peritorum*, fatica sempre più a padroneggiare le risultanze di un sapere altamente specializzato e, nel contempo, dichiaratamente incapace di esprimere certezze.

Tali problemi di accertamento causale, sorti sul piano probatorio, hanno finito per riversarsi sul diverso piano dogmatico-concettuale, erodendo la categoria causale o – mutuando le parole di autorevole dottrina – deformandola sino a «*esaurire il nesso condizionalistico in un nesso di rischio, riducendo l'accertamento della causazione dell'evento a*

<sup>61</sup> D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in Id. et al., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 210.

<sup>62</sup> Per esemplificare, basti pensare alle patologie tumorali riscontrate in soggetti esposti a sostanze tossiche ma, nel contempo, conclamati tabagisti da molti anni. Mentre per alcune patologie (come le asbestosi) la scienza ha permesso di comprendere con certezza l'univocità di relazione eziologica con l'esposizione alla sostanza (l'inalazione di fibre di amianto), ve ne sono molte altre, gravemente dannose per la salute se non letali, la cui filiera causale non è ancora stata scientificamente correlata in via univoca ad una certa esposizione.

<sup>63</sup> Emblematica dei problemi connessi all'incertezza nomologica che accompagna taluni settori – e che si riversa poi sulle categorie penali – è la disputa tra le teorie della «dose-correlazione» (secondo le quali ad ogni esposizione si accelererebbe il processo di formazione della patologia tumorale) e della «dose-indipendenza» o «*trigger dose*» (per le quali sarebbe sufficiente l'inalazione di una sola fibra nociva per innescare il processo di cancerogenesi) in ordine all'insorgenza delle neoplasie. Sulla complessa tematica cfr., su tutti, S. ZIRULIA, *Il caso Eternit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale*, *Diritto penale dell'economica*, II, *Impresa e sicurezza*, a cura di L. Foffani, D. Castronuovo, Bologna, 2015, pp. 73 e sg.



*mero riscontro dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio medesimo»<sup>64</sup>.*

La struttura bifasica dell'accertamento causale – edificata sulla dialettica tra probabilità nomologica e probabilità logica – enucleata dalla Sezioni Unite Franzese<sup>65</sup> è stata messa a dura prova proprio nel diritto vivente confrontatosi con le patologie professionali lungo-latenti di derivazione lavorativa. Come lucidamente è stato rilevato nella stessa sentenza Thyssen Krupp, del resto, benché le trame argomentative in ordine alla causalità premettano solitamente solenni evocazioni della sentenza Franzese, dalla stessa «*non di rado si traggono principi ed enunciazioni opposte*»<sup>66</sup>.

Nondimeno va rilevata l'esistenza di pronunce che si presentano molto rigorose e impegnate nel ripristinare le corrette coordinate dell'accertamento causale, tra le quali emblematica appare la sentenza c.d. Cozzini<sup>67</sup>, intervenuta proprio in un caso di esposizione di lavoratori ad agenti patogeni.

<sup>64</sup> CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in ID. et al., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 211.

<sup>65</sup> Senza pretesa di esaustività, cfr. R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, «*Cassazione penale*», 2003, 4, pp. 1176 e sg.; ID., *Sulla causalità nell'ambito della professione medica: una pronuncia di legittimità contro tendenza*, «*Cassazione penale*», 2001, I, pp. 129 e sg. (a commento di una pronuncia della Suprema Corte antecedente a quella del 10 luglio 2002 e che ha costituito, tra l'altro, il presupposto dell'intervento delle Sezioni Unite); F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 2001, I, p. 289 (a commento di tre pronunce della Suprema Corte che hanno costituito il presupposto dell'intervento a Sezioni Unite del luglio 2002); ID., *Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: la necessità del ricorso a leggi universali o statistiche con coefficiente percentualistico vicino a cento, il ruolo del giudice e del consulente medico legale*, «*Rivista italiana di medicina legale*», 2002, II, p. 589 (pure a commento delle sentenze della Suprema Corte prodromiche a quella del luglio 2002); C.S. COCO, *Causalità omissiva e responsabilità sanitaria colposa*, «*Giustizia penale*», 2003, II, pp. 371 e sg.; F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione 'antica' di Carrara e la lezione 'moderna' della Corte di Cassazione sull'oltre ogni ragionevole dubbio*, «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 2002, II, pp. 743 e sg.; O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, «*Il Foro italiano*», II, 2002, 608 e sg.; M. RONCO, *La struttura del fatto tipico*, in *Commentario*, cit., pp. 259 e sg.

<sup>66</sup> Sez. Un. pen., 24 aprile-18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn, 70, 91.

<sup>67</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre-13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini, in *Cass. pen.*, 2011, 1679 ss., con nota di R. BARTOLI.

Ai nostri fini è sufficiente rimarcare, in estrema sintesi, come l'accertamento causale dovrebbe strutturarsi procedendo da un «primo gradino» di c.d. causalità generale<sup>68</sup>, mediante la quale individuare la legge statistica pertinente al caso di specie in termini nomologici, a un «secondo gradino» di c.d. causalità individuale, in cui si dovrebbe fare applicazione di quella legge scientifica nel caso *sub iudice* in termini di probabilità logico-razionale.

Orbene, nel caso del contagio da SARS-CoV-2 entrambi i gradini dell'accertamento causale si presentano particolarmente problematici.

Da un lato, infatti, non vi sono ancora solide certezze scientifiche in ordine alle modalità di trasmissione (e conseguentemente di contenimento) del virus, con la conseguenza che una reale legge di copertura, idonea a ricostruire sul piano astratto e generale gli anelli causali che accompagnano l'insorgenza della carica virale sarebbe oggi pressoché impossibile, esponendosi probabilmente a rapida falsificazione (si pensi, ad esempio, alle divergenze di vedute riscontrate sino a poche settimane addietro in ordine ai tempi di resistenza del virus sulle superfici solide).

Dall'altro, appaiono addirittura insormontabili le difficoltà di accertamento connesse alla c.d. causalità individuale: trattandosi di un patogeno dotato di particolare diffusività e nel contempo avente un periodo di incubazione compreso tra i 4 e i 14 giorni, diverrebbe una vera e propria *probatio diabolica* per la Procura procedente accertare che *quel* lavoratore abbia contratto la patologia in *quel* determinato luogo di lavoro e in *quel* determinato lasso temporale<sup>69</sup>.

Sull'entità di tale problema causale, inoltre, viene ad incidere in modo certamente non trascurabile la qualificazione della condotta come attiva od omissiva<sup>70</sup>.

La qualificazione della condotta ascritta al datore di lavoro in termini omissivi infatti proietta sul piano processuale i problemi derivanti dalla natura doppiamente ipotetica del giudizio controfattuale neces-

<sup>68</sup> Un giudizio cioè che si manifesta in prima battuta come accertamento afferente agli aspetti nomologici che legano classi di eventi a classi di condotte secondo modularità statistiche in grado di essere descritte mediante leggi di copertura.

<sup>69</sup> Il lavoratore, infatti, nei giorni precedenti alla manifestazione della sintomatologia tipica (ammesso che si tratti, peraltro, di soggetto sintomatico: circostanza per nulla scontata), sarebbe potuto verosimilmente venire a contatto con l'agente patogeno al supermercato, durante l'attesa allo sportello di un bancomat o anche nelle quotidiane relazioni in famiglia.

<sup>70</sup> Cfr. D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in Id. et al., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, cit., 213.

sario al relativo accertamento<sup>71</sup>: anche ammesso che sia possibile individuare una legge scientifica sufficientemente solida da fondare la c.d. causalità generale e sia possibile escludere l'incidenza di fattori alternativi al luogo di lavoro nel contagio, potrebbe sempre residuare un dubbio (a volte più che ragionevole) circa la effettiva capacità salvifica del comportamento alternativo lecito.

La struttura predittivo-ipotetica della causalità omissiva, in altri termini, contrapponendosi a quella esplicativa della c.d. causalità commissiva, finirebbe per «elevare alla potenza» i problemi derivanti dall'incertezza scientifica in ordine al Covid-19.

In tali ipotesi, infatti, tutti i nessi eziologici che insistono sulla struttura del fatto tipico vengono a sovrapporsi: come da più parti della dottrina posto in luce<sup>72</sup>, nell'accertamento dell'omissione impropria, il problema della *causalità della condotta* (ovverosia la connessione tra la condotta *sic et simpliciter* considerata e l'evento) viene a sovrapporsi al diverso, ma connesso, problema della c.d. *causalità della colpa* (afferente alla connessione tra la colpa che innerva quella condotta e l'evento *hic et nunc* considerato)<sup>73</sup>.

Ad ogni modo, anche la qualificazione della condotta del datore di lavoro in termini commissivi non sembra del tutto risolutiva.

Se da un lato, infatti, rimangono i problemi a livello di causalità generale (per il difetto di certezze scientifiche) e di causalità individuale (per l'impossibilità, allo stato attuale delle conoscenze, di accertare che un virus così rapido e aggressivo sia stato contratto proprio sul luogo di lavoro e non altrove), dall'altro, i dubbi in ordine all'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito non vengono eliminati dalla qualificazione in termini attivi della condotta del datore, ma vengono semplicemente spostati nella adiacente «stanza dogmatica» della colpa.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>72</sup> Sulla tematica risultano fondamentali gli approfondimenti di M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1999, I, pp. 31 e sg.

<sup>73</sup> Chiedendosi cosa sarebbe accaduto se fosse stato serbato il contegno alternativo lecito (ad esempio l'aver imposto di indossare la mascherina al proprio dipendente) da parte del garante (il datore di lavoro), ci si sta interrogando non soltanto sulla connessione eziologica «materiale» ma, ancor più in profondità, sull'efficacia salvifica della regola di diligenza (cioè sul segmento oggettivo della colpa).

### 6.3. Il patogeno SARS-CoV-2 e la colpa: regole cautelari e causalità della colpa

La maggior parte dei commenti apparsi sul tema della responsabilità penale del datore di lavoro dinanzi alla pandemia ingenerata dalla diffusione del coronavirus<sup>74</sup> si è soffermata – correttamente – a porre in risalto le problematiche afferenti all'accertamento del nesso causale. È stato infatti da più parti rilevato come l'ascrizione di penale responsabilità in capo al datore di lavoro per i delitti di cui all'art. 589 e 590 c.p. verrebbe a trovare un primo, insuperabile, sbarramento proprio sul terreno causale.

E tale assunto – sul quale non si può che convenire per le ragioni specificamente esposte nel paragrafo precedente – trova oggi una conferma ulteriore nel «nuovo» art. 29-*bis*, del d.l. n. 23/2020, di cui si è fatta sopra menzione. Tale disposizione, infatti, sembra affermare che, mediante l'adozione (ed il mantenimento) delle misure di contenimento del contagio di cui ai protocolli più volte citati, venga a saturarsi l'intera area dell'obbligo di sicurezza preteso dal datore di lavoro *ex art.* 2087 c.c. Ne conseguirebbe dunque che dinanzi ad un contagio occorso a danno di un lavoratore nonostante l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle misure prescritte dai citati protocolli, dovrebbe a rigore ritenersi interrotto il nesso causale, giacché quel rischio residuo, poi concretizzato nell'evento *hic et nunc*, non rientrerebbe nell'area di rischio che il datore era tenuto a governare *ex art.* 2087 c.c. ( il quale, per le ragioni sopra viste, opera sul piano oggettivo).

Ebbene, se tutto ciò che precede è pur vero, nondimeno si è persuasi che talune peculiarità del rischio SARS-CoV-2 meritino attenta considerazione anche dall'angolo prospettico della colpa.

Del resto è ben possibile che un datore di lavoro – sebbene non animato certo da intenti lesivi nei confronti dei propri dipendenti – risulti poco ligio alle misure divise nei protocolli e ometta di applicarne taluna nella propria realtà aziendale. Ed è ben possibile che proprio in quell'azienda un lavoratore risulti affetto da Covid-19 secondo tempistiche astrattamente compatibili con il periodo trascorso sul luogo di lavoro.

Ne potrebbe risultare dunque un capo di imputazione per lesioni colpose che, ove formulato in termini omissivi, potrebbe superare l'accertamento causale – ove questo venisse condotto *ex art.* 40 cpv. c.p. in termini rigidamente formalistici – per non aver impedito l'evento che il datore, in forza della propria posizione di garanzia, aveva l'obbligo giuridico di

<sup>74</sup> Senza inutili ripetizioni, si rinvia ai contributi citati nei vari paragrafi di questo scritto.

scongiurare. Oppure, ove il capo di imputazione fosse formulato in forma commissiva, si potrebbe ritenere parimenti integrato il nesso causale ritenendo che il mancato assolvimento agli obblighi di sicurezza derivanti dall'art. 2087 c.c. abbia esposto il lavoratore al rischio poi concretizzatosi nell'evento *hic et nunc*.

Ecco dunque che il tema della colpa verrebbe in tali ipotesi – tutt'altro che peregrine nella realtà applicativa – a espandersi notevolmente, divenendo l'ultimo gradino di accertamento che ancora si frapporrebbe alla verifica processuale della tesi accusatoria.

Contrariamente a quanto si suole rilevare in altri ambiti (*in primis* in quello medico), in cui l'attuale temperie storico-culturale tende (e con buone ragioni) a valorizzare il momento più squisitamente soggettivo della colpa<sup>75</sup>, dinanzi al Covid-19 ed ai protocolli ideati per contenerne la diffusione non sembra invero porsi un problema di esigibilità.

Ove si convenga sul fatto che al datore di lavoro possa essere richiesto «solamente» il rispetto delle misure divise nei protocolli condivisi, senza onerarne di divenire egli stesso l'ideatore del progresso scientifico idoneo a neutralizzare il rischio SARS-CoV-2 negli ambienti di lavoro, appare abbastanza evidente che il problema non si ponga in termini di misura soggettiva della colpa. Scorrendo i protocolli, infatti, le misure di cui si chiede l'applicazione non sembrano essere così gravose da sconcertare i consueti equilibri disegnati dal già ben noto principio di massima sicurezza possibile<sup>76</sup>.

I problemi, invece, sembrano porsi più a monte e derivare ancora una volta – come si è visto per il versante causale – dall'incertezza scientifica che accompagna il Covid-19, sospendendo il principio di precauzione a

<sup>75</sup> Cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., *passim*; G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio*, cit., *passim*; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, («Itinerari di Diritto Penale»); M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., *passim*; A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2011; nella diversa cornice della responsabilità medica cfr. A.R. DI LANDRO, *La colpa medica*, cit., *passim*; ID., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, («Itinerari di Diritto Penale»); M. CAPUTO, *"Agente modello" e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, G. Giappichelli Editore, Milano, 2012, («Itinerari di Diritto Penale»).

<sup>76</sup> Sul tema della massima sicurezza in relazione al ruolo dell'art. 2087 c.c., anche alla luce dei portati della sentenza della Consulta n. 312/1996, cfr. V. TORRE, *La valutazione*, cit., pp. 51 e sg. e alla bibliografia ivi richiamata.

fare surrettizio ingresso – quale criterio di imputazione<sup>77</sup> – nel sistema italiano di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Il problema più spinoso viene dunque a stagliarsi sulla – comunemente definita – misura oggettiva della colpa.

Proprio in tema di malattie professionali (in particolare derivanti da esposizioni ad amianto), la tendenza generalmente avvertita – e fortemente avversata in dottrina – è quella di procedere ad una ricostruzione dei requisiti di riconoscibilità del rischio e di prevedibilità dell'evento in chiave pre-cauzionale: il giudizio di prevedibilità, che per divenire penalmente rilevante dovrebbe essere veicolato mediante una regola cautelare idonea ad esprimere una certa efficacia salvifica rispetto ad un certo evento, viene condotto sulla scorta di indicazioni normative (di vario rango nella gerarchia delle fonti) così evanescenti da risultare inidonee a tracciare un effettivo modello di comportamento al quale attenersi.

E questa fumosità della regola cautelare nel suo contenuto *modale*<sup>78</sup> finisce per inficiare l'accertamento circa la causalità della colpa<sup>79</sup>: come si potrebbe mai condurre un vaglio circa la capacità di impedire l'evento occorso mediante l'osservanza di una regola modale il cui contenuto cautelare non è per nulla chiaro e determinato già *ab origine*?<sup>80</sup>

Per fronteggiare la pandemia il legislatore dell'emergenza, con l'ausilio delle pertinenti parti sociali, ha elaborato i più volte richiamati Protocolli condivisi del 14 marzo e del 24 aprile 2020 – poi variamente integrati a livello Regionale e locale – nei quali ha divisato dei precetti comportamentali che, a prima vista, potrebbero essere qualificati alla stregua di regole cautelari.

<sup>77</sup> Per un'acuta critica all'impiego del principio di precauzione come criterio di imputazione dinanzi all'incertezza cognitiva, si veda G. CIVELLO, *La colpa eventuale nella società del rischio*, cit., *passim*.

<sup>78</sup> Con la consueta efficacia espressiva A. DE MARSICO, *Colpa per inosservanza di leggi e reato aberrante*, «Annali di diritto e procedura penale», 1940 (ripubblicato nel '51), p. 162, affermava: «l'illecito non è nella natura dell'attività che l'individuo svolge ma nel modo come la svolge».

<sup>79</sup> Sul tema, tra i più complessi della dogmatica penale, ci si limita in tal sede a rinviare ai lavori di P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, «Cassazione penale», 2013, III, p. 1224; G. CARUSO, *Gli equivoci*, cit., pp. 242 e sg.; G. CIVELLO, *La colpa eventuale nella società del rischio*, cit., pp. 249 e sg.; L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, «Cassazione penale», 2005, IV, pp. 4107-4138.

<sup>80</sup> E ciò, si badi, ancor prima ed a prescindere dal (concettualmente) diverso problema del grado corroborazione processuale che un siffatto accertamento dovrebbe raggiungere per ritenersi sussistente la causalità della colpa.

In un certo senso, siffatta modalità operativa si pone in linea con la tendenza alla progressiva elaborazione di regole di diligenza destinate a delimitare l'area del rischio consentito nei settori più rilevanti della società contemporanea, nel quadro del più generale fenomeno di positivizzazione della colpa. Si pensi ad esempio al settore medico-sanitario, nel quale la proliferazione delle linee guida ha fornito terreno fertile per ampi dibattiti sul ruolo di queste ultime nella struttura del fatto tipico<sup>81</sup>.

A ben vedere, però, esattamente come per le linee guida del settore medico, è necessario valutare se le misure divise nei protocolli, a prescindere dalla loro cristallizzazione in disposizioni scritte, presentino tutte e indistintamente una sicura *vis cautelare*, giacché la qualificazione di un dato precetto come propriamente cautelare, in fondo, è pur sempre rimessa alla prudente opera dell'interprete<sup>82</sup>.

Si può dunque osservare che se i precetti comportamentali di cui ai protocolli (nella prima versione suddivisi in sei punti, nella seconda in tredici) esibiscono certamente un contenuto modale (quindi un *quid plus* rispetto al mero obbligo di attivazione fondato sulla posizione di garanzia) non tutti sembrano invero concretizzare quella specifica e puntuale efficacia preventiva necessaria per fondare il giudizio di colpa (dunque un *quid minus* rispetto alla regola cautelare vera e propria).

Si prenda ad esempio il precetto che impone sul luogo di lavoro una «adeguata areazione naturale»: certamente si tratta di un'indicazione che può contribuire a rendere più salubre l'ambiente lavorativo, ma non sembra proprio che la stessa presenti quei connotati di puntualità e specificità rispetto al rischio da fronteggiare che le consentano di rivestire di per sé natura cautelare ai fini del giudizio di colpa. Evidente si presenta, infatti, la genericità di un simile dovere di diligenza rispetto alle capacità lesive del virus. Ed il ragionamento potrebbe essere replicato per molte delle prescrizioni comportamentali di cui ai protocolli condivisi.

Il passaggio, si badi, è molto più delicato di quanto potrebbe a prima vista apparire, sotto un duplice profilo: da un lato, nella descritta tenden-

<sup>81</sup> M. PORTIGLIANI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, «Diritto penale e processo», 1996, VII, pp. 891 e sg.; P. PIRAS, A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, S. Canestrari, R. Guerini, F. Giunta, T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2009, pp. 285 e sg.; F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi* (aspettando la riforma della riforma), «Diritto penale contemporaneo», 23 febbraio 2017, <<https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/5234-un-itinerario-giurisprudenziale-sulla-responsabilita-medica-colposa-tra-art-2236-cod-civ-e-legge-ba>>.

<sup>82</sup> G. CIVELLO, *La colpa eventuale nella società del rischio*, cit., p. 33.

za alla normativizzazione della colpa – peraltro molto avvertita proprio nel settore del lavoro – la positivizzazione delle regole di condotta (spesso qualificate come cautelari in maniera troppo disinvolta) ed il conseguente ingresso nella colpa specifica conducono al risultato pratico di oggettivizzare l'addebito colposo, dissolvendone ogni tentativo di autentica individualizzazione. La colpa, in breve, finisce per esaurirsi nella mera verifica della violazione cautelare, deprivando il coefficiente soggettivo delle sue venature più autenticamente personalistiche.

Da un altro angolo prospettico, e in via logicamente prioritaria, l'erronea qualificazione cautelare della regola che si assume violata finisce inoltre per inficiare il giudizio di evitabilità, il quale, a ben vedere, rappresenta proprio la verifica, nel caso concreto, della effettiva *vis* cautelare della regola violata.

Risalendo rapidamente la filiera logica dell'accertamento circa l'addebito colposo, si dovrebbero affrontare i seguenti passaggi probatori:

(i) il datore di lavoro ha causato (in forma attiva o mediante omissione) il contagio da SARS-CoV-2 del proprio dipendente, contravvenendo alla propria posizione di garanzia di cui all'art. 2087 c.c.;

(ii) il datore di lavoro ha violato le regole modali contenute nei protocolli condivisi (inosservanza cautelare);

(iii) l'evento in concreto occorso (che rappresenta la concretizzazione del rischio che la norma violata mirava a prevenire) ha trovato radice eziologica proprio nella violazione cautelare di cui al punto precedente, nella misura in cui l'ottemperanza alla stessa avrebbe impedito l'evento;

(iv) la violazione cautelare contestata rappresentava un contegno esigibile da parte del datore di lavoro in carne ed ossa.

Orbene, questa rapida semplificazione permette di avvedersi immediatamente di come l'indisponibilità a monte (nel secondo passaggio) di una regola cautelare propriamente detta, idonea ad evitare con certezza l'evento, comporti delle rilevanti ricadute a valle (nel terzo passaggio), in sede di accertamento di causalità della colpa, giacché la rigorosa verifica in ordine alla possibilità di impedire l'evento mediante l'osservanza di un regola troppo generica, e inidonea già *ex ante* a neutralizzare quello specifico rischio, diverrebbe impossibile.

In altri termini, il rischio sotteso all'incertezza scientifica circa le modalità di circolazione dell'agente SARS-CoV-2 – e alla conseguente incertezza in ordine alle misure adeguate a contenerlo – è che questo delicato (ma imprescindibile) accertamento afferente alla causalità della colpa venga dissolto in un ben più blando accertamento di mero aumento (*recte*:



di mancata diminuzione) del rischio da contagio. Un rischio che, a ben vedere, non risulterebbe fronteggiato adeguatamente nemmeno dalle stesse regole a monte imposte dalla Pubblica Autorità, la quale, affermando (*ex art. 29-bis*, d.l. n. 23/2020) adempiuto il dovere di garanzia del datore di lavoro con la 'sola' applicazione dei protocolli condivisi, ha forse anche implicitamente ammesso di poter ad oggi disporre solamente di regole cautelari improprie<sup>83</sup>, incapaci per definizione di esprimere un precetto comportamentale sufficiente a impedire l'evento.

Ne consegue che, sebbene certamente esigibili dal datore di lavoro, non ci si può nascondere che, allo stato attuale della conoscenza, siffatte misure potrebbero non essere sufficienti ad impedire l'evento (infortunio-malattia o addirittura morte del lavoratore).

In particolare, dinanzi alla richiamata incertezza scientifica in ordine al patogeno SARS-CoV-2, l'impossibilità di ascrizioni colpose d'evento suscettibili di accertamenti idonei a garantire il rispetto del principio costituzionale di responsabilità per fatto proprio colpevole, potrebbe spingere il legislatore a tratteggiare uno specifico corredo sanzionatorio strutturato sul modello contravvenzionale o su quello dei reati di pericolo: la previsione di una sanzione (chiaramente più mite di quelle previste negli artt. 589 e 590 c.p.) in conseguenza della (sola) mancata adozione delle regole anti-contagio divise nei protocolli, verrebbe a focalizzare il disvalore penale sulla condotta, rinunciando in tal modo ad un impraticabile (per le ragioni suddette) accertamento sui nessi eziologici del reato colposo d'evento e, nondimeno, anticipando la tutela penale<sup>84</sup>.

## 7. Responsabilità dell'ente ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001

Al fine di completare la panoramica dei profili problematici dischiusi dall'emergenza Covid-19, è opportuno dedicare alcune brevi riflessioni in ordine alle possibili responsabilità alle quali risulta esposto l'ente – in modo autonomo ed ulteriore rispetto al datore di lavoro persona fisica – nei casi di eventuale contagio contratto negli ambienti di lavoro.

<sup>83</sup> Per la distinzione tra regole cautelari proprie e improprie, si rinvia all'importante lavoro di P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, CEDAM, Padova, 2003, («Collana di studi penalistici»).

<sup>84</sup> In tal modo, oltre a garantire, mediante la spinta general-preventiva, l'adempimento agli obblighi di adeguamento ai protocolli, si eviterebbe di estremizzare la, già largamente avvertita, c.d. *Zufallskomponente* della colpa, nel reato causalmente orientato.

Il problema nasce dal fatto che – già da tempo – nel «catalogo» dei c.d. reati-presupposto sono state inserite le ipotesi di omicidio e lesioni derivanti dalla violazione della normativa antinfortunistica. Per la precisione, è la l. 3 agosto 2007 n. 123 – «*misure in tema della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia*» – ad avere inserito nel corpo del d.lgs. n. 231/2001 l'art. 25-*septies*, a sua volta successivamente modificato dall'art. 30, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Si tratta di una previsione normativa, la quale ha incluso nel suddetto catalogo il delitto di omicidio colposo commesso con violazione dell'art. 55, comma 2, d.lgs. n. 81/2008, e i delitti di omicidio colposo, lesioni colpose gravi e gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro in generale.

A tale proposito, va evidentemente richiamato quanto illustrato nei precedenti paragrafi e, in particolare, la questione se la violazione delle misure volte ad impedire la diffusione dell'epidemia di Covid-19 costituisca inosservanza del t.u.s.l. Ebbene, le conclusioni cui si è in precedenza giunti sono le seguenti: l'inosservanza delle misure di protezione elaborate dall'Autorità pubblica non dovrebbe essere sanzionata ai sensi del t.u.s.l., ma in base alle specifiche previsioni sanzionatorie apprestate dagli strumenti normativi che hanno introdotto quelle stesse misure. Nondimeno, ove poi conseguisse un effettivo contagio, queste ultime potrebbero rilevare come elemento oggettivo della colpa (generica o – più esattamente – specifica *sub specie* di violazioni di «discipline»<sup>85</sup>) in ordine alle fattispecie di lesioni colpose (od omicidio colposo, nel caso in cui la patologia avesse esito fatale) ascritte al datore di lavoro in forza del combinato disposto di cui agli artt. 40, comma 2, c.p., e 2087 c.c. Inoltre, si deve tener conto dell'esplicita qualificazione – operata dall'art. 42 del decreto Cura Italia e delle note INPS – come infortunio sul lavoro del contagio da Covid-19 in ambito lavorativo. In forza di simile qualificazione, appare legittimo affermare che – in tali ipotesi – si debbano contestare i delitti di omicidio colposo ovvero di lesioni colpose gravi e gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro in generale. Dunque, il logico corollario di simili premesse è che, quando venga contestato al datore di lavoro (o al delegato per la sicurezza) uno dei delitti or ora richiamati, consequenzialmente si apra un procedimento nei confronti dell'ente per l'illecito amministrativo previsto dall'art. 25-*septies*, d.lgs. n. 231/2001.

<sup>85</sup> Sul punto si veda *supra*, § 5.

Una volta chiarito che anche alla persona giuridica può essere ascritto un illecito derivante dall'inosservanza delle misure per la salute e sicurezza sul posto di lavoro, è ora necessario verificare quali siano i presupposti per la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. La questione principale – va subito detto – riguarda il collegamento di carattere oggettivo previsto dall'art. 5, d.lgs. n. 231/2001, tra l'illecito commesso e l'ente, consistente nella «finalizzazione del reato stesso al vantaggio o all'interesse della persona giuridica»<sup>86</sup>. In buona sostanza, viene così a riproporsi la problematica, invero non nuova nel panorama dottrinale e giurisprudenziale, della compatibilità tra la contestazione di un reato strutturalmente colposo e la sussistenza di un interesse o vantaggio per l'ente.

La soluzione non può che porsi nei medesimi termini di quelli già enunciati, in generale, con riguardo alla responsabilità dell'ente per gli infortuni sul lavoro. Rinviando al dibattito sviluppatosi in linea generale sulla compatibilità della previsione circa la necessaria sussistenza di un vantaggio per l'ente e l'inserimento nel catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 di illeciti strutturalmente colposi<sup>87</sup>, è sufficiente richiamare i risultati cui perviene la nota sentenza *Thyssen Krupp* per avvedersi di come il vantaggio dell'ente (da leggersi in relazione alla condotta «e non all'esito antigiuridico») vada ricercato nel risparmio di spesa derivante dal mancato adeguamento alle misure antinfortunistiche<sup>88</sup>. In altre parole, la giurisprudenza è orientata ad affermare la responsabilità dell'ente dinanzi a risparmi di spesa decisi dal datore di lavoro. Nel caso in esame – allineandosi a tale indirizzo giurisprudenziale –, ne consegue che ove l'ente non investisse poste di budget nell'adeguamento della realtà aziendale rispetto alle misure variamente divise nei protocolli potrebbe essere considerato responsabile dell'illecito di cui all'art. 25-*septies*, d.lgs. n. 231/2001. Infatti, sarebbe possibile sostenere – in tesi d'accusa – che l'ente abbia tratto pur sempre un qualche vantaggio nel risparmio di spesa determinato dal mancato adeguamento.

È bensì vero che – con riguardo alle misure anti-Covid – i risparmi di spesa saranno generalmente modesti. Ciò nonostante, tale circostanza

<sup>86</sup> In ordine ai requisiti oggettivi per l'attribuzione della responsabilità dell'ente, ci si permette di rinviare – per tutti – a E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli Editore, Bologna, 2016, pp. 61 e sg.

<sup>87</sup> Per un esame degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali si rinvia a E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 63-65.

<sup>88</sup> Cfr. 24 aprile-18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn, p. 198 e, più specificamente, p. 205 ss.

non può considerarsi causa di esclusione della responsabilità dell'ente, ma – tutt'al più – valere come criterio idoneo a commisurare la sanzione verso il minimo edittale. E ciò in forza dell'art. 12, d.lgs. n. 231/2001, il quale prevede la riduzione alla metà della sanzione quando l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia ricavato vantaggio minimo.

In effetti, nella prospettiva di evitare le gravi conseguenze sanzionatorie derivanti dal d.lgs. n. 231/2001, appare chiara l'importanza di implementare, nell'ambito delle procedure e dei protocolli della c.d. parte speciale del modello di organizzazione, gestione e controllo previsto all'art. 7 del d.lgs. n. 231/2001, le specifiche misure volte a contenere il rischio contagio da SARS-CoV-2, inserendo un'apposita appendice – strutturata sul modello del sopra richiamato Piano di intervento – da rendere poi facilmente conoscibile e fruibile anche per i lavoratori. L'effettiva integrazione del modello costituisce, per l'appunto, lo strumento idoneo a dimostrare non solo di aver adottato, ma anche di aver efficacemente attuato il modello 231, integrando lo stesso con il *sistema* di tutela della salute e sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30, d.lgs. n. 81/2008. Inoltre, sempre nella prospettiva di una efficace attuazione, può essere sicuramente utile l'attivazione e l'implementazione dei flussi informativi, favorendo anche i canali protetti del c.d. *whistleblowing* onde individuare eventuali situazioni di carenza e permettere così all'Organismo di Vigilanza di intervenire per segnalare la necessità di ripristinare immediatamente la condizione di sicurezza e salubrità esigibile.



# **Sovranità statale, sicurezza e globalizzazione: quale equilibrio?**

*Cristiana Benetazzo*

*Professoressa associata, Università di Padova*

SOMMARIO: 1. La complessità e “polifonia” dell’attuale contesto storico-normativo: l’intreccio tra potere economico, tecnica e diritto. – 2. Sovranità statale e sicurezza: ritorno ad uno Stato “sovrano”? – 3. Sovranità e rappresentanza...all’epoca della globalizzazione. – 4. Trasparenza e prevenzione della corruzione: dalla semplificazione al rischio di “sovranismi digitali”.

## **1. La complessità e “polifonia” dell’attuale contesto storico-normativo: l’intreccio tra potere economico, tecnica e diritto**

Alla fine di febbraio 2022, con l’intensificarsi delle ostilità in Ucraina, sono aumentati i bisogni della popolazione. Centinaia di migliaia di persone sono state costrette ad abbandonare le proprie case, in cerca di ripari più sicuri, e oltre due milioni sono fuggite nei Paesi vicini, soprattutto in Polonia, Moldavia, Romania, Ungheria, Slovacchia e Bielorussia. Una situazione disperata che ha imposto una risposta umanitaria congiunta e tempestiva delle istituzioni europee ed internazionali ma anche da parte di migliaia di volontari ed operatori in tutto il mondo per supportare le popolazioni colpite.

Questa tragica vicenda, a noi così drammaticamente vicina non solo dal punto di vista geografico ma anche valoriale, rende urgente una riflessione su principi e valori da tempo acquisiti alla nostra civiltà giuridica occidentale<sup>1</sup> ma che sono ormai affermati come universali: ad es-

<sup>1</sup> Il presente contributo rielabora, con alcune integrazioni, l’intervento introduttivo svol-

sere gravemente in pericolo è lo Stato di diritto, la protezione dell'essere umano, la sua vita e i suoi diritti fondamentali, le relazioni tra gli Stati e la stessa tenuta del sistema commerciale multilaterale volto alla liberalizzazione degli scambi di beni e servizi.

Si tratta di un contesto assai "polifonico" e complesso, il cui orizzonte – volendo sintetizzare all'estremo – si potrebbe racchiudere «nella parabola che va da Thomas Hobbes a Fritz Lang, dal Leviatano a Metropolis»<sup>2</sup>.

La traiettoria della relazione tecnica-sicurezza-potere può essere simbolicamente racchiusa qui. Da un lato, il potere che, smussato a mezzo di una primordiale tecnica politica, diventa istituzione che garantisce la sicurezza dei sudditi e ne assicura gli obiettivi fondamentali: il sostentamento e la possibilità di sviluppo della loro condizione. Dall'altro, la tecnica che, forgiando gli strumenti del diritto, o, meglio, del costituzionalismo «della lotta per i diritti», trasforma il rapporto originario, esclusivamente autoritario, in un rapporto via, via più dialettico fino ad arrivare, nella prima parte del secolo scorso e fin quasi alle soglie del nuovo secolo, a configurare un assetto in cui il potere politico è in grado di indirizzare e regolamentare anche il potere economico, facendolo uscire dalla «gabbia» del mero profitto ed incanalandolo anche alla volta di obiettivi di progresso sociale<sup>3</sup>.

to nell'ambito della Seconda Conferenza di Icon.s su "Il futuro dello Stato", tenutasi presso l'Università degli Studi di Bologna il 16-17 settembre 2022.

Come ha bene sottolineato il presidente del Consiglio Mario Draghi nell'intervento al Senato del 1 marzo 2022 sulla crisi ucraina «L'invasione dell'Ucraina da parte della Russia segna una svolta decisiva nella storia europea. Negli ultimi decenni, molti si erano illusi che la guerra non avrebbe più trovato spazio in Europa. Che gli orrori che avevano caratterizzato il Novecento fossero mostruosità irripetibili. Che l'integrazione economica e politica che avevamo perseguito con la creazione dell'Unione Europea ci mettesse a riparo dalla violenza».

<sup>2</sup> In questo senso viene descritto l'attuale contesto storico-giuridico da G. Cocco, *Prefazione*, in C. BUZZACCHI, P. COSTA, F. PIZZOLATO, *Technopolis – La città sicura tra mediazione giuridica e profezia tecnologica*, Milano, 2019, X.

<sup>3</sup> Questi due aspetti sono ben evidenziati da G. Cocco, *op. cit.*, X - XI, ove si legge: «Da una parte il diritto, inteso come tecnica atta a consentire la convivenza umana, che offre sicurezza all'uomo, prima ancora che gli uomini, che si son fatti sudditi, consegnino lo scettro al sovrano e ne legittimino il potere. In questa relazione tutto è scoperto: l'identità dei sudditi e quella del sovrano e la consegna del potere è indotta, ma nonostante questo, volontaria. Nell'altra narrazione la tecnica, simboleggiata da una macchina M come un grande Moloch che ingoia le sue vittime umane, viene utilizzata come strumento di oppressione dell'uomo (degli operai, nella specie) ad opera dei ricchi industriali detentori del

In epoca di globalizzazione questa situazione di equilibrio si rompe allorché la dimensione del potere economico si allarga al di fuori dei confini dello stato nazionale ed assume una portata ed una capacità di azione a livello planetario. In questo frangente, il potere economico si libera del giogo del potere politico e si ingenera una nuova saldatura, quella tra potere economico e tecnica. In tal senso si può probabilmente affermare che oggi la tecnologia, con il salto quanti-qualitativo in atto, recita un ruolo prevalente e ancora da analizzare compiutamente: in altri termini, il delinearci di una sorta di *technopolis*<sup>4</sup>. Un fenomeno che dovrebbe avvenire in stretta relazione con il complesso valoriale-normativo-procedurale espresso dal diritto e, più in generale, dalla sfera politica. Si tratta di dimensioni che hanno storicamente recepito l'ideale della sicurezza e della prevedibilità unitamente, in un percorso non sempre lineare, alle garanzie inviolabili della persona non sacrificabili sull'altare di altri obiettivi pur condivisi<sup>5</sup>.

Una parabola, peraltro, sempre più complessa in cui il trinomio tecnologia-diritto-sfera individuale sembra subire torsioni rilevanti. Non si tratta soltanto di rilevare il ruolo crescente rivestito dalla tecnologia<sup>6</sup>, ma occorre collocarlo all'interno di una transizione socio-culturale prima ancora che giuridica. A questo fine concorrono, come valori in sé e come elementi strumentali, le idee di trasparenza e controllo nella loro accezione più ampia e intuitiva<sup>7</sup>.

Un intreccio complesso di temi e questioni di cui nelle pagine seguenti si proverà a proporre alcune "esplorazioni": una sorta di sintetico quadro d'insieme, segnalandone talune criticità.

potere e dell'imprenditore-dittatore».

<sup>4</sup> Così ancora G. COCCO, *Prefazione*, cit., XI.

<sup>5</sup> Cfr., in argomento G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Monza, 2007, 107 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006, 139 ss. Sul rapporto tra sicurezza e confine, v. G. BOMBELLI, *Circuiti pericolosi: la sicurezza tra potere, mercato e contesti postmoderni. Annotazioni filosofico-giuridiche* in F. PIZZOLATO-P. COSTA (a cura di), *Sicurezza, Stato e mercato*, Milano, 2015, 47 ss.

<sup>6</sup> Spunti interessanti sulla distinzione tra "tecnica" e "tecnologia" si rinvencono in G. BOMBELLI, *Circuiti pericolosi: la sicurezza tra potere, mercato e contesti postmoderni. Annotazioni filosofico-giuridiche*, cit., 47-86; ID., *Dal moderno all' "ultramoderno"? Intorno al nesso diritto-tecnica-sicurezza*, in F. PIZZOLATO-P. COSTA (a cura di), *Sicurezza e tecnologia*, cit., 3-26.

<sup>7</sup> Su tali aspetti cfr. il § 4.



## 2. Sovranità statale e sicurezza: ritorno ad uno Stato “sovrano”?

Il primo tema che emerge in questo contesto è quello del rapporto sovranità/sicurezza.

Come è noto, «sicurezza è un termine polisenso»<sup>8</sup>, il quale in questa sede viene preso in considerazione solo nella sua eccezione ristretta, in quanto correlata al possibile uso della coercizione a scopo di pacificazione interna, mediante strumenti preventivi e repressivi<sup>9</sup>.

Senza voler apparire eccessivamente sommari, si può senza dubbio ritenere che il ragionamento che si elabora a partire dal fondatore della dottrina moderna della sovranità (Bodin)<sup>10</sup>, finisce per ritrovare nella ‘protezione’ un elemento fondamentale del potere sovrano<sup>11</sup>. Il legame strutturale fra la sovranità statale e le funzioni di ordine e sicurezza, lungi dall’essere una recente acquisizione (gius)economica, è fondato su una secolare elaborazione filosofica e giuridica e appoggia su di un dato storico.

Il sovrano, quale soggetto che è in grado di tenere in pace il popolo e come tale è accettato dal popolo stesso, è legittimato a ricorrere alla forza armata per garantire la “protezione”<sup>12</sup>, sia essa intesa come sicurezza

<sup>8</sup> Cfr. F. PIZZOLATO, *Mercato e politiche della sicurezza nell’ordinamento dello Stato moderno*, in F. PIZZOLATO-P. COSTA (a cura di), *Sicurezza, Stato e mercato*, Milano, 2015, 1.

<sup>9</sup> Cfr., in tal senso, la definizione proposta da E. CHITI – B.G. MATTARELLA, *La sicurezza europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 306. Cfr., altresì, A. BARBERA, *Prefazione*, in S. BENVENUTI – P. DI FONZO – N. GALLO – T.F. GIUPPONI (a cura di), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana*, Milano, 2013, 7 ss., che si riferisce alla «tradizionale funzione statale relativa all’ordine pubblico e alla prevenzione e repressione dei reati».

<sup>10</sup> La letteratura sul principio di sovranità è oltremodo ampia, mostrandosi decisamente impossibile proporre una bibliografia esaustiva sul tema. Sul rapporto tra sovranità e processi di globalizzazione vedi anche i contributi del XXVII Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, svoltosi presso l’Università degli studi di Salerno (22-24 novembre 2012), pubblicati in *Costituzionalismo e Globalizzazione, Annuario AIC*, 2012, Napoli, 2014, 152 ss. e, in particolare, *ivi*, G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, che pure non ritiene impossibile arrivare a una “democrazia europea”, ma non già in via intergovernativa 9 ss.; P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, 11 ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, 43 ss.; S. NICCOLAI, *La globalizzazione come ampliamento del ruolo della giurisdizione: un falso mito?*, 103 ss.; C. PINELLI, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, 131 ss.

<sup>11</sup> In questi termini, decisamente efficaci, si esprime A. MORRONE, *Sovranità*, in *AIC*, 2017, 2. Si veda *ivi*, anche la dotta ricostruzione del concetto di sovranità alla luce dei teorici Bodin, Hobbes, Locke, Kelsen e Schmitt.

<sup>12</sup> In merito, si può rinviare all’interessante analisi di G. DE VERGOTTINI, *La persistente sovranità*, in *Recte sapere, Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*. Tomo II, Torino, 2014,

interna o difesa esterna<sup>13</sup>: impostazione ben raffigurata nel Leviatano di Hobbes<sup>14</sup>. Si esce dalla paura del *bellum omnium contra omnes* entrando nello stato di civiltà. E la primaria, fondamentale, *conditio sine qua non*, ineludibile giustificazione e insieme legittimazione dello Stato è la sicurezza, vale a dire la pace interna e la difesa nei confronti dello straniero<sup>15</sup>.

La concezione della sicurezza si è tuttavia modificata nel tempo insieme all'idea del controllo.

Il nesso tra libertà economica e sovranità è un aspetto emerso particolarmente nel XX secolo<sup>16</sup>. L'intervento dello Stato crea le condizioni per lo

1373-1392. Di certo anche l'esistenza di centri di decisioni esterni capaci di porre regole che condizionano aree territoriali oltre i confini dello Stato contribuisce a porre in crisi la concezione tradizionale dello Stato. V., specificamente, a questo ultimo proposito, S. BARTOLE, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, ann., II, 2, Milano, 2008, 1132.

<sup>13</sup> Solo nel duecento la dottrina inizia a fare riferimento alla sovranità. È in quell'epoca che si è iniziato a "sganciare" l'esercizio del potere supremo dalla titolarità della dignità imperiale, proponendo un eloquente parallelo tra il re bassomedievale e l'imperatore romano (Marino da Caramanico, nel proemio alla glossa del Liber Constitutionum di Federico II, si riferisce al Re di Sicilia rilevando che «*ad ipsum omnia in regno pertineat, que ad imperatorem Rome quomodolibet pertinerent*»), talvolta impiegando – nel generico significato di «superiore» – anche il termine «sovrano», pur ancora privo della nozione astratta corrispondente («*chaque baron est souverain en sa baronie mais le roi est souverain par-dessus tous*»): cfr. P. PASSAGLIA, *Sovranità*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 5643 ss.

<sup>14</sup> Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, I, II, cap. XXII, tr. it., a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, 2004, 198 ss. (su cui v. anche la successiva nota 15), ove si legge: «In tutti gli Stati, allorché un privatomantenga più servitori di quanti richiedano il governo dei suoi possedimenti e il legittimo impiego che egli può farne, ciò rappresenta una fazione ed è illegittimo; giacché, godendo della protezione dello Stato, non ha bisogno della difesa di una forza privata». Cfr. anche D. FISICHELLA, *Alla ricerca della sovranità. Sicurezza e libertà in Thomas Hobbes*, Roma, 2008, 78 ss.

<sup>15</sup> Cfr. D. FISICHELLA, *Alla ricerca della sovranità. Sicurezza e libertà in Thomas Hobbes*, Roma, 2008, 65. Sul nesso tra politica e paura, cfr. anche M. NICOLETTI, *La politica e il male*, cit., 72-73 e 74-75: «l'unità politica [...] è anche una comunità di difesa dalla morte che può derivare all'uomo dall'uomo stesso. In questo difendersi dal rischio della morte violenta, una unità politica deve fronteggiare la violenza stessa e, così facendo, espone i suoi membri al rischio della morte»; J. FREUND, *Il terzo, il nemico, il conflitto. Materiali per una teoria del Politico*, tr. it., Milano, 1995, 74; S. AMATO, *Il legame sociale*, in B. MONTANARI (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Torino, 2012, 220 ss. Cfr., inoltre, Il Consiglio dell'Unione europea, *Draft Internal Security Strategy for the European Union "Towards a European Security Model"*, 9, ove si afferma che «*security is in itself a basic right*».

<sup>16</sup> Cfr. O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. Schiera, tr. it., Vita e pensiero, Milano, 2000, 18-19 e 205 ss.; interessanti riferimenti in H. SUMNER MAINE, *Diritto antico*, tr. it., Milano, 1998 e M. WEBER, *Economia e società. L'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali. Comunità*, a cura di W. MOMMSEN, tr. it.,

sviluppo dei commerci e dei contratti: la garanzia statale della sicurezza si lega insomma sin dall'origine alla trasformazione dell'assetto socio-economico, saldandosi con interessi di natura economico-commerciale. Lo Stato moderno offre una risposta a questo bisogno degli individui di godere, in sicurezza, dell'autonomia nella sfera privata e dei propri beni e, così operando, pone la premessa per l'esercizio della libertà economica<sup>17</sup>.

All'inizio degli anni '90 del secolo scorso si è assistito ad una forte implementazione del mito evoluzionista, che trae fondamento dalla visione euro-americanocentrica, basata su una concezione del diritto che guarda alla contingenza del modello di sviluppo delle società come a un modello assoluto che va in un senso esclusivamente lineare<sup>18</sup>. Si è così promossa un'idea di sicurezza che non si coniuga tanto con il controllo ma con lo sviluppo.

Tale concezione, già duramente messa in discussione dopo gli eventi terroristici del settembre 2001<sup>19</sup>, sembra subire, per effetto del conflitto in Ucraina, una drastica deviazione segnando un inevitabile ritorno al passato. Da questo momento sembra cambiare, anche a livello globale, il paradigma della sicurezza/difesa. Non più sicurezza delle persone da

Roma, 2005, 201, il quale sottolinea che «la comunità politica monopolizza il legittimo uso della violenza per il suo apparato coercitivo e muta gradualmente in un'istituzione di tutela del diritto. In ciò trova un potente e decisivo sostegno in tutti quei gruppi che sono economicamente interessati, direttamente o indirettamente, all'estensione della comunità di mercato e, accanto a questi, nei poteri religiosi».

<sup>17</sup> Come sottolineato da S. CHIGNOLA, *Il fragile cristallo. Per la storia del concetto di società*, Napoli, 2004, 12, «lo Stato agisce perciò rispetto alla società [...] nella doppia veste di istitutore e di garante della libertà dei cittadini. Istitutore, perché è all'ombra dello Stato assoluto e dei suoi apparati amministrativi che il soggetto moderno elabora ed espande la propria autonomia. Garante di quest'ultima, perché il lavoro di sincronizzazione e di regolazione della cooperazione sociale di cui esso si fa carico si dimostra necessario per la stessa esplicitazione della potenza di autodeterminazione del libero soggetto che in essa individua». Nel medesimo senso F. PIZZOLATO, *Mercato e politiche della sicurezza nell'ordinamento dello Stato moderno*, cit., 5, secondo cui «Vi è dunque una complementarità originaria tra la sovranità dello Stato e la formazione della società moderna degli individui liberi ed eguali», nonché B. MONTANARI, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Milano-Udine, 2013, 107 ss.

<sup>18</sup> In merito, si può rinviare all'interessante analisi di G. DE VERGOTTINI, *La persistente sovranità*, in *Recte sapere, Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*. Tomo II, Torino, 2014, 1373-1392. Di certo anche l'esistenza di centri di decisioni esterni capaci di porre regole che condizionano aree territoriali oltre i confini dello Stato contribuisce a porre in crisi la concezione tradizionale dello Stato. V., specificamente, a quest'ultimo proposito S. BARTOLE, *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, ann., II, 2, Milano, 2008, 1132.

<sup>19</sup> Si fa qui riferimento, in particolare, all'attentato dell'11 Settembre 2001 al *World Trade Center* di New York e Pentagono di Washington.

minacce<sup>20</sup>, secondo una concezione di protezione che vuole anticipare l'evento reale, incerto nel se e nel quando, normalizzando l'emergenza<sup>21</sup>, ma ritorno ad una tradizionale nozione di sicurezza statale o nazionale, intesa come protezione da aggressioni 'reali' esterne. Dunque, una concezione di protezione/sicurezza che si ricollega nuovamente alla tutela dei confini territoriali.

Per questa via si va riaffermando, in definitiva, quella sovranità di tipo "sostanziale", precedentemente persa a livello internazionale per volontà degli stessi Stati che pure hanno voluto, in via pattizia, un mondo di economia globale.

La conseguenza è anche qui la modifica "unilaterale" di accordi internazionali che sta mettendo in grave difficoltà lo stesso diritto internazionale almeno quanto alla tenuta del sistema commerciale multilaterale volta alla liberalizzazione degli scambi commerciali di beni e servizi: la vicenda relativa all'embargo del petrolio e gas e russo<sup>22</sup> offre ulteriori spunti di riflessione, che comunque esulano dai limiti del presente lavoro.

<sup>20</sup> V., in proposito, la normativa emergenziale che trova espressione in provvedimenti legislativi ordinari del Congresso degli Stati Uniti quali l'*Usa Patriot Act* (acronimo di *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*) dell'ottobre 2001 e l'*Homeland Security Act* del luglio 2002 nonché diversi *executive orders* presidenziali emanati in conformità all'attribuzione costituzionale di Comandante in capo delle forze armate (come quello del 13 novembre 2001, *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*) volte a far venire meno il complesso sistema ordinario di garanzie processuali nei confronti di "who is not a United States citizen", rispetto al quale "there is reason to believe" che si tratti di persona comunque "engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of International terrorism, or acts in preparation therefor". In proposito, in dottrina, v., tra gli altri, C. BASSU, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, reperibile online <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it> nonché T.E. FROSINI, *Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1645 ss. Peraltro, rispetto a una fase iniziale di scarsa reazione della giurisprudenza all'abuso del potere esecutivo previsto nel Patriot Act, a partire dal 2004, in particolare con la sentenza del 22 gennaio (Humanitarian Law Projects vs. John Ashcroft and others 532 U.S. 904 (2004)), diverse pronunce sono intervenute rilevando una parziale incostituzionalità e disapplicando le relative norme incostituzionali. Per un commento sulla giurisprudenza, si rinvia a A. BENAZZO, *Il caso Hamdan: un'altra lezione della Corte Suprema statunitense sul principio dei checks and balances*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1566 ss.; G. BUONOMO, *Il diritto straniero e la Corte suprema statunitense*, in *Quad. cost.*, 2006, 281 ss.; L. FABIANO, *Garante dei diritti e giudice dei poteri: il doppio volto della Corte Suprema nelle sentenze "Guantanamo"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 104 ss.; V. TAMBURRINI, *Un giudice federale dichiara incostituzionale una parte del Patriot Act*, in *Dir. Pubbl. comp. eur.*, 2004, 835 ss.

<sup>21</sup> Vedi, in particolare, G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2004, 439 ss.

<sup>22</sup> Si fa qui riferimento alla risoluzione del Parlamento europeo del 7 aprile 2022, con cui

### 3. Sovranità e rappresentanza...all'epoca della globalizzazione

Il secondo tema che riaffiora in questi giorni, ma su cui ci si limita qui ad alcune assai modeste considerazioni, frutto del rapporto tra interesse pubblico e potere pubblico (che pure sono alla base del diritto amministrativo) è quello del rapporto tra sovranità popolare e rappresentanza<sup>23</sup>, con sullo sfondo i concetti di Stato e Nazione.

è stato approvato «l'embargo totale e immediato sulle importazioni dalla Russia di petrolio, carbone, combustibile nucleare e gas». La risoluzione è passata a larga maggioranza, con 513 voti favorevoli, 22 contrari e 19 astensioni. Le misure entrano in vigore nel limite della sicurezza di approvvigionamento energetico necessario per soddisfare il fabbisogno europeo, e si riserva una eventuale revoca delle sanzioni «nel caso in cui la Russia adotti provvedimenti intesi a ripristinare l'indipendenza, la sovranità e l'integrità territoriale dell'Ucraina entro i suoi confini riconosciuti a livello internazionale e ritiri completamente le proprie truppe dal territorio ucraino».

<sup>23</sup> I contributi nel dibattito sulla rappresentanza politica sono quanto mai numerosi ed in questa sede non se ne può che offrire una rassegna parziale. Si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza, *ex multis*, F. LANCHESTER, *Note sul concetto di rappresentanza in campo politico*, in A. PISANESCHI e L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione: scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 2007, 33 ss.; *Id.*, *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019; A. BARBERA, *La "cittadinanza" e le forme della rappresentanza politica*, in M. CARTABIA e A. SIMONCINI, *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Bologna, 2009, 85 ss.; *Id.*, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, n. 4/2008, 853 ss.; *Id.*, *Rappresentanza e istituti di democrazia diretta nell'eredità della rivoluzione francese*, in *Pol. dir.*, n. 4/1989, 541 ss.; C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4/2010, 29 ss.; L. VIOLANTE, *Appunti per un'analisi del populismo giuridico*, *ivi*, n. 3-4/2010, 107 ss.; N. URBINATI, *La democrazia rappresentativa e i suoi critici*, in C. ALTINI (a cura di), *Democrazia: storia e teoria di un'esperienza filosofica e politica*, Bologna, 2011, 219 ss.; G. FILIPPETTA, *Il controllo parlamentare e le trasformazioni della rappresentanza politica*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2014; G. DE TOGNI, *La componente della rappresentanza politica degli ordinamenti costituzionali moderni: profili storici e teorici*, in *Rivista telematica dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, 2015; M. DOGLIANI, *Riforma costituzionale e rappresentanza*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2015; C. FUSARO, *Rappresentare e governare: il dilemma della forma di governo*, in *Studi G. de Vergottini*, Padova, 2015, vol. 2, 1085 ss.; L. RONCHETTI, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015; P. STANCATI, *Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*, *ivi*, n. 1/2015; L. DI MAJO, *La rappresentanza in declino: partiti politici e gruppi di pressione nelle procedure democratiche*, in *forumcostituzionale.it*, n. 7/2016; C. BASSU, *Le nuove frontiere della rappresentanza politica*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2017; F. BERTOLINI, *Rappresentanza politica e forma di governo parlamentare*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017; I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, *ivi*, n. 3/2017; C. DE FIORES, *Sulla rappresentazione della nazione. Brevi note sul divieto di mandato imperativo*, in *Dir. e soc.*, n. 1/2017; M. DOGLIANI, *Rappresentanza, Governo e mediazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017; N. LUPO, *La rappresentanza politica oggi: sfide esistenziali e snodi concettuali*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2017; A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione*

In questi giorni la sovranità popolare viene indicata come uno dei concetti chiave, irrinunciabili, della democrazia: comunque, sia o non sia contemplata la variante della rappresentanza, la democrazia viene presentata correntemente come il regime che riposa su un principio irrinunciabile: la sovranità del popolo. Le democrazie costituzionali del secondo dopoguerra confermano questo assunto: nella nostra costituzione il riferimento è collocato addirittura nel primo articolo. Le altre costituzioni del secondo Novecento ripetono il medesimo principio.

Non si può però tacere di una complicazione del quadro, emersa nel nostro contesto giuridico istituzionale, ancor prima della tragica vicenda ucraina e che appare inevitabilmente legata alla c.d. “globalizzazione”<sup>24</sup>. Come già ricordato all’inizio, lo scenario di questi ultimi anni, segnato dalla crisi economica e dagli effetti della globalizzazione, si accompagna, sempre più spesso, a una nutrita serie di diagnosi preoccupate sulla “crisi della democrazia”. Da più parti – da diversi soggetti politici e sociali e con diverse argomentazioni – la democrazia rappresentativa è oggi sfidata non solo ad oriente ma anche nei sistemi politici occidentali (certo, con ben altre forme rispetto al sistema autocratico “belligerante” di Russia e Turchia).

*interna e sovranazionale: i fattori normativi*, Milano, 2018; C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità: la crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Napoli, 2018; T.E. FROSINI, *Declinazioni del governare*, Torino, 2018; M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018; G. MOSCHELLA, *L’incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *federalismi.it*, n. 12/2019. Tra i contributi generali si segnalano: L. CIAURRO, D. NOCILLA, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, Milano, 543 ss.; A. ROMANO, *La rappresentanza politica come legittimazione politica*, in *Arch. Dir. cost.*, n. 1/1990, 39 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La sovranità e la rappresentanza politica*, in *Lo stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive* (Atti del Convegno di Roma, 30 giugno – 3 luglio 1993), Milano, 1994, 93 ss.; F. CASSELLA, *Profili costituzionali della rappresentanza. Percorsi storici e comparatistici*, Napoli, 1997; A. PAPA, *La rappresentanza politica: forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998; P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011. Sul piano dell’evoluzione del concetto di rappresentanza nel pensiero costituzionalistico italiano tra Italia liberale e Italia repubblicana si segnalano S. PRISCO, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi: i giuspubblicisti del fascismo e la ricerca della “terza via”*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018; L. MELILLO, *Considerazioni sulla rappresentanza politica secondo Vittorio Emanuele Orlando*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2017.

<sup>24</sup> Tale aspetto è stato, peraltro, al centro dell’intervento introduttivo di C. BENETAZZO dal titolo “*Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*”, svolto nell’ambito della Seconda Conferenza di Icon.s su “*Le nuove tecnologie per il diritto pubblico*”, tenutasi a Firenze il 22-23 novembre 2019, pubblicato in *federalismi.it*, n. 16/2020, al quale sia consentito fare rinvio per questo aspetto specifico.

Così, a fronte di tendenze che vedono l'affermarsi di moderne forme di "oligarchia", di potentati economici o tecno-strutture, che svuotano le sedi "tradizionali" della sovranità<sup>25</sup>, la risposta, simmetrica, sembra essere quella di un "ritorno al popolo" ovvero una visione della democrazia che si appella al recupero di un qualche ruolo immediato e diretto dei cittadini<sup>26</sup>: molti movimenti politici in ambito europeo, e anche in Italia, negli ultimi anni, hanno proposto questa lettura<sup>27</sup>. Dunque, l'orizzonte di una democrazia immediata, senza filtri, nella quale ogni tipo di intermediazione tra i cittadini e le istituzioni scompare e in cui emerge il plusvalore degli strumenti

<sup>25</sup> Per un'analisi del fenomeno da parte della dottrina giuridica cfr., anzitutto, S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997. In argomento, cfr., inoltre, le riflessioni B. CARAVITA, *Il referendum "di indirizzo" del 1989 sui poteri del parlamento europeo* in ID., *Tra crisi e riforme*, Torino, 1993, 87 ss.; G. AZZOLINI, *Dopo le classi dirigenti. La metamorfosi delle oligarchie nell'età globale*, Bari - Roma, 2017; L. CASTELLANI, A. RICO, *La fine della politica? Tecnorazia, populismo, multiculturalismo*, Cesena, 2017; A. MORRONE, *L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in *federalismi.it*, n. 23/2018. Questa sempre maggiore ingerenza delle odierne forme di "oligarchia" è testimoniata, peraltro, dalla presenza di oligarchi (come, ad es., Roman Abramovich) ai negoziati tra Russia e Ucraina.

<sup>26</sup> Su tale processo evolutivo cfr. S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss., secondo cui la partecipazione può essere richiesta «per consentire all'amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi sui quali essa deve basare le sue scelte»; per permettere al privato di far valere i suoi diritti; per assicurare il coinvolgimento dei privati interessati nel processo decisionale sicché «essa si colloca sul crinale tra i tre principi che reggono i poteri pubblici, quello di autorità (su cui si fonda il potere esecutivo), quello di giustizia (assicurato, di regola, dalle corti), quello di democrazia (a cui provvedono normalmente le assemblee rappresentative)». Sulla partecipazione procedimentale nel nuovo contesto politico-istituzionale cfr. U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Riv. AIC*, 2011, n. 1; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 220 ss.

<sup>27</sup> Si noti che mentre la ripresa più recente dei richiami alla "democrazia partecipativa" si produce sull'onda dei movimenti di critica alla globalizzazione, il modello di *participatory democracy* era sorto originariamente nell'ambito dei grandi movimenti giovanili degli anni '60 e, negli USA, in particolare, dalla mobilitazione studentesca contro la guerra nel Vietnam. L'espressione "democrazia partecipativa" è, poi, tornata alla ribalta soprattutto con i movimenti *new global* dei primi anni Duemila. Per una introduzione alle diverse forme e ai diversi istituti della democrazia diretta, con espliciti intenti applicativi, si rinvia a V. BERAMENDI e A., *Direct democracy. The international Idea Handbook*, IDEA - International Institute for democratic and electoral assistance, Stokholm, 2008.

informatici<sup>28</sup>. Una sorta di “volontà generale”<sup>29</sup> 2.0 per dirla alla Rosseau..., lettura certamente poco conciliabile con la nostra concezione di democrazia rappresentativa e con diversi rischi per i diritti fondamentali, come si è già avuto modo di rilevare in altra sede<sup>30</sup>.

#### 4. Trasparenza e prevenzione della corruzione: dalla semplificazione al rischio di “sovranismi digitali”

Il terzo aspetto, che si collega al precedente, attiene alla trasparenza come misura amministrativa di prevenzione della corruzione<sup>31</sup>, che recentemente autorevole dottrina ha racchiuso nella bellissima definizione, un po' enigmatica, di “paradigma”,<sup>32</sup> riuscendo a cogliere in maniera magistrale l'essenza di questa nozione “multiforme” o “polimorfa”<sup>33</sup>.

Prendendo spunto da questa definizione si intende qui svolgere una breve premessa sul concetto di trasparenza come misura amministrativa, con qualche suggestione sul tema più generale del ruolo dell'ANAC, tema recentemente riportato al centro dell'attenzione mediatica in relazione all'attuazione degli interventi previsti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> L'accessibilità di molti mezzi di espressione e di comportamento di tipo *low cost* e la rilocalizzazione sia digitale che materiale con le stampanti 3D sono espressione ormai tangibile di questa evoluzione “epocale”, che interessa trasversalmente ogni tipo di organizzazione e aspetto della società umana: dalle istituzioni governative e pubbliche, ai sistemi d'informazione, fino alle attività che attengono alla sfera personale e privata di ciascun individuo, su cui v. Cfr., A. STERPA, *Come tenere insieme la “disintermediazione” istituzionale e la rappresentanza della Nazione?*, in *federalismi.it*, n. 24/2018, 6.

<sup>29</sup> Cfr., in argomento, P. RIDOLA, *Libertà e diritti...*, cit., 138 ss., secondo cui «la democrazia assoluta della *volonté générale* compie il dissolvimento dell'antagonismo fra libertà e sicurezza: questa, infatti, lungi dall'essere rimessa a congegni neutrali di costrizione esterna, si ancora nell'identificazione del cittadino nell'appartenenza al corpo sovrano».

<sup>30</sup> Su tale aspetto sia consentito il rinvio a C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, cit., spec. § 1.

<sup>31</sup> Il tema è stato al centro del Convegno “Trasparenza e prevenzione della corruzione: verso una nuova etica pubblica?”, svoltosi presso la Scuola di Scienze Giuridiche dell'Università di Padova il 15 luglio 2022, nel corso del quale ha avuto luogo la presentazione del volume del Prof. Enrico Carloni, intitolato “*Il paradigma trasparenza – Amministrazioni, informazione, democrazia*”.

<sup>32</sup> Sul significato di “paradigma” nella filosofia di Aristotele, cfr. *Paradigma*, in *Dizionario di filosofia*, Roma, Treccani, 2009, *ad vocem*.

<sup>33</sup> Ci si riferisce al volume di E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza – Amministrazioni, informazione, democrazia*, Bologna, 2022.

<sup>34</sup> Cfr. il d.l. 9 giugno 2021, n. 80 “Misure urgenti per il rafforzamento della capacità ammi-



Senza alcuna pretesa di completezza, occorre muovere da un elemento ricorrente nell'idea di trasparenza, nel caos definitorio che lo accompagna ovvero quello che la dottrina sopra citata magistralmente definisce "paradigma": la trasparenza è, nell'ambito della moderna visione dell'amministrazione, un valore portante e necessario dell'ordinamento. La trasparenza è al tempo stesso «condizione di garanzia dei diritti, parte della buona amministrazione, pilastro dell'anticorruzione<sup>35</sup>, componente di un'amministrazione aperta<sup>36</sup>, presupposto della partecipazione del cittadino<sup>37</sup>». In questo senso, la trasparenza costituisce un "paradigma", ovvero un modello astratto, un criterio, un "principio generale" «di funzionamento delle istituzioni orientato ad assicurarne conoscibilità»<sup>38</sup>: principio oggi codificato nell'art. 1, comma 1, lett. c, l. n. 124/2015 che garantisce ai cittadini «la partecipazione con modalità telematiche ai processi decisio-

nistrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia". Nello specifico, l'art. 6 del decreto citato introduce un nuovo strumento di pianificazione finalizzato ad assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa, disponendo che le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del d.lgs. 165/2001 con più di 50 dipendenti, con esclusione delle istituzioni scolastiche, «entro il 31 dicembre, adottano il Piano integrato di attività e organizzazione» che ha durata triennale con aggiornamento annuale (comma 2), sulla base di un Piano tipo che dovrà essere approvato dal Dipartimento della Funzione pubblica, previa intesa in Conferenza unificata, con valore di strumento di supporto alle amministrazioni. È, dunque, lecito attendersi che il Piano di prevenzione della corruzione possa essere ricompreso tra quelli che saranno abrogati ed assorbiti nel nuovo Piano, consistendo il suo contenuto proprio nell'individuazione di misure (strumenti) per il trattamento del rischio residuo di corruzione e nella loro programmazione (fasi) anche in termini di tempi di attuazione e di relative responsabilità. Di qui la preoccupazione espressa dall'attuale Presidente Giuseppe Busia in merito al rischio di un significativo indebolimento delle funzioni di regolazione, vigilanza, ordine e sanzionatorie dell'ANAC e la conseguente richiesta di emendamenti correttivi avanzata in audizione presso le Commissioni riunite Affari Costituzionali e Giustizia del Senato.

<sup>35</sup> Cfr. R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, 197 ss. secondo cui «al giorno d'oggi nessuno più dubita che la trasparenza sia (anche) uno strumento di prevenzione della corruzione». Diffusamente E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 2019, n. 3, 497 ss. nonché E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza...*, cit., 12 ss.

<sup>36</sup> Cfr. E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti all'open government* del Presidente Obama (cap. 1). Sulla differenza tra «trasparenza» e «apertura», e quindi sulla non coincidenza dei due concetti, cfr. diffusamente E. CARLONI, *I principi dell'amministrazione aperta*, in «Diritto mercato tecnologia», 2016, n. 2, 179 ss.

<sup>37</sup> In questo senso E. CHELI, *Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un'analisi comparata*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 1987, n. 3, 813 ss.

<sup>38</sup> Cfr., ancora, E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza...*, cit., 18.

nali delle istituzioni pubbliche»<sup>39</sup>, anche attraverso l'utilizzo di forme di consultazione preventiva sugli schemi di atti da adottare, che sembrano in qualche modo richiamare il modello americano dei *legislative rules* assoggettati al *notice and comment*.

Esperienze che sembrano procedere in tale direzione sono già riscontrabili, ad esempio, per l'assunzione di talune decisioni in materia ambientale e per gli atti di natura regolamentare o a contenuto generale delle *Authorities*, per i quali si prevedono specifici processi di consultazione pubblica «il più possibile inclusivi, trasparenti ed efficaci» tali da poter condurre a «decisioni informate e di qualità»<sup>40</sup>. Anche nella materia dei contratti la trasparenza è tra i principi cardine dell'*agere* amministrativo, un «faro» da tenere sempre acceso sulle procedure.

Alle istituzioni, alle organizzazioni, alle persone è chiesto di essere trasparenti, la società stessa è definita «della trasparenza».

Parafrasando il celebre romanzo di Leonardo Sciascia *Il giorno della civetta*, dedicato agli intrecci tra mafia, politica e amministrazione, trasparenza significa «tirare il giusto senso», significa cioè che ministri, parlamentari, amministratori pubblici devono vivere come in una casa di vetro, e devono rendere conto del loro operato agli elettori, che devono a loro volta essere messi nella condizione di sapere. Se quei suggerimenti fossero stati accolti, probabilmente molte cronache giudiziarie, di ieri e oggi, ce le saremmo risparmiate.

Del resto, come talora accade per le riforme di più significativo impatto, a una fase iniziale di ideazione e varo di modifiche normative e di strategie applicative segue una fase di stabilizzazione, se non a volte di arretramento, dettata anche dalla necessità di risolvere eventuali difficoltà registrate. La disciplina anticorruzione e il regime di trasparenza si trovano, allo stato, in questa fase che potremo così definire di post «decanatazione», per cui la riforma introdotta in Italia circa 10 anni fa, dopo aver beneficiato di una grossa spinta iniziale e di un momento storico-culturale favorevole<sup>41</sup>, oggi segna un momento di «stanca», speriamo preludio di un rinnovato vigore.

<sup>39</sup> V. l'art. 1, comma 1, lett. c), l. n. 124/2015.

<sup>40</sup> Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, *Linee guida sulla consultazione pubblica in Italia*, 2017, in [www.funzionepubblica.gov.it](http://www.funzionepubblica.gov.it).

<sup>41</sup> Secondo F. CINTIOLI, *La lezione Anac: l'Italia non ha bisogno di tecnocrazia*, in [https://www.huffingtonpost.it/entry/la-lezione-enac-litalia-non-ha-bisogno-di-tecnocrazia\\_it\\_60bdd5c7e4b019366ad4a96a](https://www.huffingtonpost.it/entry/la-lezione-enac-litalia-non-ha-bisogno-di-tecnocrazia_it_60bdd5c7e4b019366ad4a96a), «la formula dell'indipendenza è stata contrassegnata da tre contingenze: è nata nel momento del maggior vigore dell'antipolitica post-tangentopoli, si è nutrita di quel contesto storico che vedeva lo Stato – specie in paesi come Italia

Appare, quindi, legittimo chiedersi se questo momento di perdita di “appeal” rientri nella dinamica di “sedimentazione” e di consolidamento, fisiologica delle “riforme dirimpenti”, oppure se si sia trattato di una “moda” che ora sta semplicemente passando.

Basti pensare al ruolo dell’ANAC, che, a partire dal d.l. n. 90 del 2014 (e ancora di più con il Codice del 2016), ha, invero, assunto un amplissimo “ventaglio” di competenze, tanto da indurre parte della dottrina a paragonarla (attraverso una forse provocatoria similitudine) all’«Uomo Vitruviano di Leonardo da Vinci, per evidenziare l’assoluta centralità assunta dall’ANAC nel contesto giuridico-istituzionale degli ultimi anni<sup>42</sup>. Poi, nella realtà dei fatti, come sappiamo, le cose sono andate diversamente, anche a causa di una certa impreparazione del nostro Paese ad accogliere questo nuovo strumento di *soft law* che sono le linee guida<sup>43</sup>, che “scombinano” il sistema delle fonti che non può essere più percepito – prendendo “a prestito” le parole del compianto Prof. Paolo Grossi – «nel profondo di un sacrario da venerare e da recuperare alla storia»<sup>44</sup>, per ricondurre il diritto alla giustizia e l’amministrazione ad efficienza, efficacia, imparzialità e responsabilità<sup>45</sup>.

In Italia oscilliamo costantemente tra due grandi poli, quello della semplificazione, da un lato, e quello della prevenzione della corruzione, dall’altro, spesso visti come aspetti inconciliabili tra loro. In alcuni mo-

e Germania – fare un passo indietro nell’economia e si è sviluppata in una fase dell’Europa che prediligeva la centralità della Commissione (e dunque un approccio tecnocratico) piuttosto che l’Europa intergovernativa».

<sup>42</sup> Così D. SAMARRO, R. ROLLI, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l’ANAC e l’Uomo di Vitruvio*, in *Giustamm.it*, n. 4/2016, § 4. In dottrina ci si è, peraltro, già riferiti all’ANAC come «l’istituzione ‘regina’ del sistema degli appalti»: così P. MANTINI, *La governance dei contratti pubblici*, in F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma-Bari, 2016, 551-552; e si è parlato anche di una «Super-Autorità specializzata nel contrasto della corruzione in tutte le sue forme» e focalizzata nel «settore delle commesse di diritto pubblico»: così, M. GIUSTINIANI, *Autorità Nazionale Anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, O. TORIELLO (a cura di), *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2014.

<sup>43</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a C. BENETAZZO, *Anac e sistema europeo dei contratti pubblici*, Torino, 2020, spec. 12 ss.

<sup>44</sup> Così, ancora, P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, in *Quad. fiorentini*, n. 29/2000, 7.

<sup>45</sup> E, in dottrina, c’è chi ha addirittura definito il potere di regolazione dell’ANAC un «attentato» al sistema tradizionale delle fonti che mina addirittura «le garanzie dello Stato liberale»: cfr. C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3.

menti il sistema viene inasprito, in altri c'è una semplificazione estrema. Basti ricordare la materia appalti: si passa da un "eccesso" all'altro<sup>46</sup>. In mezzo troviamo una legislazione che interviene sempre sulle procedure, trascurando le altre fasi: programmazione, progettazione ed esecuzione<sup>47</sup>.

Tutto ciò in un contesto sociale ad elevato grado di corruzione, come confermato dagli indici di percezione soggettiva (come il «Corruption Perception Index», promosso da *Transparency International*<sup>48</sup>, ma anche dai vari rapporti ANAC sull'andamento della corruzione in Italia<sup>49</sup>.

Altra priorità per la realizzazione degli interventi di semplificazione previsti dal PNRR è la realizzazione di una piattaforma unica digitale<sup>50</sup>,

<sup>46</sup> Cfr. R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, spec. 330 ss.

<sup>47</sup> Ne deriva che gli appalti in Italia in teoria corrono, nel senso che vengono effettivamente assegnati. «Se poi però andiamo per le strade, i cantieri non li vediamo»: in tal senso, v. l'intervista di L. Serafini a M. Corradino, *La politica dia regole certe sugli appalti, o in Italia non sbloccheremo mai le opere pubbliche*, pubblicata in <https://www.tpi.it/cronaca/appalti-italia-immobile-michele-corradino-intervista-20201208710054/>.

<sup>48</sup> Il *Perception Index* di *Transparency International*, attualmente colloca l'Italia al 56° posto della classifica generale, dopo che, negli anni precedenti, si era registrato un significativo "cambio di passo" che aveva fatto avanzare l'Italia dal 60° al 51° posto della suddetta classifica generale.

<sup>49</sup> Basta leggere il rapporto triennale ANAC sulla corruzione in Italia, relativo al triennio 2016-2019, dal quale emerge che oltre il 74% delle vicende corruttive registratesi in Italia fra agosto 2016 e agosto 2019 (pari a 113 casi), hanno riguardato l'assegnazione di appalti pubblici, a conferma dell'ingente volume economico e degli interessi illeciti legati al settore. Il restante 26%, per un totale di 39 casi, è composto da ambiti di ulteriore tipo (procedure concorsuali, procedimenti amministrativi, concessioni edilizie, corruzione in atti giudiziari, ecc.)

<sup>50</sup> Il documento predisposto dal Governo per la partecipazione del Paese al programma Next Generation EU (NGEU) prevedeva la realizzazione di una Piattaforma unica per la trasparenza amministrativa, da realizzarsi a cura di ANAC, nella convinzione che «Un'unica piattaforma per la trasparenza amministrativa alleggerirà gli obblighi di pubblicazione delle varie amministrazioni su proprie piattaforme; un unico accesso alle informazioni pubbliche è idoneo ad avere evidenti effetti di semplificazione». Sebbene anche tale strumento non risulti previsto dal PNRR approvato dalla Commissione Europea, l'Autorità ne ha ribadito, in più occasioni, l'assoluta importanza nell'ottica della messa a punto di sistema trasparente, facilmente accessibile e, come tale, maggiormente verificabile, che contribuisca ad attrarre gli investimenti e ad accrescere la fiducia dei cittadini. L'Autorità ritiene importante avviare un progetto diretto a realizzare una piattaforma innovativa per favorire politiche e pratiche di trasparenza e integrità del sistema pubblico – per il quale tuttavia è necessario uno specifico intervento normativo – diretto a introdurre un sistema centralizzato e completo di raccolta di dati pubblici, informazioni e documenti. La realizzazione degli obiettivi e dei traguardi del PNRR passa necessariamente anche attraverso l'implementazione di sistemi e metodi digitali di gestione delle procedure di gara da rendere quanto più condivisi e conoscibili da parte delle stazioni appaltanti. L'ANAC ha recentemente adottato il bando tipo n. 1/2022 che contribuisce ad attuare le disposi-

per quanto attiene all'utilizzo dei dati delle PA. Si tratta di una riforma che si inserisce nell'ambito delle azioni europee volte alla creazione di un Mercato Unico Europeo, che, però, non appare scevra dal rischio di ricadere in "sovranismi digitali" e di ingenerare quel fenomeno magistralmente descritto da autorevole dottrina come «opacità della trasparenza»<sup>51</sup>. Un rischio evidentemente insito in molte riforme che stanno interessando il sistema pubblico italiano (dagli obblighi di pubblicazione allo stesso accesso FOIA)<sup>52</sup>.

zioni del Codice dei contratti pubblici che attengono allo svolgimento di procedure di gara interamente gestite mediante l'utilizzo di sistemi telematici, mentre, dall'altro lato, assurge a strumento di ausilio per le stazioni appaltanti impegnate nella concretizzazione del processo di digitalizzazione promosso dal PNRR. Sono stati emanati anche altri due bandi-tipo rispettivamente elaborati per i concorsi di progettazione in due gradi e per quello di idee, che sono stati immaginati quali strumenti diretti al supporto dei comuni che beneficeranno dei fondi messi a disposizione dal PNRR, con particolare riferimento alle risorse ricadenti del cosiddetto "Fondo concorsi progettazione e idee per la coesione territoriale", per sostenere il rilancio della progettazione su scala territoriale. Cfr., su tali aspetti, la relazione annuale 2022 dell'attuale Presidente dell'ANAC, Giuseppe Busia, in <https://www.anticorruzione.it/>.

<sup>51</sup> Secondo E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza – Amministrazioni, informazione, democrazia*, cit., 276, la «opacità» della trasparenza è un altro «paradosso [...] che si traduce in critica e resistenza alla espansione e al consolidamento del paradigma di conoscibilità, e quindi diviene argomento per contrastare e contenere una trasparenza avvertita come "eccessiva"»: cfr., in termini generali, L. LESSING, *Against Transparency*, in «The New Republic», 9 ottobre 2009.

<sup>52</sup> Come efficacemente sottolineato da E. CARLONI, *op. ult. cit.*, 278 ss., «La trasparenza può determinare, come mostra bene Pozen criticando il FOIA statunitense, una sorta di sviamento del cittadino, attratto dalle numerose informazioni disponibili e con ciò distratto rispetto ad altri fenomeni che si sviluppiamo parallelamente, ma senza analoghi tassi di conoscibilità». «Questo effetto è tanto più marcato – sottolinea Carloni – quanto più si ammettono aree di eccezione rispetto alle regole di trasparenza, e quanto più si nasconde l'estensione di quest'area [...] Si tratta di un fenomeno che l'ordinamento italiano ben conosce, basti pensare al fatto che un pezzo rilevante dell'amministrazione si muove in uno spazio sottratto all'incidenza dei principali strumenti di trasparenza, come avviene per il sistema, ormai dilatatosi oltre ogni tollerabilità, delle c.d. emergenze». Lo stesso Autore ricorda che, tra le opacità della trasparenza, quella che però affascina maggiormente i commentatori e gli attori istituzionali italiani, e non ultimo i critici della trasparenza *tout court*, è quella frutto dei suoi «eccessi», cui si lega appunto il rischio di una nuova «opacità per confusione». L'espressione, coniata da E. CARLONI, in *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2009, 806 ss., è stata poi spesso ripresa in letteratura (spesso come argomento anti – trasparentista o comunque rivolto a limitare il set di informazioni disponibili) e dalla giurisprudenza. L'espressione è stata, da ultimo, riproposta da Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, in *Guida al dir.*, 2019, 12, 90, ove si legge: «il rischio è quello di generare "opacità per confusione", proprio per l'irragionevole mancata selezione, a monte, delle informazioni più idonee al

Richiamando la metafora dell'illuminazione (che si rifà un po' al "mito della caverna" di Platone), con riferimento al summenzionato rischio della "opacità" della trasparenza, «non appare irragionevole pensare al fatto che la luce, se eccessiva, possa abbagliare<sup>53</sup> o che l'immagine possa risultare sovraesposta e quindi incomprensibile»<sup>54</sup>.

perseguimento dei legittimi obiettivi perseguiti». In argomento, cfr. già anche D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, cit., 16; G. TROPEA, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti d'accesso: bulimia dei regimi, riduzione delle garanzie?*, in *Il processo*, 2019, n. 1, 71 ss.

<sup>53</sup> Riprendendo una citazione già riportata da G. ARENA, (*Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, 2006, 5945, la verità va cercata «non in piena luce, ma nella zona in cui necessariamente giocano luce ed ombra»; in tal senso cfr. anche P.A. ROVATTI, *Sulla «verità» della metafora*, *AutAut*, 1997, n. 220-221, 2.

<sup>54</sup> In tal senso F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID. *et al.* (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 14 ss. secondo cui: «un eccesso di informazioni impedisce di giungere ad una loro conoscenza effettiva, impedisce di graduare le informazioni nella loro significatività in rapporto al controllo che si intende esercitare»; nel medesimo senso, M.R. SPASIANO, *Qualità e strumentalità del diritto di informazione*, in F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, Torino, 2005, 131, il quale sottolinea che «l'eccesso di informazioni può determinare sostanziale incomprensione nell'interlocutore, peraltro con possibilità di occultamento delle reali ragioni, finalità e modalità dell'agire». Sui «rischi» ed i limiti della trasparenza, connessi in particolare ai caratteri del «messaggio» (spesso dai contenuti scarsamente informativi), cfr. M. FENSTER, *The Opacity of Transparency*, 91 *Iowa L. Rev.* 885 (2006), 921 ss., reperibile in <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/46>.



# **Statuti regionali, disposizioni programmatiche e di principio, diritti costituzionali: brevi spunti per un rinnovato dialogo\***

*Giuseppe Bergonzini*

*Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Padova*

SOMMARIO: 1. Statuti regionali e diritti costituzionali: oltre l'irrelevanza giuridica delle disposizioni statutarie di principio. 2. Dal monopolio costituzionale dei diritti al possibile carattere integrativo e innovativo delle disposizioni statutarie. 3. Diritti costituzionali e necessari condizionamenti degli statuti regionali: tutela costituzionale minima, nuovi diritti, limiti materiali di competenza. 4. Verso un possibile dialogo, comunque problematico, tra Costituzione e fonti statutarie, al confine tra Stato federale e Stato regionale; il ruolo degli interpreti.

## **1. Statuti regionali e diritti costituzionali: oltre l'irrelevanza giuridica delle disposizioni statutarie di principio**

A più di vent'anni di distanza dalla riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, ha ancora senso riflettere sul rapporto tra Statuti regionali e diritti costituzionali? Domandarsi se e quali limiti il legislatore regionale (in sede statutaria, prima, e di attuazione, poi) incontri nella sua pretesa di occuparsi dei diritti con disposizioni che si intromettano (con effetti

\* Il contributo trae spunto da un intervento programmato per il Convegno di studi "Le autonomie territoriali a vent'anni dalla riforma del Titolo V", promosso dal DiPIC dell'Università degli Studi di Padova e dalla Regione del Veneto in occasione del XX anniversario della legge costituzionale n. 3 del 2001 (tenutosi a Padova il 25 novembre 2021), ed è stato pubblicato in *Consulta Online*, fasc. III 2022, pp. 1295-1306.



integrativi, evolutivi e forse persino innovativi) in ambiti da considerare riservati alla Costituzione italiana?

Non si tratta, pare, di domande retoriche e prive di rilievo.

Il tema dei contenuti eventuali degli statuti regionali ordinari aveva, come noto, destato particolare e rinnovato interesse nel corso della seconda stagione statutaria, successiva alla riforma del 2001: anche e soprattutto in occasione delle tre sentenze con cui, nel 2004, la Corte costituzionale si era pronunciata proprio sulla contestata legittimità costituzionale di alcune disposizioni statutarie di principio che ambivano ad intervenire su diritti di rilevanza costituzionale<sup>1</sup>.

Lo stesso doveroso richiamo della giurisprudenza costituzionale espressa sul punto potrebbe immediatamente, peraltro, indurre a rispondere negativamente alle domande poste in apertura: se si condivide l'idea secondo la quale alle disposizioni statutarie di principio, nonostante siano formalmente e materialmente inserite in un atto-fonte, "non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente

<sup>1</sup> Il riferimento è a Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372, e 6 dicembre 2004, nn. 378 e 379. Tra i primi commenti si vedano, in particolare: A. ANZON, *L'inefficacia giuridica* di norme "programmatiche", in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2004; ID., *La Corte condanna all'inefficacia giuridica le norme "programmatiche" degli Statuti regionali ordinari*, 27 gennaio 2005, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale o politico*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, pp. 11-13; R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, ivi, 15-19; M. CAMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, ivi, pp. 21-25; P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, ivi, pp. 27-29; R. DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull'inefficacia giuridica delle disposizioni "programmatiche" degli statuti ordinari (nota a Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372, e 6 dicembre 2004, nn. 378 e 379)*, in *federalismi.it*, n. 3/2005; G. FALCON, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, pp. 32-34; T. GROPPI, *I nuovi statuti delle regioni dopo le sentenze 372, 378 e 379/2004 della Corte costituzionale*, 7 gennaio 2005, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); V. LIPPOLIS, *Le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, in *federalismi.it*, n. 15/2005; G. PASTORI, *Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, pp. 35-36; M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle "forme di convivenza" mettendoli nel limbo (sentt. nn. 372, 378 e 379/04)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); F. PIZZETTI, *Il gioco non valeva la candela: il prezzo pagato è troppo alto*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, pp. 37-40; A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro (nota a Corte cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004)*, 9 dicembre 2004, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); ID., *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, pp. 41-48; A. VESPAZIANI, *Principi e valori negli statuti regionali: much ado about nothing?*, 7 gennaio 2005, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); M. BENVENUTI, *Le enunciazioni di principio nella prospettiva attuale*, in R. BIFULCO (a cura di), *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 49-54.

sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto"; e se alle medesime va attribuito solamente "carattere non prescrittivo e non vincolante", e "una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica"<sup>2</sup>, risulta in effetti piuttosto problematico procedere innanzi<sup>3</sup>.

A meno che, evidentemente, non si ritenga di muovere da presupposti in tutto o in parte diversi da quelli che hanno ispirato la richiamata giurisprudenza costituzionale, che ha sostanzialmente condannato al limbo dell'irrelevanza giuridica le norme statutarie di principio e programmatiche<sup>4</sup>. E che, con tutta probabilità, ha contribuito a togliere alimento ad un possibile dibattito (appunto) sul rapporto tra fonti statutarie regionali e diritti costituzionali, che avrebbe potuto rilevarsi fecondo e denso di significati<sup>5</sup>.

Le ragioni per discostarsi dalla menzionata giurisprudenza costituzionale, nel tentativo di andare oltre, non sembrano mancare, oggi come ieri: non solo perché, in linea generale, il perimetro del "giuridicamente rilevante" non appare di per sé esauribile entro gli stretti limiti delle norme cogenti<sup>6</sup>; ma anche perché, a ben vedere, non può affatto essere esclusa una possibile efficacia vincolante di carattere politico delle norme statu-

<sup>2</sup> Così Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372, punto 2 del Considerato in diritto; nello stesso senso Corte cost., 6 dicembre 2004, n. 378, punto 5 del Considerato in diritto, e Corte cost., 6 dicembre 2004, n. 379, punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>3</sup> Come ha notato A. VESPAZIANI, *Principi e valori negli statuti regionali*: much ado about nothing?, cit., 5, l'effetto concreto e immediato di queste pronunce potrebbe in effetti essere appunto quello di sottrarre "ai futuri interpreti della legislazione regionale la classica panoplia argomentativa che insiste sulla forza iurisgenerativa delle clausole aperte e delle disposizioni di principio", sminuendo "l'importanza del ruolo che gli statuti regionali possono svolgere nelle conversazioni costituzionali che nella nostra sfera pubblica intercorrono su temi così controversi, e, proprio per questo, fondamentali e costitutivi delle identità regionali".

<sup>4</sup> Se ne è parlato in GI. BERGONZINI, *Dal vecchio al nuovo statuto della Regione Veneto: il rilievo giuridico e la possibile efficacia normativa delle disposizioni di principio*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *Regione del Veneto. Il futuro estratto dai fatti. 1970-2020*, Marsilio, Padova 2020, pp. 225-252, rispetto al quale le presenti riflessioni si pongono in una linea di ideale continuità.

<sup>5</sup> Anche (e, forse, soprattutto) perché contestualizzato con riferimento ad una forma di Stato tradizionalmente concepita come regionale/non-federale.

<sup>6</sup> Si allude, con ciò, alla nozione di ordinamento giuridico fatta propria da M. BERTOLISSI, R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 27-38, secondo i quali il sistema di norme ne costituisce solo una delle componenti.

tarie di principio, da non sottovalutare<sup>7</sup>. Né sembra possibile sminuire la portata di determinate norme programmatiche (e delle presupposte opzioni politico-culturali che ne costituiscono il fondamento identitario) solo perché contenute (e dichiarate) in una fonte regionale – rinforzata, peraltro – invece che nella Costituzione italiana<sup>8</sup>.

Se, su queste basi, non può essere esclusa a priori una possibile normatività astratta, in senso ampio, delle disposizioni di principio contenute negli statuti regionali, il vero problema sul quale concentrare l'attenzione pare essere costituito, quindi, dall'effettiva capacità normativa in concreto di tali contenuti statutari eventuali, o meno.

Rimane ampiamente condivisibile, infatti, il rilievo secondo cui gran parte delle norme statutarie di principio potrebbero rivelarsi inutili, perché sostanzialmente riproduttive di previgenti norme costituzionali<sup>9</sup>. Ma ciò non esclude la possibilità di rinvenire, negli statuti regionali, norme di principio che dicano qualcosa di più (o magari anche di potenzialmente diverso) rispetto a quanto disposto dalla Costituzione italiana<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> In argomento, A. FERRARA, *Forma e contenuti degli statuti regionali adottati dopo la riforma*, in *federalismi.it*, n. 13/2012, pp. 3-4, e M. CAMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, cit., pp. 23-24. Si veda anche T. GROPPI, *I nuovi statuti delle regioni dopo le sentenze 372, 378 e 379/2004 della Corte costituzionale*, cit., p. 12.

<sup>8</sup> Sul punto: A. ANZON, *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, cit., pp. 2-3; ID., *La Corte condanna all'“inefficacia giuridica” le norme “programmatiche” degli Statuti regionali ordinari*, cit., p. 10; M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle “forme di convivenza” mettendoli nel limbo (sentt. nn. 372, 378 e 379/04)*, cit., p. 2; A. RUGGERI, *La “denormativizzazione” degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, cit., p. 42; R. BIFULCO, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, cit., XVII; M. BENVENUTI, *Le enunciazioni di principio nella prospettiva attuale*, cit., p. 54.

<sup>9</sup> Si vedano, in particolare: A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, in *le Regioni*, n. 3-4/2007, pp. 408-409; A. RUGGERI, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in *Consulta Online*, p. 7; E. GIANFRANCESCO, *L'autonomia di fronte a sé stessa: il caso degli statuti regionali ordinari*, in *Consulta Online*, n. 1/2016, pp. 44-45; M. ROSINI, *Statuti regionali e armonia con la Costituzione*, Giappichelli, Torino 2016, p. 193. Secondo R. BIN, *Nuovi Statuti e garanzie dei diritti*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, pp. 2, 199-203, e ID., *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, pp. 18-19, le disposizioni statutarie di principio sarebbero non solo inutili, ma persino dannose.

<sup>10</sup> Ne costituiscono dimostrazione non solo alcune delle norme sottoposte ai giudizi della Corte in precedenza ricordati, decisi dalle sentenze nn. 372, 378 e 379/2004 (relative, in specie, al diritto di voto degli immigrati residenti, e alle forme di convivenza diverse da quelle strettamente riconducibili all'art. 29 Cost.), come rilevato da A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro (nota a Corte cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004)*, cit., p. 2; ma, anche, diverse altre statuizioni presenti in altri statuti regionali, a partire

Anche da questo punto di vista, quindi, possono continuare ad apprezzarsi, oggi, le ragioni che hanno indotto a riconoscere alle disposizioni statutarie di principio (ove ne sussistano i necessari presupposti) un possibile valore sul piano interpretativo<sup>11</sup>, e pure un'eventuale efficacia vincolante nei confronti della successiva attività amministrativa e legislativa regionale<sup>12</sup>.

E con ciò si torna al problema accennato in premessa: se si decide di "prendere sul serio" le enunciazioni statutarie di principio, e si ammette che esse possano operare sul piano interpretativo, e/o persino come parametri, diviene – e rimane – necessario interrogarsi sui limiti e sui condizionamenti (di carattere costituzionale, innanzitutto) che circoscrivono questa particolare forma di esercizio di autonomia legislativa rinforzata.

## **2. Dal monopolio costituzionale dei diritti al possibile carattere integrativo e innovativo delle disposizioni statutarie**

Ma in cosa consistono, esattamente, i limiti che condizionano i contenuti eventuali degli statuti regionali e tra questi, in particolare, le disposizioni statutarie di principio che pretendano di disciplinare diritti di potenziale rilevanza costituzionale?

Al riguardo vi è, in primo luogo, una precisazione ovvia: anche a prescindere dal valore giuridico concreto che si ritiene di attribuire a tali di-

da quello della Regione Veneto (ad esempio, in materia di diritto all'acqua e di diritti di partecipazione, sui quali si è cercato di ragionare in GI. BERGONZINI, *Dal vecchio al nuovo statuto della Regione Veneto: il rilievo giuridico e la possibile efficacia normativa delle disposizioni di principio*, cit., pp. 243-249).

<sup>11</sup> In questo senso, ad esempio: S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale o politico*, cit., pp. 11-12; M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, cit., p. 22; M. ROSINI, *Statuti regionali e armonia con la Costituzione*, cit., pp. 194-195; F. CORVAJA, *Caratteri dell'autonomia regionale*, in M. MALO (a cura di), *Veneto. L'autonomia statutaria*, Giappichelli, Torino 2012, p. 23.

<sup>12</sup> In argomento (secondo diversamente sfumate accezioni): L. BIANCHI, *Le norme di principio negli statuti*, in CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2005. I nuovi Statuti regionali*, Giappichelli, Torino 2006, p. 56; A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, cit., p. 409; M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, cit., p. 23; F. CORVAJA, *Caratteri dell'autonomia regionale*, cit., p. 27; D. GIROTTO, *Le Regioni e la difesa della loro identità culturale: presupposti costituzionali e statutari*, in S. BARTOLE (a cura di), *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, Giuffrè, Milano 1999, p. 79; G. PASTORI, *Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali*, cit., p. 34; M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle "forme di convivenza" mettendoli nel limbo (sentt. nn. 372, 378 e 379/04)*, cit., p. 2.

sposizioni, appare assai difficile considerare legittima l'introduzione negli statuti regionali (e ammettere la permanenza negli stessi) di enunciazioni palesemente contrastanti con l'ordine giuridico costituzionale e i principi fondanti della Repubblica italiana<sup>13</sup>. Tanto che, si è rilevato, le stesse decisioni con cui la Corte ha considerato inammissibili questioni di legittimità costituzionale di norme statutarie di questo tipo, presupporrebbero comunque un preliminare apprezzamento in merito alla loro capacità di esprimere "valori costituzionalmente compatibili: non imponibili ai futuri legislatori regionali, ma costituzionalmente compatibili"<sup>14</sup>.

Non v'è dubbio, quindi, che in tanto appare possibile ragionare di eventuali integrazioni e sviluppi costituzionali ad opera degli statuti regionali, in quanto le relative disposizioni siano conformi alla Costituzione, ponendosi in una direzione di sostanziale ed effettiva continuità rispetto alle scelte di fondo della Costituzione medesima.

Tanto precisato, però, diverse sono le alternative che si pongono, e che potrebbero essere esplicitate e sintetizzate nei termini che seguono.

Procedendo dall'ipotesi tendenzialmente più restrittiva a quella che sembra aprirsi a maggiori forme di "dialogo" tra fonti statutarie regionali e Costituzione, potrebbe essere attribuito alla Costituzione italiana, in primo luogo, una sorta di monopolio assoluto in tema di diritti costituzionali.

Come ha ritenuto, ad esempio, chi ha osservato che la disciplina dei diritti fondamentali sarebbe riservata alla Costituzione: "i diritti fondamentali, in quanto elemento cardine del patto costituzionale non potevano in alcun modo considerarsi oggetto disponibile per il legislatore statuario", "neppure nei termini di una disciplina di tipo integrativo-evolutivo"<sup>15</sup>. La garanzia dei diritti fondamentali costituirebbe "una competenza necessariamente sottratta al legislatore (anche statuario) regionale in quanto da

<sup>13</sup> Lo hanno evidenziato, ad esempio: M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, cit., p. 23; G. D'ALESSANDRO, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, Cedam, Padova 2008, 254; G. FALCON, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, cit., p. 34; V. LIPPOLIS, *le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, cit., 4; M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle "forme di convivenza" mettendoli nel limbo (sentt. nn. 372, 378 e 379/04)*, cit., p. 2; F. PIZZETTI, *Il gioco non valeva la candela: il prezzo pagato è troppo alto*, cit., p. 39.

<sup>14</sup> Così G. FALCON, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, cit., p. 34.

<sup>15</sup> Queste le considerazioni di P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, cit., p. 28, secondo cui in "non sono gli statuti regionali, fonti di autonomia, la sede deputata ad un'operazione di questo tipo, ma semmai essa può avvalersi o dell'esercizio della funzione di revisione costituzionale o dell'interpretazione del giudice e, in particolare, di quello costituzionale".

realizzare uniformemente su tutto il territorio nazionale, quindi anche in ambiti rimessi alla competenza concorrente o esclusiva delle regioni<sup>16</sup>.

Se così fosse, in materia di diritti costituzionali spetterebbe alle Regioni esclusivamente un ruolo di “implementazione dei diritti fondamentali fissati dalla Carta costituzionale<sup>17</sup>, al solo (sebbene tutt’altro che secondario) fine di “dare concreta effettività a diritti già riconosciuti nel nostro ordinamento<sup>18</sup>”.

Diversa la posizione di chi, muovendo dalla considerazione del nuovo quadro regionale emergente dalla riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, aveva evidenziato come potesse essere riconosciuta agli statuti regionali, intanto, la legittima capacità di delineare discipline di carattere integrativo, suscettibili di ampliare le tutele costituzionali<sup>19</sup>. Salva restando la garanzia essenziale dei diritti da assicurare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, perciò, potrebbe già da questo punto di vista ammettersi che il panorama dei diritti di rilievo costituzionale sia suscettibile di una qualche forma di ampliamento per effetto degli statuti regionali.

Un possibile ruolo degli statuti in questa direzione è stato sottolineato, del resto, già in sede di commento delle tre sentenze della Corte risalenti al 2004, quando si è considerato come proprio l’eliminazione dagli statuti delle disposizioni di principio espressive di scelte politico-culturali fondamentali avrebbe privato l’ordinamento regionale “di uno degli strumenti maggiormente espressivi con cui far luogo ad aggiornate e rilevanti riletture della parte sostantiva della Carta ed anche (...) a sue non insignificanti integrazioni, sia pure con effetti circoscritti alla sola dimensione locale<sup>20</sup>”. La capacità degli statuti regionali di contribuire a rompere il monopolio

<sup>16</sup> R. DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull’inefficacia giuridica delle disposizioni “programmatiche” degli statuti ordinari (nota a Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372, e 6 dicembre 2004, nn. 378 e 379)*, cit., p. 8. Nello stesso senso A. LUCARELLI, *Statuti regionali e nuovi diritti*, 26 gennaio 2004, in *Forum di Quaderni costituzionali*, p. 2: “ben vengano dunque sollecitazioni dalle Regioni su eventuali nuovi diritti, anche fondamentali, purché abbiano quale obiettivo quello di innescare processi legislativi dal carattere unitario, piuttosto che incentivare frammentazioni della sovranità popolare”.

<sup>17</sup> Queste le conclusioni di P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, cit., p. 29.

<sup>18</sup> V. LIPPOLIS, *le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, cit., p. 5.

<sup>19</sup> È l’opinione di R. BIFULCO, *Nuovi Statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1763, secondo il quale i nuovi statuti regionali avrebbero potuto prevedere “non solo un impegno della Regione per la concreta attuazione di diritti già previsti dalla costituzione (...), ma anche un ampliamento della sfera di tutela garantita dal diritto costituzionale nazionale”.

<sup>20</sup> Così A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro (nota a Corte cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004)*, cit., p. 2.

dei diritti costituzionali troverebbe fondamento, dunque, nella capacità di queste fonti di rappresentare “nel modo più immediato e genuino, l'identità regionale”, e di dare “voce all'autonomia”<sup>21</sup>.

Seguendo questo percorso di possibile apertura al dialogo tra Costituzione e statuti regionali si potrebbe persino immaginare, infine, una competenza statutaria capace di delineare norme di carattere anche innovativo-evolutivo rispetto alle norme costituzionali vigenti: verso la tutela di “situazioni giuridiche soggettive non espressamente disciplinate dalla Costituzione né ad essa riconducibili”<sup>22</sup>.

In questa possibile prospettiva si è anzi osservato, pur muovendo da una lettura fortemente critica delle disposizioni di principio degli statuti regionali, come una loro effettiva utilità potrebbe rivelarsi esattamente nella misura in cui lo statuto, “invece di declamare *slogan* programmatici piuttosto vuoti di significato”, si occupasse “di istituire diritti dei cittadini e corrispondenti obblighi per il legislatore regionale”<sup>23</sup>. L'introduzione di diritti nuovi da parte degli statuti regionali rivelerebbe, da questo punto vista, profili di interesse capaci di tradursi in conseguenze concrete apprezzabili sul piano delle tutele: a condizione che “la ‘ingegnerizzazione’ dei diritti” sia “cauta e consapevole, ossia se i principi saranno non vagamente annunciati, ma tradotti in congegni capaci di funzionare in maniera prevedibile”<sup>24</sup>.

### **3. Diritti costituzionali e necessari condizionamenti degli statuti regionali: tutela costituzionale minima, nuovi diritti, limiti materiali di competenza**

Qualsiasi soluzione si intenda dare al (complesso) problema del rapporto tra disciplina costituzionale dei diritti e contenuti eventuali degli statuti regionali rischia, inevitabilmente, di apparire semplicistica.

Nel tentativo di proseguire il ragionamento, cercando di sviluppare questa possibile tensione dialogica tra Costituzione e statuti regionali in

<sup>21</sup> In questo senso sempre A. RUGGERI, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 6-7: “solo la Costituzione o altre Carte, esse pure dotate di generale valenza, possono darne la prima, essenziale, necessaria disciplina. L'altra, invece, in quanto volta a specificare-attuare la disciplina in parola può venire anche da altre fonti (per ciò che qui interessa, dagli statuti); ed è proprio grazie a quest'ultima che si fa e rinnova l'identità, si fa cioè l'autonomia, nella cornice insuperabile dell'unità”.

<sup>22</sup> R. BIFULCO, *Nuovi Statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, cit., p. 1763.

<sup>23</sup> R. BIN, *Nuovi Statuti e garanzie dei diritti*, cit., p. 201.

<sup>24</sup> R. BIN, *Nuovi Statuti e garanzie dei diritti*, cit., p. 205.

materia di diritti fondamentali, si pone innanzitutto un primo e decisivo aspetto che merita particolare attenzione: quello relativo alla compatibilità con il sistema costituzionale vigente di possibili differenziazioni del livello di tutela di tali diritti su base regionale.

La tesi del possibile monopolio costituzionale in ordine ai diritti fondamentali muove, infatti, proprio dall'avvertita, imprescindibile esigenza di garantire ad essi uniforme tutela all'interno del medesimo territorio nazionale<sup>25</sup>.

Il (grande) tema sullo sfondo rimane quello del rapporto tra principio di uguaglianza e legislazione regionale, elemento cardine della sempre problematica coesistenza nell'ordinamento costituzionale italiano dei principi di unità, autonomia e differenziazione.

Eppure, in un ordinamento costituzionale di impostazione regionalistica, che ammette la necessaria coesistenza di fonti legislative statali e fonti legislative regionali, l'esistenza di discipline diverse da Regione a Regione dovrebbe darsi per scontata: "il riconoscimento di una potestà legislativa autonoma si pone come limite logico al dominio dello stesso principio di eguaglianza"<sup>26</sup>; come scontato dovrebbe darsene l'effetto "differenziante" sul piano della tutela concreta dei diritti, anche di rilevanza costituzionale.

A meno che non si voglia sostenere che le Regioni (sia ordinarie che speciali) possano legiferare solo in ambiti nei quali non vengono in rilievo diritti fondamentali: il che apparirebbe, però, assai discutibile già solo in considerazione delle molteplici e significative materie di competenza concorrente elencate dall'art. 117, comma terzo Cost., alle quali

<sup>25</sup> Si vedano sempre, al riguardo, P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, pp. 28-29, e R. DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull'inefficienza giuridica delle disposizioni "programmatiche" degli statuti ordinari (nota a Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372, e 6 dicembre 2004, nn. 378 e 379)*, cit., p. 8.

<sup>26</sup> Così F. CORVAJA, *Statuti regionali e "leggi della Repubblica"*, in *www.forumcostituzionale.it*, pp. 9-10: "non è possibile configurare nei termini di una 'disparità di trattamento' il fatto che situazioni eguali siano trattate in modo diverso da leggi adottate da enti che hanno autonomia legislativa. Tali disparità di trattamento, infatti, sono – come dice sinteticamente la letteratura giuridica tedesca – 'il prezzo del federalismo', un prezzo che ogni ordinamento che riconosca autonomia legislativa agli enti territoriali è disposto, in una qualche misura, a pagare". In argomento si veda anche G. DOLSO, *Osservazioni sul rapporto tra principio di eguaglianza e ordinamento regionale*, in *le Regioni*, 2012, pp. 415-431. In precedenza, tra gli altri: S. BARTOLE, *In tema di rapporti fra legislazione regionale e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967, pp. 670-681, e A. D'ATENA, *Regioni, eguaglianza e coerenza dell'ordinamento*, in *Giur. cost.*, 1977, I, pp. 1281-1294.



appaiono senz'altro riconducibili diritti e interessi di chiara rilevanza costituzionale fondamentale (a partire dalla “*tutela della salute*”).

*Rebus sic stantibus*, con riferimento ad uno Stato regionale il problema della possibile violazione del principio di uguaglianza da parte della legislazione regionale (anche di carattere statutario) assume una dimensione del tutto peculiare: un'applicazione rigida ed assolutizzante del principio di uguaglianza porterebbe a negare, in sé e per sé, ogni forma di differenziazione regionale<sup>27</sup>.

Immutata rimane l'esigenza, invece, di individuare un livello non rinunciabile di tutela dei diritti fondamentali da garantire in modo uniforme su tutto il territorio nazionale; salva rimanendo, poi, la possibilità per le Regioni di innalzare il livello di tutela dei diritti costituzionali.

Una possibilità di questo tipo appare, del resto, perfettamente riconducibile alla *ratio* dell'art. 117, comma secondo, lett. m) Cost., che riserva allo Stato la sola “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*”: con ciò ammettendo, evidentemente, la possibilità di integrazione verso l'alto dei livelli di tutela, ad opera del legislatore regionale<sup>28</sup> (come ha ormai ripetutamente chiarito la Corte costituzionale<sup>29</sup>); e riconoscendo implicitamente che “i diritti (e, ancora più in alto o più a fondo, la dignità, quale autentico Grundwert dell'ordinamento) costituiscono, nell'insieme dagli stessi composto, un metacriterio ordinatore delle fonti (*rectius*, delle norme), davanti al quale sono obbligati ad inchinarsi i criteri restanti e con esso (...) a confrontarsi”<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Le possibilità concrete di maggiore differenziazione tra gli ordinamenti regionali (anche per effetto del rinnovato quadro istituzionale offerto dalla riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione) era stata sottolineata, proprio con riferimento alla portata delle dichiarazioni statutarie di principio, da CARROZZA, *Il welfare regionale tra uniformità e differenziazione: la salute delle Regioni*, in E. CATELANI, E. CHELI (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, il Mulino, Bologna 2008, pp. 23-24; si veda anche G. D'AMICO, *Mini-costituzioni per quali Regioni? Considerazioni a margine della riflessione di T. Martinez sugli statuti delle Regioni di diritto comune*, in *Diritti regionali*, n. III/2016, pp. 725-726.

<sup>28</sup> Specificamente, sul punto, R. BIN, *Nuovi Statuti e garanzie dei diritti*, cit., p. 205.

<sup>29</sup> Ad esempio, in: Corte cost., 15 maggio 2020, n. 21, punto 4 del Considerato in diritto; Corte cost., 25 gennaio 2019, n. 9, punto 2.3 del Considerato in diritto; Corte cost., 27 dicembre 2018, n. 246, punto 3.3 del Considerato in diritto; Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 297, punto 5.1.2 del Considerato in diritto; Corte cost., 10 giugno 2010, n. 207, punto 3.2 del Considerato in diritto.

<sup>30</sup> A. RUGGERI, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 4, che ricorda quindi come “il confine tra i ‘livelli essenziali’, la cui posizione è rimessa alle leggi dello Stato, e i livelli ‘non essenziali’ non può stabilirsi una volta per tutte, con criteri di formale fattura, richiedendo piuttosto di essere rimesso a

Da questo punto di vista sembra quindi oggi giustificabile, in primo luogo, il superamento di un preteso monopolio assoluto della Costituzione in materia di diritti fondamentali, e una possibile valorizzazione del ruolo regionale, proprio a partire dagli statuti regionali, in funzione potenzialmente integrativa e ampliativa rispetto al disegno costituzionale vigente<sup>31</sup>.

Neppure pare poter essere escluso, su queste basi, un possibile apporto sostanzialmente evolutivo e innovativo delle disposizioni statutarie di principio: a condizione, evidentemente, che i “nuovi” diritti eventualmente individuati a livello statutario siano compatibili con l’ordine giuridico costituzionale e i principi fondanti della Repubblica italiana, dando concretezza a valori che si pongano in effettiva armonia con la Costituzione vigente<sup>32</sup>.

E ciò sembra valere, a maggior ragione, ove si intenda valorizzare la portata espansiva dell’art. 2 Cost.: immaginando che lo sviluppo del sistema dei diritti fondamentali passi non solo attraverso l’evoluzione interpretativa e applicativa delle disposizioni costituzionali vigenti<sup>33</sup>, ma

punto caso per caso, per le esigenze della pratica giuridica, a mezzo di una complessiva considerazione del sistema dei valori, per il modo con cui si assesta per ciascun campo materiale di esperienza e per uno stesso campo nel tempo”.

<sup>31</sup> Come anticipato da R. BIFULCO, *Nuovi Statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, cit., p. 1763.

<sup>32</sup> In questo senso A. LUCARELLI, *Statuti regionali e nuovi diritti*, 26 gennaio 2004, cit., p. 2, secondo il quale, tuttavia (si veda la precedente nota n. 16), esulerebbe in ogni caso dalle competenze regionali la disciplina dei diritti fondamentali della persona.

<sup>33</sup> Si allude, con ciò, alla nota questione interpretativa dell’art. 2 Cost. come fattispecie “chiusa” o “aperta”, efficacemente tratteggiata e sintetizzata, nei suoi profili dottrinali e giurisprudenziali, da S. MANGIAMELI, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Consulta Online*, 1 gennaio 2006, pp. 9-22. Può qui essere ricordato (lo rileva il medesimo Autore, ivi, 22), come la giurisprudenza costituzionale “abbia mostrato un orientamento, nell’utilizzo dell’art. 2 come parametro dei giudizi costituzionali, capace di attribuire a questo il carattere di norma di principio autonoma, in grado di ricondurre alla tutela costituzionale ‘nuovi’ diritti fondamentali. Sembra doversi escludere, però, che la Corte, in questo modo, abbia inteso riferire all’art. 2 il significato di fattispecie ‘aperta’, in quanto più semplicemente può dirsi che essa abbia operato un’interpretazione estensiva delle norme costituzionali sui diritti di libertà”. Sul tema appare doveroso, perlomeno, il richiamo di: P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova 1972, pp. 26, 160-176; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna 1975, pp. 80-92; P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna 1984, pp. 54-56; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Encicl. Giuridica Treccani*, XI, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1989, pp. 20-26; A. SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti “fondamentali”*, in *Dir. soc.*, n. 3/1991, pp. 453-511; P.

possa trarre alimento anche da frammenti normativi che rappresentino l'emersione, a livello regionale, di posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela, potenzialmente capaci di trascendere la dimensione locale. Pur con tutte le – dovute – cautele del caso<sup>34</sup>, e con ogni conseguenza in ordine al grado effettivo di novità di tali diritti.

Una volta esclusa la sussistenza di preclusioni generali che impediscano a priori ogni possibile forma di dialogo in senso ampliativo, integrativo e forse persino evolutivo/innovativo tra Costituzione e statuti regionali, rimane comunque il problema (decisivo) della necessaria individuazione dei condizionamenti costituzionali che delimitano in concreto il possibile esercizio della potestà statutaria regionale.

E il limite più concreto e immediato (sempre salvo rimanendo il generale obbligo di rispettare la Costituzione *ab imis*) è senz'altro costituito dalla ripartizione di competenza legislativa tra lo Stato e le Regioni.

Se si ammette la possibile rilevanza giuridica delle disposizioni statutarie di principio, specie nella parte in cui aspirino a disciplinare diritti di rilevanza costituzionale, diviene inevitabile e necessario "riespandere" il giudizio di costituzionalità ad esse relativo<sup>35</sup>: e proprio il limite delle materie sembra costituire, in sostanza, il condizionamento concreto e più significativo all'esercizio della potestà statutaria in questo ambito da parte delle Regioni ordinarie; che dovrebbe condurre a un rinnovato, effettivo sindacato della Corte relativo alla violazione dell'art. 117 Cost.

In merito non può in effetti sfuggire, pur muovendo da una prospettiva non pregiudizialmente sfavorevole (per le ragioni sin qui accennate) all'esercizio dell'autonomia regionale in questo ambito, la particolare pervasi-

RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, RIDOLA (a cura di), *I Diritti costituzionali*, I, Giappichelli, Torino 2001, pp. 53-55; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Cedam, Padova 2003, pp. 4-6.

<sup>34</sup> In particolare, avverte E. GIANFRANCESCO, *L'autonomia di fronte a sé stessa: il caso degli statuti regionali ordinari*, cit., p. 45, "nel caso del riconoscimento statutario di diritti, occorre (...) tener presente che ogni inserzione nel sistema normativo di nuovi diritti retroagisce sui diritti preesistenti, molto spesso circoscrivendone l'ambito di operatività ed introducendo limiti inediti al godimento di questi".

<sup>35</sup> Come aveva rilevato A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, cit., p. 5, in tal caso la Corte "dovrebbe entrare nel 'merito' del giudizio, affrontando il problema della loro compatibilità con la Costituzione". Analogamente M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle "forme di convivenza" mettendoli nel limbo (sentt. nn. 372, 378 e 379/04)*, cit., p. 2. Si veda anche A. RUGGERI, *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, cit., p. 42.

vità nei confronti della legislazione regionale (anche di carattere statutario, dunque) di molte materie elencate dal vigente art. 117 Cost.

Non solo perché diversi sono gli ambiti di competenza esclusiva dello Stato di immediata e diretta rilevanza in tema di diritti fondamentali (tra i quali, ad esempio, “*stato civile*”, “*giurisdizione e norme processuali*”, “*ordinamento civile e penale*”), che potrebbero sbarrare la strada *tout court* a ogni possibile velleità statutaria<sup>36</sup>; non solo perché rispetto alla previsione di eventuali diritti di prestazione apparirebbe comunque problematico il rapporto tra disciplina nazionale e principi statutari, alla luce dell’art. 117, secondo comma, lett. m)<sup>37</sup>; ma anche perché non può essere affatto esclusa, al riguardo, una particolare incidenza statale pure nelle numerose materie di potestà concorrente elencate dal terzo comma dell’art. 117 Cost. (dovendo gli statuti regionali comunque rispettare i principi fondamentali desumibili dalla legislazione dello Stato<sup>38</sup>); e, infine, perché va ormai data per scontata

<sup>36</sup> In argomento si veda soprattutto A. D’ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, cit., p. 7: le disposizioni statutarie di principio che pretendessero di estendersi nelle materie di cui all’art. 117, comma 2, Cost. “non possono validamente produrre l’unico effetto che potrebbe pienamente giustificarle: l’attribuzione alla Regione di competenze legislative sulle materie cui si riferiscono. Un effetto manifestamente incompatibile, oltre che con gli artt. 117, comma 2, e 116, comma 3, con la natura giuridica degli statuti ordinari italiani. I quali, a differenza degli statuti d’autonomia spagnoli (ed a differenza – può aggiungersi – degli statuti regionali speciali), non hanno alcun titolo ad intervenire sul riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni”. Può essere utile ricordare come nei tre giudizi in via principale decisi dalle sentenze nn. 372, 378 e 379/2004 fosse stata contestata dal Governo anche (e soprattutto) la violazione dell’art. 117, secondo comma Cost. (con particolare riferimento alle lettere a), e), f), i), l), p) ed s)).

<sup>37</sup> Lo ha osservato E. GIANFRANCESCO, *L’autonomia di fronte a sé stessa: il caso degli statuti regionali ordinari*, cit., p. 45: “i diritti a prestazione (...), se ‘presi sul serio’ pongono vincoli stringenti al legislatore ordinario dal punto di vista dell’implementazione degli stessi e della predisposizione delle necessarie risorse finanziarie. Circostanza, questa, in grado di creare non pochi problemi a fronte del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni ed al riconoscimento in capo allo Stato di significative potestà di intervento nella materia dei diritti stessi”.

<sup>38</sup> In proposito A. D’ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, cit., p. 6, secondo il quale la competenza dello Stato a porre i principi fondamentali in queste materie “postula una complementare ‘incompetenza’ del legislatore statutario: non potendosi evidentemente chiedere alla legge regionale di rispettare schizofrenicamente due parametri distinti e non reciprocamente coordinati”. Tutto ciò, a meno di ipotizzare la natura meramente eventuale del limite dei principi fondamentali, che ammetterebbe una corrispondente competenza regionale in mancanza della previa, apposita predefinitone dei principi da parte dello Stato in leggi-cornice (ipotesi che tuttavia, come ricorda il medesimo Autore, contrasterebbe con l’interpretazione della Corte costituzionale secondo cui detti principi vanno ricavati, in ogni caso, dal complesso della legislazione statale

la possibile intromissione della legislazione statale pure nelle materie di – tendenziale – competenza legislativa regionale residuale ai sensi dell’art. 117, quarto comma Cost., in tutti casi in cui venga in gioco una materia-valore di carattere trasversale (basti pensare alla “*tutela della concorrenza*”, e alla “*tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali*”<sup>39</sup>).

Concreto è, in definitiva, soprattutto il rischio che determinate disposizioni statutarie di principio possano essere ritenute di per sé incostituzionali per violazione dell’art. 117, commi secondo e terzo, già solo perché incidenti in materie di competenza esclusiva statale, o di competenza concorrente.

Un’illegittimità, questa, a cui esse potrebbero forse sottrarsi valorizzando il significato ai soli fini della possibile partecipazione regionale “a procedimenti di decisione svolgentisi a livello statale”: i contenuti programmatici degli statuti acquisterebbero in tal modo “diritto di cittadinanza anche al di fuori degli ambiti di competenza legislativa residuale delle Regioni, se – ed in quanto – rivolti ad indirizzare l’esercizio delle funzioni ‘costituzionali’ ad esse spettanti”<sup>40</sup>.

Con ciò perdendo in larga parte, però, proprio quella immediata capacità integrativa, evolutiva e potenzialmente innovativa del tessuto costituzionale vigente in tesi riconoscibile alle disposizioni statutarie che intendano disciplinare diritti; e con riferimento alle quali, in sede applicativa, non può essere ovviamente escluso alcun sindacato di legittimità costituzionale, specie di carattere incidentale.

vigente; si vedano, tra le prime pronunce successive alla riforma del Titolo V: Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, punto 4 del Considerato in diritto; Corte cost., 12 dicembre 2003, n. 353, punto 2 del Considerato in diritto; Corte cost., 25 novembre 2005, n. 424, punto 2.3 del Considerato in diritto). Sul tema anche V. LIPPOLIS, *le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, cit., p. 5.

<sup>39</sup> Si tratterebbe, quindi, di ambiti potenzialmente incisi (e condizionati) da questi titoli competenziali statali, sebbene non possa ritenersi a priori esclusa una legittima competenza statutaria.

<sup>40</sup> Così A. D’ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, cit., p. 7, che si riferisce espressamente all’iniziativa legislativa statale attribuita dall’art. 121, comma 2 a ciascun Consiglio regionale, nonché al potere di concorrere alla promozione del referendum abrogativo e del referendum costituzionale, ai sensi degli artt. 75, comma 1, e 138, comma 2, Cost.: “è, infatti, fuori discussione che tali funzioni non soggiacciano al limite delle materie fissato per la legislazione”.

#### **4. Verso un possibile dialogo, comunque problematico, tra Costituzione e fonti statutarie, al confine tra Stato federale e Stato regionale; il ruolo degli interpreti**

Alla luce di quanto sin qui considerato, sembra che il tema della tensione (in un'accezione potenzialmente negativa) o del possibile dialogo (accezione tendenzialmente positiva) tra Costituzione e fonti statutarie regionali in materia di diritti fondamentali meriti di assumere oggi una connotazione concreta; capace, in altri termini, di superare eventuali preclusioni di principio, quasi pregiudizialmente contrarie o favorevoli a questa particolare forma di declinazione dell'autonomia regionale: e rivolta ad interrogarsi, invece, sui limiti effettivi e puntuali che la condizionano.

Appare, pertanto, in linea di principio condivisibile la considerazione secondo la quale "la legislazione regionale si trova (...) condizionata da altre fonti", e che evidenzia la sussistenza di "un reticolo di vincoli rispetto al quale" risulta in effetti "difficile trovare uno spazio di applicazione per le disposizioni programmatiche contenute negli statuti"<sup>41</sup>.

Alla sola condizione, tuttavia, che non si pretenda di desumerne a priori un giudizio di illegittimità (o di assoluta irrilevanza giuridica) delle norme statutarie che disciplinano diritti di rilevanza costituzionale; rispetto alle quali, dunque, ogni valutazione non può essere condotta *ex ante*, ma solo *ex post*, all'esito di un'indagine dettagliata e contestualizzata: interrogandosi sia sulla loro compatibilità con i principi che informano il sistema costituzionale vigente e con le regole puntuali che delimitano la competenza legislativa (anche statutaria) delle Regioni, sia sulla loro effettiva utilità e capacità di produrre effetti giuridici concreti.

Questa prospettiva potrebbe, forse, anche offrire l'occasione per accostarsi diversamente alla qualificazione dell'ordinamento giuridico italiano come stato regionale, piuttosto che come stato federale.

A ben vedere, infatti, la stessa possibile configurazione degli statuti regionali come mini-costituzioni<sup>42</sup>, che si intravede piuttosto nitidamente nella loro aspirazione di contribuire alla disciplina dei diritti costituzionali, risulta pesantemente condizionata dal modo in cui si ritiene delineata la forma di stato italiana, nel rapporto tra Stato e Regioni.

<sup>41</sup> La considerazione, critica, è di V. LIPPOLIS, *le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, cit., p. 5.

<sup>42</sup> Secondo l'accezione di T. MARTINES, *Prime osservazioni sugli statuti delle regioni di diritto comune*, ora in ID., *Opere*, Giuffrè, Milano 2000, III, p. 567. In argomento, G. D'AMICO, *Mini-costituzioni per quali Regioni? Considerazioni a margine della riflessione di T. Martines sugli statuti delle Regioni di diritto comune*, cit., pp. 722-725.

Non casualmente, ci si è domandati proprio “se lo Statuto regionale possa riconoscere e garantire nuovi diritti non presenti nell’ordinamento giuridico, svolgendo una funzione creativa e di supplenza, secondo il modello confederativo elvetico”; rilevando, quindi, che “in linea di principio, accogliendo la tesi che mira a sostenere che le Regioni dopo la riforma del Titolo V rappresentano dei microsistemi, la risposta potrebbe essere affermativa. Il divario ‘armonico’ tra diritti fondamentali riconosciuti dallo Stato e diritti riconosciuti dagli Statuti regionali troverebbe il proprio fondamento giuridico-funzionale nell’evoluzione della forma di Stato”<sup>43</sup>. In senso analogo, si è osservato come il problema delle disposizioni statutarie di principio vada contestualizzato nell’“ampio mutamento costituzionale di questi anni”, a fronte del “rafforzamento dell’istituto regionale”: concludendo, in ogni caso, che anche oggi “non siamo di fronte ad un vero e proprio federalismo”<sup>44</sup>.

E, in effetti, che il dialogo interno tra concorrenti fonti costituzionali sia caratteristico degli ordinamenti federali tradizionalmente intesi, pare fuori di dubbio<sup>45</sup>.

In ordinamenti di questo tipo, la capacità di ciascuna entità federata di darsi una costituzione in senso proprio (comprensiva di discipline complete dei diritti individuali e collettivi, e dei doveri pubblici) non è in discussione; ed è rispetto a questa originaria capacità che si misura, a sua volta, la tendenza delle Costituzioni federali a “nazionalizzare” la tutela dei diritti fondamentali. Con la conseguenza che, “in caso di conflitto, la disciplina costituzionale centrale non prevale *sempre e comunque* su quella locale: essendo destinata a soccombere, nei casi in cui quest’ultima sia *più favorevole*. Essa, quindi, non viene considerata un parametro assolutamente intangibile, ma una disciplina *minima*, suscettibile di essere derogata *in melius* dalle Costituzioni degli Stati membri. Le quali: da un lato, possono fare oggetto di trattamento più favorevole i diritti fondamentali da essa contemplati; d’altro lato, possono aggiungere a questi ulteriori diritti, da garantire nei rispettivi territori”<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> In questi termini A. LUCARELLI, *Statuti regionali e nuovi diritti*, 26 gennaio 2004, cit., p. 2.

<sup>44</sup> V. LIPPOLIS, *le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, cit., p. 5.

<sup>45</sup> Come ricorda R. BIFULCO, *Nuovi Statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, cit., p. 1757, “il divario tra diritti fondamentali riconosciuti dalla costituzione federale e diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni degli Stati membri è costitutivo del modo di essere dell’ordinamento giuridico, derivando dalla struttura medesima della forma di Stato”.

<sup>46</sup> Così A. D’ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 21-22 (corsivi dell’Autore). In argomento, si veda il puntuale riferimento alle dinamiche caratteristiche di diversi ordinamenti federali, sulle quali si è soffermato R. BIFULCO, *Nuovi Statuti regionali e*

Questo tipo di ragionamento può davvero ritenersi precluso dalla qualificazione dell'ordinamento giuridico italiano in termini di Stato regionale, piuttosto che di Stato federale? O non rimane lecito domandarsi, piuttosto, se questa particolare dinamica evolutiva del diritto costituzionale, caratteristica del rapporto tra costituzioni federali e costituzioni degli stati federati, non sia ravvisabile anche nella relazione tra Costituzione italiana e statuti regionali?

Anche queste non sono domande retoriche: soprattutto se si considera che la distinzione tra Stato regionale e Stato federale non risulta scontata (al pari della plausibile individuazione della natura giuridica dello Stato regionale<sup>47</sup>); e che la stessa qualificazione dell'ordinamento giuridico italiano potrebbe non apparire così ovvia, anche (e soprattutto) nella prospettiva di chi lo osserva dall'esterno, indossando occhiali diversi dai nostri<sup>48</sup>.

E, ancora, in presenza di sempre più consistenti (e potenzialmente feconde, per quanto problematiche) suggestioni costituzionali che provengono dall'esterno dell'ordinamento italiano<sup>49</sup>, ha davvero senso emarginare ed escludere completamente dal dialogo le fonti statutarie delle *nostre* autonomie regionali?

Il problema, ancora una volta, non sembra essere astratto, ma concreto: non si tratta di incasellare a priori l'ordinamento italiano in una piuttosto che in altra forma di Stato, ma di riflettere su come siano strutturati in concreto i limiti costituzionali all'autonomia statutaria; ricavandone, conseguentemente, gli spazi di possibile ed effettiva rilevanza normativa delle disposizioni statutarie (anche nei suoi riflessi "costituzionali").

(“nuovi”) *diritti regionali*, cit., pp. 1757-1760.

<sup>47</sup> Per una sintesi in argomento, si rinvia a M. VOLPI, *La classificazione delle forme di Stato*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 225-227, che ricorda come non manchino ricostruzioni dottrinali che configurano sia lo Stato regionale, sia lo Stato federale come “un tipo di Stato decentrato distinto dallo Stato unitario”.

<sup>48</sup> Sul punto, in particolare, G. TIEGHI, *Regionalismo 'italian style' nel prisma del Comparative Regionalism. Uno sguardo da (e per) l'esterno*, in *federalismi.it*, n. 31/2022, e (più in generale) E. ARBAN, G. MARTINICO, F. PALERMO (a cura di), *Federalism and Constitutional Law. The Italian Contribution to Comparative Regionalism*, Routledge, London 2021.

<sup>49</sup> Come ricordato da A. RUGGERI, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 6, nel rilevare, anche con specifico riferimento agli statuti regionali, che la Costituzione italiana non può essere considerata il solo documento normativo abilitato ad ospitare diritti fondamentali: “è venuta sempre più dilatandosi l'area coperta dalla ‘materia costituzionale’, in seno alla quale si dispongono atti di varia estrazione e fattura (provenienti sia ab extra, e segnatamente dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea, e sia ab intra), coi quali si è fatto luogo ad un sensibile, vistoso allungamento del catalogo dei diritti (e, dunque, al riconoscimento di ‘nuovi’)”.



Si torna, con ciò, al quesito iniziale: la sostanziale “neutralizzazione” degli statuti regionali da parte della Corte costituzionale, in base ad “una visione neopositivistica che frustra le aspirazioni di quanti vedono nelle trasformazioni del regionalismo italiano linee di sviluppo criptofederali, e si interrogano sulla formazione di una cultura costituzionale regionale”<sup>50</sup>, obbliga a lasciare ogni speranza?

Ad indurre a desistere potrebbe essere, a ben vedere, lo stesso fatto che la seconda stagione statutaria si sia conclusa da tempo, rivelandosi in buona parte deludente proprio dal punto di vista dell’effettiva capacità normativa concreta dei contenuti eventuali degli statuti regionali; anche perché seguita dalla rilevata inadeguatezza della successiva legislazione regionale attuativa<sup>51</sup>.

Eppure, dai dispositivi di inammissibilità, *in parte de qua*, delle ricordate decisioni della Corte costituzionale non può trarsi alcun limite cogente e assolutamente stringente per gli interpreti<sup>52</sup>: che possono (e devono), pertanto, ritenersi liberi di diversamente apprezzare l’eventuale portata normativa concreta delle disposizioni statutarie; anche ricavandone argomenti e spunti di riflessione sul piano della possibile integrazione, evoluzione ed innovazione dell’ordinamento costituzionale, capaci di contribuire ad ampliare il discorso pubblico relativo ai diritti costituzionali<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Queste le considerazioni di A. VESPAZIANI, *Principi e valori negli statuti regionali*: much ado about nothing?, cit., p. 4, secondo il quale si rivela incompatibile con la concezione dell’autonomia statutaria regionale fatta propria dalla Corte “non soltanto quello che Bryce, osservando il dare e l’avere che intercorre tra i livelli di autonomia territoriale statunitensi, chiamava *experimental federalism*, ma anche la concezione häberliana del *kulturwissenschaftliche Bundestaatsverständnis*, una interpretazione delle dinamiche federali orientata da canoni culturali, in cui l’evoluzione dei livelli testuali del diritto costituzionale si articola in processi di ricezione e comunicazione tra le costituzioni dei *Länder* e la legge fondamentale federale”.

<sup>51</sup> Evidenziata, ad esempio, da A. RUGGERI, *Unità-indivisibilità dell’ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 12-13. Sul tema, più generale, dell’apporto regionale all’attuazione dei diritti (a partire da quelli costituzionali) sono di particolare interesse gli scritti pubblicati in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014; in proposito si è ricordato, sinteticamente, che “le Regioni hanno fatto non poco”; a fronte, tuttavia, di “un potenziale enorme non ancora appieno sfruttato” (P. COSTANZO, A. RUGGERI, *Presentazione*, ivi, XI, XIII).

<sup>52</sup> Lo ha sottolineato S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale o politico*, cit., p. 12.

<sup>53</sup> In questo senso anche A. VESPAZIANI, *Principi e valori negli statuti regionali*: much ado about nothing?, cit., pp. 4-5, che tuttavia rileva come sia “difficile negare il fatto che decisioni di questo tipo lanciano influenti messaggi agli altri attori della sfera politica, in primo luogo ai futuri legislatori ‘costituenti’ regionali, invitandoli a volare basso e a trascurare enunciazioni di principio e dichiarazioni di valori ed a concentrarsi sugli aspetti più meccanici della regolazione delle istituzioni regionali”.

Vero è che anche questo particolare profilo problematico del regionalismo italiano continua a porre, a vent'anni di distanza dall'entrata in vigore della riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, un fondamentale problema di cultura costituzionale<sup>54</sup>.

Proprio per questo motivo, agli interpreti che abbiano il coraggio (o la temerarietà) di avventurarsi in questa (comunque delicatissima) analisi ricostruttiva delle disposizioni statutarie, almeno queste attenzioni possono richiedersi: cercare di interpretare tali disposizioni in modo da ricavarne una possibile utilità normativa, piuttosto che il contrario (*magis ut valeant*<sup>55</sup>); e tentare di ricostruirne un significato normativo in armonia con la Costituzione e (per quanto possibile) rispettoso in concreto degli stringenti limiti di competenza desumibili dall'art. 117 Cost.; senza desumere da questi limiti una generalizzata ed aprioristica preclusione all'intervento normativo statutario (prima) e legislativo regionale attuativo (poi)<sup>56</sup>.

Seguendo queste direttrici, l'analisi puntuale degli statuti regionali vigenti potrebbe, forse, offrire più di qualche argomento di riflessione e approfondimento<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Sul quale si rinvia, in particolare, alle considerazioni di S. MANGIAMELI, *Il Titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pp. 6-16.

<sup>55</sup> Come chiaramente suggerito da S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale o politico*, cit., p. 11.

<sup>56</sup> Come ha considerato, ad esempio, A.M. BENEDETTI, *Ordinamento civile e sindacato di legittimità costituzionale: è possibile una sentenza interpretativa di rigetto?*, in *federalismi.it*, n. 19/2005, p. 4, "l'obiettivo statutario di promuovere la tutela e la parificazione delle convivenze extramatrimoniali non significa necessariamente invadere la competenza statale che l'art. 117, 2° comma, lett. l) identifica con la nota formula 'ordinamento civile'. La Regione, infatti, potrebbe emanare una legislazione sociale, assistenziale, edilizia che attui siffatta finalità statutaria, attribuendo una qualche rilevanza allo status di convivente di fatto, senza che necessariamente ciò significhi violare il limite dell' 'ordinamento civile'". In argomento, si veda anche V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 30-34.

<sup>57</sup> Non solo con riferimento a temi già noti e controversi, a partire dal diritto di voto agli immigrati (art. 2, comma 1, lett. f) dello Statuto della Regione Emilia-Romagna; art. 3, comma 6 dello Statuto della Regione Toscana; art. 8, comma 1, lett. o) dello Statuto della Regione Campania), e dalla tutela delle forme di convivenza diverse dal matrimonio (art. 4, comma 1, lett. h) dello Statuto della Regione Toscana). Ma anche, a solo titolo di esempio, in materia di: diritto all'acqua (art. 11-bis dello Statuto della Regione Umbria; art. 8, comma 2 dello Statuto della Regione Veneto); diritti degli animali (art. 6, comma 2 dello Statuto della Regione Piemonte; art. 8 dello Statuto della Regione Basilicata); diritto a essere informati sulle condizioni e qualità dell'ambiente (art. 8, comma 6 dello Statuto della Regione Veneto); diritto al cibo (art. 7-bis dello Statuto della Regione Abruzzo); diritto alla informazione ed alla fruizione dei mezzi di comunicazione di massa e delle reti informatiche (art. 6, comma 4 dello Statuto della Regione Lazio).



# **Fusione di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti: profili canonici, civili e tributari**

*Giacomo Bertolini*

Ricercatore di Diritto Ecclesiastico e Canonico, Università di Padova

SOMMARIO: 1. Fusione canonica e civile. – 2. Fusione per unione e fusione per incorporazione. – 3. Autorità competente per la fusione. – 3.1. Autorità gerarchicamente competente. – 3.2. Competenza degli organi monocratici e collegiali degli enti interessati dalla fusione: *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*. – 3.3. Fusione come atto di straordinaria amministrazione. – 3.4. Prima prassi in tema di fusione canonica e civile. – 4. Riconoscimento civile della fusione: onere ed obbligo. – 4.1. Procedura per il riconoscimento civile. – 4.2. Regime di specialità della normativa in tema di fusione di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti. – 4.3. Profili tributari dell'atto di fusione canonico civilmente riconosciuto. – 4.4. Beni culturali di proprietà degli enti fusi.

## **1. Fusione canonica e civile**

Nel presente contesto storico è sempre più frequente il ricorso, per un fenomeno di concentrazione e razionalizzazione delle risorse umane ed economiche, alla fusione (per unione o per incorporazione) degli enti ecclesiastici, il che permette la successione dell'ente risultante dalla fusione nei rapporti giuridici di quelli che vengono fusi o incorporati.

Nell'ordinamento italiano tali enti sono nella stragrande maggioranza anche civilmente riconosciuti, così che la predetta fusione diviene un mutamento sostanziale nel modo di esistenza degli enti interessati dalla fusione, ovvero comporta l'estinzione giuridica – canonica e civile – degli stessi. Ciò implica una serie di adempimenti giuridici cui gli enti interessati debbono attendere – nel loro specifico interesse – sia per rispetto

della normativa pattizia, sia per l'opponibilità ai terzi della riorganizzazione<sup>1</sup>.

Il presente studio intende descrivere tale tipo di riorganizzazione giuridica di enti ecclesiastici, (per unione o per incorporazione)<sup>2</sup> fruendo dell'esperienza maturata nei primi casi pilota di fusione canonica civilmente riconosciuta delle Province OFM del Nord Italia nel 2017<sup>3</sup>, ed OFM Conv. nel 2021<sup>4</sup>, in occasione delle quali è stato condotto un unico processo di fusione canonico e civile, nonché sono state superate talune perplessità esistenti in merito al riconoscimento civile della fusione canonica. Le due citate esperienze di fusione canonica civilmente riconosciuta OFM e OFM Conv. hanno portato l'Area giuridica della Conferenza italiana dei Superiori maggiori a redigere una Nota in tema di riorganizzazione delle circoscrizioni degli enti degli Istituti religiosi, che ha descritto e recepito la prassi che si è venuta concretizzando<sup>5</sup>.

Era infatti prassi che si intervenisse, nella maggior parte dei casi, sulla riorganizzazione solo canonica degli enti, prescindendo dal riconoscimento civile. Ciò avveniva, ed in parte ancora avviene, per una serie di ragioni che possono andare dal – un tempo – potenzialmente gravoso

<sup>1</sup> Cf. art. 19, 20 legge n. 222/1985.

<sup>2</sup> Per la trattazione, invece, delle operazioni straordinarie di trasformazione e di scissione cf. A. PEREGO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti canonici nell'ordinamento della Chiesa e dello Stato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* 6 (2022), in [https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli\\_pdf/Perego.M\\_Trasformazione.pdf?pdf=trasformazione-fusione-e-scissione-degli-enti-canonici-nellordinamento-dell](https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/Perego.M_Trasformazione.pdf?pdf=trasformazione-fusione-e-scissione-degli-enti-canonici-nellordinamento-dell), 29-59 (19.07.2022).

<sup>3</sup> In data 13.12.2016 il Ministro generale OFM, previa delibera dei Definitori provinciali interessati e successivamente del Definitorio generale, emanava decreto di fusione per incorporazione canonica e civile di otto Province del Nord Italia nella *Provincia Minoritica di Cristo Re* con sede in Bologna, e ne disponeva il mutamento del nome in *Provincia S. Antonio dei Frati Minori*. Il decreto canonico era riconosciuto con decreto del Ministro dell'Interno n. 103 del 09.11.2017.

<sup>4</sup> In data 18.02.2021 il Ministro generale OFM Conv., previa delibera dei Definitori provinciali interessati e successivamente del Definitorio generale, emanava decreto di fusione per incorporazione canonica e civile di due Province del Nord Italia nella *Provincia Padovana dei Frati Minori Conventuali* con sede in Padova, e ne disponeva il mutamento del nome in *Provincia italiana di S. Antonio di Padova dei Frati Minori Conventuali*. Il decreto canonico era riconosciuto con decreto del Ministro dell'Interno n. 118 del 10.09.2021.

<sup>5</sup> Le riflessioni scaturenti dalla fusione civile e canonica OFM sono state dal sottoscritto illustrate e condivise in una riunione dell'Area giuridica della Conferenza Italiana dei Superiori Maggiori, che ha redatto una Nota ad uso degli Istituti di Vita Consacrata (cf. CONFERENZA ITALIANA DEI SUPERIORI MAGGIORI, Area giuridica, *Riorganizzazione delle circoscrizioni degli Istituti religiosi e delle Società di Vita apostolica, normativa canonica e civile*, Roma 2022).

profilo tributario<sup>6</sup>, alla volontà di non estinguere nell'ordinamento civile un ente del quale si è ottenuto il riconoscimento e che in futuro potrebbe risultare di qualche utilità, alla sede non italiana degli enti interessati dalla fusione, alla percezione della fusione come atto peggiorativo ossia odioso<sup>7</sup>, sino alla generale ratio di conservare comunque gli enti<sup>8</sup> (sebbene nel nostro caso a ben vedere si tratterebbe di mancato riconoscimento civile di un'estinzione canonica invero già avvenuta).

Fatti salvi taluni casi particolari (invero del tutto residuali), si ritiene che la prassi di non chiedere il riconoscimento civile della fusione canonica non sia corretta. Il presente contributo intende pertanto trattare del tema della fusione (per unione o per incorporazione) civilmente riconosciuta, cercando di sciogliere eventuali passaggi giuridici e fugare residue perplessità.

## 2. Fusione per unione e fusione per incorporazione

È da registrare una diversa terminologia giuridica canonistica e civilistica, che può comportare infungibilità dei *nomina iuris* ove non addirittura fraintendimento circa gli istituti utilizzati.

Nel presente studio intendiamo fusione in senso proprio o unione, la congiunzione di più enti in uno nuovo risultante dalla fusione, il quale subentra a quelli che si fondono e che, pertanto, tutti si estinguono. È da sottolineare che, in tale caso, l'estinzione non preceda la fusione, ma ne sia il suo effetto tipico<sup>9</sup>. Si evidenzia tale ordine logico-giuridico in quan-

<sup>6</sup> Cf. *infra*, § 4.3.

<sup>7</sup> «Innovatio est modificatio status primitivi beneficiorum [...]. Fieri potest per unionem, translationem, divisionem, dismembrationem, conversionem et suppressionem [...]. Innovatio est odiosa» (S. SIPOS, *Enchiridion Iuris Canonici*, Herder, Romae-Friburgi-Barcino-ne1960, p. 646. Nel CIC 17 l'unione in tema di benefici è trattata ai cann. 1419-1420.

<sup>8</sup> B. SERRA, *Sull'estinzione e modificazione della persona giuridica nel diritto canonico moderno. Spunti ricostruttivi per una teoria dei soggetti di diritto*, in Sato, *Chiese e pluralismo confessionale*, in <https://www.statoechiese.it/it/contributi/sullestinzione-e-modificazione-della-persona-giuridica-nel-diritto-canonico>, aprile 2010, p. 15 (19.07.2022).

<sup>9</sup> È da segnalare recente interpretazione secondo la quale la fusione non comporterebbe estinzione degli enti interessati, ma una vicenda meramente evolutivo-modificativa-riorganizzativa degli stessi soggetti giuridici, che conservano la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo (cf. CASSAZIONE CIVILE, Sezione III, Sent. 18.04.2012, n. 6058, che ha valorizzato la lettera della disposizione di cui all'art. 2504 bis c.c. che non contiene più il riferimento all'effetto estintivo della fusione tra società). Non trattiamo di detta interpretazione perché, ai fini pratici, si è riscontrato nei casi personalmente trattati in occasione delle citate fusioni OFM e OFM Conv. che le Prefetture presso le quali era tenuto

to è invece assai frequente riscontrare decreti canonici (anche di Dicasteri di Curia romana) che, dichiarando di voler fondere per unione gli enti (ad es. fusione di Province religiose o Monasteri), tuttavia procedono prima alla soppressione esplicita degli stessi, e poi alla erezione di un nuovo ente. In tal caso si ha invero una soluzione della continuità dei rapporti giuridici, nonché occorrerebbe procedere ai sensi del can. 123 alla liquidazione degli enti espressamente soppressi.

Intendiamo inoltre fusione per incorporazione l'incorporazione all'interno di un ente preesistente che continuerà a sussistere, di uno o più enti preesistenti che si estinguono, tuttavia proseguendo i loro rapporti giuridici, senza soluzione di continuità, nel nuovo ente.

In entrambi i casi, dunque, la fusione (per unione o per incorporazione) attua una successione a titolo universale dell'ente o risultante dalla fusione, o incorporante.

Se gli enti che si fondono sono della stessa natura (causalmente omogenei come ad esempio fusione tra Parrocchie, o tra Province religiose, o tra Associazioni) si ha una fusione omogenea; diversamente, se gli enti che vengono fusi sono di diversa natura (ad esempio fusione tra Parrocchia e Santuario), si ha una fusione eterogenea. In tale ultimo caso, tuttavia, si realizza il previo passaggio della trasformazione di uno dei due enti per renderlo omogeneo all'altro, seguito dalla successiva fusione, per cui negli atti di fusione si rende necessario coordinare i due istituti. Se l'autorità competente per la trasformazione e la fusione è la medesima (come avviene nella stragrande maggioranza dei casi), la trasformazione e fusione tra enti ecclesiastici civilmente riconosciuti eterogenei è comunque possibile in uno stesso atto di fusione canonico, ed il concetto di "mutamento sostanziale" di cui all'art. 19 legge n. 222/1985 è concetto tanto ampio<sup>10</sup> da permettere il riconoscimento civile dell'atto complesso di trasformazione e fusione. Così è avvenuto nelle fusioni OFM e OFM Conv., sopra citate, nelle quali oltre a Province sono confluiti anche altri enti (collegi o istituti) per i quali l'autorità governativa competente ha pacificamente riconosciuto la fusione<sup>11</sup>.

il registro delle persone giuridiche ove erano iscritte le Province incorporate, hanno cancellato le stesse *per estinzione*, con l'eccezione, ovviamente, della Provincia incorporante alla quale, nondimeno, è stato attribuito d'ufficio nuovo numero d'ordine.

<sup>10</sup> Cf. A. BETTETINI, *Ente ecclesiastico, beni religiosi e attività di culto. Profili giuridici*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, p. 66.

<sup>11</sup> Nel caso della fusione delle Province OFM ed OFM Conv., erano soggetti alla medesima autorità provinciale anche enti non corrispondenti ad una circoscrizione dell'Ordine dei Frati Minori (istituti, collegi ecc.) e tali enti sono stati fusi per incorporazione nella Pro-

La ragione per la quale in diritto canonico è utilizzato il termine unione o congiunzione invece che fusione è storica: se prima del Concilio di Trento era detta incorporazione quella che anche oggi è intesa come tale, con il Tridentino si intese vietare l'incorporazione di benefici parrocchiali da parte di abbazie, monasteri ed altre persone morali perché essa comportava quale conseguenza la confluenza dei beni dell'incorporato nell'incorporante e la successione giuridica con confusione dei beni<sup>12</sup>. Tale incorporazione fu dunque riservata alla Sede Apostolica e fu disposto che il beneficio parrocchiale, anche a seguito di incorporazione, conservasse comunque la sua personalità giuridica, distinta dall'ente incorporante. Per tale motivo il Codice piano-benedettino volutamente mutò terminologia e iniziò ad usare, a proposito dei benefici, il *nomen iuris* "unione"<sup>13</sup>. Fu così che ne derivò la quadruplici distinzione del CIC 1917 tra l'unione *extintiva* (quella che definiamo fusione per unione), quella *aeque principalis* (con permanenza di tutti i benefici uniti senza soggezione di uno all'altro, ma con un unico titolare che ottiene tutti i titoli), e quella *minus principalis* (con permanenza di tutti i benefici e soggezione filiale di uno all'altro quale accessorio che segue il principale ed un unico titolare che riceve il titolo principale cui accede l'accessorio)<sup>14</sup>. Parte della dottrina continuava a trattare anche della incorporazione nei casi residui in cui un beneficio fosse incorporato in una diversa persona morale, con effetti in perpetuo e confusione del patrimonio (fusione per incorporazione eterogenea)<sup>15</sup>. Non casualmente, dunque, il can. 121 del Codice del

vincia religiosa incorporante includendoli nel medesimo atto di trasformazione-fusione.

<sup>12</sup> Cf. CONCILIIUM TRIDENTINUM, Sess. XXIV, *De reformatione*, c. 13.

<sup>13</sup> «Incorporatione aevo medio monasteriis, postea etiam capitulis et aliis collegiis vel institutis partim augendae dotis causa sunt factae, sed non raro etiam cura animarum monasteriis committebatur. Conc. Trid. propter gravia damna quoad provisionem parochiarum orta novas uniones parochiarum cum monasteriis, abbatibus, dignitatibus prohibuit et ab hoc tempore incorporatione ecclesiarum parochialium Sede Apostolica reservatae sunt. Incorporatione ante Conc. Trid. fiebat in forma unionis extintivae, in qua beneficium parochiale absorpta est ab ante incorporante. Post. Trid. tamen, licet terminus "incorporatio" adhuc remansisset, beneficium parochiale suam personalitatem conservabat distinctam ab ante incorporante. Re igitur penitus mutata Codex consulto mutat terminologiam, et utitur vero "unionis". Secundum iurisprudentiam SC.-is Concilii huiusmodi unio concedi solet "ad nutum Sanctae Sedis", idest in perpetuum sed modo precario, ideoque remanet in unione aeque principali distincta personalitas tum domus religiosae tum beneficii parochialis» (S. SIPOS, *Enchiridion*, op. cit., p. 647).

<sup>14</sup> Cf. cann. 1419, 1420 CIC 1917; cf. A. VERMEERSCH - J. CREUSEN, *Epitome Iuris Canonici*, Mechliniae-Romae 1934, nn. 751- 754.

<sup>15</sup> «Peculiaris species unionis est ea, qua beneficium personae morali (universitati, seminario, domui religiosae, capitulo, dignitati) realiter et in perpetuum cum certis effectibus



1983, che tratta della unione delle persone giuridiche pubbliche, non riporta fonti del CIC 1917.

Il can. 121 non utilizza il termine unione, ma tratta della «congiunzione» di persone giuridiche a seguito della quale viene «costituito un unico insieme dotato anch'esso di personalità giuridica», con successione giuridica rispetto agli enti congiunti: «questa nuova persona giuridica ottiene i beni ed i diritti patrimoniali propri dei precedenti e assume gli oneri di cui i medesimi erano gravati» dovendosi comunque rispettare le volontà dei fondatori e degli offerenti, nonché i diritti acquisiti.

La costituzione di un nuovo ente risultante da quelli fusi e la loro estinzione costituiscono gli effetti tipici della fusione, e non già debbono essere preceduti dalla soppressione degli enti interessati, seguita da una nuova erezione perché, in tal caso, si ripete, si avrebbe la soluzione della continuità dei rapporti giuridici.

Il can. 121 riguarda espressamente le persone giuridiche pubbliche, ma è da ritenere che, per il carattere generale dei principi lì enunziati, essi siano applicabili anche a quelle private, primo tra tutti il principio di successione giuridica, nonché il rispetto dei diritti dei terzi e della volontà dei fondatori ed offerenti (ambito, quest'ultimo, di particolare significato per gli enti fondazionali).

Ad utilizzare invece in modo promiscuo i *nomina iuris* “unione” o “fusione”, quasi si trattasse di istituti diversi, sono i can. 581 e 582, in tema di riorganizzazione degli Istituti di vita consacrata, senza ulteriori precisazioni. Se «fondere quelle [parti n.d.r.] già costituite o circoscriverle in modo diverso»<sup>16</sup> è di competenza dell'autorità competente, «sono riservate alla Sede Apostolica le fusioni e le unioni di istituti di vita consacrata, come anche le confederazioni e le federazioni»<sup>17</sup>.

### 3. Autorità competente per la fusione

Il can. 121 non individua l'autorità competente per la fusione, avendo carattere suppletorio rispetto al diritto proprio<sup>18</sup>.

Ai fini dell'individuazione dell'autorità competente occorrerà individuare anzitutto quella gerarchicamente competente. Occorrerà nondime-

*adiungitur*» (S. SIPOS, *Enchiridion*, op. cit., p. 646).

<sup>16</sup> Can. 581.

<sup>17</sup> Can. 582.

<sup>18</sup> Cf. E. MOLANO, Commento al can. 121, in J.I. ARRIETA (a cura di) *Codice di Diritto Canonico e leggi complementari commentato*, Coletti a San Pietro, Roma 2022<sup>7</sup>, p. 137.

no considerare che l'atto di fusione sia atto di straordinaria amministrazione, il quale dovrà essere munito anche di tutte le licenze ecclesiastiche necessarie sia nell'ordinamento canonico, sia in quello civile, sia per la validità dell'atto stesso, sia per la sua opponibilità ai terzi. La straordinarietà dell'atto, difatti, rileva sia in ordine alla natura dello stesso, sia in ordine al valore e/o natura dei beni ecclesiastici interessati, e coinvolge necessariamente gli organi di governo collegiali dell'ente, se vi siano.

### 3.1 Autorità gerarchicamente competente

In via generale è da ritenere che competente ad emanare l'atto di fusione sia la stessa autorità ecclesiastica competente (tanto per le persone giuridiche pubbliche, quanto per quelle private) per l'erezione o per il riconoscimento ecclesiale ai sensi dei cann. 114-118, salvo che si tratti di fusione di enti che subentrano da una giurisdizione inferiore a quella superiore (ad es. da diocesana a pontificia), nel qual caso diviene competente l'autorità superiore<sup>19</sup>.

Quanto alla natura dell'atto, è nondimeno da verificare se il diritto comune o proprio statuiscano riserve di competenza. Si è appena visto che in tema di Istituti di vita consacrata il can. 582 riserva alla Sede Apostolica le fusioni e le unioni di Istituti di vita consacrata nella loro interezza (e non già fusioni di circoscrizioni dei medesimi Istituti).

Quanto alle circoscrizioni degli Istituti religiosi, ai sensi del can. 581 spetta invece all'autorità competente a norma del diritto proprio fondere quelle già costituite. La norma citata sovente induce erroneamente a ritenere competente il solo Moderatore supremo circa la fusione di circoscrizioni (ad es. Province) di un Istituto di vita consacrata di diritto pontificio se così prevedono le Costituzioni dell'Istituto, senza considerare che, invece, il can. 583 prevede una riserva di competenza ad emanare la licenza previa a favore della S. Sede per le fusioni ed unioni che riguardino «elementi già approvati dalla Sede Apostolica»<sup>20</sup>. Poiché molte fusioni o riordino di circoscrizioni di Istituti di vita consacrata furono precedentemente disposte o approvate dalla S. Sede, la licenza della stessa è conseguentemente necessaria allorché gli enti interessati abbiano avuto l'ultima loro *innovatio* disposta da parte della S. Sede.

<sup>19</sup> P. GHERRI, *Diritto amministrativo canonico. Attività codiciali*, Giuffrè, Milano 2021, p. 130.

<sup>20</sup> Can. 582.

La S. Sede, peraltro, sarà comunque competente al rilascio dell'Attestato della fusione e assenso al riconoscimento civile del decreto di fusione di circoscrizioni dell'Istituto disposte dal Moderatore supremo ex art. 3, legge n. 222/85 e art. 12, comma 1, D.P.R. n. 33/87, con argomento che si ritiene dunque dirimente circa il coinvolgimento, comunque, della Sede Apostolica.

Anche la fusione per unione di Monasteri con erezione di uno nuovo richiede licenza della Sede Apostolica ai sensi del can. 609 § 2.

Anche nel caso di Istituti di vita consacrata di diritto diocesano, Associazioni pubbliche di fedeli e Società di vita apostolica che siano enti ecclesiastici civilmente riconosciuti è sempre richiesto l'assenso previo al riconoscimento civile da parte della Santa Sede<sup>21</sup>.

Nel caso di fusione per unione tra due case di un Istituto di vita consacrata, allorché esso comporti la costituzione di una nuova casa, si renderà inoltre necessario il consenso del Vescovo diocesano ai sensi del can. 609 §1. Lo stesso Vescovo diocesano deve invece essere semplicemente consultato in tutti i casi in cui la fusione comporti soppressione (latius estinzione) di una casa religiosa ai sensi del can. 616 § 1.

Il can. 515 § 2 statuisce invece la competenza esclusiva del Vescovo diocesano nel fondere le Parrocchie della propria diocesi, fatti salvi gli obblighi di comunicazione della titolarità dell'ufficio di parroco, se previsto dalla normativa concordataria<sup>22</sup>.

Sempre in ordine alla natura dell'atto, occorre distinguere tra persone giuridiche che fanno parte della struttura gerarchica della Chiesa, e persone giuridiche che hanno natura associativa o fondazionale con organi collegiali propri, preposti ad emettere il proprio consenso vincolante ovvero parere non vincolante<sup>23</sup>.

Nel caso di enti che appartengano alla struttura gerarchica della Chiesa, in via di prima approssimazione è possibile asserire che si abbia competenza esclusiva della competente autorità ecclesiastica, senza intervento di organi collegiali. La S. Sede, ad esempio, sarà così competente a disporre autoritativamente la fusione di diocesi, fatto salvo anche in questo caso l'obbligo di comunicazione del mutamento del titolare dell'ufficio episcopale e l'impegno a non includere parte di territorio italiano in diocesi aventi sede all'estero<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Cf. artt. 8, 9, legge n. 222/1985.

<sup>22</sup> Cf. art. 3, II comma, legge n. 121/1985.

<sup>23</sup> Cf. can. 127 §§ 1-2.

<sup>24</sup> Cf. art. 3, I-II comma, legge n. 121/1985.

Sul punto della consultazione degli organi collegiali degli enti interessati dalla fusione, e sulla possibilità o meno di procedere *motu proprio* da parte della autorità ecclesiastica, occorre tuttavia ora soffermarsi, in quanto la volontà dell'autorità gerarchicamente competente sovente deve concorrere, anche *ad validitatem*, con la volontà degli organi collegiali di governo degli enti stessi.

### **3.2 Competenza degli organi monocratici e collegiali degli enti interessati dalla fusione: *quod omnes tangit ab omnibus approbati debet***

La *Regula iuris* «quod omnes tangit ab omnibus approbati debet»<sup>25</sup>, ripresa dal can. 119, 3°, richiama la necessità che l'atto di straordinaria amministrazione – qual è indubbiamente quello di fusione – non possa essere costituito da un solo decreto della competente autorità ecclesiastica, ma sia una fattispecie a formazione progressiva che vede il necessario contributo degli organi monocratici e collegiali di tutti gli enti interessati, i quali assumono le relative delibere ai sensi del diritto comune e proprio<sup>26</sup>.

Si è sopra visto che ad emettere l'atto di fusione di due parrocchie venga indicato come unicamente competente il Vescovo diocesano ai sensi del can. 515 § 2. Tuttavia, anche in tal caso, è necessaria la consultazione di organi collegiali, pur trattandosi di enti che appartengono alla struttura gerarchica della Chiesa. Per la fusione di parrocchie, difatti, per quanto il diritto gli attribuisca competenza esclusiva, il Vescovo diocesano deve comunque sentire il Consiglio presbiterale ai sensi del can. 1515 § 2. Anche nel caso di fusione di diocesi, si fa fatica ad immaginare un intervento autoritativo “secco” sella S. Sede, senza consultazione almeno dei Vescovi interessati e degli organi collegiali diocesani.

La tradizione canonica della formazione collegiale della volontà delle *personae fictae*<sup>27</sup> quali sono le persone giuridiche, rileva poi con massima evidenza nel caso delle persone giuridiche sia pubbliche, sia private, che non appartengano alla costituzione gerarchica della Chie-

<sup>25</sup> *Liber Sextus Bonifatii VIII*, in *Corpus Iuris Canonici*, ed. E. Friedberg, t. II, Lipsiae 1881, coll. 1122-1124, *Regula Iuris* n. 29. Cf. Y. CONGAR, *Quod omnes tangit ad omnibus tractari et approbati debet*, in *Revue historique de droit français et étranger* 35 (1958) pp. 210-259; O. CONDORELLI, *Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbati*, *Note sull'origine del principio tra medioevo e prima età moderna*, in *Ius canonicum* 53 (2013) pp. 101-127.

<sup>26</sup> Cf. P. GHERRI, *Diritto amministrativo canonico*, op. cit., p. 128.

<sup>27</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Edizioni Laterza, Roma-Bari 2004, pp. 221-222.

sa. Si sottolinea che tale principio riguardi anche le persone giuridiche pubbliche, nonostante la maggiore pregnanza di poteri di governo e controllo attribuiti dall'ordinamento canonico all'autorità ecclesiastica. Nel caso di Associazioni pubbliche, ad esempio, è vero che l'autorità ecclesiastica abbia potere di erezione<sup>28</sup> e soppressione<sup>29</sup>, di commissariamento (ma solo per gravi cause e se lo richiedano le circostanze<sup>30</sup>), e di suprema direzione nella amministrazione dei beni<sup>31</sup>, ma la legittimità degli atti posti dall'autorità ecclesiastica sarà individuata sempre e comunque in riferimento al diritto comune e proprio. Il diritto comune, come appena visto in tema di commissariamento, sempre prevede giuste o gravi cause e dunque istruttoria, *ius ad auditionem et responsionem*<sup>32</sup>, nonché richiede che gli atti siano comunque e sempre motivati<sup>33</sup>; il diritto proprio, invece, che la stessa autorità ecclesiastica ha approvato, non meno di quello comune delimita la legittimità dell'atto di intervento dell'autorità ecclesiastica, coordinandolo con il coinvolgimento degli organi collegiali. Gli Statuti dell'associazione, difatti, necessariamente debbono prevedere le modalità di approvazione collegiale degli atti di straordinaria amministrazione dell'ente. Un atto di fusione di associazioni pubbliche è senza alcun dubbio un atto di straordinaria amministrazione che *omnes tangit* e per il quale il diritto comune ed il principio generale di collegialità non attribuisce competenza esclusiva ad organi monocratici dell'autorità ecclesiastica. Ciò varrà ancor più in materia di associazioni private, per le quali l'autorità ecclesiastica ha poteri di vigilanza<sup>34</sup>, di soppressione in caso di grave danno per la dottrina o la disciplina ecclesiastica<sup>35</sup>, ma il tutto «nel rispetto della autonomia propria delle associazioni private»<sup>36</sup> e, comunque, sempre a norma degli statuti che sono stati anch'essi approvati da parte della autorità ecclesiastica allorché all'associazione è stata conferita la personalità giuridica<sup>37</sup>.

Quanto ora detto in tema di associazioni non meno vale per gli enti fondazionali, i quali debbono deliberare gli atti di straordinaria ammi-

<sup>28</sup> Cf. can. 312 § 1

<sup>29</sup> Cf. can. 320 §§ 1-2

<sup>30</sup> Cf. can. 318 § 1

<sup>31</sup> Cf. can. 319 §§ 1-2.

<sup>32</sup> Cf. can. 50; can. 221 §§ 1-2.

<sup>33</sup> Cf. can. 51.

<sup>34</sup> Cf. can. 323 §§ 1-2.

<sup>35</sup> Cf. can. 326 § 1.

<sup>36</sup> Can. 323 § 2.

<sup>37</sup> Cf. can. 322 §§ 1-2.

nistrazione (quale indubbiamente è, si ripete ancora, un atto di fusione) a norma degli statuti approvati dalla stessa autorità ecclesiastica<sup>38</sup>, e dunque con necessario coinvolgimento dell'organo collegiale di amministrazione della fondazione. Nel caso delle fondazioni, inoltre, particolare pregnanza riveste la volontà dei fondatori ed offerenti, ed i fini statutariamente stabiliti, che dunque solennizzeranno ulteriormente il disposto del can. 121 nel caso di fusione, e delimiteranno ulteriormente il potere discrezionale dell'autorità ecclesiastica nel disporre autoritativamente un atto di fusione.

Nel caso, infine, degli Istituti di vita consacrata, il carattere collegiale dell'approvazione dell'atto di straordinaria amministrazione di fusione risalta particolarmente in ragione della tradizione comune agli Ordini religiosi storici nella approvazione collegiale di tali atti e nel rispetto del principio *quod omnes tangit* che continua a caratterizzare il loro diritto proprio a norma del quale deve essere deliberato l'atto di fusione, secondo quanto prevede il sopra analizzato can. 581. Il tema della riorganizzazione di circoscrizioni interne interessa particolarmente in epoca contemporanea gli Istituti religiosi, dove la diminuzione dei religiosi e la razionalizzazione della amministrazione dei beni ecclesiastici da tempo ha imposto il ricorso alla fusione (per unione o per incorporazione) di tali circoscrizioni.

La maggior parte del diritto proprio degli Istituti di vita consacrata attribuisce al Moderatore supremo la competenza ad emettere l'atto di fusione. Trattandosi di atto di straordinaria amministrazione, tuttavia, è nella maggior parte dei casi previsto il consenso vincolante del Consiglio generale, così che già è possibile ricavare un livello di approvazione collegiale, previo alla emanazione dell'atto, senza il quale l'atto è invalido<sup>39</sup>. Si ritiene che da tale livello di approvazione collegiale previo non possa prescindersi comunque, anche in assenza di specifica previsione del diritto proprio, stante la natura dell'atto che è intrinsecamente di straordinaria amministrazione<sup>40</sup>.

Il fatto, tuttavia, che l'atto di fusione incida sovente sulla giurisdizione concorrente dei Superiori provinciali delle circoscrizioni interessate e del Moderatore supremo, induce inoltre a chiedersi se sia necessario anche un altro livello di approvazione collegiale sempre previo, ossia quello degli stessi enti che vengono fusi. Anche in questo caso, alcune

<sup>38</sup> Cf. can. 117; can. 1301 § 1.

<sup>39</sup> L'atto è invalido ai sensi del can. 127 § 2.

<sup>40</sup> Cf. cann. 620-622.

costituzioni di ordini religiosi storici, dopo aver attribuito competenza al Moderatore supremo per l'atto di fusione di Province, nondimeno precisano che gli organi collegiali degli enti interessati dalla fusione debbano comunque esprimere il proprio parere previo<sup>41</sup>. Ciò sembra pienamente congruente con il principio *quod omnes tangit*, che invero delinea un principio generale che si ritiene applicabile a tutte le persone giuridiche che abbiano organi collegiali di governo.

È vero che molte riorganizzazioni di Province religiose siano state autoritativamente disposte dalla S. Sede (molte di quelle storicamente risalenti sono state disposte con *motu proprio* pontificio, talora letteralmente imposto), ed è vero che la dottrina evidenzia che l'atto di approvazione da parte degli organi collegiali sia recettivo-esecutivo nel caso delle persone giuridiche pubbliche, e di istanza-richiesta seguita da approvazione della competente autorità, nel caso di persone giuridiche private<sup>42</sup>.

È altrettanto vero che per i Monasteri l'atto di fusione sia di prassi emesso dalla S. Sede e non direttamente dal Superiore competente.

Riteniamo, nondimeno, di concludere che, anche in assenza di previsioni del diritto proprio, il principio *quod omnes tangit* imponga che alla formazione dell'atto di fusione debba concorrere la volontà previa degli organi collegiali degli stessi enti che vengono fusi, sia che si tratti di persone giuridiche pubbliche, sia private. Ciò non solo per il principio collegiale delineato dal can. 119, 3°, ma anche perché ogniqualevolta

<sup>41</sup> Le Costituzioni generali dell'Ordine dei Frati Minori attribuiscono competenza per la fusione al Ministro generale con il consenso vincolante dell'organo collegiale generalizio: «L'autorità competente per l'erezione, la divisione, l'unione e la soppressione delle Province è il Ministro generale, con il consenso del suo Definitorio» (art. 170 § 1 Costituzioni generali OFM). Le medesime Costituzioni, nondimeno, in altro luogo, recuperando il principio *quod omnes tangit* prevedono che anche i Definitori provinciali delle Province interessate debbano esprimere comunque il proprio parere: «Il Ministro generale, con il consenso del suo Definitorio, può emanare decreti, validi fino alla revoca, per le singole Province e per le regioni i cui Ministri formano una Conferenza, ma dopo avere consultato il Definitorio della rispettiva Provincia ovvero la Conferenza dei Ministri provinciali» (art. 197 § 2). Anche le Costituzioni dell'Ordine dei Frati Minori Conventuali attribuiscono competenza per la fusione o al Capitolo generale ovvero, fuori del Capitolo, al Ministro generale, ma sempre con il consenso dell'organo collegiale generalizio (Definitorio generale) ed il parere dei Definitori provinciali: «L'erezione, la divisione, l'unione, la fusione e la soppressione di una Provincia o di una Custodia generale competono al Capitolo generale. Fuori del Capitolo generale, spetta al Ministro generale con il suo Definitorio prendere tutti questi provvedimenti. In ogni caso si ascoltino prima le parti interessate» (art. 33 § 1 Costituzioni OFM Conv.).

<sup>42</sup> Cf. A. PEREGO, *Trasformazione*, op. cit., p. 35.

il diritto prevede che l'organo collegiale esprima il proprio consenso o parere, l'atto dell'organo monocratico dell'autorità ecclesiastica competente è assunto a valle della delibera collegiale<sup>43</sup>.

La fusione, in conclusione, in punto di diritto è un atto interno agli enti (delibera degli organi collegiali ai sensi del diritto proprio) e intersoggettivo (atto di fusione in senso proprio, che unifica e rende coincidenti le volontà degli enti che si fondono). Ciò vale sia per le persone giuridiche private, ma anche per quelle pubbliche, nelle quali i poteri dell'autorità ecclesiastica sono comunque soggetti alla legge sia universale, sia propria dell'ente che è rappresentato dai legittimi legali rappresentanti, con propri organi collegiali interni, sia che si tratti di enti associativi (Assemblea e Consiglio) sia fondazionali (Consiglio di amministrazione).

Il principio *quod omnes tangit* è peraltro recuperato quale condizione di riconoscimento civile dell'atto di fusione dall'art. 12, D.P.R. n. 33/1987 che richiede che alla domanda di riconoscimento civile dell'atto di fusione sia allegata «copia autentica della eventuale delibera degli organi dell'ente», così risultando potenzialmente precluso tale riconoscimento nel caso che la delibera degli organi collegiali degli enti che si fondono non vi sia.

Segnatamente per tale ultimo motivo, riteniamo dunque imprescindibile la previa delibera degli organi collegiali dell'ente anche ogniqualvolta l'atto di fusione sia disposto motu proprio dalla S. Sede. Tale esigenza diviene evidente perché la S. Sede è solita emanare atti estremamente concisi con mera dichiarazione della fusione degli enti, con omissione di quanto necessario per il subentro civilistico dell'ente incorporante in tutte le posizioni giuridiche soggettive attive e passive degli enti incorporati (beni mobili registrati e culturali, immobili, rapporti di lavoro), nonché con omissione del *dies a quo* della efficacia civile ai fini fiscali e del regime tributario dell'atto. Pare dunque imprescindibile che tali profili debbano essere presenti nella delibera degli organi collegiali degli enti interessati dalla fusione, e che l'atto di fusione *motu proprio* della S. Sede (o comunque anche di ogni altro superiore gerarchico) li richiami integralmente come facenti parte dell'atto, il quale dovrà poi essere esibito per volture e rogiti di beni, subentri nei rapporti di lavoro, posizioni bancarie, utenze, comunicazioni inerenti ai beni culturali, successioni, ed ogniqualvolta si dovrà comunque provare la successione giuridica degli enti fusi.

<sup>43</sup> Cf. art. 127 §§ 1-2.



### 3.3 Fusione come atto di straordinaria amministrazione

Si è detto che l'atto di fusione sia intrinsecamente un atto di straordinaria amministrazione. Ulteriori ragioni inducono a considerarlo non solo come tale, ma ad aggiungere ulteriori licenze a tutela anche del patrimonio degli enti interessati dalla fusione.

Anzitutto l'atto di fusione, comportando anche l'effetto tipico della estinzione degli enti fusi o di quelli incorporati<sup>44</sup>, implica trasferimento di beni. Nelle citate fusioni OFM, ad esempio, a seguito della fusione per incorporazione, non solo si è verificato l'effetto estintivo degli enti incorporati, ma le Prefetture dove avevano sede legale le Province incorporate hanno cancellato l'iscrizione nel registro persone giuridiche per estinzione e non già per trasferimento di sede. È vero che nel caso di specie si trattava di trasferimento di beni tra Province di un medesimo Ordine religioso, ma l'argomento non pare sufficiente ad evitare le licenze canoniche previste nel caso di atti di trasferimento di beni tra persone giuridiche pubbliche, secondo i valori minimi e massimi previsti dal can. 638 § 3 per gli Istituti religiosi (e can. 1292 §§ 1-2 per le altre persone giuridiche pubbliche), neppure quando gli enti interessati rientrino sotto un medesimo Moderatore supremo. A maggior ragione l'argomento vale per enti che non rientrino sotto una medesima giurisdizione.

A ciò si aggiunge che il predetto trasferimento a seguito di estinzione ha sovente ad oggetto donazioni votive o beni di interesse storico ed artistico, che necessitano di licenza della S. Sede a norma del can. 1292 § 2 e can. 638 § 3.

Ove poi non si volesse accogliere l'argomento della necessità delle previe licenze per atto di trasferimento di beni, occorre considerare che una fusione comporta la confusione di potenziali condizioni debitorie degli enti che si vanno a fondere, e pertanto costituisce un'operazione potenzialmente peggiorativa, nella quale il patrimonio «peior fieri possit»<sup>45</sup> o «peior fieri potest»<sup>46</sup>, così richiedendosi licenza canonica della competente autorità in base al valore dei patrimoni e della condizioni debitorie, che andranno sempre accuratamente verificate a seguito di redazione di uno stato patrimoniale previo alla fusione, che andrà approvato e comunicato tra gli enti interessati. Se dunque la fusione di enti religiosi comporta un rischio patrimoniale superiore al milione di euro, ovvero essa comporta

<sup>44</sup> Salvo quanto *supra*, nota n. 9.

<sup>45</sup> Can. 1295.

<sup>46</sup> Can. 638, § 3.

potenziale pregiudizio per i beni preziosi di valore artistico o storico, o *ex voto*, potrà essere disposta solo con previa licenza della S. Sede ai sensi del can. 638 § 3. Altrettanto dicasi nel caso di fusione di persone giuridiche pubbliche soggette al Vescovo diocesano che comporti un rischio patrimoniale di valore superiore a 250.000 euro, che può essere disposta con il consenso del Consiglio per gli affari economici e del Collegio dei consultori ai sensi del can. 1292 § 1 ovvero, se il rischio supera il milione di euro, o riguarda *ex voto* o beni preziosi di valore artistico o storico, è necessaria la licenza della Santa Sede ai sensi del can. 1292 § 2.

### 3.4 Prima prassi in tema di fusione canonica e civile

Nella fusione canonica e civile OFM del 2017, l'iter ha visto seguire i principi sopra enunciati, segnatamente in riferimento alle delibere degli organi collegiali degli enti interessati, seguite da quella degli organi di governo gerarchicamente sovraordinati. Le Province interessate, tra le quali si era già formata una volontà di fusione fondata sui criteri ecclesiali, la quale era stata elaborata in organi collegiali interprovinciali, hanno inizialmente approvato la propria situazione patrimoniale, con elenco e collocazione dei beni immobili e mobili registrati e beni culturali vincolati, corredata dalla relazione degli economisti. La situazione economica è stata dunque comunicata in un Consiglio di coordinamento interprovinciale, che ha redatto un progetto di fusione canonico e civile. Tale progetto è stato approvato dai singoli Consigli provinciali (Definitori), dalla Conferenza dei Superiori provinciali interessati, e successivamente dal Moderatore supremo col consenso del suo consiglio (Definitorio). I singoli Definitori provinciali hanno dunque deliberato la fusione e tale delibera è stata trasmessa al Moderatore supremo assieme agli stati patrimoniali, agli elenchi dei beni ed alle relazioni degli economisti. Il Moderatore supremo col consenso del suo Consiglio ha redatto la bozza della delibera di fusione del Consiglio generale e la bozza del proprio decreto di fusione, che sono state trasmesse al Dicastero per i religiosi per le licenze previe. Il Dicastero per i religiosi, tuttavia, richiesto di licenza previa, ha dichiarato che non avrebbe rilasciato alcuna licenza, ma avrebbe esclusivamente attestato l'avvenuto atto di fusione *ex post*. Pur non ritenendo corretta l'indicazione ricevuta<sup>47</sup>, si è comunque proceduto: il Consiglio generale

<sup>47</sup> Per tutti gli argomenti di cui al paragrafo precedente, e per la natura stessa della licenza che è *previa*; senza considerare che l'approvazione della fusione da parte degli organi interni non seguita da un attestato o approvazione della S. Sede avrebbe causato una *impas-*

ha deliberato la fusione ed il Moderatore supremo ha emesso il decreto di fusione (atto di fusione), con allegato l'elenco e la sede dei beni immobili, mobili registrati e culturali vincolati, sottoscritto anche da tutti i legali rappresentanti civili delle province partecipanti alla fusione e dai Superiori provinciali<sup>48</sup>. Sempre il Moderatore supremo ha quindi trasmesso il decreto di fusione al Dicastero per i religiosi il quale, senza entrare nel merito dell'atto, ha esclusivamente emanato un Attestato di avvenuta fusione, ha attestato il nominato legale rappresentante ed ha concesso l'assenso all'istanza da rivolgere al Ministro dell'Interno per il riconoscimento civile e l'iscrizione del mutamento ex art. 12 D.P.R. n. 33/1987.

Nella citata fusione OFM Conv. del 2021, invece, il procedimento è stato notevolmente snellito, in quanto le delibere di fusione dei Consigli (Definitori) provinciali (che di fatto già coincidevano in uno solo per precedenti fusioni canoniche), sono state riunite in una sola delibera quale delibera congiunta di tutti i Consigli provinciali (invero sopravvissuti solo sul piano civile). La delibera dei Consigli provinciali è stata trasmessa al Moderatore supremo, assieme allo stato patrimoniale, all'elenco e collocazione dei beni immobili, mobili registrati e culturali vincolati, ed alla relazione degli economisti delle Province civilmente ancora esistenti. Attesa la precedente esperienza (nel caso della fusione OFM) di rifiuto del Dicastero per i religiosi ad emettere licenza previa all'atto di fusione, il Moderatore supremo col consenso del suo Consiglio ha direttamente emesso il decreto definitivo di fusione (atto di fusione) con allegato l'elenco e la collocazione dei beni immobili, mobili registrati e culturali vincolati, sottoscritto anche da tutti i legali rappresentanti civili delle Province partecipanti alla fusione e dai Superiori provinciali. Sempre il Moderatore supremo ha quindi trasmesso il decreto di fusione al Dicastero per i religiosi, il quale ha emanato l'Attestato dell'avvenuta fusione e concesso l'assenso al riconoscimento civile di cui sopra.

Gli stati patrimoniali (allegati alle delibere dei Consigli provinciali) e l'elenco e collocazione dei beni immobili, mobili registrati e beni culturali vincolati (allegato sia alle delibere dei Consigli provinciali, sia all'atto di fusione) è risultato indispensabile sotto molteplici profili: ai fini della valutazione del valore dei beni ecclesiastici che vengono trasferiti tra per-

se del procedimento di riconoscimento civile, eppure espressamente previsto nell'atto di fusione, con precisi riferimenti al *dies a quo*, ai rapporti giuridici, a quelli giuslavoristici, ai beni culturali etc. Per tale motivo, in stile anche di collaborazione, si era richiesta licenza previa alla S. Sede.

<sup>48</sup> Ciò perché, si ribadisce, segnatamente per il riconoscimento civile, la fusione è atto anzitutto *interno* ed *intersoggettivo* degli enti interessati.

sone giuridiche pubbliche; per la valutazione della sede principale di cui all'art. 7, comma 1, legge n. 222/1985; per la valutazione della prevalenza delle attività in Italia o in territorio di missione di cui al secondo comma dell'art. 7, legge n. 222/1985; per future volture dei medesimi beni (essendo quello di fusione l'atto che viene riconosciuto con decreto del Ministro dell'Interno ex art. 19, legge n. 222/1985 e che dunque fa fede dell'avvenuto trasferimento di proprietà dall'ente incorporato a quello incorporante, o tra quello fuso ed estinto ed il nuovo risultante dalla fusione); infine, per le dovute comunicazioni al Ministero dei beni culturali di cui infra.

Al di là delle possibili precisazioni della prassi, ciò che occorre qui rilevare è che la S. Sede stessa, non solo non decretando la fusione motu proprio, ma addirittura rifiutando licenze previe ed esclusivamente attestando la fusione già deliberata, ha evidenziato come l'atto di fusione sia atto interno ed intersoggettivo degli enti interessati, rispondente al principio *quod omnes tangit*, dal quale, dunque, per il futuro, pare difficile possa prescindere.

La procedura canonica adottata nei casi di fusione OFM e OFM Conv. citati è stata ritenuta conforme al diritto comune e proprio anche da parte dell'Area giuridica della Conferenza italiana Superiori maggiori, che l'ha letteralmente recepita nella citata Nota del 2022<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> «si evidenzia che, pur prevedendosi che sia il diritto proprio a regolare le fattispecie, un *iter* di base corrispondente ad una *governance* trasparente, è delineato già dalle norme del Codice di Diritto Canonico. Esso inizierà con l'analisi della situazione patrimoniale dei diversi enti effettuata grazie alle relazioni degli economi, le quali saranno comunicate reciprocamente ai diversi enti soggetto di fusione in un "Consiglio di coordinamento interprovinciale"; si redigerà poi un progetto di fusione canonico e civile, che andrà approvato da: a) Consigli provinciali, b) Conferenza dei Superiori provinciali, c) Moderatore supremo col consenso del suo consiglio. A questo punto la delibera di fusione dei consigli provinciali verrà trasmessa al Moderatore supremo assieme agli stati patrimoniali ed alle relazioni degli economi. Il Moderatore supremo col consenso del suo consiglio redigerà la bozza della delibera di fusione del consiglio stesso e la bozza del proprio decreto di fusione. Poi si relazionerà con il Dicastero per le successive determinazioni di quest'ultimo (licenze o approvazioni o assensi al riconoscimento civile), secondo la prassi di volta in volta adottata. Il Consiglio generale delibererà poi la fusione e il Moderatore supremo col consenso del suo Consiglio emetterà il decreto di fusione (atto di fusione), sottoscritto anche da tutti i legali rappresentanti civili delle province partecipanti alla fusione e dai Superiori provinciali. Il Moderatore supremo trasmetterà il decreto di fusione alla Santa Sede, che, tramite la Congregazione IVCSVA, emanerà il proprio atto di Approvazione – Attestato di fusione e si pronuncerà circa i poteri di rappresentanza del nominato legale rappresentante» (CONFERENZA ITALIANA DEI SUPERIORI MAGGIORI, Area giuridica, *Riorganizzazione*, op. cit., p. 18, 19).

#### 4. Riconoscimento civile della fusione: onere ed obbligo

È oramai un dato certo che una fusione tra enti ecclesiastici civilmente riconosciuti sia un mutamento sostanziale nel modo di esistenza degli enti stessi: «non vi possono essere dubbi sul fatto che nell'ambito della categoria, dai confini non così nitidi, dei "mutamenti sostanziali" di un ente ecclesiastico di cui al primo comma dell'art. 19, comma 1 della l. 222 del 1985, rientrano a pieno titolo anche le operazioni di trasformazione, fusione e scissione che li coinvolgono. Simili operazioni, infatti, incidono per loro natura "nel modo di esistenza" di tali enti a cui si modifica il codice organizzativo ovvero che vengono concentrati o frammentati in differenti soggetti giuridici»<sup>50</sup>.

La normativa concordataria all'art. 19 della legge n. 222/85 prevede dunque un regime di perfetta uniformità tra la condizione giuridica canonica e quella civile degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, con un regime di necessaria pubblicità sia costitutiva sia dichiarativa, che delinea un onere per detti enti<sup>51</sup>.

Tale onere ha una duplice valenza: da un lato per l'opponibilità ai terzi della modifica, e dall'altro per il controllo della compatibilità del mutamento con i fini dell'ente stesso.

Il primo profilo (opponibilità ai terzi) è di massimo favore per gli enti interessati, che la legge concordataria permette di riconoscere anche nell'ordinamento civile tali e quali essi sono nell'ordinamento canonico. Una fusione meramente canonica non ha difatti alcuna efficacia nell'ordinamento civile. Considerando che una fusione non riguarda solo le persone ma anche i beni di un ente, e che per detti beni si ha la canonizzazione della legge civile del luogo *ex can.* 1290, è da rilevare che una fusione della quale non sia stato richiesto ed ottenuto il riconoscimento civile pone profili di incerta applicazione della stessa normativa canonica. Si tratterebbe difatti di mutamenti di fatto che, si ribadisce, risultano del tutto

<sup>50</sup> A. PEREGO, *Trasformazione*, op. cit., p. 42. La necessità della perfetta uniformità canonica e civile è stata ormai riconosciuta anche dalla citata Nota redatta dall'Area giuridica CISM nell'anno 2022: «La fusione canonica di province o di parti dell'Istituto nell'ordinamento civile viene concepita come "mutamento nel modo di esistenza degli enti ecclesiastici" e quindi è regolata dal citato art. 19 della Legge n. 222/85. Se si vuole procedere al riconoscimento civile di tale modifica è necessaria la perfetta uniformità canonica e civile dell'operazione, connessa ad un regime di altrettanto necessaria pubblicità costitutiva e dichiarativa» (CONFERENZA ITALIANA DEI SUPERIORI MAGGIORI, Area giuridica, *Riorganizzazione*, op. cit., p. 18).

<sup>51</sup> P. CAVANA, *Gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio*, Giappichelli Editore, Torino 2011, p. 202.

inefficaci nell'ordinamento civile<sup>52</sup>, conseguentemente non canonizzabili in quello canonico, e che potrebbero in taluni casi presentare ulteriori controversi profili sul piano civilistico.

Circa tali controversi profili civilistici, è da segnalare la prassi seguita sino a poco tempo fa, di procedere a fusioni meramente canoniche, non seguite dal riconoscimento civile, ma dal progressivo svuotamento, programmato, del patrimonio degli enti fusi, a favore di un ente terzo o di nuova erezione, o già esistente, per poi procedere a estinzione finale per soppressione (anche civilmente riconosciuta) degli enti canonicamente incorporati o fusi, a "patrimonio zero". L'alternativa seguita è la conservazione di enti canonicamente soppressi, con sopravvivenza di persone giuridiche evidentemente non più esistenti, relativi organi di governo monocratici e collegiali non più esistenti o effettivi, e assenza di fini e attività.

Tale prassi è stata sovente adottata per evitare il pagamento dell'imposta di registro sull'atto di fusione<sup>53</sup>, o evitare l'estinzione di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, ritenuti di qualche possibile futura utilità. La prassi delle donazioni progressive, tuttavia, trattandosi di fenomeno di donazione a se stesso programmata, elusiva dal punto di vista tributario, pone il problema che essa può integrare assenza di causa della donazione, ossia di spirito di liberalità di depauperare se stessi e di arricchire un terzo senza esservi tenuti (*animus donandi* soggettivo e arricchimento del donatario oggettivo)<sup>54</sup> o comunque integrare una forma simulatoria di tipo relativo, con rischi di invalidità o inefficacia dell'atto, o assoggettabilità all'azione di simulazione da parte di creditori o terzi in buona fede<sup>55</sup>.

I medesimi creditori, inoltre, ove l'atto di donazione comporti depauperamento dell'ente, sono titolari dell'azione revocatoria<sup>56</sup>, finalizzata a rendere la donazione inefficace nei propri confronti, ove l'atto pregiudichi il diritto alla garanzia patrimoniale che per legge non può essere ridotta<sup>57</sup>. Poiché l'azione revocatoria della donazione si prescrive in cinque anni decorrenti dalla data in cui l'atto è stato iscritto nei pubblici registri, si comprende l'aleatorietà della prassi delle donazioni progressive.

<sup>52</sup> F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna 2015, p. 291.

<sup>53</sup> Cf. *infra*, § 4.3.

<sup>54</sup> Cf. art. 769 c.c.

<sup>55</sup> Cf. artt. 1414, 1415 c.c.

<sup>56</sup> Cf. artt. 2901-2904 c.c.

<sup>57</sup> Cf. art. 2740 c.c.

I debiti e le obbligazioni contrattuali o extracontrattuali passive, inoltre, non sono donabili, e dunque esse rimarrebbero comunque in capo agli enti oggetto di fusione meramente canonica.

Ma i profili di responsabilità non sono finiti per la prassi delle donazioni progressive. Si pensi ad un ente estinto nell'ordinamento canonico, progressivamente svuotato, in assenza di organi di governo canonici effettivi che abbiano veramente deliberato o rilasciato vere licenze specificamente per l'ente canonicamente soppresso: il rappresentante legale si presenta quale rappresentante senza poteri. A tale fattispecie può applicarsi la disciplina prevista per il *falsus procurator*<sup>58</sup> e gli atti sono imputati alle persone fisiche che hanno agito senza rappresentanza o comunque hanno agito con licenze false.

Si potrebbe configurare anche un fenomeno di arricchimento senza causa (che può derivare da una molteplicità non tipizzata di fatti giuridici) con indennizzo conseguente dell'ente depauperato<sup>59</sup>.

Il Superiore che abbia rilasciato licenze false (o comunque non fondate sulla realtà giuridica di fatto degli enti interessati) ed abbia determinato affidamento incolpevole del terzo potrebbe inoltre rispondere a livello extracontrattuale a titolo di colpa o di dolo.

Nel caso in cui l'ente ecclesiastico abbia esercitato attività diverse da quelle con finalità di religione o culto, ovvero imprenditoriali, e si apra una procedura fallimentare, la procedura potrebbe venire applicata all'impresa di fatto esercitata dalle persone fisiche degli amministratori<sup>60</sup>. L'art. 19, comma 2 della legge n. 222/1985, difatti, prevede anche la sanzione della revoca del riconoscimento dell'ente nel caso in cui il mutamento sostanziale abbia fatto perdere all'ente anche uno solo dei requisiti prescritti per il suo riconoscimento. È vero che l'art. 19, comma 2, prevede la sanzione della revoca del riconoscimento dell'ente nel caso della perdita di uno dei requisiti necessari per il suo riconoscimento e non già espressamente nel caso si ometta di richiedere il riconoscimento civile del mutamento sostanziale previsto dal primo comma della medesima norma. È tuttavia possibile sostenere che nella maggior parte dei casi, il mancato adempimento dell'onere di chiedere il riconoscimento civile del mutamento sostanziale costituisca perdita di uno dei requisiti necessari

<sup>58</sup> Cf. art. 1398 c.c.

<sup>59</sup> Cf. artt. 2041-2042 c.c.

<sup>60</sup> Le eccezioni da noi poste in occasione delle fusioni OFM avverso la prassi delle donazioni progressive sono state recepite nella citata Nota CISM del 2022 (cf. CONFERENZA ITALIANA DEI SUPERIORI MAGGIORI, Area giuridica, *Riorganizzazione*, op. cit., p. 20).

per il riconoscimento dell'ente. Si pensi difatti ad un Seminario estinto sul piano canonico o non più attivo (dunque nell'impossibilità di raggiungere i suoi fini), o ad una Provincia religiosa solo canonicamente estinta: si tratta di esempi nei quali l'ente ha perso i requisiti per il suo riconoscimento, e può incorrere nella sanzione della revoca del riconoscimento, che dunque costituisce potenziale sanzione nei casi in cui si ometta di richiedere il riconoscimento civile del mutamento sostanziale dell'ente avvenuto nell'ordinamento canonico.

Quanto invece al secondo profilo dell'onere di richiedere il riconoscimento civile dei mutamenti sostanziali ex art. 19, legge n. 222/85 (verifica della compatibilità del mutamento con i fini dell'ente) è dato rilevare che esso si prospetta maggiormente come obbligo, con la finalità di verificare il permanere o meno dei fini costitutivi di religione o culto dell'ente. Se è vero che la norma attribuisca all'autorità di governo statale il potere di effettuare tale verifica di rispetto della normativa concordataria<sup>61</sup>, riteniamo nondimeno che essa sia posta anche a garanzia dell'ente stesso affinché, in conformità con l'ordinamento canonico, esso mantenga continuità di fini e modalità di esistenza di un ente ecclesiastico ex can. 116 § 1, e non già sia utilizzato per fini diversi da quelli strettamente ecclesiali (ad esempio a fini di elusione fiscale o comunque per fini non strettamente di religione o culto).

Che gli obblighi sopra esposti di riconoscimento civile siano posti anche a tutela dell'ente stesso e del suo collegamento con i fini e l'ordinamento canonico è ulteriormente evidenziato dalla procedura prevista per il riconoscimento civile del mutamento sostanziale integrato dall'atto di straordinaria amministrazione della fusione. L'art. 12 D.P.R. n. 33/1987 prevede che l'istanza, rivolta al Ministro dell'Interno, sia depositata in bollo presso la Prefettura dove hanno sede tutti gli enti interessati dalla fusione, e sia presentata o dall'autorità ecclesiastica che ha disposto l'operazione di fusione, ovvero dal legale rappresentante dell'ente con assenso dell'autorità ecclesiastica<sup>62</sup>. Ancora una volta, quindi, la norma pattizia consente anche all'autorità ecclesiastica di operare una verifica del permanere dei fini dell'ente nonché il suo collegamento con l'ordinamento canonico, e garantisce che l'ente stesso continui nel perseguimento dei propri fini in vista del *bonum Ecclesiae* e non già venga modificato nella sua struttura e fini essenziali.

<sup>61</sup> Cf. A. PEREGO, *Trasformazione*, op. cit., p. 43; C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna 1996, p. 379.

<sup>62</sup> Cf. art. 12, I comma D.P.R. n. 33/1987.



Occorre dare infine voce ai casi nei quali si ha impossibilità di procedere al riconoscimento civile dell'atto di mutamento sostanziale *ex art.* 19 legge n. 222/1985, ossia in tutti quei casi nei quali la sede dell'ente risultante dalla fusione non sia più collocata in Italia<sup>63</sup> ovvero, (nel caso di Istituti religiosi), la sede principale non sia in Italia, o il legale rappresentante di circoscrizioni degli Istituti stessi (che non siano case generalizie e procure) non sia cittadino italiano<sup>64</sup>. È evidente che si tratti di casi ben residuali, che invece vengono sovente invocati per evitare il riconoscimento civile dell'atto di mutamento sostanziale dell'ente. Anche nel caso in cui una Provincia religiosa, ad esempio, abbia ampi territori di missione, ed abbia sviluppato attività all'estero o vi detenga beni, potrà sempre e comunque avere la sua sede principale in Italia, e domandare il riconoscimento *ex art.* 19 legge n. 222/1985 senza temere la revoca del riconoscimento<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Cf. art. 1 legge n. 222/1985.

<sup>64</sup> Cf. art. 7 legge n. 222/1985.

<sup>65</sup> L'interpretazione restrittiva circa la sede e le attività in Italia delle Province religiose deriva dal testo del secondo comma dell'art. 7, legge n. 222/1985. Tale testo, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* per l'Italia (cf. *Gazz. Uff.* n. 129, 3.6.1985, Suppl. ord.) ed in *Acta Apostolicae Sedis* per la S. Sede (cf. AAS 77 [1985] p. 550) coincide, nonostante siano rinvenibili diverse pubblicazioni della norma, che omettono il secondo comma. L'art. 7, legge n. 222/1985 nella versione tipica dispone: «I.- Gli istituti religiosi e le società di vita apostolica non possono essere riconosciuti se non hanno la sede principale in Italia; II.- Le province italiane di istituti religiosi e di società di vita apostolica non possono essere riconosciute se la loro attività non è limitata al territorio dello Stato o a territori di missione; III.- Le province italiane di istituti religiosi e di società di vita apostolica non possono essere riconosciuti se non sono rappresentati giuridicamente e di fatto da cittadini italiani aventi il domicilio in Italia. Questa disposizione non si applica alle case generalizie e alle procure degli istituti religiosi delle società di vita apostolica; IV.- Resta salvo quanto disposto dall'art. 9». Il secondo comma del citato art. 7 non pare invero congruente con il primo comma della medesima norma, che permette il riconoscimento delle province aventi sede *principale* in Italia (ossia con possibili attività e sedi secondarie anche all'estero). Per quanto qui interessa, per il riconoscimento *civile* dei mutamenti sostanziali *ex art.* 19, legge n. 222/1985 pare doversi escludere che una Provincia religiosa, che abbia già ottenuto il riconoscimento civile dell'ente stesso, veda rigettare il riconoscimento dei mutamenti sostanziali allorché abbia sede ed attività principali in Italia, nonché sedi o attività o beni *non principali* all'estero, anche in territori non di missione. Al fine di agire nella massima trasparenza, nondimeno, è opportuno, (come si è fatto nel caso delle fusioni OFM del 2017 e OFM Conv. del 2021) allegare alle delibere dei Consigli provinciali gli stati patrimoniali corredati di elenchi e collocazione dei beni immobili, mobili registrati e beni culturali vincolati. Come sopra evidenziato, è opportuno che tale elenco sia allegato anche all'atto di fusione, in modo che l'autorità di governo che dovrà condurre l'istruttoria possa verificare sedi, beni e collocazione degli stessi, al fine di valutare la principalità della sede, dei beni, e delle attività ai sensi del citato art. 7, legge n. 222/1985.

#### 4.1 Procedura per il riconoscimento civile

Nella sopra citata istanza al Ministro dell'Interno ex art. 12. D.P.R. n. 33/1987 dovranno essere indicati i motivi che hanno reso necessario o utile il mutamento, ed allegata copia autentica del provvedimento ecclesiastico, delle delibere degli organi collegiali ove essi vi siano (secondo quanto diffusamente sopra argomentato al § 3.2), nonché del predetto assenso dell'autorità ecclesiastica. La Prefettura è competente per l'istruttoria, ma la documentazione deve essere trasmessa alla Direzione centrale degli affari dei culti e per l'amministrazione del Fondo edifici di culto presso il Ministero dell'Interno, munita di parere del Prefetto. Il decreto di riconoscimento civile è emesso dal Ministro dell'Interno<sup>66</sup>, e comunicato d'ufficio a tutte le Prefetture interessate, che disporranno la relativa iscrizione dell'atto nel registro delle persone giuridiche<sup>67</sup>.

Vale la pena qui dare voce alla procedura adottata nelle sopra richiamate fusioni OFM e OFM Conv. in quanto in esse sono stati affrontati profili che si ritengono di possibile utilità.

Quanto ai documenti richiesti, trattandosi di Province religiose, è da evidenziare che nel caso di specie non si è dovuto procedere a depositare alcuno statuto dell'ente modificato dalla fusione, in conformità con l'esonero dall'obbligo di deposito dello statuto previsto per gli Istituti religiosi, ai sensi dell'art. 15, comma 4, D.P.R. n. 33/1987, ed alla luce della Circolare del Ministero dell'Interno n. 104 del 12.08.1997 e n. 111 del 20.04.1998 che fanno seguito al Documento conclusivo ed alla Relazione della Commissione paritetica Italia-S. Sede per l'interpretazione ed applicazione delle norme pattizie, sottoscritta il 24.02.1997 ed entrata in vigore il 30.04.1997<sup>68</sup>.

La documentazione per il riconoscimento civile delle fusioni OFM, pertanto, è stata depositata presso la Prefettura dove avevano sede tutti gli enti interessati, ed i documenti allegati sono stati: istanza indirizzata al Ministero dell'Interno, in bollo, sottoscritta dal legale rappresentante

<sup>66</sup> Cf. legge n. 13/1991 che sul punto ha modificato la competenza ad emettere il decreto di riconoscimento ex art. 19, legge n. 222/1985 che sino ad allora era riservato al Presidente della Repubblica; cf. art. 17, comma 26 della legge n. 127/1997 che ha reso facoltativo il previo parere del Consiglio di Stato, il quale potrà dunque essere richiesto di parere dal Ministero dell'Interno solo in caso di particolari dubbi.

<sup>67</sup> Cf. art. 5, comma 3, legge n. 222/1985.

<sup>68</sup> Si tratta di un Documento conclusivo sottoscritto dalla S. Sede e dal Governo italiano il 24 febbraio 1997 (in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.*, n. 241 del 15.10.1997, 257-280). Cf. R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 163-167.

di ciascun ente, contenente indicazione del provvedimento di fusione, la denominazione della nuova Provincia, la sede, l'elenco della documentazione allegata; copia autentica di: a) decreto (atto) di fusione del Moderatore supremo sottoscritto anche da tutti i legali rappresentanti degli enti interessati dalla fusione; b) delibera del Consiglio generale; c) delibera dei Consigli provinciali degli enti interessati; d) attestato di fusione e assenso al riconoscimento civile della fusione della S. Sede.

#### **4.2 Regime di specialità della normativa in tema di fusione di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti**

Alla luce delle citate Circolari del Ministero dell'Interno n. 104 del 12.08.1997 e n. 111 del 20.04.1998 e del citato Documento conclusivo e Relazione della Commissione paritetica Italia-S. Sede del 24.02.1997, per l'atto di fusione non è richiesto né l'atto pubblico, né la scrittura privata autenticata, né la dimostrazione della sufficienza patrimoniale dei mezzi, trovando prevalente applicazione, in virtù del principio di specialità in materia di enti ecclesiastici, la normativa concordataria (ribadita anche dall'art. 9 del D.P.R. n. 361/2000), e pertanto dovendosi semplicemente recepire l'atto canonico di fusione ex can. 121 emanato dall'autorità ecclesiastica competente<sup>69</sup>.

Nel caso di specie della fusione OFM del 2017, pur prendendo spunto (ma per mera utilità e non già per obbligo) da alcuni passaggi della procedura in tema di fusioni degli enti societari (ad esempio nell'approvazione delle situazioni patrimoniali, nelle relazioni depositate degli economi provinciali e nell'approvazione del progetto di fusione da parte dei Consigli provinciali e del Moderatore supremo), si è ritenuto che in materia di fusione canonica tra enti ecclesiastici civilmente riconosciuti non trovasse in alcun modo applicazione la normativa italiana inerente alla fusione degli enti societari, né alcuna formalità o procedura ivi prevista<sup>70</sup>. Ciò si è ritenuto per il principio di specialità della norma pattizia di

<sup>69</sup> Cf. conformi e plurimi pareri del Consiglio di Stato: «per tutti i tipi di ente da riconoscere ai sensi della legge 222 del 1985 è necessario, e sufficiente, un atto costitutivo valido nell'ambito del diritto canonico. La produzione di tale atto nel procedimento di riconoscimento, poi, potrà risultare superflua, quante volte della sua esistenza faccia fede l'attestato dell'autorità ecclesiastica» (CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE I, parere, n. 1400, 30 settembre 1997, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica* 4 [2000/3] pp. 1002-1006); conforme Id., parere 6 maggio 1998, n. 1727/97, in *ibid.*, pp. 1008-1009.

<sup>70</sup> Vedi i complessi adempimenti formali, sostanziali e procedurali previsti dagli artt. 2501-2505 *quater* c.c., cui oggi, in tema di trasformazioni, fusioni, scissioni di enti associativi o fondazionali del Terzo Settore, rinvia anche l'art. 42 *bis* c.c., introdotto dall'art. 98, D. lgs.

cui al riconoscimento civile delle modifiche ex art. 19 legge n. 222/1985, e per la generale ratio e dettato del sopra citato Documento conclusivo della Commissione paritetica Italia-S. Sede del 24.02.1997. In ciò si è stati confortati anche da seppur controversa risposta a quesito del Consiglio Nazionale del Notariato del 2006 che, per quanto interessava, escludeva per la fusione di enti ecclesiastici l'applicazione delle norme civili in tema di fusioni societarie<sup>71</sup>. Si ritiene che detti principi, per la loro afferenza a principi generali, nonché a documenti di derivazione pattizia caratterizzati da specialità, siano applicabili anche a seguito della introduzione dell'art. 42 bis c.c., introdotto dall'art. 98, D. lgs. n. 117/2017 che, in tema di trasformazioni, fusioni, e scissioni di enti associativi o fondazionali di diritto comune (non specificamente di enti ecclesiastici, salvo che essi siano riconosciuti anche quali Enti del Terzo Settore), rinvia alle norme riguardanti le fusioni degli enti societari. Per tale motivo, anche la fusione OFM Conv. del 2021 non ha tenuto conto, a buon diritto, delle norme in tema di fusione di enti societari. Sul punto, dottrina successiva anche alla riforma introdotta dal Codice del Terzo Settore e dall'art. 42 bis c.c. continua a convenire che non trovi applicazione per gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti la normativa inerente alla fusione di enti societari<sup>72</sup>.

#### **4.3 Profili tributari dell'atto di fusione canonico civilmente riconosciuto**

La fusione canonica ex can. 121 tra enti ecclesiastici civilmente riconosciuti costituisce operazione di riorganizzazione per congiunzione tra

n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore).

<sup>71</sup> «non è necessario redigere un progetto di fusione conforme a quanto stabilito dall'art. 2501-ter c.c. [...] né il rispetto del termine di sessanta giorni a garanzia dei creditori di cui all'art. 2503 [...] Non occorrono inoltre né la relazione al progetto di fusione di cui all'art. 2501-quinquies c.c., né la relazione degli esperti ex art. 2501 sexies c.c.» (CONSIGLIO NAZIONALE NOTARIATO, *Fusione per incorporazione di enti ecclesiastici*, quesito n. 138/2006/I di D. BOGGIALI – A. RUOTOLO). La citata risposta a quesito, invero, pur dichiarando una sorta di esenzione degli enti ecclesiastici da alcune formalità e procedure previste per la fusione societaria (nel caso si trattava di fusione di due seminari), tuttavia – erroneamente a nostro avviso – ignorava la *ratio* ed il dettato del sopra citato Documento conclusivo della Commissione paritetica Italia-S. Sede del 24.02.1997 che permette in via generale di escludere la diretta applicazione della normativa civile in tema fusione di enti societari.

<sup>72</sup> Cf. A. PEREGO, *Trasformazione*, op. cit., p. 40, e nota n. 34). È da registrare invece opinione della dottrina che valorizza passaggi del sopra citato parere a quesito con Consiglio del notariato del 2006 e segnatamente l'art. 42 bis c.c. introdotto con il D. lgs. n. 117/2017 (cf. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione di imprese sociali*, in *Rivista del notariato*, 5 [2020], p. 897).

enti causalmente omogenei (ad es. fusione tra parrocchie, tra diocesi, tra province religiose)<sup>73</sup>.

Nel caso della fusione delle Province OFM ed OFM Conv. erano soggetti alla medesima autorità enti appartenenti alla medesima struttura organizzativa religiosa in quanto tutti appartenenti al medesimo Ordine religioso, tutti egualmente persone giuridiche pubbliche canoniche ed enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, la cui finalità non lucrativa di religione o culto era presunta in quanto Istituti religiosi. Quanto detto porta ad una importante conseguenza sotto il profilo tributario: a tale fusione si applica l'art. 1, comma 737, della legge di stabilità 2014 nel seguente inciso: «Agli atti aventi ad oggetto trasferimenti gratuiti di beni di qualsiasi natura, effettuati nell'ambito di operazioni di riorganizzazione tra enti appartenenti per legge, regolamento o statuto alla medesima struttura organizzativa politica, sindacale, di categoria, religiosa, assistenziale o culturale, si applicano, se dovute, le imposte di registro, ipotecaria e catastale nella misura fissa di 200 euro ciascuna»<sup>74</sup>. La legge di stabilità del 2014 costituisce eccezione alla norma generale che prevede, per le operazioni straordinarie tra enti non commerciali, che si applichi l'imposta di registro nella misura proporzionale del 3%<sup>75</sup>, secondo quanto peraltro ribadito in controversa Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 2008<sup>76</sup> che, pertanto, in tema di fusione di enti ecclesiastici, può dirsi superata.

L'applicabilità al caso di specie della legge di stabilità 2014 è parsa indiscutibile in ragione dell'interrogazione parlamentare dell'11.12.2014, che chiariva che la citata Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 15.04.2008 fosse superata, perché «Con la circolare n. 2 del 21 febbraio 2014, è stato chiarito che il regime in argomento trova applicazione, ad esempio,

<sup>73</sup> Ove si trattasse di fusione eterogenea tra enti causalmente non omogenei, in punto di diritto occorre coordinare la disciplina della previa trasformazione con quella della successiva fusione: cf. *supra*, § 2.

<sup>74</sup> L'art. 1, comma 737, legge n. 147/2013.

<sup>75</sup> Cf. art. 9 Tariffa allegata al D.P.R. n. 131/1986.

<sup>76</sup> Cf. AGENZIA DELLE ENTRATE, *Risoluzione* 15.4.2008, n. 152/E, in [https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/306121/Risoluzione+n+152+2008\\_ris+152e+-del+15+aprile+2008.pdf/5fa4f4b2-09b0-1665-3b73-08383ae0a87c](https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/306121/Risoluzione+n+152+2008_ris+152e+-del+15+aprile+2008.pdf/5fa4f4b2-09b0-1665-3b73-08383ae0a87c) (22.10.2022). La Risoluzione precisava espressamente che le operazioni straordinarie tra due enti ecclesiastici fossero assoggettate all'imposta di registro proporzionale del 3% e non fissa in quanto l'operazione di fusione avveniva nel caso di specie tra enti per i quali l'attività commerciale era da considerare oggetto non esclusivo o principale dell'attività d'impresa. Se gli enti partecipanti alla fusione fossero stati invece, commerciali, si sarebbe applicata l'imposta di registro in misura fissa (cf. art. 4, comma 1, lett. b Tariffa, p. I, allegata al D.P.R. n. 131/1986).

per le operazioni di riorganizzazione volte all'accorpamento di strutture provinciali, facenti capo ai medesimi enti, in strutture regionali, o per l'accorpamento di unità territoriali di federazioni di categoria. A parere dell'Agenzia, la medesima agevolazione si applica anche alle operazioni di riorganizzazione attuate tramite operazioni di fusioni, sempreché le medesime siano realizzate, come prevede la norma, tra enti appartenenti – per legge, regolamento o statuto – alla medesima struttura organizzativa politica, sindacale, di categoria, religiosa, assistenziale o culturale»<sup>77</sup>.

L'Agenzia delle Entrate, in una Consulenza giuridica del 12.12.2014 espressamente dichiarava l'applicabilità, al caso della fusione tra enti appartenenti alla medesima struttura non lucrativa, della «previsione di favore recata dall'art. 1, comma 737, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 e, pertanto, se dovute, le imposte di registro, ipotecaria e catastale si applicano nella misura fissa di 200 euro ciascuna»<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> G.M. FRAGOMELI, *Chiarimenti in merito all'imposta di registro applicabile agli atti di fusione realizzati tra enti non societari*, in Camera dei Deputati, VI Commissione Finanze, 11.12.2014, in <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2014/12/11/leg.17.bol0355.data20141211.com06.pdf>, 123 (19.07.2022).

<sup>78</sup> AGENZIA DELLE ENTRATE, *Consulenza giuridica* n. 954-63/2014 del 12.12.2014, di risposta alla Confederazione generale dell'Industria Italiana, Registro ufficiale 0159523.12.12.2014-U. Ciò perché (prosegue il medesimo documento citato): «L'art. 1, comma 737, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 [legge di stabilità per il 2014]) prevede [...] un regime agevolativo, ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, ipotecaria e catastale, per gli atti di trasferimento di beni a titolo gratuito di qualsiasi natura (sia beni mobili che immobili), posti in essere nell'ambito di operazioni di riorganizzazione di enti appartenenti per legge, regolamento o statuto, alla medesima struttura organizzativa politica, sindacale, di categoria, religiosa, assistenziale e culturale. Con circolare del 21 febbraio 2014, è stato chiarito che il regime in argomento trova applicazione, ad esempio, per le operazioni di riorganizzazione volte all'accorpamento di strutture provinciali, facenti capo ai medesimi enti, in strutture regionali, o per l'accorpamento di unità territoriali di federazioni di categoria. Come rilevato dalla Confederazione istante, dunque, ai fini dell'applicabilità della riportata norma di favore è necessario che il trasferimento dei beni - avvenga a titolo gratuito; - venga effettuato nell'ambito di una operazione di riorganizzazione; - si realizzi tra enti che appartengono per legge, regolamento o statuto alla medesima struttura organizzativa politica, sindacale, di categoria, religiosa, assistenziale o culturale. A parere della scrivente tali condizioni previste dalla citata norma di favore sussistono anche con riferimento ai trasferimenti di beni effettuati nell'ambito delle operazioni di riorganizzazione, poste in essere anche tramite fusione, oggetto della presente istanza di consulenza giuridica» (AGENZIA DELLE ENTRATE, *Consulenza giuridica* n. 954-63/2014 op. cit., non pubblicata). Quanto sopra veniva immediatamente valorizzato dai primi commentatori: cf. G.M. COLOMBO, *L'imposta di registro tra enti non profit*, in *Cooperative ed enti non profit* 3 (2015), p. 13.

Sempre l'Agenzia delle Entrate nel 2019<sup>79</sup> e nel 2022<sup>80</sup> – dunque in data successiva anche alla riforma del Terzo Settore – ha pienamente ribadito quanto sopra in risposte ad interpello, ed ha ravvisato la medesima struttura organizzativa in enti riconosciuti senza fini di lucro che andavano a fondersi, per il legame culturale, di coordinamento organizzativo tra gli organi amministrativi, e per il forte legame istituzionale ed operativo tra gli enti fusi. In particolare, la citata risposta ad interpello n. 555 del 9.11.2022 precisa tre condizioni per l'applicabilità della norma di favore inerente all'imposta di registro in misura fissa, ossia che: a) il trasferimento di beni nell'ambito dell'operazione di fusione avvenga a titolo gratuito; b) che venga effettuato nell'ambito di una operazione di riorganizzazione, e che c) si realizzi tra enti che appartengano per legge, regolamento o statuto alla medesima struttura organizzativa religiosa<sup>81</sup>.

I caratteri di cui sopra risaltano per gli enti ecclesiastici, non lucrativi di diritto, ed i quali non debbono ricevere, per la propria connotazione confessionale, un trattamento deteriore rispetto agli altri enti non lucrativi<sup>82</sup>. È peraltro da segnalare che, analogamente, il Codice del Terzo Settore abbia previsto che per le operazioni di fusione, scissione e trasformazione di enti del Terzo Settore (tuttavia enti di diritto comune) si applichi l'imposta di registro in misura fissa<sup>83</sup>.

Pare evidente che la congiunzione canonica attuata mediante riorganizzazione per fusione costituisca un'unificazione mediante l'integrazione reciproca degli enti partecipanti all'operazione, appartenenti ad una medesima struttura organizzativa religiosa, risolvendosi in una vicenda

<sup>79</sup> «si osserva che all'atto di riorganizzazione che si intende partecipano due enti che, in forza delle disposizioni contenute nei rispettivi statuti, appartengono alla medesima struttura organizzativa di tipo culturale [...] BETA, infatti, condivide le medesime finalità di ALFA e agisce in pieno coordinamento con i suoi organi amministrativi e la sua struttura organizzativa. In particolare, tra i due enti vige un forte legame istituzionale e operativo, che si manifesta, anche attraverso l'adozione di un modello organizzativo che collega i rispettivi organi deliberatori, di governo, di gestione e di controllo [...]. Gli statuti di ALFA e BETA sono strutturati in modo tale da creare un forte legame istituzionale tra i due enti in relazione allo svolgimento delle attività e alla nomina degli organi sociali» (AGENZIA DELLE ENTRATE, *Risposta ad interpello* 23.8.2019, n. 342, in [https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/1756196/Risposta+n.+342\\_2019.pdf/95942b7b-b882-c8e5-4929-f4a33dbb6f0f](https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/1756196/Risposta+n.+342_2019.pdf/95942b7b-b882-c8e5-4929-f4a33dbb6f0f) (22.10.2022).

<sup>80</sup> Cf. in tema di fusioni di circoscrizioni Salesiane Id., *Risposta ad interpello* 9.11.2022, n. 555, in <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/novembre-2022-intepelli> (21.11.2022).

<sup>81</sup> Cf. *ibid.*, p. 9.

<sup>82</sup> Cf. art. 7, comma 1, legge n. 121/1985.

<sup>83</sup> Cf. art. 82, comma 3, D.lgs. n. 117/2017.

evolutivo-modificativa-riorganizzativa degli stessi soggetti giuridici, che conservano la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo.

Nella fusione OFM del 2017 ed OFM Conv. del 2021 gli enti coinvolti dalla fusione hanno scontato l'imposta di registro pari ad € 200,00 ciascuno, sebbene forse più corretto sarebbe stato ritenere che l'imposta fosse unica, in capo all'incorporante, trattandosi di unica fusione tra enti.

Vale la pena qui evidenziare, della citata risposta ad interpello del 9.11.2022, riguardante operazione di fusione per incorporazione tra enti ecclesiastici civilmente riconosciuti (circoscrizioni della Società Salesiana), che l'operazione di fusione avviene in regime di neutralità fiscale solo se i beni non rientranti in regime d'impresa (beni relativi alla c.d. attività istituzionale) degli enti partecipanti alla fusione permangono, nel nuovo soggetto risultante dall'operazione, nel contesto dell'attività non costituente impresa, in quanto non si realizzano plusvalenze ed emersione di fattispecie realizzative ai sensi dell'art. 67 del TUIR. L'operazione di fusione sempre avverrà in regime di neutralità fiscale se i beni rientranti nel regime d'impresa (per le attività "diverse" da quelle istituzionali di religione o culto) ugualmente confluiranno nell'attività d'impresa dell'ente incorporante ai sensi degli articoli 172 e 174 del TUIR.

Viceversa, ove i beni gestiti in regime d'impresa confluissero nell'attività istituzionale (o comunque non di impresa) dell'ente incorporante, si considererebbero realizzati al valore normale generando plusvalenze imponibili in applicazione analogica dell'art. 171, comma 1 TUIR in quanto trasformazione eterogenea con destinazione di beni a finalità estranee all'esercizio d'impresa. Analogamente avverrebbe ove i beni non relativi all'attività d'impresa confluissero nell'attività d'impresa del nuovo ente risultante dalla fusione, con applicazione analogica dell'art. 171 comma 2 del TUIR in materia di trasformazione da ente non commerciale in società commerciale, ove si genera in capo all'ente incorporato una plusvalenza imponibile.

Per quanto riguarda le imposte indirette, invece, il passaggio di beni nell'ambito della fusione non è comunque soggetto ad IVA in quanto l'operazione di fusione non costituisce cessione di beni<sup>84</sup>.

Alla luce di quanto sopra esposto è dunque da concludere che nell'operazione di fusione sia consigliabile che l'atto canonico di fusione, che dovrà poi essere civilmente riconosciuto ai sensi dell'art. 19 della legge n. 222/85, non sia caricato di altre operazioni e precisi che i beni trasferiti a seguito della fusione permangano nella loro destinazione originariamente-

<sup>84</sup> Cf. art. 2, comma 3, lett. f) D.P.R. 26.10.1972, n. 633.



te attribuita (se nell'ambito dell'attività istituzionale ovvero in quella di impresa) dagli enti partecipanti all'operazione di riorganizzazione.

#### 4.4 Beni culturali di proprietà degli enti fusi

Nell'operazione di fusione immutata resta (perlomeno nella stragrande maggioranza dei casi)<sup>85</sup> la destinazione, detenzione e collocazione dei beni culturali interessati, che sono beni ecclesiastici, dei quali è supremo amministratore ed economo il Romano Pontefice<sup>86</sup>. I beni culturali ecclesiastici (insigni per arte, storia, o preziosità), per il principio di specialità sopra richiamato, sono soggetti alla normativa concordataria e canonica in materia di validità degli atti che li riguardano e risultano sottoposti ad ulteriori garanzie, tutele e rispetto della finalizzazione del bene<sup>87</sup>.

La permanenza della detenzione, finalizzazione, destinazione d'uso e collocazione dei beni ecclesiastici in caso di fusione è evidente perché, sebbene l'ente incorporato o l'ente fuso per congiunzione si estingua, nondimeno esso prosegue in tutti i suoi rapporti giuridici nell'ente risultante dalla fusione. Ciò delinea una differenza sostanziale tra fenomeni estintivi o di alienazione dei beni *tout court*, e fenomeni di riorganizzazione all'interno di una medesima struttura organizzativa, nella quale i beni culturali permangono nella loro collocazione e destinazione d'uso. Ciò risulterebbe ancor più se si assumesse il parere dottrinale che, nelle operazioni di fusione, non si avrebbe estinzione degli enti fusi, ma una vicenda meramente evolutivo-modificativa-riorganizzativa degli stessi soggetti giuridici, che conservano la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo<sup>88</sup>.

È invero da evidenziare che, nella fusione tra Province religiose di un medesimo Istituto religioso, tale riorganizzazione all'interno della medesima struttura religiosa possa essere maggiormente evidente rispetto ad altri casi di fusione tra enti ecclesiastici. Al fine di fugare ogni dubbio, in occasione della fusione OFM del 2017 è stato formulato apposito quesito alla Direzione Generale Belle Arti e Paesaggio del Ministero dei Beni e

<sup>85</sup> È comunque opportuno che, perlomeno in prossimità della fusione, resti immutata la destinazione, detenzione e collocazione dei beni culturali.

<sup>86</sup> Cf. can. 1273.

<sup>87</sup> Cf. art. 7, 5°, legge n. 121/85 e art. 18 legge n. 222/85 in combinato disposto con il can. 1292 § 2 ed il can. 638 § 3, dove sono tutelati come beni mobili «insigni per arte, storia, o preziosità». Cf. anche CONGREGAZIONE PER IL CLERO, *Parere in materia di beni culturali ecclesiastici* (can. 1292, § 2), 23.7.2007, prot. n. 2007.1479.

<sup>88</sup> Cf. *supra*, nota n. 9.

delle Attività Culturali e del Turismo, domandando se, nel caso della fusione degli enti interessati, fosse applicabile alla fattispecie la procedura autorizzativa di cui agli artt. 55 e 56 del D. lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali) in materia di alienazione, ovvero la procedura di cui all'art. 59, D. Lgs. n. 42/2004 in materia di trasferimenti, o se, infine, sussistesse il diritto di prelazione di cui all'art. 60 del D. lgs. n. 42/04.

È da segnalare che anche il Consiglio Nazionale del Notariato abbia evidenziato che sia dubbio che l'operazione di fusione possa integrare un trasferimento di proprietà dei beni interessati e dunque essa debba essere oggetto di denuncia al Ministero dei beni culturali<sup>89</sup>.

Con nota del 29.11.2016, la Direzione ministeriale interpellata nell'ambito della più volte citata fusione OFM, escludeva l'applicabilità alla fattispecie degli artt. 55, 56 e 60 del D. lgs. n. 42/04, ritenendo sussistente «l'onere di comunicazione dell'atto di trasformazione al Ministero, per il tramite della competente Soprintendenza»<sup>90</sup>, con precisazione che tale onere potesse essere soddisfatto dall'ente risultante dalla fusione.

Pertanto, nel caso della fusione canonica e civile degli enti ecclesiastici, occorre comunicare al Ministero dei beni culturali che tutti i beni mobili culturali (che non hanno subito né subiranno alcuno spostamento per effetto della fusione per incorporazione) ed immobili culturali, già

<sup>89</sup> «esistono dubbi sulla possibilità di inquadrare le operazioni di fusione o scissione in cui intervengano società proprietarie di beni culturali, tra gli atti traslativi della proprietà che in quanto tali sono soggetti a denuncia» (CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Ulteriori riflessioni sul codice dei beni culturali*, Studio n. 514/2004, 14, in <https://notariato.it/wp-content/uploads/5140.pdf> (22.10.2022).

<sup>90</sup> «Si riscontra la nota prot. 15861 del 4 novembre 2016 con la quale codesta Direzione chiede un parere circa l'applicabilità degli articoli 56, 59 e 60 del codice di settore all'atto di fusione tra le varie Province dei Frati minori che dovrà essere prossimamente stipulato [...]. Appare pertanto condivisibile quanto sostenuto dalla Provincia minoritica di Cristo Re dei Frati minori dell'Emilia-Romagna in merito alla non riconducibilità della fusione in esame, per quanto disciplinata dal diritto canonico, ai negozi con effetti traslativi di cui agli articoli 56 e 60 del codice di settore. Tale trasformazione dando vita a un nuovo assetto organizzativo in conseguenza di una vicenda evolutivo-modificativa-riorganizzativa degli stessi soggetti giuridici non richiede pertanto la previa autorizzazione ministeriale né comporta l'eventuale prelazione da parte dello Stato. Si ritiene infine che l'onere di comunicazione dell'atto di trasformazione al Ministero, per il tramite della competente Soprintendenza, trattandosi comunque di beni sottoposti a regime interinale di tutela nelle more del procedimento di verifica dell'interesse culturale, ai sensi dell'articolo 12 comma 1, del codice di settore, possa essere soddisfatto dal nuovo soggetto risultante intestatario dei beni a seguito della fusione» (MINISTERO DEI BENI E DELLE ATTIVITÀ CULTURALI E DEL TURISMO, DIREZIONE GENERALI BELLE ARTI E PAESAGGIO, *Nota n. 33744 del 29.11.2016*, non pubblicato)

sottoposti a vincolo (o nelle more del relativo procedimento), già di proprietà degli enti interessati dalla fusione, sono da una determinata data di proprietà dell'ente risultante dalla fusione, con allegato un elenco di tali beni e con specificazione, per ognuno, dell'ente proprietario fuso o incorporato, del luogo in cui si trovano e degli estremi catastali; il tutto in conformità all'art. 59 D.lgs. n. 42/2004<sup>91</sup>. La denuncia va depositata entro 30 giorni dall'atto di fusione presso il Sovrintendente del luogo dove si trovano i beni.

<sup>91</sup> «Gli atti che trasferiscono in tutto in parte, a qualsiasi titolo, la proprietà o, limitatamente ai beni mobili, la detenzione di beni culturali, sono denunciati al Ministero».

# **Il contrasto alla violenza di genere e domestica: aspetti *de iure condito* e prospettive *de iure condendo*\***

*Elena Cadamuro*

*Assegnista di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Padova*

SOMMARIO: 1. Dalle indicazioni sovranazionali alle linee di intervento nazionale. – 2. La giustizia riparativa per il contrasto alla violenza di genere e domestica: una via percorribile? – 3. Il “giusto tempo” della giustizia riparativa: prima o dopo la condanna per reati espressione di violenza di genere e domestica? Spunti di riflessione anche alla luce della Riforma Cartabia. – 4. Considerazioni conclusive.

## **1. Dalle indicazioni sovranazionali alle linee di intervento nazionale**

La recrudescenza dei fenomeni delittuosi riconducibili alla violenza di genere e domestica, ancor più accentuata in tempo di emergenza sanitaria in cui le misure di distanziamento sociale e di convivenza forzata, attuate dai Governi per tutelare la salute dei cittadini, hanno inciso sul contesto relazionale-familiare<sup>1</sup>, rende il profilo della tutela delle vittime di detti reati centrale nelle scelte di politica legislativa.

\* Il testo riproduce, con alcune modifiche ed integrazioni, il contributo pubblicato nella rivista *Mediaries*, n. 2/2022 ([www.mediariesrivista.it/](http://www.mediariesrivista.it/)). Si ringrazia l'Editore per averne autorizzato la pubblicazione in questa raccolta.

<sup>1</sup> Cfr. i dati riportati da E. GIOVANNINI, A. GIORGETTI, S. POLETTI, *La violenza domestica in epoca di pandemia Covid-19: un'analisi nazionale e internazionale*, in «Rivista italiana di medicina legale», n. 2/2020, p. 905 ss.

A livello nazionale, gli interventi legislativi volti al rafforzamento della tutela delle vittime di violenza, in particolare in ambito familiare, sono stati perlopiù condizionati da una serie di atti che si sono susseguiti a livello internazionale ed europeo in tema di prevenzione e lotta contro la violenza di genere e domestica nei confronti di vittime c.d. deboli o vulnerabili, fra queste le donne.

L'interesse per la tutela della vittima costituisce da epoca risalente tratto caratteristico dell'attività degli organismi sovranazionali come l'ONU, il Consiglio d'Europa nonché l'Unione Europea<sup>2</sup>. In particolare, il legislatore europeo, rispondendo alla necessità di predisporre uno strumento complessivo di tutela delle vittime già emersa nel Programma di Stoccolma del 2010<sup>3</sup>, ha adottato la Direttiva 2012/29/UE recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, con la quale si è proposta una definizione di vittima innovativa rispetto a quella contenuta nella decisione quadro 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, comprendendo oltre che la persona fisica che abbia subito un pregiudizio fisico, mentale, emotivo o economico a causa di reato, anche i familiari della persona la cui morte sia stata causata direttamente da un reato e che abbiano conseguentemente subito pregiudizio (art. 1, comma 1, lett. a, alinea i e ii)<sup>4</sup>.

Si tratta di una definizione legislativa che, fino alla recente c.d. riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150)<sup>5</sup>, non trovava una espressa ripro-

<sup>2</sup> Per approfondimenti v. E. CONFORTI, *L'evoluzione normativa dei diritti di partecipazione della vittima del reato*, in E. Conforti, A. Mari, M. Mosetti, *Persona offesa e processo penale*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 4 ss.; v. anche M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», n. 3-4/2012, p. 86 ss.

<sup>3</sup> Si tratta del programma europeo con cui venivano delineate le priorità dell'Unione europea per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014 (reperibile in <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/the-stockholm-programme.html>).

<sup>4</sup> S. ALLEGRAZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Luparia, Cedam, Padova, 2015, p. 3 s.

<sup>5</sup> Art. 42, comma 1, lett. b): «vittima del reato. Persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona». Si tenga peraltro presente che dalla Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022 («Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», reperibile in «Sist. pen.», 20.10.2022 - v. in particolare p. 531 s. della Relazione -) emerge come la nozione di «vittima del reato» introdotta dal provvedimento legislativo in esame, per vincolo di delega, sia applicabile solo nell'ambito dei programmi di giustizia riparativa in materia penale. Il legislatore delegato

duzione nel nostro ordinamento, essendo un termine proprio del lessico criminologico e sociologico, inusuale nel settore penalistico, dove invece tradizionalmente si fa utilizzo del termine “persona offesa dal reato”<sup>6</sup>.

Gli interventi legislativi che si sono succeduti nel piano interno a seguito dell’adozione della Direttiva sulle vittime, fino all’ultimo sopra citato, non hanno fatto altro che perseguire gli obiettivi di tutela già individuati e indicati dalle fonti sovranazionali, anche con riferimento a quella particolare categoria di vittime, c.d. vulnerabili, a cui la stessa Direttiva, all’art. 22, riconosce particolari prerogative, poiché trattasi di vittime portatrici di esigenze peculiari di protezione derivanti dal tipo di reato subito e dalle caratteristiche personali<sup>7</sup>. Tra queste, accanto alle vittime di terrorismo, di tratta di esseri umani, di reati sessuali, della criminalità organizzata, vi rientrano le vittime di violenza di “genere” o perpetrata in presenza di “relazioni strette tra reo e vittima”.

Qui entra in gioco un’altra questione definitoria, poiché si tratta di esplicitare i rapporti tra il fenomeno della violenza di genere e quello della violenza contro le donne, in particolare in ambito domestico.

La Direttiva 2012/29/UE, alle premesse nn. 17 e 18, fornisce una nozione di violenza di genere intendendo per tale «la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere». Si deve però riconoscere alla Convenzione di Istanbul sulla prevenzione della violenza contro le donne e la lotta contro la violenza domestica, adottata dal Consiglio d’Europa l’11 maggio 2011,

ha dunque provveduto, di conseguenza, a coordinare la disciplina organica della giustizia riparativa con il resto dell’ordinamento vigente, intervenendo di volta in volta, in base ad esigenze di tassatività e precisione, con il richiamo alla figura autonoma della “vittima del reato” oppure alla “persona offesa” in senso stretto (sul punto si vedano, ad esempio, le modifiche apportate al codice di procedura penale in tema di avvisi e informazioni). Si tratta di una limitazione che desta qualche perplessità, a maggior ragione se si considera che la definizione riproduce quella riportata nella direttiva 2012/29/UE, dove non se ne circoscrive la valenza nell’esclusivo ambito della giustizia riparativa.

<sup>6</sup> Nello specifico è stato l’art. 4 della l. n. 172/2012 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno) a far entrare per la prima volta il termine “vittima”, seppur con riferimento al soggetto minorenni, nel codice penale (art. 609-*decies* c.p.).

<sup>7</sup> Sulle protezioni previste nel nostro ordinamento, sotto il profilo processuale, per la persona offesa maggiorenne in condizioni di vulnerabilità v. L. ALGERI, *Il microsistema della testimonianza della vittima “vulnerabile”: aspetti giuridici e tecniche di intervista*, in *Contrasto a violenza e discriminazione di genere*, a cura di P. Felicioni, A. Sanna, Giuffrè, Milano, 2019, p. 172 ss.

il ruolo di primo strumento in ambito europeo giuridicamente vincolante per le attività di contrasto a tale forma di violenza. In particolare, la Convenzione di Istanbul specifica, a livello definitorio, il concetto di violenza, soffermandosi su specifiche categorie: si parla di “violenza domestica” per indicare qualsiasi comportamento all’interno delle relazioni parentali che provochi danno fisico, psicologico o sessuale ai soggetti della relazione, in genere donne e minori. In tale contesto, la c.d. violenza domestica contro le donne, cioè la violenza contro le donne che si manifesta nell’ambito di rapporti parentali, si presenta per lo più come tipologia speciale rispetto a quella generale di c.d. violenza di genere, poiché all’elemento generale della violenza dettata da motivi legati al genere, in particolare femminile, della vittima, si aggiunge quello peculiare della violenza rivolta in maniera specifica alla donna legata all’autore della violenza da un rapporto familiare, di coniugio o di parentela ascendente o discendente ovvero da un rapporto di affinità<sup>8</sup>.

Proprio la Convenzione di Istanbul può indicarsi come “spartiacque” negli interventi repressivi alla violenza contro le donne, con riferimento al nostro sistema nazionale. Basti pensare all’impianto originario del Codice Rocco che, lungi dall’offrire una tutela adeguata alla donna, originariamente, la metteva su un piano di inferiorità rispetto all’uomo<sup>9</sup>. Nel corso del tempo si è tuttavia cercato di adeguare il codice penale con interventi legislativi che tenessero conto delle sentenze della Corte costituzionale, dei cambiamenti e delle rivendicazioni sociali e infine che adeguassero il codice agli obblighi internazionali come appunto l’adesione alla Convenzione di Istanbul contro la violenza sulle donne e la violenza domestica.

L’Italia, tra i primi dieci Stati a ratificare la Convenzione, prima ancora della sua entrata in vigore (1 agosto 2014), ha intrapreso con tempestività il cammino verso la sua attuazione, con alcuni provvedimenti significativi quali la c.d. legge sul femminicidio nel 2013 e quella denominata “Codice Rosso” nel 2019<sup>10</sup>. Tuttavia, si tratta di un percorso segnato da un certo tasso di ambiguità tra istanze emergenziali e impianto programmatico. Basti ricordare che nel 2013, oramai un decennio fa, il legislatore

<sup>8</sup> Sia consentito, sul punto, il rinvio a E. CADAMURO, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di E. Palermo Fabris, A. Presutti, S. Riondato, Giuffrè, Milano, 2019 («Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018» diretto da P. Zatti, III), p. 33 ss., e dottrina *ivi* citata.

<sup>9</sup> F. BASILE, *Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?*, in «Criminalia», 2018, p. 463 ss.

<sup>10</sup> Si tratta della l. 15 ottobre 2013, n. 119 e della l. 19 luglio 2019, n. 69.

ha adottato la decretazione d'urgenza per intervenire rispetto a tale fenomeno<sup>11</sup> e anche gli ulteriori provvedimenti in materia che si sono susseguiti, passando appunto per il c.d. "Codice Rosso" fino agli ultimi disegni di legge di iniziativa governativa<sup>12</sup>, hanno posto le loro premesse sulla necessità di fornire risposte preminentemente repressivo-sanzionatorie ad un fenomeno che continua ad essere trattato come "emergenza sociale": si pone cioè l'accento sul carattere contingente dello stesso, a causa anche dell'impatto mediatico di alcuni seppur gravi e riprovevoli casi di cronaca<sup>13</sup>, senza tener conto che si è di fronte ad un fenomeno trasversale

<sup>11</sup> D.l. 14 agosto 2013 n. 93, poi convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013 n. 119, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province". Il ricorso alla decretazione d'urgenza si giustificava nel provvedimento alla luce del «susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e [del] conseguente allarme sociale che ne è derivato». L'*escalation* criminale è quindi da tempo diffusamente avvertita, ma solo di recente si dispone di dati ufficiali diffusi – pur condizionati da un "numero oscuro" ancora significativo vista la difficoltà della vittima a denunciare le violenze subite –, grazie anche al lavoro di indagine condotto dalla "Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza". Si tratta di un organismo parlamentare istituito con delibera del Senato il 16 ottobre 2018 (avvio dei lavori il 7 febbraio 2019), con il compito di monitorare la concreta attuazione della Convenzione di Istanbul e di ogni altro accordo sovranazionale e internazionale in materia, nonché della legislazione nazionale ispirata agli stessi principi (i lavori della Commissione sono reperibili in <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/CommissioniStoriche/0-00141.htm>). Proprio a fronte della mancanza di un sistema regolamentato di rilevazione di dati rispetto a tale fenomeno di tipo periodico, omogeneo e scientificamente accurato, su impulso della Commissione, si è giunti di recente all'approvazione della l. 53/2022, recante "Disposizioni in materia di statistiche in tema di violenza di genere", con l'obiettivo espresso di «garantire un flusso informativo adeguato per cadenza e contenuti sulla violenza di genere contro le donne al fine di progettare adeguate politiche di prevenzione e contrasto e di assicurare un effettivo monitoraggio del fenomeno» (art. 1). Rilevante, a fini statistici, risulta altresì il lavoro di monitoraggio e analisi dell'andamento dei reati riconducibili alla violenza di genere effettuato dal "Dipartimento della Pubblica sicurezza - Direzione centrale della Polizia criminale - Servizio analisi criminale", i cui report sono consultabili in <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/dati-e-statistiche/omicidi-volontari-e-violenza-generale>. Per un'analisi dei dati ufficiali sul fenomeno in esame v. F. TRAPPELLA, *A dieci anni dalla Convenzione di Istanbul e a due anni dal Codice Rosso: moniti sovranazionali, vulnerabilità, garanzie difensive*, in «Cassazione penale», n.11/2021, p. 3814 ss.

<sup>12</sup> V. in particolare d.d.l. C. 1294 recante "Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica", approvato alla Camera il 26 ottobre 2023 e ora all'esame in Senato, reperibile in <https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=1294-A&sede=&tipo=>.

<sup>13</sup> Ci si riferisce, in generale, ai vari casi di femminicidio. In particolare, con riferimento al c.d. Codice Rosso, la proposta di legge era infatti stata presentata dal Governo dopo diversi casi di cronaca che avevano avuto come protagoniste donne, il cui viso era stato



e radicato nella società<sup>14</sup>. Un siffatto approccio si traduce in un utilizzo simbolico ed emergenziale dello strumento penalistico in un contesto che, al contrario, per le peculiarità che contraddistinguono le condotte poste in essere, richiederebbe interventi trasversali, con un impiego di strumenti propri di diverse discipline, così da incidere sulle cause primigenie del fenomeno<sup>15</sup>.

La necessità di procedere tramite un approccio sistematico/integrato al problema rientra d'altro canto tra gli obiettivi che la stessa Convenzione pone agli Stati per l'eliminazione della violenza contro le donne e la violenza domestica, da perseguire attraverso una collaborazione efficace tra le autorità incaricate dell'applicazione della legge, obiettivo raggiungibile anche tramite il coordinamento nella raccolta dei dati sul fenomeno e la conseguente diffusione dei risultati acquisiti (articoli 7-11).

Invero, con l'intervento del 2013, in controtendenza addirittura con le stesse premesse del provvedimento d'urgenza - dove appunto si sottolineava la necessità di intervenire per inasprire il trattamento punitivo a fronte del susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne - il legislatore aveva anche dimostrato non solo una certa attenzione al versante preventivo, con una serie di misure volte a garantire protezione alle donne sin dal primo contatto con l'Autorità<sup>16</sup>, ma anche un interesse

deturpato per pura vendetta, con fuoco o acido, da *ex partner* il cui intento era la distruzione sociale, fisica nonché psicologica della propria vittima. Criticamente, rispetto all'introduzione nel codice penale dell'art. 583-*quinquies* (Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso) ad opera della l. n. 69/2019, v. A. MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, in «Archivio penale web», n. 3/2020.

<sup>14</sup> A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», n. 1/2015, p. 438 ss.

<sup>15</sup> Criticamente v. E. LO MONTE, *Il "nuovo" art. 583-quinquies c.p. ("deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso"): l'ennesimo esempio di simbolismo repressivo*, in «Legislazione penale», 22 novembre 2019, p. 22, il quale evidenzia come «l'acritica adesione alle sollecitazioni provenienti dalla collettività che auspica politiche repressive sempre più dure - spesso supportate dall'interessato circuito massmediale non solo per ragioni di *share* - rischia di attivare soluzioni carenti di razionalità politico-criminale»; v. altresì M. BERTOLINO, *La violenza di genere e su minori tra vittimologia e vittimismo: notazioni brevi*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», n.1/2021, p. 65 ss. Si tratta dunque di un approccio criticabile, che tuttavia il legislatore dimostra sempre più spesso di adottare per far fronte a fenomeni complessi, da ultimo v., ad esempio, il cd. decreto Caivano (d.l. 15 settembre 2023, n. 123), frutto di un intervento governativo comportante un significativo irrigidimento degli strumenti di natura penalistica per contrastare la devianza minorile.

<sup>16</sup> Si pensi, ad esempio, all'ampliamento dei reati per i quali è possibile ricorrere alla misura dell'ammonimento del Questore, introdotta per i casi di *stalking* dal d.l. 23 febbraio

per interventi di analisi e monitoraggio del fenomeno. Ne è un esempio il “Piano d’azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere” (2015-2017), diventato poi “Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne” nel triennio 2017-2020 e riconfermato anche per l’attuale triennio 2021-2023<sup>17</sup>, predisposto per perseguire obiettivi di informazione, formazione e sensibilizzazione, di potenziamento delle forme di assistenza e sostegno alle donne vittime di violenza (centri antiviolenza e case rifugio) nonché di promozione delle iniziative di recupero e assistenza dei soggetti responsabili.

Si tratta di interventi extrapenalistici necessari per agire preventivamente sul fenomeno e per supportare le donne vittime di violenza nei percorsi di fuoriuscita e di autonomia. Tuttavia, l’azione strategica e operativa del Piano richiede del tempo per giungere all’auspicato obiettivo di attivare quel circolo virtuoso che, attraverso una politica di supporto alle donne vittime di violenza e di prevenzione del fenomeno, sia volto alla creazione di «un’Europa libera dalla violenza contro le donne e dalla violenza domestica»<sup>18</sup>.

La conferma che si tratti di un percorso lungo ed altresì impervio si ritrova, almeno per quanto attiene alla realtà italiana, nei dati che emergono dal lavoro di indagine svolto dalla “Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere”<sup>19</sup>

2009, n. 11, convertito nella l. 23 aprile 2009, n. 38 e poi estesa dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito nella l. 15 ottobre 2013, n. 119, per atti di violenza domestica (per un commento all’applicazione di tale misura per i reati espressione di violenza di genere, v. A. E. DINI, *Ammonimento del questore e violenza di genere: un anello debole nella catena protettiva?*, in «Sistema penale», 2022, p. 75 ss.), come anche all’ampliamento della misura cautelare dell’allontanamento dalla casa coniugale o ancora all’introduzione della misura pre-cautelare dell’allontanamento urgente dalla casa familiare (art. 384-bis c.p.p.), tutte misure introdotte dalla riforma del 2013. Volendo, per approfondimenti su tali misure, v. E. CADAMURO, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, cit., p. 40 ss.

<sup>17</sup> Dall’attuale Piano strategico emerge proprio l’obiettivo di «continuare a dare impulso all’azione di Governo, nella consapevolezza che occorre fornire risposte a bisogni molto particolareggiati, che attengono a molteplici aspetti connessi alle condizioni di violenza [...]» e si evidenzia altresì che, in tale nuovo contesto di intervento, «gli elementi di continuità e di contatto con il Piano 2017-2020 sono molteplici e diffusi, poiché si ritiene che il compito di una strategia complessa e multilivello come quella del contrasto della violenza di genere debba porsi un orizzonte temporale di medio lungo periodo» (il documento è reperibile in <https://www.pariopportunita.gov.it/media/1952/piano-nazionale-violenza-2021-2023.pdf>).

<sup>18</sup> Questo è l’obiettivo enunciato nel Preambolo della Convenzione di Istanbul del 2011.

<sup>19</sup> V. *sub* nota 11.

e confluito, da ultimo, nella Relazione finale della Commissione stessa<sup>20</sup>. Dopo un resoconto dell'attività svolta e una ricostruzione di quelli che sono gli strumenti predisposti dal legislatore italiano per far fronte al fenomeno in esame, la Commissione ha posto in luce come le maggiori criticità continuino a riscontrarsi non tanto nelle misure predisposte, nei vari ambiti, per contrastare il fenomeno in esame, quanto piuttosto nella fase applicativa<sup>21</sup>: ciò, principalmente, a causa di una inadeguata formazione degli operatori, non sempre in grado di riconoscere la violenza nella sua cornice globale, ridimensionandola spesso a mero conflitto<sup>22</sup> senza la consapevolezza delle conseguenze devastanti che possono derivarne<sup>23</sup>.

La violenza contro le donne è dunque un fenomeno strutturale ed il contrasto penalistico attuato primariamente attraverso un frenetico in-

<sup>20</sup> La Relazione finale è stata approvata dalla Commissione nella seduta del 6 settembre 2022 e comunicata alla Presidenza del Senato l'8 novembre 2022 (reperibile in <https://www.senato.it/Leg18/20301>).

<sup>21</sup> Non mancano tuttavia rilievi critici della Commissione anche rispetto alle modalità di intervento del legislatore, rilevando come «vent'anni di legislazione in materia di contrasto alla violenza di genere, all'insegna di una logica "emergenziale" ci consegnano un apparato normativo stratificato, frammentato, plurisettoriale. Spesso scarsamente conosciuto, tanto dalle donne, quanto dagli operatori chiamati alla sua applicazione. [...] È pur vero che tale approccio costituisce, ormai da tempo, un tratto caratteristico della nostra attuale produzione legislativa. Uno dei principali nodi critici del sistema di tutela dei diritti individuali: una tecnica normativa che finisce per determinare – in tutti i campi – quell'endemico stato di incertezza, destinato ad alimentare la conflittualità tra gruppi sociali e tra individui, ed in definitiva a generare sfiducia verso le istituzioni» (p. 225).

<sup>22</sup> Emblematici sono i dati emersi dal "Rapporto sulla violenza di genere e domestica nella realtà giudiziaria", comunicato alla Presidenza del Senato il 23 giugno 2021 dalla Commissione (sempre reperibile in <https://www.senato.it/Leg18/20301>), da cui si evince una diffusa scarsa consapevolezza tra gli operatori del settore (tra cui magistrati, avvocati e consulenti tecnici) sui temi della violenza di genere e domestica. Il problema non è di poco conto se si considerano i risvolti negativi che possono aversi anche con riferimento alla c.d. vittimizzazione secondaria, per approfondimenti su tale concetto v. P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il divieto di vittimizzazione secondaria*, in *Donne e violenza. Stereotipi culturale e prassi giudiziarie*, a cura di C. Pecorella, Giappichelli, Torino, 2021, p. 38 ss. Si consideri al riguardo la condanna dell'Italia nella vicenda *Talpis* (Corte EDU, sez. I, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, pubblicata, con nota di R. CASIRAGHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in «Diritto penale contemporaneo», fasc. n. 3/2017, p. 378 ss.). Per ulteriore casistica v. P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Pregiudizi giudiziari nei reati di violenza di genere: un caso tipico*, in «Sistema penale», 11 gennaio 2022.

<sup>23</sup> Si tratta di conseguenze ben descritte in M. KEENAN, E. ZINSSTAG, C. O'NOLAN, *Sexual violence and restorative practices in Belgium, Ireland and Norway: a thematic analysis of country variations*, in «Restorative justice: an international journal», n. 1/2016, IV, p. 89 ss.

nalzamento delle cornici sanzionatorie<sup>24</sup>, come anche attraverso l'inserimento di nuove fattispecie di reato, continuerà a dimostrare la propria inadeguatezza in un sistema che, complessivamente inteso – a partire dalla famiglia e dalla comunità di appartenenza –, persevera nel tollerare tale violenza<sup>25</sup>.

## 2. La giustizia riparativa per il contrasto alla violenza di genere e domestica: una via percorribile?

L'individuazione delle problematiche derivanti da un utilizzo simbolico ed emergenziale dello strumento penalistico per il contrasto alla violenza di genere e domestica porta a chiedersi, in un momento di grande attenzione verso il paradigma riparativo<sup>26</sup>, se l'interazione degli strumenti

<sup>24</sup> Un uso siffatto dello strumento penalistico va invece scongiurato - nonostante lo si giustifichi con un interesse verso la vittima e le sue ragioni - per i risultati insoddisfacenti a cui porta. Non mancano d'altro canto, anche in altri settori dell'ordinamento penale, emblematici esempi di tale fallimento sotto il profilo dell'effettività della tutela apprestata, a fronte di fenomeni criminosi che restano comunque particolarmente allarmanti. Si pensi, ad esempio, al fenomeno corruttivo e all'intervento con la l. n. 3/2019, c.d. legge spazzacorrotti, per riflessioni critiche sul tema, per tutti, v. A. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», n. 1/2020, p. 966 ss. V. altresì le considerazioni già svolte alla nota n. 15, in tema id devianza minorile.

<sup>25</sup> V., in particolare, p. 198 della Relazione cit. Rispetto a tali criticità cfr. F. BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo dal Codice Rocco...al Codice Rosso*, in «Diritto Penale e Uomo», n. 11/2019, p. 82 ss.

<sup>26</sup> Sul tema della giustizia riparativa la letteratura è oramai sterminata: nel panorama italiano si veda G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003; G. MANNOZZI, A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017; G. MANNOZZI, (voce) *Giustizia riparativa*, in «Annali Enciclopedia del Diritto», Giuffrè, Milano, 2017, p. 465 ss.; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017; M. CARTABIA, A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Bompiani, Milano, 2020. Per un'analisi in chiave filosofica dei profili metodologici di tale paradigma di giustizia, v. F. REGGIO, *La nave di Milinda. La Restorative Justice fra conquiste e sfide ancora aperte*, in *Diritto, Metodologia Giuridica e Composizione del Conflitto*, a cura di C. Sarra, F. Reggio, Primiceri Editore, Padova, 2020, p. 11 ss.; più in generale, sulle potenzialità applicative trasversali di tale approccio cfr. *Restorative Approach and Social Innovation: from Theoretical Grounds to Sustainable Practices*, a cura di G. Grandi, S. Grigoletto, Padova University Press, Padova, 2019, *passim*. Nonostante l'indiscusso valore di tale paradigma, nel nostro ordinamento, anche a fronte delle molteplici spinte sovranazionali (da ultimo v. la "Dichiarazione di Venezia sul Ruolo della Giustizia riparativa in materia penale", adottata in occasione della conferenza dei Ministri della Giustizia del Consiglio d'Europa "Criminalità e Giustizia penale – il ruolo

propri di quest'ultimo con modalità tradizionali di attuazione della giustizia penale possa condurre all'individuazione di risposte confacenti e specifiche anche per i peculiari bisogni delle parti coinvolte in tale contesto.

Generalmente, tra gli effetti benefici di maggior rilievo, conseguenti all'utilizzo degli strumenti di tipo conciliativo-riparativo, si riconoscono, da un lato, il processo di responsabilizzazione che investe l'autore del reato, permettendo allo stesso di elaborare sentimenti di pentimento e volontà di riparare il danno arrecato, dall'altro, la canalizzazione dei sentimenti di rancore ed abbandono della vittima<sup>27</sup>.

Nel contesto della violenza di genere e domestica, tuttavia, tali effetti potrebbero non essere determinanti o comunque non rispondere agli effettivi bisogni/caratteristiche delle parti. Si pensi, ad esempio, ai tratti personologici più comuni nei soggetti coinvolti in tali dinamiche di violenza: quanto agli autori di violenza in ambito domestico, nella maggior parte dei casi si tratta di persone prive di precedenti penali nonché di disturbi specifici di tipo psicopatologico, che tendono anche a trasformarsi all'esterno della relazione, a negare e minimizzare la violenza agita<sup>28</sup>. Quanto alle vittime, in particolare se continuano a rimanere immerse nel meccanismo perverso ed avvolgente della violenza subita, risultano altamente vulnerabili, a tal punto che la svalutazione instillata quotidiana-

della giustizia riparativa in Europa”, tenutasi a Venezia il 13 e 14 dicembre 2021, reperibile in <https://rm.coe.int/14-dicembre-ita-dichiarazione-veneziana/1680a4e07f>), si è giunti solo di recente ad una disciplina organica della materia con la c.d. Riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) sul travagliato iter legislativo v. G. L. GATTA, *Giustizia penale: in vigore la riforma Cartabia. Il testo delle norme transitorie modificate dalla l. n. 199/2022 in sede di conversione del d.l. n. 162/2022*, in «Sistema penale», 30 dicembre 2022; nonché ID, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?*, in «Sistema penale», 31 ottobre 2022. Sui fattori che “oggi” hanno portato all'affermazione di tale paradigma cfr. R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in «Sistema penale», 29 novembre 2022; cfr. altresì M. MARTELLO, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei Tribunali*, Paoline, Milano, 2022.

<sup>27</sup> Così B. MORETTI, *Mediazione e reati violenti contro la persona: nuovi confini per i paradigmi di giustizia riparativa?*, in *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di G. Mannozi, Giuffrè, Milano, 2004, p. 87; cfr. inoltre a G. MANNOZZI, *Il documento finale degli “Stati generali dell'esecuzione penale” in materia di giustizia riparativa*, in «Diritto penale e processo», n. 5/2016, p. 565 ss.

<sup>28</sup> R. RIBON, *L'avvocato della persona offesa nei reati di violenza domestica*, in *La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice Rosso. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Giappichelli, Torino, 2020, p. 179.

mente in loro le porta ad assumere come naturale la sopraffazione subita, in un contesto di isolamento sociale ed affettivo<sup>29</sup>.

Proprio a fronte di tali peculiarità, già nei primi dibattiti femministi sul tema<sup>30</sup>, si sottolinea come la giustizia riparativa rischi di riprodurre un sistema di tipo gerarchico, rafforzando i preesistenti rapporti di forza, attraverso meccanismi che tendenzialmente svantaggiano, data la diseguaglianza di potere, la parte più debole (e dunque le donne).

Si obietta inoltre, in generale, che un procedimento informale come quello proprio della giustizia riparativa non sarebbe in grado di denunciare con forza la gravità del crimine commesso e vi sarebbe dunque il rischio di una (ri-)privatizzazione della violenza, con la conseguente squallida della relativa odiosità nonché con l'indebolimento dei diritti delle donne<sup>31</sup>.

Sul piano giuridico, nessuno dei principali documenti sovranazionali in materia opera un esplicito riferimento all'uso degli strumenti propri della giustizia riparativa nei casi di violenza di genere o di violenza nelle relazioni di intimità. Per contro, all'art. 48 della Convenzione di Istanbul del 2011 si invitano gli Stati a vietare il ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione stessa. Si tratta di una cautela sul piano sovranazionale che trova estremi sviluppi in alcuni ordinamenti europei. Si pensi, ad esempio, all'ordinamento spagnolo dove è vietato il ricorso alla mediazione per i reati espressione di violenza commessi nell'ambito familiare<sup>32</sup>. Tale chiusura è stata posta anche al vaglio della stessa Corte di Giustizia UE, la quale ha tuttavia riconosciuto un ampio

<sup>29</sup> P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il divieto di vittimizzazione secondaria*, cit.

<sup>30</sup> Ne presentano una rassegna A. LORENZETTI, R. RIBON, *Giustizia riparativa e violenza di genere: alla ricerca di un possibile dialogo*, «www.giucedonna.it», n. 4/2017, p. 14 ss.

<sup>31</sup> S. CORTI, *Giustizia riparativa e violenza domestica in Italia: quali prospettive applicative?*, in «Diritto penale contemporaneo», fasc. n. 9/2018, p. 21 s.

<sup>32</sup> Art. 87-ter, n. 5, della *Ley Orgànica 6/1985 del Poder Judicial*, introdotto dalla *Ley Orgànica 1/2004 de Medidas de Protecciòn Integral contra la Violencia de Género*, con la quale in Spagna si è giunti ad una disciplina organica in materia di violenza domestica contro le donne, affrontando il fenomeno nella sua interezza, sia in termini di prevenzione e assistenza, sia di repressione e sanzione. Cfr. R. FLOR, E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa*, quale resoconto della Conferenza internazionale tenutasi a Greifswald (Germania) in data 4 e 5 maggio 2012, inserita nel quadro del progetto "Restorative Justice in Penal Matters in Europe" finanziato dalla Commissione Europea, nell'ambito del programma "Giustizia penale 2007-2013", in «Diritto penale contemporaneo», 2 luglio 2012, con rilievi critici rispetto siffatta conclusione.

marginale di apprezzamento e di discrezionalità in materia da parte degli Stati membri che dunque, proprio in ragione della particolare natura del fatto, possono escludere la possibilità di ricorrere a percorsi di mediazione per questi reati. Tale discrezionalità, che si fonda sostanzialmente su ragioni di politica criminale, è limitata solamente dall'obbligo di applicare criteri oggettivi nella determinazione dei reati ritenuti non idonei ai fini del ricorso a pratiche mediativo-riparative e, secondo la Corte, la legislazione spagnola in materia non si fonda su criteri escludenti privi di oggettività<sup>33</sup>.

La Corte, in questa situazione, non ha chiarito quali debbano essere tali criteri oggettivi, tuttavia, la Direttiva 2012/29/UE ne aiuta l'individuazione poiché al considerando 46 indica che, ai fini del ricorso agli strumenti di giustizia riparativa, debbano essere considerati «la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, [...], che potrebbero limitarne o ridurre la facoltà di prendere decisioni consapevoli o che potrebbero pregiudicare l'esito positivo del procedimento seguito».

Ecco dunque che, proprio non sottovalutando indici peculiari del fenomeno in esame quali appunto lo squilibrio di potere e il livello del trauma subito, grazie anche ad un sistema di analisi preventiva dei rischi, in altri Paesi europei, come ad esempio Austria, Germania, Danimarca, Estonia ma anche Inghilterra, sulla scia di quanto già peraltro avviene da tempo in Canada, Stati Uniti, Australia e Nuova Zelanda, una siffatta applicazione non è esclusa e, anzi, i risultati ottenuti sono incoraggianti<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Sent. CGUE 15 settembre 2011, *Gueye e Salmeron Sanchez*, C-483/09 e C-1/10, in «Foro italiano», 2012, 1, IV, 43. Sul punto v. R. CALÒ, *Vittime del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post Lisbona*, in «Diritto penale contemporaneo», 21 novembre 2011.

<sup>34</sup> Per una panoramica comparatistica rispetto all'uso degli strumenti riparativi per casi di violenza di genere e domestica v. S. MICHELAGNOLI, *Giustizia riparativa e violenza di genere. Indicazioni sovranazionali e prospettive domestiche*, in *Contrasto a violenza e discriminazione di genere*, a cura di P. Felicioni, A. Sanna, cit., p. 275 ss. È chiaro tuttavia che, vista la complessità e peculiarità del fenomeno, nonostante le importanti aperture, continuano a riscontrarsi alcune criticità quanto meno sotto il profilo applicativo. In tal senso, nel contesto inglese, di interesse sono le indicazioni che emergono dal recente lavoro di indagine "*Using restorative approaches for domestic and sexual abuse: A personal choice*" (october 2021), pubblicato da "*Why me?*", associazione di volontariato che opera per l'implementazione delle pratiche di giustizia riparativa in Inghilterra e Galles (reperibile in <https://why-me.org/wp-content/uploads/2021/09/Why-Me-RJ-Domestic-Sexual-Abuse-2021-v3-1.pdf>). Nel lavoro citato si evidenzia in particolare come, nonostante il ricorso alla giustizia riparativa sia favorito in tutto il territorio nazionale - anche grazie a quanto

Nel sistema italiano, il quadro normativo a cui ancorare la percorribilità di ipotesi di giustizia riparativa nel contesto di reati legati alla violenza di genere e domestica è notevolmente mutato a seguito della recentissima entrata in vigore della c.d. Riforma Cartabia in materia penale<sup>35</sup>.

Si tratta di una riforma organica in cui, per la prima volta, viene contemplata anche una regolamentazione della giustizia riparativa quanto a nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento dei programmi e valutazione degli esiti, nel rispetto della Direttiva 2012/29/UE e dei principi stabiliti in materia a livello internazionale. L'operatività delle norme in tema di giustizia riparativa è stata differita di sei mesi rispetto la data di entrata in vigore della legge di riforma<sup>36</sup>, e dunque si sta iniziando solo ora a vederne le prime applicazioni, tuttavia già è possibile porre in rilievo le importanti novità che, a nostro avviso, interessano anche la tematica oggetto di trattazione.

previsto nel *Victims' Code of Practice 2020*, secondo cui tutte le vittime, e quindi indipendentemente dalla tipologia di reato subito, hanno diritto di ricevere informazioni sulla giustizia riparativa e sulle modalità di accesso ai programmi - nei confronti delle vittime di violenza di genere e domestica le probabilità di accesso a tali servizi siano ancora inferiori rispetto a quanto avviene per altre tipologie di reati. Il documento conclude rilevando la necessità di supportare le vittime di tali reati nel prendere le proprie decisioni in merito alla partecipazione a un processo riparativo, proprio come avviene nei confronti delle persone che hanno subito altri crimini, senza che su tali scelte, che appartengono alla persona come «*unique individual*», incidano pregiudizi degli operatori che considerano tali vittime come «*homogenous group*». Proprio la necessità di non ostacolare la scelta individuale di accedere a percorsi riparativi, anche per vittime di violenza di genere e domestica, è stata rilevata anche dal *Working Group on Gender Based Violence* dell'*European Forum for Restorative Justice*, che nel mese di maggio 2021 ha presentato un documento alla Commissione europea (nell'ambito della consultazione aperta sul tema “*Combating gender-based violence – protecting victims and punishing offenders*”). In particolare, in tale documento si invita la Commissione a garantire l'accesso ai servizi di giustizia riparativa anche rispetto a tale fenomeno criminoso, dando la possibilità alle vittime di effettuare scelte consapevoli, tenendo conto delle peculiari esigenze di quest'ultime. Ciò in particolare, secondo il gruppo di lavoro, è possibile: 1) prevedendo la necessità di una valutazione individuale dei bisogni della vittima e dell'autore di reato, che accerti al contempo l'assenza di squilibri di potere che inficiano l'autenticità delle scelte; 2) investendo sulla formazione specifica degli operatori; 3) considerando l'utilizzo della giustizia riparativa in tale contesto non come via di fuga dalla giustizia ma come ausilio per incrementare le possibilità di denuncia (il documento “*Making restorative justice possible in cases of gender based violence (GBV): some starting reflections of the EFRJ Working Group on Restorative Justice and Gender based violence*” è reperibile in <https://www.euforumrj.org/sites/default/files/2022-02/EFRJ%20paper%20on%20GBV%20to%20the%20EC%20281%29.pdf>).

<sup>35</sup> V. *sub* nota 26.

<sup>36</sup> Così dispone l'art. 92, comma 2 *bis*, d.lgs. 150/2022, come modificato dall'art. 5 *novies*, d.l. 162/2022 (convertito, con modificazioni, dalla l. 199/2022).



Innanzitutto nella nuova disciplina si esplicita che la fattispecie di reato o la sua gravità non sono ostative all'avvio di un programma di giustizia riparativa che può quindi aver luogo, potenzialmente, per qualsiasi illecito penale, sussistendo il consenso informato e la partecipazione volontaria delle persone interessate<sup>37</sup>. Si tratta di un'indicazione normativa rilevante poiché esplicita che anche per reati gravi, come per lo più si possono considerare quelli espressione di violenza di genere e domestica, il ricorso agli strumenti della giustizia riparativa non è precluso a priori, come invece si è visto avvenire in altri Paesi. In secondo luogo, la stessa possibilità espressa non solo di intraprendere siffatti percorsi in ogni stato e grado del procedimento ma anche a procedimento concluso e - per i reati perseguibili a querela - prima della proposizione della querela<sup>38</sup>, rappresenta un'importante potenzialità nell'individuazione di risposte adeguate ai bisogni delle vittime di violenza di genere e domestica, rispetto a quanto fino ad ora previsto<sup>39</sup>.

Nonostante infatti non si rinvenissero nell'ordinamento italiano disposizioni generali volte a vietare espressamente l'attivazione di percorsi riparativi per reati espressione di violenza di genere e domestica, nella disciplina di alcuni istituti si poteva comunque già scorgere una certa chiusura del legislatore rispetto a tale possibilità.

Si pensi, innanzitutto, alla disciplina riformata della causa estintiva del reato prevista all'art. 162 *ter* c.p.. Introdotta nel codice penale dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario", la norma stabilisce che nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato abbia riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, ed abbia eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato<sup>40</sup>. A soli pochi mesi dall'entrata in vigore della norma, tuttavia, il legislatore

<sup>37</sup> Art. 44, co. 1, d.lgs. n. 150/2022.

<sup>38</sup> Art. 44, co. 2 e 3, d.lgs. n. 150/2022.

<sup>39</sup> Sul punto v. *infra* par. 3.

<sup>40</sup> Si è introdotta così, nel sistema penale generale, una causa di estinzione del reato, sulla falsariga della disciplina dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie davanti al giudice di pace (art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). Sulla *ratio* di deflazione processuale sottesa a tali istituti v. F. CAPOROTUNDO, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in «Cassazione penale», n. 6/2020, p. 2555 ss.

re è intervenuto nuovamente apportando con la l. 172/2017 una novella nella disposizione in esame<sup>41</sup>, sulla scia di allarmi sollevati dall'opinione pubblica circa l'asserita "depenalizzazione di fatto" del delitto di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.) ad opera di tale causa estintiva<sup>42</sup>. In particolare, è stato introdotto un nuovo comma all'art. 162-*ter* c.p., per escludere che il delitto di atti persecutori possa essere estinto proprio a seguito di condotte riparatorie.

Si tratta di un intervento legislativo che evidentemente si inserisce in quella già criticata categoria di interventi sul fronte penalistico di tipo emergenziale, non sorretti da ponderate motivazioni tecnico-sistematiche, ma che in tale ambito non stupisce, se si considera l'attenzione dell'opinione pubblica sulla fattispecie incriminatrice dello *stalking*, considerata pressoché unanimemente come uno strumento fondamentale nella lotta alla violenza di genere e domestica<sup>43</sup>, per cui risulta difficile superare quella diffidenza verso l'incidenza di meccanismi estintivi, basati su condotte riparatorie dell'autore del reato, ancor più se valutabili preminentemente sul piano economico e non quale esito di un processo di mediazione/conciliazione tra le parti.

Vi è inoltre ora un altro istituto per la cui applicazione ai casi di violenza di genere e domestica il legislatore italiano sembra manifestare analogia riluttanza. Ci si riferisce alla disciplina della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p.), così come risultante a seguito dell'intervento riformatore ad opera del d.lgs. 150/2022 (già citata Riforma Cartabia). Nello specifico, il legislatore, pur avendo ampliato le possibilità applicative dell'istituto prevenendo non solo il riferimento al minimo edittale ma altresì valorizzando le condotte riparatorie *post-factum* ai fini della valutazione della particolare tenuità dell'offesa, ne ha

<sup>41</sup> Si tratta della legge di conversione, con modifiche, del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, recante "Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili".

<sup>42</sup> A destare scalpore mediatico era stato, in particolare, l'esito giudiziario di una vicenda di *stalking*, in cui il giudice aveva dichiarato l'estinzione del reato ex art. 162 *ter* c.p., seguito di un'offerta reale ex art. 1208 ss. c.c., non accettata dalla persona offesa ma ritenuta congrua dal giudice, v. sul punto G.P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», n. 1/2019, p. 468 ss. Per rilievi critici rispetto a tale novella legislativa sia consentito il rinvio a E. CADAMURO, *Delitti contro la libertà individuale*, in *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di E. Palermo Fabris, A. Presutti, S. Riondato, cit., p. 132 ss.

<sup>43</sup> Una conferma la si ritrova peraltro nella previsione di cui al 2° comma dell'art. 612 *bis* c.p., in cui è prevista una circostanza aggravante per il caso in cui le condotte persecutorie provengano da una persona legata (anche in passato) alla persona offesa da relazione affettiva.

escluso contestualmente – secondo quanto già disposto dalla legge-delega<sup>44</sup> – l'applicabilità ai reati riconducibili alla Convenzione di Istanbul, in tema di violenza contro le donne, poiché ritenuti a priori non comportanti un'offesa di particolare tenuità<sup>45</sup>.

Se è vero dunque che si tratta di istituti dove le pratiche riparative richiamate non trovano una disciplina secondo i canoni propri del paradigma riparativo - rispondendo, così come disciplinati, preminentemente ad esigenze di tipo deflattivo - è pur vero che il legislatore, invece che pensare di riformare tali istituti in chiave riparativa, ha preferito escluderne a priori l'applicabilità rispetto a fenomeni delittuosi per cui invece è oramai avvertita la necessità di intervenire anche su piani differenti rispetto a quello prettamente repressivo, pur in una prospettiva integrata.

Sarebbe allora auspicabile giungere a definire linee guida condivise per far sì che anche in situazioni di violenza di genere e domestica la vittima possa essere accompagnata nella decisione se intraprendere o meno tali percorsi, da operatori formati e preparati rispetto a tutte quelle peculiarità che si è visto possono caratterizzare tali contesti criminosi, ma soprattutto capaci di considerare le peculiarità del singolo caso<sup>46</sup>.

Rispetto al fenomeno in esame, per ovviare ad eventuali criticità date dall'utilizzo dello strumento più comune del paradigma riparativo, ossia

<sup>44</sup> L. 27 settembre 2021, n. 134, per un commento v. G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in «Sistema penale», 15 ottobre 2021.

<sup>45</sup> Pe una panoramica sulla disciplina di tale istituto, con rilievi critici anche rispetto a tale ultimo intervento riformatore, sia consentito il rinvio a E. CADAMURO, *L'irrelevanza penale del fatto nel prisma della giustizia riparativa*, Padova University Press, Padova, 2022. Il legislatore delegato ha preferito individuare le singole figure di reato previste nell'ordinamento italiano che sono, appunto, riconducibili alla Convenzione di Istanbul e che, senza una espressa esclusione, a fronte delle cornici sanzionatorie previste, sarebbero rientrate nell'ambito di operatività dell'istituto (si tratta delle fattispecie di reato elencate ora all'art. 131 bis, co. 3, n. 3 e 4, c.p.).

<sup>46</sup> La necessità di procedere con una attenta e «preliminare valutazione dei soggetti coinvolti», per giungere ad una corretta comprensione delle dinamiche in atto, è una necessità che emerge proprio dalle esperienze sul campo: «il conflitto e la violenza richiedono diversi approcci trattamentali», così F. GARBARINO, P. GIULINI, *La violenza nelle relazioni strette. L'esperienza di giustizia riparativa del CIPM (Centro italiano per la promozione della mediazione)*, in *La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice Rosso. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., p. 197, le quali riportano i risultati di prassi virtuose di giustizia riparativa in contesti di violenza nelle relazioni strette, riguardanti originariamente la realtà milanese e sviluppate nell'ambito dell'operato del CIPM (Centro italiano per la promozione della mediazione), quale cooperativa sociale che promuove pratiche di giustizia riparativa nel contesto carcerario e nel territorio.

la mediazione diretta autore-vittima, potrebbe essere opportuno saggiare le possibilità di diffusione, non ancora compiutamente sperimentati nella realtà italiana, di strumenti riparativi quali, ad esempio, gli incontri di mediazione indiretta, che escludendo il contatto frontale tra le parti, si prestano ad essere esperibili anche a fronte di conflitti caratterizzati da un significativo squilibrio di potere tra le parti stesse: situazione che appunto caratterizza i reati espressione di violenza di genere e domestica<sup>47</sup>. Altro strumento d'interesse è costituito dall'incontro con vittime aspecifiche (*Victim Impact Panel*), volto a stimolare la comprensione empatica della sofferenza e del danno patiti dalla vittima così favorendo un allentamento delle resistenze nell'autore del reato che lo può condurre a percepire in modo diverso la realtà e ad una conseguente assunzione di responsabilità<sup>48</sup>.

Del resto, la più efficace tutela per le vittime di violenza, nelle dinamiche di genere e domestica, consiste proprio nel favorire strumenti di intervento che conducano l'autore di reato alla maturazione di una «motivazione di cambiamento», sì da prevenirne stabilmente la recidiva<sup>49</sup>.

Appare dunque rilevante investire nell'impiego di modelli di mediazione che siano adeguati alla complessità di questi casi, che sappiano andare oltre l'obiettivo abitualmente atteso dal percorso riparativo, ovvero la risoluzione del conflitto, per giungere a disinnescare proprio quei fattori che hanno portato alla violenza, agita e subita, negli ambiti relazionali ed affettivi.

<sup>47</sup> G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 258.

<sup>48</sup> Sugli incontri con vittime aspecifiche v. F. GARBARINO, P. GIULINI, *La violenza nelle relazioni strette. L'esperienza di giustizia riparativa del CIPM*, cit., p. 210 ss. Conferma l'utilità mirata del *Victim Impact Panel* per aumentare l'empatia degli autori per le loro vittime l'indagine condotta da D. ZOSKY, "Walking in her shoes": *The Impact of Victim Impact Panels on Perpetrators of Intimate Partner Violence*, in «Victims & Offenders», 2018, XIII, p. 739 ss. Nel contesto giudiziario italiano sta creando scalpore mediatico una richiesta di applicazione di tale strumento riparativo proprio in un caso di femminicidio (sul punto v. P. Maggio, F. Parisi, *Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica": il caso Maltesi-Fontana continua a far discutere*, in «Sistema penale», 18 ottobre 2023). Pur con le incertezze pratiche che ancora caratterizzano il ricorso a tali strumenti nel contesto italiano, la speranza è quella che non si cada nell'errore di considerare come "premiata" per l'imputato uno strumento invece concepito per mettere al centro i bisogni delle vittime, proprio in contesti dove la mediazione diretta autore-vittima non risulti praticabile.

<sup>49</sup> Non è infrequente infatti che anche dopo condanne per atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.) o maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 c.p.), riprenda la relazione affettiva con la vittima e si riproducano nuovamente dinamiche violente, così F. GARBARINO, P. GIULINI, *La violenza nelle relazioni strette*, cit., p. 202.

### 3. Il “giusto tempo” della giustizia riparativa: prima o dopo la condanna per reati espressione di violenza di genere e domestica? Spunti di riflessione anche alla luce della Riforma Cartabia

Una volta appurata la possibilità di adottare il paradigma riparativo nel contesto della violenza di genere e domestica – pur con le accortezze rilevate – è necessario chiedersi, in un’ottica di interazione con lo strumento giudiziario, quale sia il “giusto tempo” per intraprendere tali percorsi, in modo tale da non compromettere la tutela della vittima vulnerabile.

La riforma Cartabia, con l’inserimento di una disciplina organica della giustizia riparativa in materia penale, offre delle nuove possibilità di interazione tra strumenti riparativi e forme tradizionali di intervento penalistico di indubbio interesse anche con riferimento al fenomeno criminoso in esame<sup>50</sup>.

Si è già avuto modo di rilevare come l’art. 44, co. 3, d.lgs. n. 150/2022, qualora si tratti di delitti perseguibili a querela, permetta di accedere a programmi di giustizia riparativa anche prima che la querela stessa sia proposta.

Una prima riflessione può muoversi considerando dunque proprio quei comportamenti delittuosi che, pur potendo costituire un primo segnale di violenza (i cc.dd. reati sentinella), sono caratterizzati da un grado di offensività medio-bassa e quindi punibili a querela di parte (categoria peraltro ulteriormente estesa proprio dalla riforma Cartabia<sup>51</sup>).

<sup>50</sup> Nel nostro ordinamento c’erano già delle aperture in tal senso, basti ricordare l’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato (artt. 168 *bis* ss. c.p.) - cfr. C. PONGILUPPI, *Pratiche di giustizia riparativa all’interno della messa alla prova per imputati adulti. Esperienze concrete e spunti di riflessione*, in «Archivio penale (web)», n. 3/2020 - come anche l’affidamento in prova in sede esecutiva (art. 47 ord. pen.) - v. G. M. PAVARIN, *La giustizia riparativa nella fase esecutiva. Esperienze della magistratura di sorveglianza*, in *Giustizia riparativa responsabilità, partecipazione, riparazione*, a cura di G. Fornasari, E. Mattevi, Università degli studi di Trento, Trento, 2019, p. 235 ss.) - o ancora i vari istituti operanti in ambito minorile (artt. 27 e 28 d.P.R. n. 448/1988 e misure penali di comunità disciplinate agli artt. 2 ss. d.lgs. n. 121/2018). Sull’interazione con gli strumenti penalistici nei confronti di minorenni sia consentito il rinvio a E. CADAMURO, *Percorsi di giustizia riparativa nell’esecuzione penale minorile*, in «Diritto penale e processo», n. 2/2020, p. 258 ss.

<sup>51</sup> La significativa estensione del regime di procedibilità a querela ha riguardato anche centrali figure di reato contro la persona che possono ben considerarsi “reati sentinella” rispetto alla violenza di genere e domestica, pensiamo alle lesioni personali dolose (art. 582 c.p.), per cui la procedibilità a querela viene estesa alle lesioni lievi (malattia compresa

Le statistiche dimostrano come, non di rado, in casi di violenza nelle relazioni di intimità, le vittime decidano di rivolgersi a centri antiviolenza ma senza denunciare l'accaduto, per le ragioni più diverse. Si tratta di una scelta difesa dai movimenti femministi, che mostrano un atteggiamento critico rispetto al meccanismo della procedibilità d'ufficio previsto per alcune fattispecie di reato, ciò in quanto si tratterebbe di iniziative securitarie percepite come non rispettose della libertà di autodeterminazione della donna<sup>52</sup>. Ecco che consentire già in questa fase percorsi di giustizia riparativa potrebbe permettere alla vittima di vedersi comunque riconosciuto un ristoro, quanto meno morale, ivi compreso il riconoscimento della ferita cagionata dal reato e in tal modo potrebbe conseguire una scelta maggiormente libera e scevra da condizionamenti in ordine alla mancata denuncia<sup>53</sup>.

Pensiamo ancora alle possibilità espansive che possono derivare da tale nuova previsione normativa per la già citata misura dell'ammonimento del Questore, in caso di atti persecutori (612-*bis* c.p.), ovvero percosse o lesioni lievi (artt. 581 e 582 comma 2 c.p.)<sup>54</sup>. Ci si riferisce in particolare all'indicazione, introdotta in sede di conversione del d.l. 93/2013 (art. 3, comma 5 *bis*), secondo cui il Questore informa il soggetto ammonito circa i servizi disponibili sul territorio, finalizzati ad intervenire nei confronti degli autori di violenza domestica o di genere. Consentire percorsi di giustizia riparativa anche in tale contesto di presa in carico dell'autore della condotta criminosa (quando ancora la querela può non essere stata

tra 21 e 40 giorni); al sequestro di persona semplice (non a scopo di estorsione) *ex art.* 605 c.p., limitatamente all'ipotesi prevista dal primo comma che, essendo punita con la reclusione pari nel minimo a sei mesi, è riferibile anche a fatti di assai ridotto disvalore; alla violenza privata (art. 610 c.p.), limitatamente all'ipotesi non aggravata prevista dal primo comma; alla minaccia (art. 612 c.p.), per cui diventa procedibile a querela la minaccia grave commessa da persona cui sia contestata la recidiva, sul punto v. G. L. GATTA, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, in «Sistema penale», 2 gennaio 2023.

<sup>52</sup> A. LORENZETTI, R. RIBON, *Giustizia riparativa e violenza di genere*, cit., p. 22. Per una panoramica su tali posizioni v. anche E. CORN, *Non parlarmi, non ti sento. Il perdurante disallineamento tra i bisogni delle donne maltrattate e le tutele offerte dalle norme penali*, in «Rivista italiana di medicina legale», n. 2/2018, p. 607 e nota 25.

<sup>53</sup> Si consideri, in questa prospettiva, che proprio nel documento presentato dal *Working Group on Gender Based Violence dell'European Forum for Restorative Justice* alla Commissione europea nel mese di maggio 2021 (v. nota 34) si afferma: «*restorative justice is not a way to avoid the trial, it is a way to overcome the silence*».

<sup>54</sup> V. nota 16.

presentata dalla vittima) consente di valorizzare la misura con interventi più efficaci del mero invito ad astenersi dal tenere determinate condotte<sup>55</sup>.

Invero, l'estensione delle possibilità di interazione tra i due sistemi di intervento, attuata dalla riforma Cartabia, non si limita all'ambito dei reati procedibili a querela. La riforma permette infatti anche di muovere alcune considerazioni circa la possibilità di impiego degli strumenti propri della giustizia riparativa in un'ottica di favorire nuove soluzioni trattamentali dopo l'accertamento del fatto –reato, al momento cioè della condanna, proprio a fronte della già richiamata previsione secondo cui i percorsi di giustizia riparativa possono intraprendersi con riferimento a qualsiasi tipologia di reato e in ogni fase del procedimento penale, finanche dopo l'espiazione della pena (art. 44, co. 2 e 3, d.lgs. 150/2022).

Pensiamo, ad esempio, al rinnovato sistema di pene sostitutive delle pene detentive brevi di cui alla l. 689/1981, anch'esso introdotto dal d.lgs. 150/2022<sup>56</sup>. La novità è dirompente: prima di tutto ci si avvicina al modello anglosassone del *sentencing*<sup>57</sup>, dove dopo la fase dell'accertamento del fatto e il riconoscimento di responsabilità in capo all'imputato, si apre una diversa fase valutativa circa la pena irrogabile. Conseguentemente, viene sottratta centralità alla pena carceraria, in quanto la semilibertà e la detenzione domiciliare entrano nel nuovo catalogo delle pene sostitutive, alla stregua del lavoro di pubblica utilità e della pena pecuniaria sostitutiva, quali pene diverse da quelle edittali (detentive e pecuniarie), irrogabili dal giudice della cognizione in sostituzione di pene detentive<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Secondo R. RIBON, *L'avvocato della persona offesa*, cit., p. 173, è possibile in tale contesto abbracciare una dimensione ampia del trattamento, che può includere anche percorsi volti ad abbattere gli stereotipi di genere. Per programmi trattamentali attivati nell'ambito di misure preventive, orientati ad una prospettiva di giustizia riparativa, v. l'esperienza del CIPM, riportata da F. GARBARINO, P. GIULINI, *La violenza nelle relazioni strette*, cit., p. 195.

<sup>56</sup> V. la nuova disciplina degli artt. 53 ss. l. 689/1981 così come riformati dall'art. 71 d.lgs. 150/2022.

<sup>57</sup> Sul sistema del *sentencing* cfr. E.A.A. DEI CAS, *Sentencing inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia: potenzialità e insidie di un mutamento a lungo invocato*, in «Arch. pen. (web)», n. 1/2022. Per considerazioni circa l'idoneità del sistema bifasico inglese a favorire l'ascolto dei bisogni della vittima e la considerazione di esiti riparativi ai fini della determinazione della pena, sia consentito il rinvio a E. CADAMURO, *L'irrelevanza penale del fatto*, cit., p. 147 ss.

<sup>58</sup> Non sono mancati rilievi critici circa l'esclusione, dal catalogo delle nuove pene sostitutive, dell'affidamento in prova al servizio sociale (per tutti, cfr. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in «Sistema penale», 30 agosto 2022, p. 11): scelta probabilmente dettata dal timore che in tal modo si potesse disincentivare la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (artt. 168 bis ss. c.p.) nonché allungare i tempi processuali, così G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale*, cit.,

La scelta del Parlamento è stata quella di ampliare notevolmente l'area della pena detentiva breve sostituibile: il limite massimo di due anni di pena detentiva, infatti, viene raddoppiato. Si rivitalizza così un impianto sanzionatorio che per decenni, di fatto, ha avuto scarsa applicazione poiché meno appetibile della sospensione condizionale della pena, operante nella stessa area<sup>59</sup>.

Preme in questa sede soffermarsi sulle possibilità di innesto dei percorsi riparativi nell'esecuzione di tali nuove pene sostitutive, che di fatto realizzano una anticipazione dell'alternativa al carcere, rispetto alle misure alternative applicabili in sede esecutiva. Si tratta di un'opzione che mira evidentemente a non innescare quei processi di emarginazione dell'individuo detenuto che, oltre ad avere un impatto non positivo sulla recidiva, creano non pochi problemi sotto il profilo del reinserimento sociale dello stesso.

Proprio tenendo conto di siffatte finalità, vi è a nostro avviso lo spazio per l'innesto di percorsi riparativi volti alla presa in carico di entrambe le parti coinvolte nel percorso di recupero e di "ritorno alla vita" dopo l'evento traumatizzante. Se si guarda infatti alla disciplina di tali nuove pene sostitutive, peculiare centralità è data al "programma di trattamento" elaborato dall'Uepe<sup>60</sup> e nulla vieta – anzi ora appunto l'art. 44 co. 2 d.lgs. 150/2022 lo consente - che in esso si possa favorire, nel caso in cui le parti vi acconsentano, proprio un percorso di giustizia riparativa<sup>61</sup>.

p. 17.

<sup>59</sup> Per approfondimenti sul tema v. A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in «Legislazione penale», 20 gennaio 2022. Per un commento alle prime applicazioni in sede giudiziale della nuova disciplina delle pene sostitutive delle pene detentive brevi v. G. L. GATTA, *Il giudice di cognizione torna ad essere giudice della pena: una prima condanna alla detenzione domiciliare sostitutiva*, in «Sistema penale», 24 gennaio 2023.

<sup>60</sup> La prospettiva è infatti quella di favorire il più possibile il «recupero sociale» del reo, v. A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in «Legislazione penale», 27 dicembre 2022, p. 5 s.; cfr. inoltre G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in «Legislazione penale», 20 febbraio 2023, p. 10, il quale pone in luce il rischio che, nonostante le potenzialità di tale riformato assetto sanzionatorio, si verifichi poi nella pratica un appiattimento delle decisioni della magistratura «sul riscontro dei meri presupposti generali oggettivi e soggettivi», a causa di un'avvertita tendenza alla «fuga dalla responsabilità di gestire con piena consapevolezza i vari istituti strutturati in chiave discrezionale».

<sup>61</sup> Fino ad ora era necessario invece attendere semmai la fase esecutiva, salva la parentesi processuale della sospensione del procedimento con messa alla prova (artt. 168 bis ss. c.p.), v. nota 50.



Per l'autore del reato ciò permetterebbe di assumere un ruolo attivo nella costruzione del proprio progetto di reinserimento sociale – in piena adesione al principio della finalità rieducativa della pena (art. 27 cost.)<sup>62</sup> - e per la vittima l'occasione per acquisire strumenti utili per il superamento del trauma derivante da reati anche gravemente offensivi della propria sfera personale e che favoriscano l'allontanamento da un ricorrente percorso di auto-colpevolizzazione intrapreso dalla vittima stessa (spesso avvalorato dall'ambiente circostante), così facendole riacquisire quel senso di sicurezza che può giovare nella gestione dei rapporti interpersonali<sup>63</sup>.

Lo sviluppo di percorsi riparativi in tale fase consentirebbe di giungere ai risultati indicati solo dopo un riconoscimento in sede processuale delle responsabilità dell'autore del fatto-reato violento e la condanna dello stesso, in modo tale da non compromettere le primarie esigenze di protezione della vittima<sup>64</sup>: il “giusto tempo”, per far sì che la stessa possa intraprendere un percorso di rielaborazione dell'accaduto, potrebbe infatti presentarsi solo trascorso un arco temporale apprezzabile dalla commissione del reato subito (si pensi agli incisivi effetti psico-fisici di condotte criminose quali atti persecutori, maltrattamenti, violenze sessuali ecc.).

In queste situazioni può affermarsi che il percorso mediativo/riparativo funge da strumento di intervento con «funzione terapeutica», la cui

<sup>62</sup> Sul valore del consenso nel percorso rieducativo, affermato dalla stessa Corte costituzionale, che giustifica la scelta terminologica di quel “tendere” alla rieducazione del condannato, v. A. MENGHINI, *La rieducazione nella fase esecutiva: percorsi giurisprudenziali e realtà carceraria*, in *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno Trento, 21-22 gennaio 2022*, a cura di A. Menghini, E. Mattevi, Università degli studi di Trento, Trento, 2022, p. 145. Si favorisce così un modello di intervento costituzionalmente orientato, che vede nella pena un progetto diverso dalla mera soggezione a una sofferenza imposta, sul carattere progettuale della pena, cfr. L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in «Discrimen», 31 marzo 2021.

<sup>63</sup> In riferimento alla vittima, si parla di «specialprevenzione positiva» per evidenziare esigenze di risocializzazione anche della stessa, a seguito della perdita di orientamento sociale dovuta all'offesa subita, o di «specialrestituzione», da attuarsi mediante una risposta penale indirizzata (tra l'altro) al superamento del trauma da parte del soggetto leso, v. V. MASARONE, *Tutela della vittima e funzione della pena*, in «Diritto penale e processo», n. 3/2018, p. 397 ss.

<sup>64</sup> Trattasi peraltro di esigenze di tutela sulle quali, anche in questa fase, potrebbe essere necessario, a seconda delle peculiarità del caso concreto, non “abbassare la guardia”: ecco che il legislatore della riforma consente al giudice, ad esempio, di prescrivere comunque il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, secondo le modalità di cui all'art. 282-ter c.p.p. in quanto compatibile (v. art. 53 ter l. 698/1981), per scongiurare recidive nei suoi confronti.

utilità può ben apprezzarsi nei contesti di violenza di genere e domestica, volendosi intendere però come terapeutico uno strumento in grado di fornire ad un soggetto i mezzi necessari per analizzare e gestire le proprie emozioni ed i propri vissuti: ai fini sia di una riorganizzazione della propria esistenza (come può risultare utile per la vittima) sia di un percorso proficuo di rieducazione e risocializzazione (per quanto riguarda il reo)<sup>65</sup>.

Una siffatta lettura potrebbe peraltro aprire delle ulteriori prospettive applicative agli strumenti di giustizia riparativa nell'ambito della sospensione condizionale della pena, rispetto a quanto ora già previsto dall'art. 163, co. 4, c.p.<sup>66</sup>. Non si dimentichi che l'art. 6 della l. 69/2019, per gli autori di reati espressione di violenza di genere e domestica, ha subordinato la concessione del beneficio «alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati»<sup>67</sup>, riproducendo un'opzione legislativa già sperimentata per i reati contro la pubblica amministrazione<sup>68</sup>. Si tratta di tipi di automatismo che hanno, invero, destato qualche perplessità nel momento della loro introduzione, poiché scarsamente congruenti con un'ottica autenticamente specialpreventiva<sup>69</sup>, tanto da essere persino considerati come «poco compatibili con una giustizia penale di ispirazione liberaldemocratica»<sup>70</sup>. In particolare, nella

<sup>65</sup> B. MORETTI, *Mediazione e reati violenti contro la persona*, cit., p. 21.

<sup>66</sup> Il legislatore infatti, proprio con d.lgs. 150/2022, ha previsto, interpolando l'art. 163, comma quarto, cod. pen., che, qualora la pena inflitta non sia superiore a un anno e il colpevole abbia partecipato, prima della pronuncia della sentenza di primo grado a un programma di giustizia riparativa concluso con esito riparativo, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena, determinata, nel caso di pena pecuniaria, mediante ragguaglio ai sensi dell'art. 135 cod. pen., rimanga sospesa per il termine di un anno.

<sup>67</sup> Nello specifico, si fa riferimento al delitto previsto dall'art. 575, nella forma tentata, e ai delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis, nonché agli articoli 582 e 583-quinquies nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma (art. 165, co. 5, c.p.).

<sup>68</sup> V. art. 165, co. 4, c.p., introdotto dall'art. 2, co. 1, lett. c), della l. 11 giugno 2004, n. 146.

<sup>69</sup> Anche se non apparentemente estranei al finalismo rieducativo, si presentano come automatismi connotati da una «malcelata *ratio* (neo)retribuzionistica», così D. BIANCHI, *Le misure sospensivo-probatorie in fase decisoria*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», n. 1/2022, p. 238. Si consideri che il d.d.l. C 1294, v. nota 11, prevede un ulteriore irrigidimento di tale automatismo: «qualsiasi violazione ingiustificata degli obblighi connessi allo svolgimento del percorso di recupero, ivi compresa una sola assenza, costituisce comunque inadempimento rilevante ai fini della revoca della sospensione ai sensi dell'articolo 168, primo comma, numero 1» (art. 13).

<sup>70</sup> Così G. FIANDACA, *Quale "rieducazione" per gli autori di violenze di genere?*, in «Diritto di Difesa», n. 1/2020, p. 163.

disposizione contenuta nell'art. 165, co. 5, si rinviene il rischio concreto che l'imposizione di un trattamento rieducativo/riabilitativo per il reo, finalizzato alla modifica dei modelli culturali di comportamento, o dei valori di riferimento –ossia la necessità di modificare la subcultura della disegualianza di genere dove si sviluppano tali condotte violente – finisca per caricare lo strumento penalistico di «pretese e implicazioni a carattere autoritario e moraleggiante»<sup>71</sup>. Ecco dunque che la possibilità di «partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario»<sup>72</sup> ai programmi di giustizia riparativa proposti potrebbe ovviare alle obiezioni ed alle critiche evidenziate rispetto ai percorsi obbligati e allo stesso tempo favorire la creazione di programmi di intervento integrati, volti al raggiungimento degli obiettivi indicati dalla Convenzione di Istanbul<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> *Ibidem*. Le criticità poste in luce dall'A. si rinvengono anche nel contesto delle misure di prevenzione applicabili, secondo quanto disposto dalla l. 161/2017, ai soggetti indiziati di atti persecutori. Confermano tali criticità F. GARBARINO, P. GIULINI, *La violenza nelle relazioni strette*, cit., p. 193, quando danno conto di come, nei primi decreti emanati dalla Sezione misure di sicurezza del Tribunale di Milano per l'applicazione della misura della sorveglianza speciale agli indiziati di atti persecutori, il percorso trattamentale dell'autore di reato veniva indicato come «ingiunzione terapeutica». Si tratta peraltro di un rischio che si riscontra, più in generale, in alcune pronunce giurisprudenziali, rispetto quelle realtà delittuose in cui è possibile rinvenire un movente culturale (c.d. reati culturalmente motivati), v. in particolare le critiche mosse a Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2017, n. 24084 da L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 67 ss. Pur non trattandosi di un caso di violenza di genere e domestica, la decisione della Corte ripropone quei dubbi sull'utilizzo dello strumento penalistico per imporre obblighi di conformazione dei propri convincimenti interiori a parametri etero-imposti, anche se ampiamente condivisi da parte della comunità di riferimento, sul punto v. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010, p. 130 ss. Proprio in questo contesto, dove allora anche la violenza di genere e domestica si esplica in condotte nelle quali si manifestano retaggi culturali dei soggetti forti del gruppo culturale a danno dei soggetti deboli, un percorso di giustizia riparativa, intrapreso dalle parti, potrebbe colmare quelle lacune lasciate dal processo tradizionale, che stigmatizza il comportamento del *cultural offender* con la pena ma non ha spesso effetto preventivo (data la tendenza naturale delle minoranze a seguire i propri dettami culturali) né risolve il conflitto culturale che sta alla base del reato, sul punto v. P. SCEVI, *Riflessioni su reati culturalmente motivati e sistema penale italiano*, in «Archivio penale», n. 3/2016.

<sup>72</sup> Criteri attualmente previsti all'art. 44, co. 1, d.lgs. 150/2022 per accedere ai programmi di giustizia riparativa.

<sup>73</sup> V. in particolare quanto previsto dall'art. 17 (Programmi di intervento di carattere preventivo e di trattamento): «1. Le Parti adottano le misure legislative e di altro tipo necessarie per istituire o sostenere programmi rivolti agli autori di atti di violenza domestica, per incoraggiarli ad adottare comportamenti non violenti nelle relazioni interpersonali, al fine di prevenire nuove violenze e modificare i modelli. 2. Le Parti adottano le misure

Considerazioni analoghe potrebbero inoltre valere anche per i percorsi di recupero, previsti nell'ambito dei programmi di trattamenti nella fase esecutiva: ci si riferisce in particolare a quanto indicato dall'art. 13 *bis* ord. pen., come modificato dalla l. 69/2019. La disposizione in questione, che contemplava in origine la possibilità di un trattamento psicologico per i soli condannati per reati sessuali a danno di minori<sup>74</sup>, prevede ora tale possibilità per i condannati per reati sessuali, per maltrattamenti contro familiari o conviventi e per atti persecutori<sup>75</sup>. Il fatto di poter favorire dei percorsi di giustizia riparativa nei programmi di trattamento e recupero dei condannati per reati espressione di violenza di genere e domestica<sup>76</sup> trova d'altro canto conferma proprio nella stessa riforma Cartabia, che più in generale ha esplicitato all'art. 13 ord. pen. la necessità di favorire il ricorso a programmi di giustizia riparativa nei confronti dei condannati ed internati.

Occorre dunque guardare con favore all'avvento di un modello di giustizia riparativa integrata anche nella fase terminativa del processo come pure in fase esecutiva, che renda possibile attuare strategie di intervento differenti, così da favorire una rilettura dell'evento criminoso al di fuori degli schemi processuali, solo laddove ciò sia ritenuto proficuo per la vittima e concretamente positivo per il reo. A quest'ultimo, in particolare, si giunge così ad offrire un programma di intervento orientato a un modello costituzionale di rieducazione<sup>77</sup>, che vede nella pena anche la possibilità di sviluppare un progetto diverso dalla mera soggezione a una sofferenza imposta<sup>78</sup>.

legislative o di altro tipo necessarie per istituire o sostenere programmi di trattamento per prevenire la recidiva, in particolare per i reati di natura sessuale. 3. Nell'adoptare le misure di cui ai paragrafi 1 e 2, le Parti si accertano che la sicurezza, il supporto e i diritti umani delle vittime siano una priorità e che tali programmi, se del caso, siano stabiliti ed attuati in stretto coordinamento con i servizi specializzati di sostegno alle vittime».

<sup>74</sup> Si tratta infatti di una norma introdotta dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote (l. 1 ottobre 2012, n. 172).

<sup>75</sup> Per risultati di progetti sperimentali negli interventi di trattamento in tali contesti v. P. GIULINI, A. SCOTTI, *Il campo del trattamento del reo sessuale tra ingiunzione terapeutica e controllo benevolo*, in «Rivista italiana di medicina legale», n. 4/2013, p. 1863 ss.

<sup>76</sup> Sull'interazione tra percorsi di giustizia riparativa e percorsi terapeutici per i "sex offenders" v. G. WOESSNER, *On the relationship between restorative justice and therapy in cases of sexual violence*, in *Restorative Responses to Sexual Violence. Legal, Social and Therapeutic Dimensions*, a cura di E. Zinsstag, M. Keenan, Routledge, New York, 2017, p. 255 ss.

<sup>77</sup> V. sul punto E. MATTEVI, *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI, *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, cit., p. 65 ss.; cfr., per una lettura in chiave sociologica, P. MASSARO, *La riparazione come rieducazione*, in «Mediaries», n. 1/2022, p. 27, secondo il quale «la giustizia riparativa può rilanciare il principio di rieducazione».

<sup>78</sup> Sul punto v. le riflessioni di M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*,

#### 4. Considerazioni conclusive

La riforma Cartabia ha senz'altro introdotto un complesso normativo utile per far fronte al fenomeno della violenza di genere e domestica, secondo quella concezione del diritto penale volta a «comporre i conflitti sociali (o interindividuali)» nel cui ambito si sono generate le condotte di reato<sup>79</sup>. È chiaro però che le potenzialità della riforma, non solo nel contesto della violenza contro le donne, ma più in generale, dovranno essere testate sul campo.

Si tratterà allora di osservare con attenzione i primi risvolti applicativi della riforma e individuare altresì gli eventuali profili che richiedono ulteriori interventi migliorativi.

Con riferimento specifico ai casi di violenza di genere e domestica si dovrà ad esempio comprendere se, dal punto di vista operativo, l'istituzione dei Centri per la giustizia riparativa (presso gli enti locali)<sup>80</sup> comporterà l'erogazione di servizi appositamente calibrati sui bisogni peculiari delle parti coinvolte nelle dinamiche di violenza di genere e domestica, sia con riferimento alla specifica formazione degli operatori<sup>81</sup>, sia con riferimento ai concreti programmi di giustizia riparativa offerti<sup>82</sup>, sviluppando un lavoro sinergico con tutte le istituzioni coinvolte.

in «Sistema penale», 20 dicembre 2022, p. 15, secondo il quale «questo nuovo progetto, tuttavia, dipende da chi ha commesso il reato: non può essere coercitivo. E se non viene accolto, non rimane che la più tradizionale pena subita, ma è dovere dello Stato offrire il programma migliore come prima scelta progettuale anche nella costruzione delle pene principali, oltre che in fase esecutiva».

<sup>79</sup> Così G. FORNASARI, *Diritti della vittima e certezza della pena. Riflessioni su un discutibile paradigma*, in *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, a cura di R. Acquaroli, E. Fronza, A. Gamberini, Aracne, Roma, 2021, p. 358.

<sup>80</sup> Art. 63, d.lgs. 150/2022.

<sup>81</sup> La formazione teorica prevede, infatti, tra l'altro, l'acquisizione di nozioni in tema di criminologia e vittimologia (art. 59, comma 5, d.lgs. 150/2022) mentre quella pratica prevede lo sviluppo di capacità di gestione dei conflitti con attenzione particolare, tra l'altro, alle vittime vulnerabili (art. 59, comma 6, d.lgs. 150/2022). Si tenga peraltro conto che è prevista una formazione continua a cadenza annuale per i mediatori, nel cui ambito si auspica potranno svilupparsi approfondimenti anche sulle tematiche di genere (art. 59, comma 4, d.lgs. 150/2022).

<sup>82</sup> V. le considerazioni svolte al par. 2. Si tenga presente infatti che secondo la nuova disciplina, la mediazione autore-vittima non sarà l'unico programma attuabile, ma potrà farsi ricorso ad «ogni altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto nell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa» (art. 53, co. 1, lett. c), d.lgs. 150/2022). Proprio sul fronte della formazione si dovrà puntare a decostruire eventuali pregiudizi sulle tematiche di genere, che possono riscontrarsi anche negli stessi operatori. In generale, per spunti sui percorsi formativi, cfr. A. STOURAITI, *The Use of*

Si dovrà altresì verificare se l'apparato giudiziario in generale sarà pronto a mettere in pratica quell'integrazione tra paradigmi di intervento<sup>83</sup> che rappresenta la "sfida culturale" lanciata dalla riforma, favorendo il ricorso trasversale alle pratiche riparative e valorizzandone altresì i risvolti sul piano della giustizia tradizionale. Trattasi evidentemente di una sfida ancora più ardua in quanto volta a favorire lo sviluppo di tale approccio con riferimento alla violenza di genere e domestica, quale fenomeno su cui persistono ancora retaggi culturali e stereotipi di genere<sup>84</sup>.

In tal senso, il necessario mutamento culturale potrebbe peraltro essere favorito anche da ulteriori interventi riformatori da parte del legislatore penale, volti a superare proprio quei residui di autoritarismo e discriminazione di genere ancora insiti in talune fattispecie del codice Rocco<sup>85</sup>

*Psychodrama in Mediation Training*, in «Mediaries», n. 1/2021, p. 135 ss., nonché F. REGGIO, *Il contributo di una prospettiva artistica alla trasformazione dei conflitti: suggestioni e riflessioni in margine alle proposte di tre Maestri del Peacebuilding*, in «Mediaries», n. 1/2021, p. 73 ss. Su tali aspetti v. altresì le indicazioni contenute nei Decreti ministeriali attuativi del 9 giugno 2023, reperibili in <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/mediatori-esperti-in-programmi-di-giustizia-riparativa-in-gu-i-due-decreti-attuativi-della-riforma-cartabia>

<sup>83</sup> G. LOSAPPIO, *La speranza della "rieducazione" e del cambiamento contro la "disperanza" dell'afflizione*, in «Sistema penale», 2 dicembre 2022.

<sup>84</sup> Si consideri la pronuncia *A.F. contro Italia* (148/2019) del 20 giugno 2022, con cui il Comitato CEDAW ha ritenuto che lo Stato italiano abbia violato gli artt. 2, 3, 5 e 15 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW) nel caso di una donna che il giorno successivo all'aggressione dell'ex marito aveva denunciato di essere stata stuprata proprio dall'agente della polizia giudiziaria, C.C., incaricato delle indagini. Si tratta di una decisione di particolare rilievo poiché è la prima volta che il CEDAW, quale organismo dell'ONU, interviene su un caso italiano, pronuncia che peraltro si aggiunge alle già precedenti condanne dell'Italia da parte della Corte Edu (tra cui, caso *J.L. contro Italia* del 27 maggio 2021; caso *Landi c. Italia* 7 del aprile 2022; caso *De Giorgi c. Italia* del 16 giugno 2022), per un commento su tale casistica cfr. P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *I pregiudizi giudiziari contro le donne all'esame di organismi internazionali: il caso A.F. contro Italia*, in «Sistema penale», 29 luglio 2022, v. inoltre i rilievi già svolti *sub* nota 22. La stessa Corte Edu ha ribadito la necessità che gli Stati investano sulla formazione specifica degli operatori coinvolti negli interventi rispetto a tale fenomeno, riportando nella sentenza della Grande Camera, 15 giugno 2021, *Kurt vs. Austria*, § 143, le indicazioni del GREVIO, secondo cui «*training of police, prosecutors and judges on domestic violence was essential in order to evaluate the risk of reoffending and order the necessary measures of protection*», sul punto cfr. V. BONINI, *Protezione della vittima e valutazione del rischio nei procedimenti per violenza domestica tra indicazioni sovranazionali e deficit interni*, in «Sistema penale», 23 marzo 2023, p. 13.

<sup>85</sup> Cfr. i vari contributi raccolti in *Stereotipo e pregiudizio. La rappresentazione giuridica e mediatica della violenza di genere*, a cura di F. Saccà, Franco Angeli, Milano, 2021; cfr. altresì C. VOLPATO, *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne*, in *Donne e*

che, tuttora, nei loro elementi descrittivi, denotano la mancanza di una adeguata considerazione delle caratteristiche strutturali della violenza contro le donne e delle modalità in cui essa si manifesta, in particolare se perpetrata nelle relazioni strette.

Ci si riferisce in particolare ai reati in materia sessuale<sup>86</sup>, la cui disciplina, nonostante l'importante riforma del 1996, continua a presentare delle criticità, come d'altro canto rilevato dallo stesso GREVIO già nel primo rapporto sull'attuazione della Convenzione di Istanbul in Italia del 2020<sup>87</sup>.

Basti ricordare che nel delitto di violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.), il baricentro del disvalore della condotta continua a collocarsi nella violenza o nella minaccia utilizzate quali strumenti di coercizione dell'atto sessuale, senza che vi sia una espressa rilevanza giuridica del "consenso" all'atto stesso<sup>88</sup>. Nonostante in alcune pronunce giurisprudenziali si sia tentato di dar rilievo alla presenza e riconoscibilità della volontà contraria all'atto sessuale<sup>89</sup>, l'attuale struttura normativa comporta ancora per la difesa – come emerge dalla prassi giudiziaria per reati di violenza sessuale perpetrati proprio a danno di donne – la possibilità di incentrare la propria strategia difensiva sulla dimostrazione di una reazione attiva e potenzialmente efficace da parte della vittima rispetto alla violenza subita.

In altri ordinamenti tale dualismo tra violenza subita e violenza contrastata è già stato superato. Ad esempio, nell'ordinamento tedesco, dal 2016, la fattispecie di cui al § 177 c.1 StGB richiede solamente che si ponga in essere un atto sessuale contrario alla volontà riconoscibile dell'altra persona; non è più richiesto invece che vi sia anche una condotta di flessione della volontà o di sfruttamento come in origine previsto<sup>90</sup>. In Spa-

*violenza. Stereotipi culturale e prassi giudiziarie*, a cura di C. Pecorella, cit., p. 13 ss.

<sup>86</sup> Sulle possibili linee di riforma in tale contesto v. S. SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», n. 2/2020, p. 454 ss.

<sup>87</sup> Reperibile in <https://rm.coe.int/first-grevio-s-report-of-activities-in-italian/1680a1f129>. Sul punto v. M.N. CARDINALE, *Il rapporto del GREVIO sull'applicazione in Italia della Convenzione di Istanbul: il lavoro ancora da fare*, in «Criminal Justice Network», 13 maggio 2021.

<sup>88</sup> Sull'elemento normativo del "consenso" in tale contesto v. E. BIAGGIONI, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, tra esigenze reali e stereotipi*, in *Donne e violenza. Stereotipi culturale e prassi giudiziarie*, a cura di C. Pecorella, cit., p. 67 ss.

<sup>89</sup> V., ad esempio, Cass. pen. n. 42118/2019, in «Diritto & Giustizia», 16 ottobre 2019, nonché Cass. pen., n. 1559/2022.

<sup>90</sup> F. MACRÌ, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, in «Diritto penale contemporaneo», 24 novembre 2016.

gna, similmente a quanto accaduto in Germania, il legislatore nel 2022<sup>91</sup> ha provveduto a riformare la disciplina della violenza sessuale dando centralità al requisito del consenso e facendo così confluire in un unico reato - volto a punire «qualunque atto che violi la libertà sessuale di un'altra persona senza il suo consenso» (art. 178 c.p. spagnolo) - le due previgenti fattispecie di aggressione sessuale e abuso sessuale<sup>92</sup>, che prevedevano invece una rilevanza strutturale per le condotte di violenza, minaccia o abuso di una situazione di superiorità o vulnerabilità della vittima<sup>93</sup>.

Si tratta di modifiche importanti perché volte a decostruire, anche sul piano normativo, quello stereotipo comune secondo cui il rapporto sessuale, in particolare per la donna, può dirsi subito solo se alla base si riscontra una condotta coercitiva del *partner*.

Analoghe riforme nel nostro ordinamento potrebbero allora contribuire ad un potenziamento effettivo della tutela della vittima in tali contesti, non cedendo, ancora una volta, alla più facile opzione di offrire rassicurazioni attraverso il ricorso a nuove “incriminazioni-manifesto” e a innalzamenti sanzionatori<sup>94</sup>.

Si tratterebbe in definitiva di operare rispetto al fenomeno in esame secondo direttive di intervento sistematiche e trasversali, dove affiancare un impianto repressivo più ponderato ad una effettiva implementazione degli strumenti di giustizia riparativa, come meritoriamente introdotti, sul piano normativo, dalla riforma Cartabia.

<sup>91</sup> *Ley Orgánica n. 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual* (c.d. Ley del “solo sí es sí”). Sulle vicende di cronaca alla base di tale riforma (caso “*La Manada*”), v. M. ACALE SÁNCHEZ, *Ser o no ser (de La Manada): esta es la cuestión*, in «Criminal Justice Network», 2018.

<sup>92</sup> La prima trovava disciplina nell'art. 178 c.p. spagnolo, oggetto di riforma, la seconda nell'art. 181 c.p. spagnolo, che di conseguenza è stato abrogato.

<sup>93</sup> A. N. PINNA, *La riforma della violenza sessuale in Spagna: la centralità del consenso*, in «Sistema penale», 20 febbraio 2023.

<sup>94</sup> T. VITARELLI, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», n. 3/2020, p. 476 ss. Si consideri che interventi normativi attenti e sensibili a tali tematiche consentirebbero altresì di volgere verso nuove frontiere di tutela per un'effettiva affermazione della libertà e autodeterminazione in ambito sessuale, si pensi, ad esempio, alla punibilità della pratica del c.d. *Stealth* (prassi in cui, nel contesto di un rapporto sessuale consensuale, un partner di sesso maschile, di nascosto e contrariamente a quanto stabilito si sfilava il preservativo, prima del rapporto sessuale o durante lo stesso), che in Germania ha visto un primo riconoscimento giudiziario proprio grazie alla riformata fattispecie di cui al § 177 c. 1 StGB, per un commento v. P. CAROLI, J. GENEUSS, *La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo Stealthing davanti al giudice penale*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», n. 1/2021, p. 136 ss.





# **La sfida della pianificazione urbanistica del futuro: passare dalla logica della rigidità e della deroga alla cultura della flessibilità\***

*Alessandro Calegari*

*Professore Associato di Diritto amministrativo, Università di Padova*

SOMMARIO: 1. La necessaria flessibilità della pianificazione territoriale - 2. Le specificità del sistema italiano - 3. L'evoluzione del sistema italiano di pianificazione urbanistica: la flessibilità come risposta alla complessità delle regole - 4. La flessibilità nel tempo: piani a scadenza e piani ad efficacia prolungata - 5. La flessibilità nei procedimenti di revisione del piano - 6. La flessibilità nei contenuti: i piani flessibili - 7. Le deroghe - 8. Il caso della ristrutturazione in deroga del Fontego dei Tedeschi a Venezia.

## **1. La necessaria flessibilità della pianificazione territoriale**

Le ragioni per le quali il diritto urbanistico è necessariamente un diritto flessibile sono varie; alcune di carattere generale, perché intrinseche alla sua natura, altre specifiche dell'ordinamento italiano.

Conviene, per maggiore chiarezza di esposizione, elencare prima le ragioni della flessibilità, cominciando con quelle che si trovano generalmente in tutti gli ordinamenti.

Poiché l'urbanista non può avere il dono della profezia, è inutile e inopportuno fare previsioni a lungo termine: le cosiddette invarianti, intese come elementi naturali o artificiali destinati a rimanere stabili nel

\* Lo scritto riprende la relazione sul sistema italiano di pianificazione urbanistica tenuta dall'autore al Convegno sulla flessibilità della pianificazione urbanistica nei diversi Paesi europei, organizzato dall'Associazione Internazionale di Diritto Urbanistico (AIDRU) e svoltosi a Bergamo e a Brescia il 16 e 17 settembre 2022.

tempo, come pure le scelte strategiche di lungo periodo, vanno limitate a quelle veramente essenziali e di carattere generale.

Qualsiasi decisione venga adottata relativamente a una qualsiasi porzione del territorio, grande o piccola che sia, condiziona la destinazione da dare a quelle più o meno limitrofe, e viceversa. Quindi, anche un piccolo cambiamento di destinazione si ripercuote necessariamente sul contesto in cui è collocata, dando al tutto un carattere in continuo movimento.

Viviamo in una società che è rapidamente e radicalmente mutata: un tempo contadina e artigiana, poi industriale, poi ancora post-industriale e ora digitale. I cambiamenti intervenuti negli ultimi cento anni sono assai maggiori di quelli intervenuti nel corso dei precedenti venti secoli. Tale rapida evoluzione dei comportamenti obbliga anche la disciplina urbanistica a cercare di seguire le mutevoli esigenze da soddisfare e ad essere al massimo grado flessibile.

Uno dei problemi più rilevanti in Italia è rappresentato, ad esempio, dalla creazione di adeguate infrastrutture per una mobilità sostenibile. Si tratta di realizzare quella che è ormai comunemente chiamata “transizione ecologica”, in cui il dato di fatto inequivocabile è costituito dal cambiamento climatico in corso, che sta provocando importanti trasformazioni dell’ecosistema, dallo scioglimento dei ghiacciai all’innalzamento dei mari, provocando fenomeni estremi, come le ondate di calore, sempre più frequenti.

In proposito, le componenti previste dal Piano nazionale di ripresa e resilienza sono quattro e precisamente: a) un’agricoltura sostenibile; b) il maggior ricorso a fonti di energia rinnovabile; c) la efficienza energetica e la riqualificazione degli edifici; d) la tutela del territorio e delle risorse idriche.

Queste sono altrettante sfide per la pianificazione urbanistica, chiamata a diventare più dinamica e flessibile.

## **2. Le specificità del sistema italiano**

Come noto, nell’ordinamento giuridico italiano, la materia dell’urbanistica (ora chiamata “governo del territorio”) rientra tra quelle di legislazione concorrente, nelle quali la potestà legislativa spetta alle regioni, «salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato».

Naturalmente, lo Stato non ha l’autoreferenzialità, cioè il potere di stabilire in modo vincolante che una sua norma costituisce un principio

della materia. Può accadere che lo faccia, ma è comunque solo la Corte costituzionale a poter stabilire se la norma statale esprime un principio oppure no.

In difetto di una legge di principio statale, le regioni possono ugualmente legiferare, sulla base dei principi desumibili dalla normativa statale in materia. A sua volta, lo Stato può anche disciplinare direttamente il dettaglio della disciplina all'atto dell'introduzione di un nuovo principio, ma tale normativa attuativa ha carattere cedevole, nel senso che è destinata a rimanere in vigore solo fino a quando ciascuna singola regione non abbia provveduto ad adottare una propria legge in materia.

La legge urbanistica fondamentale rimane quella approvata nel 1942<sup>1</sup>, ma esistono almeno 22 sistemi giuridici diversi, corrispondenti alle 15 regioni a statuto ordinario, a 4 regioni autonome e alle due province autonome di Trento e Bolzano.

Conseguentemente, si può anche dire che la disciplina è flessibile in senso non solo temporale, ma anche in senso spaziale, perché diversificata da regione a regione. Diversi, infatti, sono i piani urbanistici previsti dalle leggi regionali e diverso è il loro contenuto. In ogni regione, tuttavia, sono previsti almeno tre livelli di pianificazione: quello sovracomunale, costituito dal piano regionale o provinciale di coordinamento; quello comunale generale, riferito all'intero territorio del comune; quello attuativo o particolareggiato, dedicato all'attuazione delle scelte del piano generale all'interno di singole zone del territorio comunale.

Tra i livelli di pianificazione esiste un rapporto di subordinazione gerarchica, in base al quale il piano di livello inferiore non può derogare, ma deve rispettare ed attuare le previsioni del piano di livello superiore.

L'uniformità della pianificazione comunale è al momento garantita dagli standard minimi fissati dal legislatore statale nel 1968<sup>2</sup>, che la Corte costituzionale ha qualificato in più occasioni come inderogabili<sup>3</sup>. Essi riguardano prevalentemente i limiti di edificabilità massimi consentiti nelle diverse zone in cui si divide il territorio comunale (A. centro storico,

<sup>1</sup> Legge 17 agosto 1942, n. 1150.

<sup>2</sup> Con il decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, recante limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della L. 6 agosto 1967, n. 765.

<sup>3</sup> In tal senso, ad esempio, si vedano le sentenze nn. 252 del 2005, 173 del 2011, 114 del 2012 e 6 del 2013.

B. zona residenziale di completamento, C. zona residenziale di espansione, D. zona produttiva, E. zona agricola, F. zona per servizi e attrezzature pubbliche) ovvero i limiti di altezza e di distanza che gli edifici devono osservare tra loro e dalle strade. Tali standard rappresentano, dunque, un elemento di rigidità del sistema di pianificazione comunale.

Maggiore uniformità, rispetto alle diverse discipline regionali, è assicurata nell'applicazione delle regole del piano, vale a dire nella materia edilizia, che rientra, insieme all'urbanistica, nella più ampia materia del governo del territorio.

L'autorità comunale, infatti, può autorizzare soltanto gli interventi edilizi conformi alle previsioni dei piani urbanistici; e i procedimenti volti al rilascio dei titoli edilizi sono quelli (e solo quelli) individuati tassativamente dalla legge statale. Così invero ha stabilito la Corte costituzionale, dichiarando illegittime le leggi regionali che avevano creato un proprio autonomo sistema di titoli edilizi, contrastante con quello statale, sull'erroneo presupposto, sconfessato dalla stessa Corte, che la riforma costituzionale del 2001<sup>4</sup> avesse attribuito l'urbanistica alla potestà legislativa concorrente di Stato e regioni e l'edilizia alla potestà legislativa esclusiva di queste ultime<sup>5</sup>.

La disciplina edilizia è, quindi, sostanzialmente conforme in tutte le regioni e in tutti i comuni della Penisola, salvi i limitati ambiti di autonomia garantiti alle regioni e ai singoli comuni dal testo unico dell'edilizia<sup>6</sup>.

Il sistema di pianificazione urbanistica non è peraltro la sola forma di pianificazione del territorio conosciuta: accanto ai piani urbanistici, infatti, esistono specifici piani settoriali, come quelli imposti dalla legge a tutela del paesaggio o del suolo<sup>7</sup>. Si parla, a questo riguardo, di tutele parallele o concorrenti.

Generalmente, questi piani hanno una dimensione regionale e prevalgono sugli strumenti urbanistici, condizionandone le scelte.

Sotto questo profilo, dunque, i piani paesaggistici o i piani di bacino per la difesa del suolo pongono delle condizioni, destinate a non mutare nel tempo (e che per questo si chiamano "invarianti") che vincolano e rendono meno flessibile la pianificazione urbanistica.

<sup>4</sup> Introdotta con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

<sup>5</sup> In tal senso, ad esempio, si vedano le sentenze 1 ottobre 2003, n. 303 e 23 novembre 2011, n. 309.

<sup>6</sup> Approvato con d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

<sup>7</sup> Il piano paesaggistico, previsto già dal 1939, è disciplinato oggi dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, mentre il piano di bacino, introdotto dalla legge 18 maggio 1983, n. 189, è disciplinato oggi dal codice dell'ambiente, approvato con d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Infine, occorre specificare che le controversie giudiziarie in materia urbanistica e in materia edilizia sono affidate in via esclusiva al giudice amministrativo<sup>8</sup>. Pertanto, in queste materie, come nella materia dei lavori pubblici o dei pubblici servizi, il giudice amministrativo non è soltanto il giudice degli interessi legittimi (vale a dire delle pretese che i privati hanno rispetto all'esercizio del potere amministrativo, affinché lo stesso sia esercitato in modo legittimo), ma è anche il giudice dei diritti soggettivi<sup>9</sup>.

Il suo controllo sul corretto esercizio del potere di pianificazione non è però tale da incidere sull'ampia discrezionalità di cui gode l'autorità pubblica, come si dirà meglio più avanti.

### **3. L'evoluzione del sistema italiano di pianificazione urbanistica: la flessibilità come risposta alla complessità delle regole**

L'evoluzione della tecnica di redazione dei piani regolatori e il già visto mutamento delle esigenze da soddisfare con gli stessi, a sua volta conseguente al passaggio da una società contadina a una società industriale e, ancora, postindustriale e attualmente digitale, ha dato luogo a piani nel tempo fortemente diversificati nella forma e nelle finalità. Tale mutamento è stato descritto classificando i piani come appartenenti a tre diverse generazioni<sup>10</sup>.

La prima generazione viene collocata tra gli anni cinquanta del secolo scorso e la prima metà del decennio successivo, in una situazione caratterizzata dalle necessità dello sviluppo post-bellico, con obiettivi di grande espansione insediativa. La strumentazione tecnica è quella dell'azzonamento e del rinvio ai piani particolareggiati per le ulteriori prescrizioni. Gli effetti sono la crescita indifferenziata delle periferie e la scarsa attenzione ai valori storico – ambientali del territorio.

La seconda generazione, che va dalla metà degli anni sessanta all'inizio degli anni ottanta, è caratterizzata dall'accresciuta attenzione per la tutela dell'ambiente. Da un lato, quindi, i piani hanno già la finalità, propria della successiva generazione, del cosiddetto contenimento del con-

<sup>8</sup> Questo accade in forza dell'art. 133 del codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>9</sup> Così prevede l'art. 103 della Costituzione.

<sup>10</sup> Cfr. P. STELLA RICHTER, *Evoluzione della legislazione urbanistica postunitaria*, in <www.pausania.it>.

sumo di suolo e, dall'altro, sono improntati a una maggiore attenzione delle zone verdi all'interno dell'abitato e alla loro sistemazione, di guisa da renderle frequentabili dagli abitanti del quartiere.

La terza generazione è quella attuale, che mira a contenere l'espansione delle città riutilizzando i siti dismessi o sottoutilizzati all'interno dell'abitato, così densificando e costruendo sul costruito, compatibilmente con il rilevante carattere storico-artistico di quasi tutti i nostri centri urbani.

C'è poi una quarta generazione, che è quella del futuro (già incominciato), caratterizzata dal passaggio dal piano al progetto, cioè ad uno strumento sempre più flessibile, perché aderente alle esigenze del momento in cui viene effettivamente attuato. Il piano redatto in maniera unilaterale dall'amministrazione si limita, perciò, alle sole scelte fondamentali, destinate a non mutare nel tempo, mentre tutto il resto è rimesso alla negoziazione tra la parte pubblica e quella privata.

L'evoluzione del sistema di pianificazione urbanistica ha visto nel tempo significativi cambiamenti.

La moltiplicazione dei livelli di pianificazione (regionale, provinciale, comunale, di zona) e la varietà dei modelli previsti dalle singole leggi regionali ha portato il sistema ad un grado di notevole complessità, che ha generato inevitabilmente due risposte: quella del progressivo ricorso alle deroghe e quella del progressivo aumento della flessibilità, sia nei contenuti che nelle procedure di revisione dei piani.

S'inizierà a parlare di questi ultimi, per passare, poi, a trattare delle deroghe vere e proprie.

#### **4. La flessibilità nel tempo: piani a scadenza e piani ad efficacia prolungata**

La misura della flessibilità dei piani è legata principalmente a tre fattori: la durata nel tempo (quanto più lunga è la durata del piano, tanto più il piano deve essere flessibile), la complessità del procedimento di revisione (quanto più è complessa la procedura di revisione del piano, tanto più il piano dev'essere flessibile), il contenuto (quanto più il piano è dettagliato, tanto più esso diventa uno strumento rigido e poco flessibile).

Parleremo, innanzi tutto del tempo, ponendoci la seguente domanda: quando scadono, se scadono, le previsioni di un piano?

Non esiste, in Italia, una regola generale sulla durata dei piani urbanistici.

Nella legge urbanistica fondamentale del 1942 era sancito il principio che essi dovessero valere a tempo indeterminato. Non era cioè previsto un obbligo di revisione periodica dei loro contenuti.

I soli piani per i quali la legge prevedesse in modo esplicito un limite di efficacia (di dieci anni) erano i piani di terzo livello, vale a dire i piani attuativi del piano regolatore generale del comune.

Le cose sono cambiate in modo rilevante negli anni sessanta, quando la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge urbanistica, per violazione dell'art. 42 della Costituzione, nella parte in cui essa consentiva che il piano regolatore comunale potesse apporre dei vincoli di inedificabilità a tempo indeterminato su beni privati, aventi un contenuto sostanzialmente espropriativo, senza prevedere alcun indennizzo<sup>11</sup>.

Era ed è tuttora convinzione della Corte, infatti, che il diritto di costruire (*ius aedificandi*) rappresenti una facoltà insita nel diritto di proprietà e che, in base all'art. 42 della Costituzione, tale diritto possa essere legittimamente limitato, anche senza il pagamento di un indennizzo, attraverso la legge o il piano. Ma che l'autorità non possa impedire a tempo indeterminato e senza indennizzo l'edificazione di specifiche aree private, collocate all'interno di contesti altrimenti edificabili, solo nella prospettiva che queste aree potranno in futuro servire per realizzare opere o servizi pubblici ed essere per questo espropriate. In questo senso, il piano urbanistico può anche prenotare l'espropriazione di aree private necessarie per realizzare opere di pubblico interesse, ma l'espropriazione deve intervenire entro cinque anni dall'approvazione del piano, altrimenti il vincolo espropriativo decade. E se questo dovesse accadere, il comune potrà anche rinnovare per altri cinque anni il vincolo scaduto, ma esso dovrà in tal caso motivare la reiterazione del vincolo e prevedere un indennizzo a favore del proprietario, per il sacrificio che a lui viene imposto<sup>12</sup>.

Si è venuta così formando, in dottrina e giurisprudenza<sup>13</sup>, una fondamentale differenza tra i vincoli d'inedificabilità chiamati "conformativi", che non ledono il diritto di proprietà costituzionalmente garantito e possono produrre i loro effetti a tempo indeterminato, e i vincoli d'inedificabilità "espropriativi", che invece sacrificano il diritto di proprietà e

<sup>11</sup> Si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 55 e 56 del 29 maggio 1968.

<sup>12</sup> Si vedano le sentenze della Corte costituzionale 30 gennaio 1980, n. 5 e 20 maggio 1999, n. 179.

<sup>13</sup> Cfr., *ex multis*: Consiglio di Stato, sez. IV, 5 luglio 2022, n. 5609; sez. IV, 17 marzo 2022, n. 1940; sez. IV, 28 maggio 2019, n. 3466.



comportano l'obbligo dell'indennizzo, oltre ad avere una durata limitata nel tempo.

In breve, si è in presenza di un vincolo conformativo quando i limiti allo sfruttamento della proprietà nascono dalla zonizzazione dell'intero territorio comunale o di parte di esso, sì da incidere su una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione urbanistica della zona in cui i beni ricadono e in ragione delle caratteristiche intrinseche della stessa.

In questi casi, la realizzazione degli interventi consentiti dal piano può avvenire anche ad opera del privato e quest'ultimo può sfruttare economicamente l'area di sua proprietà. Solo in questo caso si può affermare che non vi sia uno svuotamento del diritto di proprietà.

Perché si possa qualificare un vincolo come espropriativo devono invece sussistere tre presupposti:

a) deve trattarsi di un'imposizione a titolo particolare incidente su beni determinati, al fine di localizzare precisamente e puntualmente un'opera pubblica, che, per natura e scopo, sia di esclusiva fruizione collettiva;

b) la realizzazione dell'intervento deve risultare incompatibile con lo sfruttamento economico della proprietà privata e, perciò, deve presupporre ineluttabilmente l'espropriazione del bene;

c) deve determinare l'inedificabilità del bene colpito e, dunque, lo svuotamento del contenuto del diritto di proprietà, incidendo sul suo godimento, tanto da rendere il bene inutilizzabile rispetto alla sua destinazione naturale, ovvero da diminuirne in modo significativo il valore di scambio.

Il problema della durata quinquennale e della conseguente scadenza dei vincoli espropriativi è stato risolto dalle leggi regionali di settore in un modo empirico.

Da un lato, numerose leggi regionali (la cui legittimità è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale), hanno introdotto una distinzione tra la componente strutturale del piano urbanistico, destinata a non mutare nel tempo e a stabilire le invarianti di lungo periodo, e la componente operativa, che indica le sole novità da introdurre nel quinquennio di durata della singola amministrazione comunale. Questa articolazione del piano comunale consente infatti di non adottare decisioni puntuali immediate e di modulare progressivamente la precettività delle scelte urbanistiche a mano a mano che maturano le condizioni favorevoli alla loro concreta realizzazione, senza che sia necessario ricorrere frequentemente alle varianti parziali.

Dall'altro lato, molti vincoli espropriativi sono stati trasformati in vincoli conformativi, eliminando il passaggio altrimenti necessario dell'espropriazione e consentendo direttamente al proprietario di realizzare, al posto dell'amministrazione, gli interventi di interesse pubblico previsti dal piano e di trarre così un vantaggio economico dallo sfruttamento della proprietà (si pensi al caso di un parcheggio pubblico, realizzato e gestito direttamente dal privato in luogo del comune).

Il meccanismo è stato affinato attraverso la perequazione urbanistica, istituto creato dalla prassi e accolto dalla giurisprudenza (che solo recentemente ha avuto un riconoscimento da parte del legislatore statale), finalizzato a correggere le inevitabili disuguaglianze create dalla pianificazione urbanistica tradizionale.

La perequazione può attuarsi con due modalità, giuridicamente molto diverse.

In una prima forma, da tempo sperimentata, la perequazione si realizza mediante una semplice concentrazione di tutta la cubatura afferente a una certa zona in una specifica sua parte, ripartendo in maniera equa tra tutti i proprietari di quella zona i vantaggi connessi all'edificazione e gli oneri da sostenere in funzione di questa, quali la realizzazione e la cessione al comune delle opere di urbanizzazione e delle opere di interesse pubblico a servizio della zona stessa. In questo modo, non è neppure necessario per il piano prevedere dei vincoli di carattere espropriativo per l'acquisizione delle aree private necessarie per realizzare le opere di interesse pubblico.

In una seconda forma, la perequazione consiste in una tecnica di scissione tra la classica attribuzione a ciascuna area di una propria destinazione e di un proprio indice di edificabilità e la distribuzione più generale di una uniforme edificabilità meramente potenziale (virtuale), avente rilevanza solamente sotto il profilo economico. Può quindi costruire sempre e soltanto chi possiede un'area a cui il piano assegna un'edificabilità effettiva, ma per evitare inutile consumo di suolo costui deve anche acquistare una quota di edificabilità virtuale da chi la possiede ma non può usarla direttamente, non essendo possessore di aree edificabili. L'ambito entro il quale attuare la concentrazione può variare da un minimo, costituito dal singolo isolato, fino a un massimo, rappresentato dall'intero territorio comunale. Nel primo caso si parla di una perequazione parziale, o di comparto; nel secondo di perequazione (più o meno) generalizzata.

## 5. La flessibilità nei procedimenti di revisione del piano

Un fattore che limita la flessibilità delle scelte urbanistiche è indubbiamente rappresentato dalla complessità delle procedure di revisione e di adeguamento degli strumenti urbanistici.

Basti dire che la durata temporale media del procedimento di revisione del piano regolatore generale del comune era giunta a toccare addirittura sette anni: un tempo evidentemente eccessivo e incompatibile con il tempestivo adeguamento del piano alle mutevoli esigenze della società, tenuto anche conto della eccezionale importanza che ha assunto il fattore “tempo” nella vita contemporanea.

La legge urbanistica fondamentale del 1942 non prevede regole particolari per le varianti agli strumenti urbanistici esistenti. Il procedimento è lo stesso che essa delinea per l'approvazione del primo piano. Ed è generalmente scandito in quattro fasi, che incidono anche sulla sua durata: 1. la stesura del progetto di piano, eventualmente preceduta da una fase di consultazione pubblica; 2. l'adozione del piano da parte dell'autorità territoriale competente; 3. la pubblicazione del piano adottato per un certo periodo, con la possibilità per chiunque di prenderne visione e di presentare le proprie osservazioni; 4. l'approvazione definitiva del piano, con l'eventuale accoglimento o rigetto delle osservazioni presentate.

La partecipazione dei privati alla formazione del piano può in effetti rallentare l'iter di approvazione, ma è generalmente limitata alla presentazione di osservazioni, che l'amministrazione può anche respingere senza fornire una specifica motivazione<sup>14</sup>. Secondo la giurisprudenza, infatti, le osservazioni sono dei meri apporti collaborativi, che il privato offre per il miglioramento dei contenuti del piano e non anche per tutelare una propria posizione soggettiva individuale<sup>15</sup>. La fase di partecipazione

<sup>14</sup> Sul tema ci si permette di rinviare a A. CALEGARI, *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nel procedimento di formazione del p.r.g.*, in «Rivista giuridica di urbanistica», 2006, 157.

<sup>15</sup> Secondo un consolidato orientamento, ribadito anche di recente dal Consiglio di Stato (sez. IV, 2 gennaio 2023, n. 21), in materia di pianificazione territoriale, il Comune non ha un obbligo di risposta specifica alle osservazioni presentate dai privati nel corso del procedimento di approvazione dello strumento urbanistico generale, perché queste non costituiscono un rimedio giuridico, ma un apporto collaborativo, con conseguente assenza in capo all'amministrazione a ciò competente di un obbligo puntuale di motivazione, oltre a quella evincibile dai criteri desunti dalla relazione illustrativa del piano stesso in ordine alle proprie scelte discrezionali assunte per la destinazione delle singole aree. Pertanto, seppure l'amministrazione sia tenuta ad esaminare le osservazioni pervenute, non può essere obbligata ad una analitica confutazione di ciascuna di esse.

dei soggetti privati non può, quindi, rappresentare un serio ostacolo alla celerità del procedimento.

Fanno eccezione le osservazioni presentate ai piani attuativi di terzo livello, perché tali piani incidono in maniera diretta sulle singole proprietà e fondano il potere espropriativo del comune, cosicché la legge consente, in questo caso, ai privati di proporre opposizione e attribuisce loro il diritto di avere una motivata risposta dal comune.

La procedura di formazione dei piani urbanistici può essere invece rallentata dalla necessità di svolgere *in itinere* la valutazione ambientale strategica, che è imposta per tutti i piani e programmi dalla Direttiva 2001/42/CE. Generalmente, tale valutazione è compiuta tra la fase di adozione e approvazione del piano. E la sua mancanza può determinare l'annullamento del piano da parte del giudice amministrativo.

In realtà, per evitare una inutile duplicazione degli stessi adempimenti, la valutazione ambientale strategica non è di norma necessaria per i piani attuativi e per quei piani che si limitino ad attuare e a specificare nel dettaglio le previsioni di uno strumento superiore, per il quale la valutazione di incidenza ambientale sia già stata effettuata. In ciò può, dunque, ravvisarsi una forma di effettiva e concreta semplificazione della procedura.

Ma le vere forme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti di pianificazione sono altre e sono generalmente connesse all'esigenza di realizzare opere pubbliche o di rilevante interesse pubblico non previste dai piani in vigore.

Al fine di consentire l'inserimento di tali opere all'interno della pianificazione urbanistica, il legislatore nazionale è infatti intervenuto a più riprese, semplificando e velocizzando le procedure di variante urbanistica, fino al punto di prevedere delle "varianti automatiche" o implicite allo strumento urbanistico, collegate all'approvazione di uno specifico progetto, dotato di un sufficiente grado di specificazione.

L'espressione "variante automatica" è peraltro un retaggio alla cultura della legalità formale, perché consente di affermare che l'opera autorizzata non viene realizzata in difformità o in deroga al piano, ma può considerarsi ad esso conforme. La verità è che, in questo caso, non è l'opera a conformarsi al piano, ma è il piano urbanistico ad adeguarsi all'opera, nel momento in cui l'approvazione del progetto dell'opera modifica in modo automatico lo strumento urbanistico.

Il principio fu introdotto in via generale per le opere di interesse statale nel 1977<sup>16</sup> e generalizzato per tutte le opere pubbliche nel 1978<sup>17</sup>. Oggi questa regola è prevista dall'art. 19 del testo unico sulle espropriazioni<sup>18</sup>, in forza del quale l'approvazione da parte del consiglio comunale del progetto preliminare o definitivo di un'opera pubblica non prevista dallo strumento urbanistico equivale ad adozione della corrispondente variante al piano.

Oggi esistono svariate ipotesi, contemplate da altrettante leggi speciali, di varianti automatiche alla pianificazione urbanistica conseguenti all'approvazione di progetti di opere pubbliche o private.

Ci sono quelle collegate al rilascio delle autorizzazioni uniche ambientali<sup>19</sup>, ai sensi del decreto legislativo n. 152 del 2006 (cfr.: art. 27-*bis* in generale; art. 208 per gli impianti di smaltimento e recupero di rifiuti; l'art. 237-*octies* per gli impianti di incenerimento e coincenerimento dei rifiuti)<sup>20</sup>; quelle collegate alla bonifica di siti inquinati (cfr. art. 242 e art. 252 dello stesso decreto n. 152)<sup>21</sup>; quelle collegate alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili (art. 12 del decreto legislativo n. 387 del 2003)<sup>22</sup>; quelle

<sup>16</sup> Con il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, art. 81. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2830; sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1130.

<sup>17</sup> Con la legge 3 gennaio 1978, n. 1, art. 1. Sul tema v. Cons. Stato, sez. IV, 11 dicembre 2001, n. 6343; T.A.R. Lazio, 8 ottobre 2001, n. 8271; Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2001, n. 5189.

<sup>18</sup> Approvato con d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327. In argomento v. Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2229.

<sup>19</sup> Si vedano i contributi di E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la Via e i procedimenti unificati*, in «Rivista giuridica dell'edilizia», n. 5/2018, 353 sgg.; V. VITIELLO, *Autorizzazione Unica Ambientale e conformità alla disciplina urbanistica dell'impianto*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», n. 3/2015, 462 sgg.; E. SCHNEIDER, *AUA: linee guida operative*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 5/2014, 454 sgg.; G. SABATO, *L'autorizzazione unica ambientale e la semplificazione degli adempimenti*, ivi, n. 11/2013, 1027 sgg.

<sup>20</sup> Si veda, in particolare, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 22 aprile 2021, n. 1031, sulla circostanza che l'effetto di variante allo strumento urbanistico si produce anche in caso di parere negativo del comune interessato.

<sup>21</sup> Si vedano, in dottrina, A. L. DE CESARIS, *Bonifica dei siti contaminati*, in S. Nespor, A. L. De Cesaris (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 2009, 670 sgg.; E. PARISI, *La bonifica di siti inquinati: l'illusione della semplificazione amministrativa*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», n. 3/2020, 523 sgg.

<sup>22</sup> Si vedano in proposito: Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2022, n. 2368; sez. V, 29 aprile 2020, n. 2724. In dottrina, si veda G. BUCCI, *Regimi abilitativi degli impianti da fonti rinnovabili: il "punto" sulla giurisprudenza costituzionale più recente*, in <www.ambientediritto.it>, n. 1/2022; L. DI GIOVANNI, *Le criticità legate al perseguimento congiunto degli interessi alla tutela del paesaggio e allo sviluppo delle energie rinnovabili*, in «Diritto e processo ammini-

relative alle opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto, previste dall'art. 44 e dall'allegato IV, nonché dagli articoli 48-bis e 53-bis del decreto legge n. 77 del 31 maggio 2021<sup>23</sup>, che sono state finanziate nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) colle risorse europee derivanti dal piano post pandemia Next Generation EU<sup>24</sup>; quelle da realizzare all'interno delle zone economiche speciali (ZES) localizzate nella parte meridionale della Penisola, ai sensi del decreto legge n. 91 del 2017<sup>25</sup>; quelle connesse all'inserimento nel piano delle alienazioni dell'ente proprietario di beni immobili di proprietà di regioni, comuni ed altri enti locali, comportanti variante urbanistica in forza dell'art. 58 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112<sup>26</sup>.

La normativa interna è flessibile anche da un altro punto di vista: quello della grande facilitazione ad approvare varianti al piano regolatore. A tal fine, sono state soppresse fin dagli anni '70 del secolo scorso le autorizzazioni preventive una volta in vigore, si è ammesso che le varianti meno impattanti possano essere approvate dal comune senza necessità della successiva approvazione regionale o che questa si intenda consegu-

strativo», n. 2-3/2015, 541 sgg.; S. AMATO, *Gli accordi preordinati al rilascio dell'autorizzazione unica per la realizzazione di impianti di produzione di energie rinnovabili*, in «Rivista giuridica dell'edilizia», n. 5/2014, 225 sgg.; P. M. VIPIANA, *La disciplina delle energie rinnovabili: modelli procedurali a confronto*, in «Quaderni regionali», n. 2/2011, 465 sgg.; C. VIVANI, *L'autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione dell'energia elettrica*, in «Urbanistica e appalti», n. 12/2009, pp. 1420 sgg.

<sup>23</sup> Sui contenuti del decreto semplificazioni 2021, si veda C. DI MARZIO, *Il decreto semplificazioni 2021. "Governance" del Piano nazionale di rilancio e resilienza (PNRR)*, in «Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana», n. 3-4/2021, 117 sgg.; P. MARZARO, *Gli interessi paesaggistico-culturali nelle decisioni ambientali pluristrutturate di cui al d.lgs. n. 152/2006*, in «Rivista giuridica di urbanistica», 4/2021, 811 sgg.

<sup>24</sup> Si occupa dell'argomento, in dottrina, L.R. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in «Urbanistica e appalti», n. 4/2022, 452.

<sup>25</sup> Sul tema delle zone economiche speciali, si veda C. CIPOLLINI, *Le zone economiche speciali: inquadramento sistematico e profili sostanziali*, in «Diritto e pratica tributaria internazionale», n. 1/2020, 81 sgg.; M. MENICUCCI, *Le zone economiche speciali (ZES)... due anni dopo*, in «Rivista del Diritto della Navigazione», n. 1/2020, 353 ss.; P. MARZANO, *L'istituzione delle Zone Economiche Speciali. Una prima analisi delle norme di attuazione*, in «Rivista giuridica del Mezzogiorno», n. 1/2018, 133 sgg.

<sup>26</sup> Salvo quanto precisato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 340 del 2009 a proposito del necessario coinvolgimento delle regioni. Sul punto, si veda il contributo di P. MARZARO, *La semplificazione nei procedimenti di variante degli strumenti di pianificazione territoriale e degli strumenti urbanistici in sede di dismissione e alienazione del patrimonio immobiliare; i Piani delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari e i Programmi unitari di valorizzazione*, in «Rivista giuridica di urbanistica», n. 4/2012, 648 sgg.

ta per silenzio assenso dopo un certo lasso di tempo dalla trasmissione degli atti dal comune alla regione.

Si è persino ammesso che le leggi regionali possano contemplare casi nei quali l'approvazione del piano attuativo possa comportare, entro certi limiti, una variante o una deroga al piano regolatore generale, in contraddizione con il principio generale sopra ricordato, secondo il quale le norme e le previsioni dello strumento di livello superiore vincolano e condizionano quelle del piano di livello inferiore.

Certo, sarebbe assai utile avere una disciplina stabile, sulla quale poter costruire programmi sociali ed economici anche di lunga durata, ma ciò è impossibile per le ragioni già viste. Sarebbe pertanto inutile ingessare il sistema e non consentire con una certa libertà che i piani in vigore possano essere modificati, all'occorrenza, anche dai piani di livello inferiore.

Fin dalla riforma della legge comunale e provinciale del 1990<sup>27</sup>, infine, si è previsto che le pubbliche amministrazioni possano concludere degli accordi, chiamati accordi di programma, per la realizzazione di opere pubbliche in variante allo strumento urbanistico comunale. In questo caso, è necessario che al procedimento partecipino almeno i rappresentanti del comune e della regione e che l'accordo raggiunto col loro consenso sia poi ratificato dal consiglio comunale<sup>28</sup>.

Anche ai privati è consentito concludere con il comune degli accordi che prevedano la modifica dello strumento urbanistico. A tal fine, se sussiste e viene dimostrata l'esistenza di un interesse pubblico e se non vengono pregiudicati i diritti di altri soggetti, la parte pubblica e quella privata possono concludere per iscritto un accordo, che determina il contenuto della successiva variante urbanistica in senso favorevole al privato e non contrario alla salvaguardia dell'interesse pubblico. In cambio, il comune riceve dal privato la cessione di aree o beni funzionali a soddisfare un interesse pubblico o la realizzazione di opere pubbliche o un rilevante contributo in denaro, finalizzato alla costruzione di opere pubbliche.

La possibilità di concludere accordi di questo tipo è stata a lungo discussa, perché sembrerebbe esclusa dall'art. 13 della legge generale sul

<sup>27</sup> Legge 8 giugno 1990, n. 142, art. 27. Si vedano i contributi di M. CARLUCCI, A. DI LEO, E. SCOTTI, M. URBANI, *È superabile il dissenso del Comune in materia di accordi di programma in variante agli strumenti urbanistici?*, ne «Il Foro napoletano», n. 2/2014, 629 sgg.; R. DAMONTE, *Accordi di programma e pianificazione urbanistica*, in «Rivista giuridica dell'edilizia», n. 1/2003, 217 sgg.; S. CIMINI, *La concertazione amministrativa: note sugli accordi di programma*, in «Il Diritto della Regione», n. 4-5/1999, 647 sgg.

<sup>28</sup> V. Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 259.

procedimento amministrativo<sup>29</sup>, ma molte altre leggi statali e regionali, come pure la prassi giurisprudenziale e amministrativa ammettono oggi pacificamente che questo possa avvenire. A riprova di ciò, basti considerare che l'art. 16 del testo unico dell'edilizia<sup>30</sup> prevede che, in questo caso, il privato debba corrispondere al comune un contributo straordinario, in denaro o in opere, per un valore equivalente, di norma, alla metà del plusvalore conseguito dall'area di sua proprietà grazie alla variante concordata.

La possibilità di concordare modifiche allo strumento urbanistico solleva l'interrogativo se i privati possano anche assumere l'iniziativa per provocare una modifica dello strumento urbanistico vigente o se questo potere sia riservato alla pubblica amministrazione.

In realtà, nulla vieta che il privato possa sollecitare l'esercizio del potere di pianificazione, anche al fine di superare delle scelte obsolete e non più adeguate alle esigenze della mutata realtà di fatto o ai bisogni della produzione. E che lo possa fare proponendo forme di accordo come quelle appena viste. Ma è chiaro che l'amministrazione non ha un vero e proprio obbligo di provvedere sulle stesse. Essa, dunque, potrebbe legittimamente anche non rispondere alla sollecitazione del privato.

Il comune, invece, ha un vero e proprio obbligo di provvedere, anche su sollecitazione del proprietario, quando viene a scadere un vincolo espropriativo. In questo caso, infatti, la destinazione pubblica dell'area decade e il comune ha l'obbligo di assegnare senza ritardo alla zona una nuova destinazione urbanistica, per non lasciarla priva di indicazioni. Come detto più sopra, il comune potrebbe anche rinnovare il vincolo, fornendo un'adeguata motivazione e prevedendo un indennizzo a favore del proprietario. Ma potrebbe anche assegnare all'area una nuova destinazione.

In caso di inerzia, peraltro, il proprietario potrebbe diffidare il comune a provvedere e, qualora esso non adottasse alcuna decisione, potrebbe rivolgersi al giudice amministrativo affinché obblighi il comune a provvedere o nomini un commissario straordinario che provveda al suo posto<sup>31</sup>.

Risulta chiaro da questo pur breve quadro riassuntivo che le procedure di formazione o variante degli strumenti urbanistici possono essere molto diverse, in ragione delle situazioni considerate e delle leggi re-

<sup>29</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>30</sup> Il già citato d.P.R. n. 380 del 2001.

<sup>31</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2022, n. 8805; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 16 giugno 2022, n. 982; Cons. Stato, ad. plen., n. 7/1984.



gionali applicabili. Esistono, in particolare, delle procedure di variante semplificata o addirittura automatica, che consentono di contenere gli adempimenti e i tempi del procedimento, riducendo però, nei fatti, anche le garanzie di una vera partecipazione dei soggetti potenzialmente interessati, ai quali non resterebbe che il rimedio del ricorso al giudice contro la decisione finale.

Va sottolineato che l'esistenza di discipline anche molto differenti tra regione e regione deve essere considerata positivamente (naturalmente nel rispetto sempre dei principi desumibili dalla normativa statale e della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociale che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», riservata dall'art. 117, comma 2, lett. m, della Costituzione alla legge statale).

Le situazioni locali, dal punto di vista sia della natura dei luoghi che dello stato socio-economico, sono nella nostra penisola molto diverse tra loro senza contare la particolarità delle due isole maggiori, Sicilia e Sardegna. Solo per fare degli esempi: la Penisola e la Sicilia sono in ogni loro parte zone sismiche, mentre la Sardegna non lo è affatto; l'Italia è stato oggetto di invasioni e occupazioni protratte nel tempo da parte di Spagnoli, Francesi, Germani, Arabi, Normanni, Libici, Greci e ciascuna di tali popolazioni ha lasciato segni indelebili nell'arte, nei costumi, nelle tradizioni, financo nei caratteri fisici della popolazione.

Diventa perciò quasi impossibile ridurre la naturale complessità italiana attraverso un'eccessiva semplificazione uniformatrice, mentre la risposta alla complessità e alla diversità delle singole realtà che compongono la Nazione potrebbe venire proprio dalla flessibilità dei contenuti dei piani e delle procedure amministrative che li riguardano.

## **6. La flessibilità nei contenuti: i piani flessibili**

Abbiamo finora parlato di flessibilità nel tempo, nello spazio e nelle procedure. Rimane ancora da affrontare la flessibilità nei contenuti della pianificazione urbanistica.

Esistono piani flessibili, il cui contenuto possa essere adattato alle situazioni, senza passare attraverso una normale (lunga e costosa) procedura di variante o di deroga?

Iniziamo col dire che, secondo la legge dello Stato italiano, il contenuto dei piani territoriali e urbanistici è rimesso alla piena discrezionalità della pubblica amministrazione. Ne deriva un'ampia libertà di scelta in

capo all'amministrazione, che consente di affermare l'esistenza di un alto grado di flessibilità della materia.

La flessibilità esercitata al momento della scelta urbanistica, tuttavia, si traduce in una disciplina di piano piuttosto rigida, che riduce i margini di discrezionalità rimessi ai soggetti chiamati ad attuare le previsioni del piano, rendendo l'esame dei progetti edilizi un'attività tendenzialmente vincolata, volta a verificare la mera conformità al piano urbanistico dell'intervento edilizio proposto.

Ebbene, l'ampia discrezionalità di cui gode il pianificatore si riflette anche sui ridotti poteri di intervento del giudice amministrativo, chiamato a valutare la legittimità degli strumenti urbanistici, in caso di ricorso. Come si dirà più avanti, infatti, il giudice non può sostituire la sua valutazione a quella dell'amministrazione, ma può soltanto verificare se la scelta compiuta da quest'ultima rispetta i vincoli posti dalla legge, i canoni della ragionevolezza e proporzionalità, se essa è conseguenza di un'istruttoria completa e deriva da una corretta rappresentazione della situazione di fatto.

Fermi restando questi principi, si tratta ora di capire quali limiti possa incontrare la pubblica amministrazione quando esercita il potere di pianificazione urbanistica.

I limiti in questione possono essere di carattere sostanziale o procedimentale.

Nella prima categoria possiamo far rientrare le limitazioni che derivano da vincoli legislativi (come quelli riguardanti gli standard urbanistici fissati dal decreto ministeriale n. 1444 del 1968) o dalle prescrizioni non derogabili dei piani di livello superiore (ad esempio, un vincolo imposto dal piano regionale, che il piano comunale è obbligato a recepire) o dalle emergenze di fatto (il piano non potrebbe ignorare, ad esempio, l'esistenza di un bosco pregiato da tutelare o il carattere pericoloso di una zona franosa, consentendo di costruirci sopra).

È chiaro che limiti di questo tipo condizionano in modo significativo le decisioni dell'amministrazione e rappresentano un limite alla discrezionalità delle scelte e alla conseguente flessibilità del piano.

Nella seconda categoria di limiti possiamo, invece, far rientrare obblighi di carattere procedurale, che l'amministrazione pubblica è tenuta a rispettare per assumere una decisione legittima (come quando, ad esempio, è tenuta a sottoporre il piano a valutazione ambientale strategica, o è obbligata ad acquisire il parere di un'altra autorità, o ancora è obbligata a motivare in maniera puntuale una sua scelta o a giustificare il rigetto di

un'opposizione presentata da un proprietario insoddisfatto del contenuto di un piano attuativo).

La giurisprudenza<sup>32</sup> ha invero individuato alcune ipotesi nelle quali, in via eccezionale, le scelte urbanistiche, pur restando libere, devono essere motivate. Questo accade, in particolare:

- a) quando il comune intende reiterare un vincolo espropriativo decaduto;
- b) quando sussiste in capo al privato un affidamento qualificato, perché ad esempio: egli ha concluso un accordo con l'amministrazione o firmato una convenzione di lottizzazione; ha ottenuto una sentenza del giudice che ha annullato un diniego di permesso edilizio ovvero ha dichiarato l'illegittimità dell'inerzia del comune a seguito della richiesta di un permesso edilizio<sup>33</sup>;
- c) quando la variante al piano ha carattere puntuale, riguardando una specifica area;
- d) quando il piano preveda un sovradimensionamento degli spazi destinati a servizi pubblici, superando gli standard minimi imposti dal decreto ministeriale n. 1444 del 1968;
- e) quando il piano classifica come zona agricola un'area di limitate dimensioni, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo;
- f) quando il pianificatore abbia preso in particolare considerazione una determinata area mediante approvazione di uno specifico progetto urbanistico o edilizio di cui la successiva variante non tenga conto senza una plausibile motivazione.

Al di fuori di questi casi, invece, l'amministrazione ha la più ampia discrezionalità nell'individuare le scelte ritenute idonee per disciplinare l'uso del proprio territorio (e anche nel rivedere le proprie, precedenti previsioni urbanistiche), valutando gli interessi in gioco e il fine pubblico;

<sup>32</sup> Si vedano sul tema: Cons. Stato., IV, sez. 25/01/2023, n. 856; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 8 settembre 2022, n. 1975; Cons. Stato, sez. II, 8 settembre 2021, n. 6234; Cons. Stato, sez. II, 2 dicembre 2020, n. 7636; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 26 luglio 2022, n. 744; TAR Toscana, sez. I, 29 novembre 2022, n. 723; TAR Sardegna, sez. I, 18 ottobre 2022, n. 679; Cons. Stato, ad. plen., n. 24/1999.

<sup>33</sup> In mancanza di tali eventi, non è configurabile un'aspettativa qualificata ad una destinazione edificatoria non peggiorativa di quella pregressa, ma solo un'aspettativa generica, analoga a quella di qualunque altro proprietario di aree che aspiri all'utilizzazione più proficua dell'immobile. Siffatta posizione è cedevole rispetto alle scelte urbanistiche dell'amministrazione: sicché non può essere invocato il difetto di motivazione, in quanto si porrebbe in contrasto con la natura generale dell'atto e i criteri di ordine tecnico seguiti per la redazione del piano.

senza che sia necessario fornire una motivazione specifica, in relazione alle singole scelte urbanistiche

Un altro limite per la pianificazione urbanistica è rappresentato dal rispetto del c.d. “contenuto minimo del diritto di proprietà”<sup>34</sup>. Il principio deriva dalla giurisprudenza costituzionale<sup>35</sup> ed è stato recepito dall’art. 3-*bis* del testo unico dell’edilizia: in forza di tale principio, il piano non può impedire che gli edifici esistenti, costruiti in modo legittimo, conservino la loro destinazione d’uso e possano essere mantenuti e conservati, anche quando ricadono all’interno di una zona che il piano ha destinato ad altri usi, incompatibili con la destinazione in atto nel fabbricato.

Diciamo poi che, in forza dell’art. 23-*ter* del testo unico dell’edilizia, il proprietario può modificare liberamente l’uso del proprio edificio all’interno delle categorie ammesse dal piano e dalla legge, senza che ciò rappresenti un intervento urbanisticamente rilevante, che richieda un preventivo assenso dell’amministrazione<sup>36</sup>.

Accanto alla flessibilità delle scelte, intesa come ampiezza della discrezionalità delle decisioni riservate all’amministrazione, esiste anche una flessibilità legata ai diversi contenuti propri di ciascun livello di pianificazione.

Nella vasta gerarchia dei piani, infatti, si distinguono i piani di coordinamento, contenenti direttive e indirizzi, solo parzialmente vincolanti per i soggetti privati, dai piani immediatamente operativi, che contengono prescrizioni, divieti e vincoli, direttamente efficaci nei confronti dei proprietari.

Alla prima categoria appartengono i piani regionali e provinciali, le cui direttive sono rivolte ai comuni e devono essere da questi ultimi sviluppate all’interno dei piani comunali. Non essendo le direttive di questi piani sovracomunali rivolte ai privati, essi non hanno neppure l’onere di impugnarle, poiché le stesse non sono lesive dei loro interessi.

Le direttive dei piani di area vasta possono essere variamente recepite dagli strumenti urbanistici comunali, i quali hanno pertanto un certo margine di scelta. Ciò rende le previsioni dei piani di coordinamento regionali e provinciali abbastanza flessibili.

<sup>34</sup> Ci si permette di rinviare, sul tema, all’opera di P. MARZARO GAMBA, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti*, I, Cedam, Padova, 2002.

<sup>35</sup> La norma recepisce l’insegnamento espresso dalla Corte costituzionale nelle sentenze 29 dicembre 1995, n. 529 e 23 giugno 2000, n. 238, sulle quali si sofferma con interessanti considerazioni P. MARZARO GAMBA, *op. cit.*, 31 sgg.

<sup>36</sup> Si vedano sul tema: Cons. Stato, sez. VII, 13 dicembre 2022, n. 10908; sez. VI, 7 ottobre 2022, n. 8613; sez. VI, 26 settembre 2022, n. 8256; sez. VI, 27 luglio 2022, n. 660.

Alla seconda categoria, invece, appartengono i piani comunali, le cui previsioni sono vincolanti e direttamente lesive per i privati, che hanno perciò l'onere di impugnarle, nel caso siano penalizzanti. Qui la flessibilità nei contenuti del piano è certamente ridotta e l'amministrazione ha poca discrezionalità nell'applicazione delle previsioni contenute nel piano stesso.

Si è già detto, a questo riguardo, che diverse regioni hanno previsto nelle loro leggi una divisione del piano regolatore comunale in due parti distinte, ancorché coordinate: un piano strutturale, destinato a contenere le grandi scelte pianificatorie del territorio mediante la creazione delle varie zone (abitative, produttive, direzionali, agricole, ecc.) e ad avere una durata a tempo indeterminato; e un piano operativo, destinato a prevedere le trasformazioni attuabili nel quinquennio di durata della carica del Sindaco (detto, per tal motivo, anche "piano del Sindaco").

L'utilità della descritta impostazione è evidente: la parte strutturale del piano, in quanto destinata a durare nel tempo, dev'essere più flessibile; mentre la parte operativa, di durata temporale limitata, può essere a tal punto rigida da prevedere anche i vincoli espropriativi di cui si è parlato più sopra.

## 7. Le deroghe

Una particolare forma di flessibilità è quella che consegue alla possibilità di approvare singoli progetti edilizi in deroga ai piani urbanistici<sup>37</sup>.

Qui la flessibilità non risiede nel piano, ma risiede addirittura nella legge; la quale, derogando al principio generale secondo cui non possono essere autorizzati progetti che non siano conformi alle previsioni dello strumento urbanistico, consente in via eccezionale che sia permessa un'attività edilizia contrastante con il piano.

La particolarità del caso qui esaminato risiede nel fatto che il piano urbanistico rimane invariato e non viene modificato in funzione dell'opera da realizzare, ma viene solo temporaneamente disapplicato, limitatamente al caso particolare, per consentire di realizzare un'opera che esso non permetterebbe altrimenti di costruire.

L'ipotesi, dunque, si discosta da quelle prese in esame più sopra, nelle quali l'approvazione del progetto dell'opera comporta anche una variante

<sup>37</sup> Sul tema delle deroghe, in generale, v. D. ZANELLI, *Regimi di "derogatio" della pianificazione urbanistica tra esigenze rigenerative ed evoluzioni di sistema del governo del territorio*, in «Rivista giuridica di urbanistica», 2/2021, 337.

automatica di adeguamento del piano all'opera stessa. Rientrano, come detto, in questa categoria tutti quegli interventi di pubblica utilità, non previsti dal piano, che vengono decisi mediante procedure di approvazione straordinarie, che producono anche l'effetto secondario di modificare lo strumento urbanistico.

Accanto agli esempi testé ricordati, merita di essere qui menzionato il caso dello sportello unico per le attività produttive. Il decreto legislativo n. 160 del 2010 stabilisce, infatti, che laddove lo strumento urbanistico non preveda aree idonee o sufficienti per ospitare nel territorio comunale nuove attività produttive o ampliamenti di attività produttive esistenti, purché le stesse siano rispettose delle norme ambientali, si possa ovviare all'inconveniente, convocando una conferenza di servizi a cui devono partecipare non solo tutte le amministrazioni competenti ad autorizzare il progetto, ma anche i rappresentanti del comune ed eventualmente quelli della provincia o della regione, qualora spetti a tali enti il compito di approvare le modifiche allo strumento urbanistico comunale. Se in quella sede prevalesse la decisione di autorizzare l'insediamento o l'ampliamento dell'attività e la decisione fosse incompatibile con la disciplina del piano comunale vigente, il voto favorevole della conferenza, accompagnato dalla deliberazione favorevole del consiglio comunale comporterebbe variante allo strumento urbanistico<sup>38</sup>.

Naturalmente, a fronte di questo vantaggio, l'imprenditore dovrebbe impegnarsi a mantenere l'attività e l'occupazione del personale per un certo periodo e a corrispondere al comune un contributo straordinario in denaro od opere equivalenti.

Ancora, però, il meccanismo analizzato rimane quello della variante accelerata al piano urbanistico. La deroga è altra cosa e riguarda il caso in cui si autorizza qualcosa che il piano non consente, senza apportare al piano alcuna formale modifica.

La normativa italiana prevede, a questo riguardo la possibilità di rilasciare un permesso di costruire in deroga alle previsioni del piano regolatore, come alternativa a una variante o a una nuova previsione dello stesso: lo fa, innanzi tutto, per le opere pubbliche e di interesse pubblico, ma lo fa anche per gli interventi di ristrutturazione edilizia finalizzati alla rigenerazione urbana, al contenimento del consumo del suolo e di recupero sociale e urbano dell'insediamento<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Sui limiti dell'istituto v. Cons. Stato, sez. IV, 28 agosto 2020, n. 5273 e sez. IV, 19 giugno 2020, n. 3921.

<sup>39</sup> In dottrina, si sono recentemente occupati del permesso di costruire in deroga: E. Bo-

Il rilascio di tale speciale permesso presuppone una deliberazione del consiglio comunale specificamente motivata con riguardo alla prevalenza dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'intervento. Inoltre, colui che beneficia del permesso in deroga, se è un soggetto privato, deve corrispondere al comune una parte del beneficio o plusvalore ottenuto, mediante la realizzazione e la cessione di opere di pubblica utilità ovvero mediante il pagamento di un contributo finanziario straordinario. Solitamente, quindi, il rilascio di tali permessi è accompagnato dalla firma di una convenzione o di un atto d'obbligo unilaterale del privato, che garantisce di assolvere i propri obblighi nei confronti dell'amministrazione.

Il permesso di costruire in deroga è un istituto di carattere eccezionale rispetto all'ordinario titolo edilizio e rappresenta l'espressione di un potere ampiamente discrezionale, che si concretizza in una decisione di natura urbanistica, da cui trova giustificazione la necessità di una previa delibera del consiglio comunale; in particolare, in tale procedimento il consiglio comunale è chiamato ad operare una comparazione tra l'interesse pubblico al rispetto della pianificazione urbanistica e quello concorrente, pubblico e privato, alla realizzazione dell'intervento. Peraltro, come ogni altra scelta pianificatoria, la valutazione dell'interesse pubblico della realizzazione di un intervento in deroga alle previsioni dello strumento urbanistico è espressione dell'ampia discrezionalità tecnica di cui l'amministrazione dispone in materia e dalla quale discende la sua sindacabilità in sede giurisdizionale solo nei ristretti limiti costituiti dalla manifesta illogicità e dall'evidente travisamento dei fatti<sup>40</sup>.

SCOLO, *Semplificazioni e flessibilizzazioni nella disciplina dei titoli edilizi*, in «Rivista giuridica di urbanistica», 1/2022, 1, 160; E. FREDIANI, *Aree industriali dismesse e "aperture laterali": la vicenda del permesso di costruire in deroga*, in «Diritto amministrativo», 2/2019, 309; A. LICCI MARINI, *Permesso di costruire in deroga e valutazione del pubblico interesse*, in «Urbanistica e appalti», 4/2016, 463; P. LOMBARDI, *Il permesso di costruire in deroga tra interessi, uso e riuso del territorio*, in «Rivista giuridica dell'edilizia», 3/2016, 2, 249; I. TRANQUILLI, *Il permesso di costruire in deroga senza previa delibera del Consiglio Comunale*, in «Urbanistica e appalti», 2/2016, 216; P. URBANI, *Le modifiche al testo unico dell'edilizia dopo la l. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica dello strumento urbanistico generale*, in <www.giustamm.it>, 4/2015, 16; G. PAGLIARI, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dal decreto "Sblocca Italia"*, in «Rivista giuridica dell'edilizia», 6/2014, 9; E. FURLAN, *Il permesso di costruire in deroga (artt. 14 TUED e 5 d.l. n. 70 del 2011)*, in «Rivista giuridica di urbanistica», 3-4/2014, 549.

<sup>40</sup> Così si esprime Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2022, n. 616. Ma, in termini analoghi v. anche: Cons. Stato, sez. II, 4 marzo 2021, n. 1839; sez. VI, 3 agosto 2020, n. 4898; sez. IV, 24 ottobre 2019, n. 7228.

Un caso molto particolare di permesso in deroga, previsto direttamente dalla legge, è quello legato alla disciplina emergenziale del «Piano casa».

Successivamente alla grave crisi del mercato immobiliare iniziata nel 2008, lo Stato centrale e le regioni hanno firmato infatti, nel 2009, un accordo in base al quale le seconde avrebbero potuto introdurre con legge misure premiali e incentivanti per rilanciare l'attività edilizia. Il premio consisteva nella possibilità di incrementare di una certa percentuale, variabile in base alla classe energetica dell'edificio e ad altri parametri, il volume o la superficie degli edifici legittimamente esistenti e di farlo in deroga alle previsioni contenute nello strumento urbanistico.

Per contenere il consumo di suolo e per favorire la rigenerazione urbana, molte regioni hanno poi trasformato queste misure straordinarie in misure di carattere ordinario, senza più alcuna scadenza temporale.

Il solo limite all'applicazione di queste misure derogatorie sarebbe rappresentato dalla impossibilità di utilizzarle per sanare edifici abusivi o di applicarli su immobili di carattere storico o in contesti vincolati per la loro particolare bellezza o importanza sotto il profilo ambientale.

Un modello molto simile a questo fu quello introdotto nel 2011 con il «decreto sviluppo»<sup>41</sup>. Anche in quel caso, invero, le regioni avrebbero potuto prevedere con legge interventi di ampliamento di edifici esistenti, ma anche interventi di recupero e cambi d'uso di edifici dismessi, in deroga allo strumento urbanistico, per favorire il recupero del patrimonio edilizio esistente e la riqualificazione urbana.

La differenza rispetto al «Piano casa» del 2009 era rappresentata dal carattere permanente della deroga e dal fatto che, ove le regioni non avessero provveduto a disciplinare la materia nel breve termine a loro assegnato, sarebbe risultata direttamente applicabile la legge dello Stato.

Per completare il quadro normativo di riferimenti, basti infine ricordare che il legislatore statale, sempre allo scopo di limitare il consumo di suolo e favorire la rigenerazione urbana e il recupero funzionale del patrimonio edilizio esistente, ha recentemente introdotto anche la figura dell'uso temporaneo, consentendo che un immobile possa essere temporaneamente utilizzato con una destinazione non consentita dal piano urbanistico, garantendo però il successivo ripristino della condizione e dell'uso precedenti, una volta cessato il periodo di uso autorizzato in deroga al piano<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> D.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106.

<sup>42</sup> L'art. 23-*quater* del testo unico dell'edilizia prevede che «Allo scopo di attivare processi



Volendo operare una distinzione tra le varie ipotesi di deroga consentite nell'ordinamento italiano, possiamo dire che esistono due tipi diversi di permesso in deroga: da un lato, quello rilasciato a seguito di una valutazione discrezionale, basata sulla ponderazione degli interessi in gioco e sulla sussistenza di un interesse pubblico prevalente, che giustifica la deroga al piano, ma richiede una specifica motivazione e il coinvolgimento del consiglio comunale, vale a dire l'organo politico a cui spettano le scelte urbanistiche nel comune; dall'altro, il permesso rilasciato in deroga al piano in assenza di qualunque valutazione discrezionale sulla meritevolezza dell'intervento, semplicemente applicando i parametri e le maggiorazioni previsti dalla legge, addirittura sulla base delle sole dichiarazioni rilasciate del progettista, che attestano la sussistenza dei presupposti per applicare la disciplina derogatoria speciale.

In questa seconda ipotesi, invero, si è addirittura dubitato che la deroga prevista dalle leggi statali e regionali, che prevale automaticamente sulla disciplina urbanistica comunale, possa costituire una lesione all'autonomia decisionale dei comuni, garantita dalla Carta costituzionale.

In ogni caso, peraltro, la concessione della deroga non implica l'esercizio, a valle del rilascio del permesso, di speciali forme di controllo amministrativo; e neppure un rafforzamento del sindacato del giudice amministrativo.

Quest'ultimo, infatti, mantiene il ruolo di custode della legalità su un piano prevalentemente formale.

In questo ambito, come in quello già visto della pianificazione, le scelte discrezionali dell'amministrazione non sono, come detto, sindacabili e annullabili dal giudice amministrativo, salvo che non siano inficiate da arbitrarità o irragionevolezza manifeste, ovvero da travisamento dei fat-

di rigenerazione urbana, di riqualificazione di aree urbane degradate, di recupero e valorizzazione di immobili e spazi urbani dismessi o in via di dismissione e favorire, nel contempo, lo sviluppo di iniziative economiche, sociali, culturali o di recupero ambientale, il comune può consentire l'utilizzazione temporanea di edifici ed aree per usi diversi da quelli previsti dal vigente strumento urbanistico». In tal caso, l'uso temporaneo è disciplinato da un'apposita convenzione che regola:

<sup>a)</sup> la durata dell'uso temporaneo e le eventuali modalità di proroga;

<sup>b)</sup> le modalità di utilizzo temporaneo degli immobili e delle aree;

<sup>c)</sup> le modalità, i costi, gli oneri e le tempistiche per il ripristino una volta giunti alla scadenza della convenzione;

<sup>d)</sup> le garanzie e le penali per eventuali inadempimenti agli obblighi convenzionali.

<sup>1</sup>n dottrina si è recentemente occupato del tema: M. SOLLINI, *L'incerta parabola della rigenerazione urbana. La disciplina degli usi temporanei tra opportunità concrete e occasioni mancate*, in «Rivista giuridica di urbanistica», 1/2022, 1, 273.

ti. Il principio, infatti, è che il giudice non possa sovrapporre la sua valutazione a quella riservata dalla legge all'amministrazione<sup>43</sup>.

## 8. Il caso della ristrutturazione in deroga del Fontego dei Tedeschi a Venezia

Pare interessante, alla fine di questo ampio *excursus*, calare nella realtà i principi sopra enunciati.

Un caso emblematico è quello che ha riguardato il recupero funzionale di un edificio storico nella città di Venezia.

Analizzeremo in breve:

- l'oggetto dell'intervento;
- le ragioni della deroga espresse nei provvedimenti amministrativi rilasciati dalle Autorità competenti;
- le sentenze del Tribunale Amministrativo Regionale e del Consiglio di Stato che hanno ritenuto legittimo l'intervento.

L'edificio interessato dall'intervento è il "Fontego dei Tedeschi", costruito all'inizio del 1500 come luogo destinato all'accoglienza e agli scambi commerciali per i mercanti provenienti dalla Germania e dal nord Europa.

La Repubblica di Venezia, infatti, dominava allora i traffici commerciali marittimi con il vicino oriente e in essa trovavano ospitalità commercianti provenienti da tutta Europa.

Non deve, quindi, stupire che tali commercianti si organizzassero in corporazioni e che queste avessero adibito a loro magazzini e sedi di rappresentanza degli interi Palazzi, come il Fontego dei Tedeschi e il Fontego dei Turchi, nel centro della città.

Il Fontego dei Tedeschi si affaccia sul Canal Grande, nei pressi del Ponte di Rialto. È un grande edificio quadrato, con un ampio cortile interno scoperto, sul quale si affacciano le logge dei vari piani. Fu pesantemente ristrutturato negli anni '30 del secolo scorso, con la sostituzione dei materiali originali e l'uso del cemento armato, per essere adibito a Ufficio centrale delle Poste. Recentemente, la funzione pubblica è stata dismessa e il Palazzo è stato venduto ad una società privata, che l'ha trasformato in un centro commerciale di lusso.

<sup>43</sup> Si veda il recente contributo di V. PARISIO, *Poteri sostitutivi del giudice amministrativo nei confronti della pubblica amministrazione, separazione dei poteri ed effettività della tutela: cenni all'ordinamento italiano*, in «Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it», n. 4/2022.

L'operazione è stata possibile perché il Comune di Venezia ha autorizzato il mutamento della destinazione d'uso dell'edificio, da pubblica a commerciale; e perché il Ministero dei Beni Culturali ha rilasciato le necessarie autorizzazioni sotto il profilo della tutela storico artistica e paesaggistica.

In particolare, il Ministero dei Beni Culturali ha autorizzato l'intervento di recupero funzionale dell'edificio, sul presupposto che, da un lato, la nuova destinazione ripristinava comunque il più antico uso commerciale dell'edificio e, dall'altro, non comprometteva le caratteristiche del monumento, visto che lo stesso era stato largamente rimaneggiato tra il 1929 e il 1939, con la trasformazione in ufficio postale.

Il Comune di Venezia, invece, ha consentito di derogare alle norme del proprio piano urbanistico, riguardanti la destinazione pubblica, le dimensioni, l'altezza e la forma della copertura dell'edificio, riconoscendo che l'intervento proposto dal privato perseguiva un rilevante interesse pubblico.

La legge italiana, infatti, consente ai comuni di rilasciare autorizzazioni edilizie in deroga per gli edifici pubblici e per gli interventi privati che rivestano comunque un interesse pubblico.

L'interesse pubblico è stato in questo caso ravvisato nel recupero e nella rivitalizzazione di un edificio inutilizzato e fortemente degradato e nella previsione di una sua fruizione da parte della collettività.

Il permesso di costruire è stato preceduto, come prevede la legge in questi casi, da un parere favorevole del consiglio comunale e dalla sottoscrizione di una convenzione.

Con questo accordo la società proprietaria del Palazzo si è obbligata a concedere al Comune di Venezia l'uso gratuito dello spazio ricavato sul tetto dell'edificio e la concessione dello spazio interno al piano terreno per almeno dieci eventi pubblici ogni anno. Si è impegnata inoltre a corrispondere al Comune la somma di sei milioni di euro. In cambio, è stata autorizzata a ricavare una superficie commerciale di 6.800 mq, ad innalzare l'ultimo piano del Palazzo e a sostituire il tetto aperto dell'edificio con una terrazza e una copertura in vetro.

La vicenda amministrativa, che ha coinvolto diverse amministrazioni, si è conclusa nel 2014.

Le autorizzazioni rilasciate dal Comune di Venezia e dal Ministero dei beni culturali sono state contestate dall'Associazione ambientalista "Italia Nostra", che ha proposto due ricorsi al Tribunale Amministrativo Regionale.

Il Tribunale ha respinto entrambe le impugnazioni con la sentenza n. 1532/2014. Questa decisione è stata poi confermata in secondo grado dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 2761/2015<sup>44</sup>.

La ricorrente sosteneva che alcuni vincoli di piano non fossero derogabili e che non potesse rispondere ad un rilevante interesse pubblico la modifica della destinazione d'uso dell'edificio da ufficio postale a centro commerciale.

Le sentenze hanno invece stabilito che la deroga concessa rientrava nei limiti dimensionali e tipologici previsti dalla legge. Hanno poi ribadito alcuni importanti principi sui presupposti della deroga in materia urbanistica e sul concetto di interesse pubblico che la giustifica.

Hanno in primo luogo chiarito che la nozione di interesse pubblico prescinde dalla natura pubblica o privata del bene, perché ha esclusivo riguardo alla "fruibilità collettiva", che può riguardare anche edifici privati e che risulta compatibile anche con una destinazione commerciale degli stessi<sup>45</sup>.

In proposito i giudici hanno detto che: «Non è necessario che l'interesse pubblico attenga al carattere pubblico dell'edificio o del suo utilizzo, ma è sufficiente che coincida con gli effetti benefici per la collettività che dalla deroga potenzialmente derivano, in una logica di ponderazione e contemperamento degli interessi emergenti nel caso di specie, esulante da considerazioni meramente finanziarie».

Il Tribunale e il Consiglio di Stato hanno ritenuto che il Comune avesse adeguatamente motivato l'esistenza di un interesse pubblico in quanto:

- l'intervento recuperava uno dei più antichi ed ampi edifici storici della "Città Antica", qualificato come bene culturale, con la riproposizione dell'originaria destinazione commerciale;
- apriva al pubblico l'intero edificio, anche per le parti rimaste inaccessibili per decenni durante l'uso dei servizi postali;
- consentiva la fruizione pubblica gratuita di ampi spazi interni al Fondaco per iniziative culturali e di promozione turistica;
- non comportava alcun onere finanziario al Comune di Venezia, procurando anzi allo stesso notevoli risorse finanziarie straordinarie;
- attivava investimenti privati ingenti, con la creazione, a regime, di nuovi posti di lavoro stimati in non meno di 400 unità;

<sup>44</sup> Vedi entrambe le decisioni in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)>.

<sup>45</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 46.

- consolidava i servizi offerti dalla “Città storica” al mercato internazionale.

Non è illogico, secondo i Giudici amministrativi, che il Comune abbia ritenuto prevalenti questi interessi sul “sacrificio” delle previsioni urbanistiche che il permesso ha consentito di derogare e che riguardavano la destinazione d’uso, i limiti dimensionali dell’edificio e le caratteristiche della sua copertura.

Questa vicenda ben esemplifica, ad avviso di chi scrive, i limiti e le potenzialità del permesso in deroga. Ma anche sottolinea il margine di opinabilità e soggettività del giudizio relativo alla sussistenza di un concreto interesse pubblico per giustificare la deroga richiesta dal privato.

Motivo in più, questo, per cercare di passare dalla logica attuale e perdente della deroga ai piani alla cultura, auspicabilmente vincente nel futuro, della semplificazione e della flessibilità nei processi di pianificazione.

# **Il Rapporto PASFID nella prospettiva degli obblighi internazionali ed europei dell'Italia**

*Bernardo Cortese*

*Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea*

SOMMARIO: 1. Uno strumento collaborativo per l'affermazione, in Italia, dei diritti delle persone con psicopatologia. 2. Il diritto alla salute (mentale) nel quadro internazionale. 3. La Carta Sociale Europea; a) Il diritto alla salute delle categorie svantaggiate; b) Il diritto ai servizi del welfare sociale; c) Il diritto dei giovani a ricevere protezione; d) Il diritto all'indipendenza, integrazione e partecipazione alla vita sociale; e) L'approccio del Comitato alla tutela dei diritti sociali che comportano interventi particolarmente onerosi. 4. La necessaria inversione di rotta del sistema italiano dei servizi specialistici e di formazione. 5. La prospettiva di un reclamo collettivo al Comitato europeo dei diritti sociali.

## **1. Uno strumento collaborativo per l'affermazione, in Italia, dei diritti delle persone con psicopatologia**

Il Rapporto PASFID offre importante materiale di riflessione per chi si occupa di diritti delle persone disabili. La sua pubblicazione, frutto di una collaborazione tra un gruppo di qualificati ricercatori ed associazioni di persone con disabilità intellettiva e delle loro famiglie, con l'importante supporto dell'Osservatorio Nazionale Autismo attivo in seno all'Istituto Superiore di Sanità, costituisce l'occasione per fare il punto sulla (mancata) tutela, in Italia, di alcuni fondamentali diritti di quelle persone che pur sono oggetto di impegni internazionali del nostro Paese. La pubblicazione di questo Rapporto si iscrive in una visione collaborativa che vede coinvolti soggetti tradizionalmente visti come espressione di interessi, funzioni e poteri chiaramente distinti, se non addirittura contrapposti. Questa

collaborazione tra i soggetti portatori di interessi, la punta avanzata della ricerca in materia di psichiatria dell'età evolutiva e l'istanza di controllo e consulenza tecnico-scientifica in materia di sanità pubblica in Italia è tanto più virtuosa in quanto documenta le carenze di un sistema nazionale di cura, presa in carico, formazione relativa ai problemi della psicopatologia dell'età evolutiva legata alla presenza di disabilità intellettive e disturbi dello spettro autistico. Essa costruisce, al tempo stesso, le condizioni perché il sistema, nelle sue varie componenti, si attivi finalmente per realizzare quei diritti, di cui l'Italia si è impegnata a garantire il rispetto in sede internazionale tanto universale, quanto europea.

## 2. Il diritto alla salute (mentale) nel quadro internazionale

Per comprendere la dimensione internazionale in cui le conclusioni del Rapporto devono leggersi, il primo riferimento è dato dal Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali<sup>1</sup>. Il Patto è un fondamentale trattato multilaterale a vocazione universale, in vigore per l'Italia dal 1978 ed è oggetto, dal 2015, di un meccanismo di controllo internazionale attivabile anche dagli individui, sia come singoli, sia in gruppo, previo esaurimento dei ricorsi interni<sup>2</sup>.

L'art. 12 del Patto definisce il diritto alla salute come diritto al più elevato standard di salute raggiungibile, in coerenza con quanto già dichiarato dal Preambolo e dall'art. 1 del trattato che stabilisce la Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. In tal senso, l'art. 12 del Patto sancisce la pretesa dell'individuo ad un sistema di protezione della salute che garantisca un'eguaglianza di opportunità di godimento del più elevato livello di salute raggiungibile<sup>3</sup>. In tale formulazione del diritto è anzitutto insita la proibizione della discriminazione, quanto alla garanzia della salute, dei gruppi vulnerabili della popolazione. Tutto ciò è poi ripreso e specificato dall'art. 25 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UNTS vol. 993.

<sup>2</sup> *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UNTS vol. 2922, artt. 2 e 3.

<sup>3</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 14 (2000)*, E/C.12/2000/4, § 8.

<sup>4</sup> *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, UNTS vol. 2515. La convenzione è in vigore per l'Italia dal 2009. Essa è inoltre in vigore dal 2011 per l'Unione europea, per le aree in cui essa ne incrocia le competenze: significativa è, in questo quadro, la possibile interazione tra la Convenzione e il quadro normativo UE in materia antidiscriminatoria,

Avendo ciò in mente, il diritto alla salute sancito dagli strumenti internazionali a portata universale implica la pretesa ad avere accesso a strutture, beni, servizi e più in generale a vedere realizzate le condizioni necessarie per la realizzazione del più elevato standard di salute raggiungibile – e ciò, per l'appunto, non solo per la fascia generale della popolazione, ma anche, con altrettanta efficacia, per chi, come le persone di cui si occupa il Rapporto PASFID, ha uno specifico bisogno di salute, legato ad una condizione che è già compromessa in partenza.

La realizzazione del diritto alla salute mentale, nello specifico, richiede un approccio che vada oltre la semplice predisposizione di possibili interventi medico-farmacologici ed implica invece servizi coordinati ed integrati per promuovere la salute mentale, prevenire l'insorgere di problemi, curare e prendersi cura, (ri)abilitare<sup>5</sup>.

Il Rapporto PASFID è, su questo punto, una fotografia drammaticamente realistica del fallimento del sistema sociosanitario italiano, perché ne certifica la radicale inadeguatezza a garantire l'accesso a strutture e servizi di salute adeguati a garantire il bisogno di salute delle persone con disabilità intellettive e disturbi dello spettro autistico, una volta superata l'età della presa in carico (già di per sé non ideale) dei servizi di neuropsichiatria infantile.

La tutela del diritto alla salute previsto dall'art. 12, richiede inoltre di garantire i fattori di base della salute<sup>6</sup>. Tra questi si è in particolare sottolineato, per quanto qui ci interessa, il fattore determinante costituito dall'accesso all'istruzione e informazione in materia di salute. L'accento, in materia, si è posto sinora sull'istruzione e sull'informazione diretta al soggetto della cui salute si tratta.

Altrettanto importante è però anche il profilo della formazione dei professionisti della salute, ai più vari livelli, e della formazione degli operatori sociali, compreso l'ambito dell'educazione, circa i problemi di salute delle persone che fruiscono dei servizi sociali. Si tratta qui, al tempo stesso, di una condizione attinente all'organizzazione diretta del sistema sociosanitario di un determinato Stato, inteso nel senso ristretto del sistema che si occupa di "cura" delle persone che hanno problemi di salute, dal livello della prevenzione medica a quello della cura specialistica, ma

*in primis* la direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

<sup>5</sup> *Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*, UN Human Rights Council, doc. A/HRC/35/21.

<sup>6</sup> *General Comment No. 14*, cit., § 12.



anche di una condizione attinente alla predisposizione di un ambiente di sviluppo sociale salubre, perché misurato, nella sua impostazione, sulle fragilità delle persone più vulnerabili. Un sistema, dunque, capace di non incidere negativamente su quelle fragilità, ingenerando problemi di salute, e di reagire tempestivamente al manifestarsi di momenti di crisi legati a quelle fragilità, evitando che si trasformino in problemi di salute o attivando un'adeguata presa in carico di quei problemi sin dal loro insorgere.

Ora, il Rapporto PASFID mette in evidenza fondamentali deficienze del sistema formativo italiano in materia di salute mentale. Tali deficienze sono evidenti a tutti i livelli, a partire da quello della formazione dei medici specialisti in materia di salute mentale, per coinvolgere poi, inevitabilmente, anche la formazione dei medici di medicina generale, quella degli operatori socio-sanitari, quella degli operatori scolastici, compreso il personale incaricato di compiti di supervisione e counseling psicologico nella scuola. In un quadro siffatto vengono meno, per definizione, le condizioni per il soddisfacimento del diritto al più elevato livello di salute raggiungibile per le persone con problemi di salute mentale.

### 3. La Carta Sociale Europea

Altrettanto o ancor più significativo è il ruolo che può giocare il Rapporto PASFID nella verifica del rispetto, da parte dell'Italia, dei diritti sanciti in materia dalla Carta Sociale Europea. Si tratta di un trattato internazionale concluso dall'Italia in seno al Consiglio d'Europa<sup>7</sup> e garantito da un organismo di controllo indipendente di natura paragiurisdizionale, il Comitato europeo dei diritti sociali, attivabile tramite reclami collettivi presentati da associazioni<sup>8</sup>. La Carta completa il quadro della Convenzione europea dei diritti umani in una relazione di profonda interazione tra i due strumenti e i due sistemi di controllo ed è oggetto di crescente attenzione anche da parte della Corte costituzionale italiana, che ha di recente utilizzato le conclusioni del Comitato per orientare alcune importanti decisioni sul rispetto dei diritti sociali garantiti a livello costituzionale.

Nell'ambito del sistema della Carta sociale, svariate sono le previsioni di diritti rispetto alle quali le conclusioni del Rapporto PASFID mettono in luce una radicale inadeguatezza dell'attuale situazione italiana.

<sup>7</sup> *Carta sociale europea*, trattato STE n. 35. Il Trattato è aperto a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa. È entrato in vigore nel 1965 e da quell'anno vincola anche il nostro Paese. È ratificato attualmente da 27 Stati.

<sup>8</sup> Secondo quanto previsto dal Protocollo n. 3, ratificato dall'Italia nel 1997.

### a) Il diritto alla salute delle categorie svantaggiate

Anche in questo contesto viene in considerazione, anzitutto, il diritto alla protezione della salute, sancito dall'art. 11 della Carta Sociale Europea<sup>9</sup>. La prassi applicativa del Comitato mostra come quel diritto comprenda il rispetto per l'integrità psichica<sup>10</sup>, coerentemente del resto con il quadro del diritto internazionale universale e, specificamente, con l'art. 11 della Costituzione OMS<sup>11</sup>, nonché con l'art. 25 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità.

Il diritto alla protezione della salute, come garantito dalla Carta Sociale Europea, include in particolare il diritto all'accesso alle cure mediche, nel cui ambito rientra l'obbligo per lo Stato di provvedere un numero adeguato di professionisti della salute<sup>12</sup>.

Seppure sul punto il Comitato non sia stato ancora chiamato a pronunciarsi, è evidente che dal diritto all'accesso a cure mediche adeguate a garantire il miglior stato di salute raggiungibile - fissato anche dal Patto ONU e dalla Costituzione OMS - discende anche necessariamente l'obbligo per gli Stati di dare ai professionisti della salute una formazione adeguata, così da essere in grado di garantire le cure o i trattamenti che lo stato delle conoscenze consente di offrire.

Il Rapporto PASFID mette in evidenza, sul punto, la totale inadeguatezza del sistema di formazione universitaria, tanto generale quanto specialistica in relazione alla situazione delle persone con disabilità intellettuale e/o con disturbi dello spettro autistico.

Che ciò costituisca una violazione della Carta Sociale è confermato dalla più generale prassi del Comitato in relazione al divieto di discriminazione. Infatti, il diritto di accesso è in particolare violato, in congiunzione con il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti contemplato all'art. E della Carta Sociale Riveduta<sup>13</sup> e dal Preambolo della Carta So-

<sup>9</sup> "Everyone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable".

<sup>10</sup> *Transgender Europe and ILGA Europe v. Czech Republic*, reclamo n. 117/2014, decisione sul merito 15 maggio 2018, § 74.

<sup>11</sup> *Ivi*, § 71; *Interpretative Statement on Article 11 of the Charter* (2005\_Ob\_1-1/Ob/EN).

<sup>12</sup> *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, December 2018*, p. 131, *ivi* ulteriori riferimenti.

<sup>13</sup> La *Carta Sociale Europea (Riveduta)* è un trattato a sé stante (numero di Trattato STE n°163 del sistema del Consiglio d'Europa), complementare alla Carta Sociale Europea. Essa è entrata in vigore nel 1999, ed è in vigore per il nostro Paese dal 1 settembre di quell'anno. L'Italia è stata una delle prime parti contraenti della Carta Sociale Europea a ratificare la Carta Sociale Riveduta. Attualmente le parti contraenti della Carta Sociale

ciale Europea, quando esso sia limitato ai danni di un gruppo di soggetti svantaggiati<sup>14</sup>.

### **b) Il diritto ai servizi del welfare sociale**

I risultati del Rapporto PASFID sono altresì rilevanti in relazione all'art. 14.1 della Carta Sociale. Quella disposizione, infatti, impone agli Stati di garantire servizi di welfare sociale, compresi servizi di counseling e riabilitazione<sup>15</sup>, con particolare riferimento ai soggetti disagiati<sup>16</sup>. I servizi sociali che devono essere garantiti sono più in generale quelli necessari a garantire a quei soggetti il benessere, l'autosufficienza e la capacità di adattarsi all'ambiente sociale<sup>17</sup>.

Il controllo relativo a questo standard include la verifica dell'effettivo accesso ai servizi, anche dal punto di vista della loro sufficientemente ampia distribuzione geografica, e la qualità e supervisione degli stessi<sup>18</sup>.

Anche in relazione a questi standard, il Rapporto PASFID mette in luce una grave inadeguatezza della situazione italiana: tanto l'insufficienza della presa in carico psichiatrica, quanto l'inadeguatezza di supervisione al livello dei servizi territoriali riabilitativi e di inserimento sociale, compresa ove rilevante la dimensione dell'inclusione scolastica, pregiudicano il raggiungimento degli obiettivi previsti dal diritto in questione.

L'iniziativa di sostenere un rapporto come quello pubblicato in questo volume da parte delle associazioni risponde a un altro pilastro, in materia, della Carta Sociale Europea: il coinvolgimento degli individui e delle associazioni per garantire la messa in atto e il mantenimento di questi servizi, esplicitamente previsto dall'art. 14.2<sup>19</sup>. Quell'obiettivo può perseguirsi, secondo la prassi del Comitato, anche attraverso il rafforzamento del dialogo con la società civile. In questo senso, il sostegno dell'ISS alla sensibilizzazione che il Rapporto PASFID intende perseguire, presso le

Riveduta sono 34.

<sup>14</sup> *Interpretative Statement on Article 11*, cit., terzo capoverso.

<sup>15</sup> "Social services include in particular counselling, advice, rehabilitation and other forms of support from social workers, home help services (assistance in the running of the home, personal hygiene, social support,...) residential care (...)": *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, December 2018*, p. 154 s., ivi ulteriori riferimenti.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> 14.2 "With a view to ensuring the effective exercise of the right to benefit from social welfare services, the Parties undertake to encourage the participation of individuals and voluntary or other organisations in the establishment and maintenance of such services".

strutture chiamate a definire il livello e a garantire la qualità dell'assistenza socio-sanitaria in materia, nonché il suo intervento, a partire da questo rapporto, per rafforzare la formazione specifica del personale chiamato ad erogare quei servizi, costituisce un incoraggiante punto di partenza per cercare, in un contesto collaborativo, di invertire la preoccupante situazione di assenza che il Rapporto testimonia.

### **c) Il diritto dei giovani a ricevere protezione**

Un'altra disposizione della Carta Sociale Europea a venire in considerazione, quando ci si confronta con una situazione di sostanziale assenza di una formazione specialistica adeguata a gestire i problemi di salute mentale delle persone uscite dall'età pediatrica, è l'art. 7, che prevede il diritto [dei minori e] dei giovani a ricevere protezione<sup>20</sup>, compresa la protezione da maltrattamenti e punizioni<sup>21</sup>.

Questo diritto può essere compromesso nelle situazioni in cui il soggetto con psicopatologia, una volta uscito dall'età pediatrica, non sia seguito, nelle istituzioni scolastiche o in centri diurni residenziali o ancora in strutture protette di altro tipo, da personale adeguatamente formato a gestire le problematiche di salute mentale. L'inadeguatezza della preparazione del personale dei servizi sociali, educativi o di comunità a gestire tali problematiche può infatti portare, in determinate condizioni, a reazioni di contenimento violente, di fronte a comportamenti problema.

Quell'inadeguatezza può però anche portare a trasformare la persona che dovrebbe garantire protezione in persona che offende la dignità del soggetto affidato alla sua protezione, come testimoniano, in Italia, numerosi casi oggetto di inchieste giudiziarie, o, fuori dal nostro Paese, il notissimo caso delle violenze/abusi sessuali commesse dagli operatori dei Vigili del Fuoco francesi intervenuti nel caso della giovane "Julie", colpita da attacchi di panico, oggetto della recentissima e discussa decisione della Cassazione francese<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> 7. 10: "With a view to ensuring the effective exercise of the right of children and young persons to protection, the Parties undertake to ensure special protection against physical and moral dangers to which children and young persons are exposed, and particularly against those resulting directly or indirectly from their work".

<sup>21</sup> *Association for the protection of all children (APPROACH) Ltd. v. Cyprus*, reclamo n. 97/2013, decisione sull'ammissibilità.

<sup>22</sup> Arrêt n°333, 17 marzo 2021 (20-86.318) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCAS:2021:CR00333.

#### **d) Il diritto all'indipendenza, integrazione e partecipazione alla vita sociale**

Complessivamente poi, il Rapporto PASFID evidenzia un più ampio fallimento dell'attuale sistema italiano dei servizi alle persone con disabilità intellettiva / disturbo dello spettro autistico, che si può sintetizzare nella violazione del loro diritto all'indipendenza, all'integrazione sociale e alla partecipazione alla vita sociale, sancito dall'art. 15 della Carta Sociale<sup>23</sup>.

Il principio è sviluppato, nelle enunciazioni contenute nei paragrafi dell'articolo e nella prassi del Comitato, con riferimento alle misure di integrazione - specie positiva - che gli Stati si impegnano ad assumere a favore delle persone con disabilità. Non c'è nel testo dell'articolo una specifica considerazione della disabilità intellettiva, né tantomeno del fenomeno della psicopatologia. È però evidente che quelle condizioni debbono pienamente ascrivere alla più generale categoria della disabilità, cui quella norma fa riferimento. Ora, se quella categoria va intesa nel contesto più ampio definito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, è evidente la sua applicabilità alla situazione fotografata dal Rapporto PASFID. Infatti, se la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone "con menomazioni" e le barriere comportamentali ed ambientali (leggi: sociali) "che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri"<sup>24</sup>, il Rapporto, nel certificare l'inadeguatezza della risposta del nostro sistema socio sanitario ai bisogni delle persone con disabilità intellettiva e/o disturbo dello spettro autistico, mette in evidenza il circolo vizioso che l'attuale stato delle cose determina. Tale inadeguatezza, infatti, non solo determina una violazione del diritto di quelle persone all'integrazione sociale e alla partecipazione alla vita sociale, ma le condanna alla disabilità.

#### **e) L'approccio del Comitato alla tutela dei diritti sociali che comportano interventi particolarmente onerosi**

La garanzia di diritti sociali come quelli di cui si discute in questa sede non può essere limitata all'introduzione di previsioni di natura "meramente" giuridica. Non basta, in altre parole, prevedere in astratto il diritto alle cure, a servizi sociali inclusivi o ad un'istruzione inclusiva, senza che

<sup>23</sup> "Disabled persons have the right to independence, social integration and participation in the life of the community".

<sup>24</sup> *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*, Preambolo, considerando e).

siano presenti le condizioni per l'esercizio concreto di quei diritti. Allo Stato si richiede, piuttosto, di porre in essere un quadro operativo – basato, nel contesto dei problemi messi in luce dal Rapporto PASFID, su misure di organizzazione dei servizi sanitari esistenti, di formazione del personale di quei servizi, di collegamento di quei servizi con quelli sociali e scolastici, di formazione del personale dei servizi sociali e scolastici – tutte misure che implicano l'utilizzazione di risorse del bilancio pubblico, o la mobilitazione efficace di risorse private.

In casi del genere, come il Comitato ha avuto modo di affermare in più occasioni proprio in relazione ai diritti delle persone con disabilità intellettiva<sup>25</sup>, si tratta di verificare che lo Stato metta in cantiere un piano che consenta di raggiungere i risultati imposti dalla Carta Sociale entro un termine ragionevole, in un percorso che deve essere caratterizzato da progressi misurabili e con scelte complessive che siano particolarmente attente all'impatto sulle categorie di persone vulnerabili e sulle loro famiglie, su cui finisce per pesare direttamente l'inadeguatezza delle misure statali.

#### **4. La necessaria inversione di rotta del sistema italiano dei servizi specialistici e di formazione**

Come si è già sottolineato, il contesto in cui si è elaborato il Rapporto PASFID è un contesto collaborativo, in cui portatori di interessi, esponenti del mondo della ricerca e della cura sulla psicopatologia e l'ISS si sono spesi, ognuno per la propria parte, per far emergere i problemi che contraddistinguono il sistema italiano dei servizi specialistici in materia di cura e di presa in carico sociale - compreso il sistema universitario e, almeno di riflesso, il settore dell'educazione/istruzione, individuando alcune importanti proposte operative per invertire la rotta ed assicurare pienezza dei diritti alle persone con disabilità intellettive / disturbi dello spettro autistico, nonché alle loro famiglie.

La strada collaborativa e la costruzione condivisa di un percorso di superamento degli ostacoli alla piena realizzazione dei diritti delle persone di cui si occupa il Rapporto richiede la messa in atto di una reale riflessione da parte dei decisori politici, tanto a livello centrale (Ministero della Salute, Ministero per le Disabilità, Ministero dell'Università, Ministero dell'Istruzione) quanto a livello di coordinamento delle azioni dei sotto-

<sup>25</sup> *Association internationale Autisme-Europe c. France*, reclamo collettivo n° 13/2002, § 53.

sistemi regionali in cui si articola il SSN, quanto a livello decentrato o di autonomie (nel necessario coordinamento con il livello nazionale), per ciò che attiene all'organizzazione dei servizi socio-sanitari e alla concreta riorganizzazione della formazione universitaria e specialistica, tanto in ambito medico e medico-psichiatrico, quanto in ambito psicologico, delle professioni sanitarie e degli operatori dei servizi sociali.

## **5. La prospettiva di un reclamo collettivo al Comitato europeo dei diritti sociali**

La strada collaborativa per il superamento degli ostacoli alla piena realizzazione dei diritti delle persone con disabilità intellettive e/o disturbi dello spettro autistico, è sicuramente la migliore. Essa richiede però la condivisione e la messa in atto di un percorso attuativo di difficile e lunga concretizzazione, destinato sicuramente a scontrarsi con resistenze ed ostacoli di vario genere. La perdurante attenzione del mondo delle associazioni di portatori di interesse e l'alleanza virtuosa con chi, nelle varie sfere di "governo" del nostro Paese, non ha responsabilità di organizzazione e poteri di spesa, ma importanti funzioni di controllo tecnico o di rappresentanza politica degli interessi dei concittadini più fragili, dovrà continuare e rafforzarsi sempre più.

Ove la strada collaborativa non seguisse il suo corso, e comunque quale pungolo per sostenerne il cammino con un controllo esterno di fronte a resistenze che minacciassero di interrompere quel percorso, si apre, anche grazie al Rapporto PASFID, la prospettiva di un coinvolgimento del Comitato europeo dei diritti sociali, attraverso un reclamo collettivo attivabile sulla spinta delle stesse organizzazioni dei portatori di interessi che l'hanno sostenuto, tramite le organizzazioni che, su scala continentale, svolgono questa fondamentale funzione di advocacy.

I dati raccolti con rigore scientifico in questo Rapporto sarebbero infatti il punto di riferimento imprescindibile per valutare l'esistenza di un piano di superamento degli ostacoli al riconoscimento dei diritti di quelle persone, la misura dei suoi progressi, la razionalità delle scelte operate dalle diverse autorità pubbliche che devono essere coinvolte da un simile piano, e il suo sviluppo lungo una linea temporale che porti, entro termini ragionevoli, a risultati tangibili in termini di godimento, per quelle persone, del miglior standard di salute raggiungibile, di accesso ai servizi di welfare sociale universalmente accessibili, efficaci nel garantire il benessere e l'autosufficienza delle persone interessate, e che assicuri la

protezione di quelle persone in tutti gli ambiti in cui si esplica la loro vita sociale, rendendone possibile l'indipendenza ed integrazione nella vita sociale, con particolare attenzione all'esigenza della loro inclusione.





# L'impatto della riforma UCI 2019 (competizioni professionistiche su strada) sulla concorrenza nel mercato interno UE

*Bernardo Cortese*

*Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La Lega del Ciclismo Professionistico. 3. L'*Union Cycliste Internationale*. 4. Le riforme del Regolamento UCI 2019-2020. 5. Il contrasto con il diritto UE della concorrenza: osservazioni sintetiche in premessa. 6. La qualificazione di UCI come impresa e associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE. 7. Il mercato rilevante: il mercato di prodotto. 8. Il mercato geografico. 9. La posizione di UCI sul mercato rilevante. 10. La restrizione della concorrenza. 11. Segue: qualificazione delle misure UCI come decisione di associazione di imprese avente ad oggetto la restrizione della concorrenza, capace di incidere sugli scambi tra Stati membri. 12. Impossibilità di giustificare le misure in questione in relazione alla specificità dell'attività sportiva. 13. Conclusioni.

## 1. Premessa

Il presente contributo costituisce l'elaborazione di uno studio *pro veritate* richiesto al DiPIC dalla Lega del Ciclismo professionistico (Lega Ciclismo), relativo alla caratterizzazione di certe regolamentazioni adottate dall'*Union Cycliste Internationale*, in materia di ciclismo professionistico su strada, nel contesto del diritto UE della concorrenza. Lo studio, finanziato dalla Lega Ciclismo<sup>1</sup>, è stato condotto dall'autore nel settembre 2019

<sup>1</sup> L'autore dichiara l'assenza di conflitti di interesse nella materia oggetto dello studio, non ricoprendo alcuna funzione o ruolo in seno alla Lega Ciclismo, né in seno all'*Union Cycliste Internationale* e non avendo incarichi professionali in corso né passati con alcu-

e viene riproposto<sup>2</sup> per la pubblicazione nell'Annuario del Dipartimento, che appare per la prima volta nel 2023, nel pieno rispetto delle previsioni della Convenzione siglata tra il DiPIC e la Lega Ciclismo.

## 2. La Lega del Ciclismo Professionistico

La Lega del Ciclismo Professionistico (Lega Ciclismo) è un'associazione di diritto privato italiano. Essa si presenta come "l'organismo che ha il compito di gestire il movimento del ciclismo professionistico italiano su espressa delega della Federazione Ciclistica Italiana, come previsto dallo stesso statuto della FCI". Secondo l'art. 4 del proprio atto costitutivo, Lega Ciclismo ha il compito di "promuovere, regolamentare, organizzare e sviluppare l'attività ciclistica professionistica" in Italia, provvedendo alla "emanazione di regolamenti organizzativi di associazione e di attività degli associati", assumendo "la titolarità dei diritti di immagine del ciclismo professionistico" laddove vi sia un mandato specifico degli associati in tal senso (cfr. art. 1, punto 6, lett. c, dello statuto allegato all'atto costitutivo della Lega Ciclismo). Essa assicura "la rappresentanza degli associati nei loro rapporti con la Federazione Ciclistica Italiana (FCI) ed in campo internazionale"; cura inoltre "la predisposizione, secondo le disposizioni della FCI, del calendario delle gare professionistiche su strada italiane e l'approvazione dei programmi di gara, la predisposizione con le categorie interessate del contratto-tipo e degli aspetti assicurativi e previdenziali", garantendo "l'osservanza delle norme e delle direttive del CONI, dell'Unione Ciclistica Internazionale, della FCI e dei suoi Organi".

Lega Ciclismo, ai sensi del proprio statuto, associa "le società sportive definibili italiane anche in base alle norme dell'UCI<sup>3</sup>, che si avvalgono delle prestazioni di corridori professionisti", "gli enti organizzatori che organizzano gare iscritte nel calendario professionistico internazionale

no di quei soggetti, né con i soggetti dei cui interessi la Lega Ciclismo e l'Union Cycliste Internationale sono portatrici.

<sup>2</sup> Sostanzialmente immutato e dunque con un riferimento temporale, in relazione ai fatti considerati, che si chiude con il settembre 2019. Si è unicamente aggiunta una nota di aggiornamento, in relazione ad alcune valutazioni prospettiche, constatandone gli esiti negli anni seguenti (infra, nota 53).

<sup>3</sup> Secondo l'art. 2.16.007 del Regolamento UCI, «La nationalité de l'équipe continentale professionnelle UCI est déterminée, au choix de l'équipe, par : 1. Le pays du siège du responsable financier ; ou 2. Un pays où se commercialise un produit ou un service du ou d'un partenaire principal sous le nom de l'équipe continentale professionnelle UCI ou d'un composant de ce nom.».

e nazionale” e gli “enti aggregati” ai sensi dell’art. 3 statuto FCI” (art. 1, punto 2 dello statuto allegato all’atto costitutivo della Lega Ciclismo). Sono in particolare componenti di Lega Ciclismo tutti gli organizzatori italiani che hanno almeno una prova in calendario riservata ai professionisti e tutti i gruppi sportivi professionistici affiliati alla Federazione Ciclistica Italiana-FCI. La FCI è l’ente rappresentativo del movimento ciclistico italiano, membro dell’UCI e affiliata al Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI). La costituzione della Lega del Ciclismo Professionistico è prevista dall’art. 53 dello statuto della FCI. Vi si prevede che il suo statuto sia approvato dalla FCI e che essa sia sottoposta alla sorveglianza della FCI.

Lega Ciclismo si finanzia, tra l’altro, con i contributi degli associati, con una percentuale degli introiti delle manifestazioni organizzate dagli associati e dei diritti televisivi eventualmente ceduti a terzi (atto costitutivo Lega Ciclismo, art. 5).

### **3. L’*Union Cycliste Internationale***

#### **a. L’*Union Cycliste Internationale* nell’organizzazione “piramidale” del ciclismo**

Il ciclismo è uno sport organizzato in modo “piramidale”. In ogni Stato esiste una federazione nazionale del ciclismo, affiliata al comitato olimpico nazionale e associata, insieme alle altre federazioni nazionali, all’*Union Cycliste Internationale* (UCI). L’UCI è l’organo di governo del movimento sportivo ciclistico a livello internazionale ed il rappresentante di quello sport nel *Comité International Olympique*. L’*Union Cycliste Internationale* è costituita come associazione di diritto svizzero, senza scopo di lucro. Essa si definisce, ai termini del suo statuto, come “l’association des fédérations nationales du cyclisme.” Tra le federazioni nazionali associate nell’UCI ai sensi dell’art. 4 del suo statuto rientra la Federazione Ciclistica Italiana (FCI).

Ai sensi dell’articolo 2 del suo statuto, l’UCI ha le seguenti finalità

- «a) la direction, le développement, la réglementation, le contrôle, la gestion et la discipline du cyclisme sous toutes ses formes, au niveau international;
- b) la promotion du cyclisme dans tous les pays du monde et à tous les niveaux;

- c) l'organisation dans toute spécialité du sport cycliste, des championnats du monde, dont elle est le titulaire et le propriétaire exclusifs;
- d) de fixer des règles et de veiller à les faire respecter;
- e) l'encouragement des rapports d'amitié entre tous les membres du monde cycliste;
- f) la promotion de l'esprit sportif, de l'intégrité, de l'éthique et du fair-play afin d'empêcher que des méthodes ou pratiques, telles que la corruption ou le dopage, ne compromettent l'intégrité des compétitions, des coureurs, des officiels ou des membres, et de prévenir tout abus dans le cyclisme;
- g) la promotion de la parité et de l'égalité dans tous les domaines du cyclisme;
- h) la promotion du paracyclisme;
- i) la promotion de la sécurité et des droits des coureurs;
- j) la représentation du sport cycliste et la défense de ses intérêts auprès du Comité International Olympique, du Comité International Paralympique et de toutes instances nationales et internationales;
- k) la collaboration avec le Comité International Olympique, le Comité International Paralympique, notamment en vue de la participation des coureurs cyclistes aux Jeux Olympiques.
- l) la direction, le développement, la réglementation, le contrôle, la gestion et la discipline de l'ensemble des activités et compétitions cyclistes avec composante virtuelle/électronique sous toutes formes, au niveau international et l'organisation des championnats du monde dont elle est le titulaire et le propriétaire exclusifs.»

L'UCI ha una funzione regolamentare prevalente su quella delle federazioni nazionali. Secondo l'art. 6, punto 3, del suo statuto, infatti “[l]e fédérations nationales s'engagent, du fait de leur affiliation, à se conformer aux statuts et règlements de l'UCI ainsi qu'à toute décision prise conformément à ceux-ci. De même, elles s'engagent à faire respecter les statuts, règlements et décisions de l'UCI par toute personne concernée». Il punto 4 dello stesso articolo prosegue stabilendo che i regolamenti UCI dovranno essere ripresi nei regolamenti corrispondenti delle federazioni nazionali, mentre il successivo punto 5 stabilisce che in caso di contrasto prevalga il regolamento UCI.

La natura piramidale dell'organizzazione del ciclismo internazionale discende, oltre che dall'art. 6 citato, dall'art. 11.1 dello statuto UCI, se-

condo cui le federazioni associate nell'UCI si riconoscono come autorità di governo del fenomeno ciclistico nei rispettivi paesi, ad esclusione di chiunque altro, coerentemente con la previsione dell'art. 5, ai sensi del quale è ammessa all'UCI una sola federazione per Paese. L'art. 12 prevede che le federazioni nazionali che si affilino ad un'organizzazione concorrente all'UCI siano escluse dall'UCI ("suspendue de plein droit").

Le federazioni nazionali sono inoltre sospese o escluse dall'UCI in caso di violazioni dei loro obblighi derivanti dallo statuto UCI (artt. 18 e 19).

#### **b. Finanziamento**

Ai termini del suo statuto, l'UCI si finanzia tramite le quote associative annuali delle federazioni nazionali, le quote o contributi dei titolari di licenze, le sponsorizzazioni e i diritti generati dalle attività sportive (art. 69).

#### **c. Organi di governo: il *Comité Directeur***

L'UCI è governata da un *Comité Directeur*, che agisce sotto l'autorità del Congresso (statuto, art. 45), vedendosi attribuire, ai sensi di quell'articolo, «les pouvoirs les plus étendus quant à la gestion de l'UCI et la réglementation du cyclisme», compreso il potere di decidere «en toute matière non expressément réservée à une autre instance par les présents statuts».

Tra le competenze espressamente attribuite al *Comité Directeur* dall'art. 46, numero 1, dello statuto, si segnalano le seguenti:

«i) décide des contrats à signer avec les tiers conformément aux règlements financiers de l'UCI;

j) adopte et modifie le règlement UCI. »

Inoltre, ai sensi dell'art. 46, numero 2, il *Comité Directeur* «détermine les conditions de participation aux épreuves cyclistes. Il peut prévoir l'octroi de licences suivant la procédure qu'il détermine et le paiement de cotisations ou redevances». Tra le tasse previste dal Regolamento UCI si segnala qui la tassa c.d. di calendario, dovuta da ogni organizzatore di corse ciclistiche che abbia chiesto ed ottenuto l'iscrizione di una manifestazione sportiva in calendario internazionale (Regolamento UCI, art. 1.2.012) ed un diritto di registrazione, dovuto dalle squadre che ottengono una licenza internazionale (v. Regolamento UCI, art. 2.15.027 e art. 2.16.011, 5. comma).

Ancora, il *Comité Directeur* approva i calendari mondiali e quelli continentali delle corse ciclistiche, questi ultimi su proposta delle confede-

razioni continentali in cui si articola la partecipazione delle federazioni nazionali all'UCI (cfr. statuto, art. 24).

Secondo l'art. 1.2.005 del Regolamento UCI:

«A l'exception des épreuves de l'UCI World Tour, les calendriers mondiaux et continentaux sont arrêtés par le comité directeur de l'UCI sur avis des confédérations continentales pour les compétitions qui les concernent. Le calendrier des épreuves de l'UCI World Tour est établi par le Conseil du Cyclisme Professionnel, suivant les dispositions concernant l'UCI World Tour au Titre II, chapitre XV.»

#### **d. Categorie di squadre**

Secondo il Regolamento UCI (articoli 1.1.040 e seguenti), le squadre ciclistiche professionistiche sono suddivise in diverse categorie. In particolare, l'art. 1.1.041 prevede, per quanto qui interessa:

- a) squadre appartenenti ad una categoria denominata *UCI World Team*;
- b) squadre appartenenti ad una categoria denominata *Equipe continentale professionnelle UCI/ UCI Professional Continental Team*;
- c) squadre appartenenti ad una categoria denominata *UCI Continental Team*.

Agli articoli 1.2.001 e seguenti del Regolamento UCI sono disciplinati i calendari.

#### **e. Categorie di competizioni**

Il titolo 2 del Regolamento UCI è dedicato alle diverse categorie di competizioni. Il capitolo XV di tale titolo si occupa delle competizioni denominate "UCI WorldTour". In tale ambito, l'art. 2.15.001 così dispone:

«Dans l'UCI WorldTour un nombre d'équipes de cyclistes professionnels hommes de haut niveau, bénéficiant d'une licence UCI WorldTour, participent à une sélection d'épreuves sur route de haut niveau enregistrées au calendrier UCI WorldTour».

#### **f. Licenze, licenza UCI WorldTour e vincolo di esclusiva**

Secondo il Regolamento UCI, è ammesso a partecipare a gare ciclistiche riconducibili all'UCI, alle federazioni nazionali o a loro affiliati solo

chi sia in possesso di una licenza rilasciata dall'UCI o dalle federazioni nazionali<sup>4</sup>.

Inoltre, ai sensi dell'art. 1.2.019 di quel Regolamento, i titolari di una licenza non possono, a pena di sospensione<sup>5</sup>, partecipare a eventi sportivi che non siano iscritti nei calendari nazionali, continentali o mondiale, salvo limitate ipotesi di deroga comunque sottoposte a previa approvazione<sup>6</sup>.

La licenza UCI WorldTour è così disciplinata dall'art. 2.15.003:

«La licence UCI WorldTour est le droit conféré par l'UCI pour participer aux épreuves enregistrées au calendrier UCI WorldTour, avec une équipe de coureurs professionnels, appelée «UCI WorldTeam» .»

Secondo l'art. 2.15.006 i titolari di licenza UCI WorldTour sono vincolati ad un'esclusiva sportiva con l'UCI:

«Par sa demande de licence, le demandeur reconnaît que seule l'UCI a le droit de délivrer des licences UCI WorldTour et s'interdit de participer en matière de sport cycliste à des compétitions, formules ou organisations autres que celles régies par les règlements et les instances de l'UCI.»

Ai sensi dell'art. 2.15.002:

«L'UCI est la propriétaire exclusive de la formule et de la marque UCI WorldTour, sans préjudice du droit de propriété exclusif des organisateurs.»

## 4. Le riforme del Regolamento UCI 2019-2020

### a. Il numero delle squadre UCI *World Team* autorizzate a partecipare alle competizioni UCI WorldTour

L'art. 2.15.009, come entrato in vigore in febbraio 2019, ha previsto che il numero delle squadre UCI *World Team* autorizzate a partecipare

<sup>4</sup> Art. 1.1.002: « Nul ne peut participer à une manifestation cycliste organisée ou contrôlée par l'UCI, les confédérations continentales de l'UCI, les fédérations membres de l'UCI ou leurs affiliés, s'il n'est pas titulaire de la licence requise.»

<sup>5</sup> Art. 1.2.021 «En cas d'infraction à l'article 1.2.019 ou 1.2.020 le licencié sera sanctionné d'une suspension d'un mois et d'une amende de CHF 50 à 100.»

<sup>6</sup> Art. 1.2.019: «Aucun licencié ne peut participer à une épreuve qui n'est pas inscrite sur un calendrier national, continental ou mondial ou qui n'est pas reconnue par une fédération nationale, une confédération continentale ou l'UCI. Selon les circonstances, des dérogations spéciales peuvent être accordées pour des épreuves ou manifestations particulières par la fédération nationale du pays où se déroule cette épreuve et par l'UCI.»



alle competizioni UCI *World Tour* sia 18, neutralizzando la precedente decisione che ne limitava progressivamente il numero a 16. Inoltre, si prevede che entro il 2022 possano essere concesse due ulteriori licenze, portando il numero delle squadre UCI *World Team* a 20. Si noti che per le squadre che intendessero presentare la domanda di licenza, comprese le due licenze addizionali da concedersi entro il 2022, la domanda doveva essere presentata entro il primo aprile 2019: vale a dire meno di un mese dopo l'entrata in vigore della riforma (5 febbraio 2019) e comunque pochi mesi dopo la sua iniziale (incompleta) approvazione, avvenuta nel corso delle riunioni del *Comité Directeur* dell'UCI a Innsbruck (25-27 settembre 2018)<sup>7</sup>.

### **b. I criteri per l'attribuzione delle licenze UCI *World Tour***

L'articolo 2.15.011 così individua i criteri rilevanti per l'attribuzione di licenze

« La commission des licences attribue les licences suivant les critères ci-après :

- éthique ;
- financier ;
- administratif ;
- organisationnel.

Si le nombre d'équipes candidates (UCI World Teams et équipes continentales professionnelles UCI qui satisfont aux critères spécifiés ci-dessus est supérieur au nombre de licences disponibles, la commission des licences les départagera selon les articles 2.15.011a et 2.15.011b. Afin de pouvoir obtenir une licence UCI World Tour, un candidat doit satisfaire à chacun des critères applicables.»

A partire dalla riforma entrata in vigore nel febbraio 2019, dunque, il criterio del merito sportivo, espunto dall'art. 2.15.011 e relegato all'art. 2.15.011a, non è più decisivo, ma sarà utilizzato solo nel caso in cui le squadre che soddisfano gli altri criteri e presentano una domanda di licenza UCI *World Tour* superino il numero massimo previsto<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Si aggiunga che la presentazione della candidatura per la licenza UCI *World Team* comporta comunque il pagamento di un *droit de candidature* di 20.000 Euro, non restituibile in caso di rigetto della candidatura: cfr. p. 4 delle 2020 *UCI World Tour Financial Obligations*, pubblicate on line su <https://www.uci.org/docs/default-source/financial-obligations/2020---of-road-uwat.pdf> (settembre 2019).

<sup>8</sup> Art. 2.15.011a, come modificato da ultimo nel febbraio 2019:

Tra i criteri prevalenti, il criterio finanziario è particolarmente poco trasparente, poiché la conformità ad esso è lasciata alla valutazione discrezionale di un "commissaire aux comptes" incaricato dall'UCI, senza altra indicazione oggettiva che non il vago riferimento ai mezzi e alla stabilità finanziaria<sup>9</sup>.

Elementi di significativa discrezionalità sono lasciati anche nella valutazione del criterio amministrativo<sup>10</sup>.

### c. L'aumento del numero dei corridori professionisti degli UCI World Team

Le ultime modifiche introdotte al Regolamento UCI, destinate ad entrare in vigore il primo gennaio 2020, alzano il numero minimo dei corridori professionisti dipendenti a tempo pieno di un UCI *World Team* da 23 a 27<sup>11</sup>. Inoltre, con quelle modifiche si sono obbligate le squadre appartenenti alla categoria denominata "Equipe continentale professionnelle UCI"/ "UCI professional continental team" ad impiegare un numero minimo di 20 corridori professionisti, rispetto al numero minimo precedente di 16.

\*Le critère sportif s'évalue au regard de la position de l'UCI WorldTeam ou de l'équipe candidate à ce statut dans le classement mondial UCI par équipes hommes UCI – 3 ans tel que défini à l'article 2.10.038.

<sup>1</sup>es UCI WorldTeams et les équipes candidates qui font partie des 18 meilleures équipes du classement susmentionné sont réputés satisfaire au critère sportif. Par souci de clarté, les UCI WorldTeams ou équipes candidates qui ne satisfont pas aux critères définis par les articles 2.15.011c à 2.15.011f, ne sont pas pris en compte pour l'application du présent article.»

<sup>A</sup>rt. 2.15.011b, come modificato da ultimo nel febbraio 2019:

\*Pour les licences UCI WorldTour délivrées pour la période 2020-2022, l'/les équipe(s) classée(s) 19e et/ou 20e du classement défini à l'article 2.15.011a, est/sont également réputée(s) satisfaire au critère sportif si l'/les équipe(s) en question est/sont enregistrée(s) comme UCI WorldTeam(s) en 2019.»

<sup>9</sup> Art. 2.15.011 :

\*Le critère financier est évalué sur base du rapport du commissaire aux comptes agréé par l'UCI et tient compte notamment des moyens et stabilité financiers.»

<sup>10</sup> Art. 2.15.011 :

\*Le critère administratif tient compte notamment de la conformité du dossier de candidature et d'enregistrement (contrats, assurances, garantie bancaire...) **ainsi que du professionnalisme** et de la **célérité de l'établissement du dossier** et du respect des délais.» (evidenziazioni aggiunte).

<sup>11</sup> Nuovi art. 2.15.049 e 2.15.110.

#### **d. L'aumento dei diritti di calendario, registrazione e partecipazione**

Ulteriormente, UCI ha aumentato il livello dei diritti di calendario che percepisce dagli organizzatori<sup>12</sup> e dei diritti di registrazione e partecipazione che percepisce dalle squadre. Le tasse di registrazione per le squadre UCI *Professional Continental*, in particolare, sono state portate, da 16.000 Euro nel 2016, a 20.000 Euro per gli anni seguenti<sup>13</sup>. Per le squadre UCI *World Team* quelle tasse sono fissate a 85.000 Euro, di cui 20.000 euro a titolo di tassa di candidatura, destinata ad essere incamerata da UCI anche in caso di rigetto della candidatura. Per le tasse di partecipazione agli eventi UCI *World Tour*, si tratta di 8.500 euro per le corse di un giorno per le squadre World Team, 3.500 per le Squadre *Professional Continental*. Per i *Grand Tours*, l'ammontare delle tasse di partecipazione non è pubblicato<sup>14</sup>.

#### **e. L'introduzione di una nuova categoria di competizioni - UCI Pro Series**

Ancora, va menzionata l'annunciata introduzione di una classe di competizioni, chiamata UCI Pro Series, che ingloberà al proprio interno le corse categorizzate *Hors Catégorie* (HC), in numero massimo di 10 per Nazione, discriminando quelle che rimarranno fuori dal suddetto circuito, comprese le gare che attualmente posseggono già lo status di HC che non aderiranno o rimarranno fuori dai posti concessi, che verranno declassate per la stagione successiva alla categoria .1<sup>15</sup>. Gli organizzatori delle competizioni che entreranno in questa classe, inoltre, dovranno garantire una copertura televisiva da distribuire in almeno dieci Paesi oltre a quello di svolgimento dell'evento<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Rispettivamente 32.000 Euro per le corse UCI *World Tour* di un giorno e 6750 al giorno per il Tour de France, che scendono a 6250 al giorno per Giro e Vuelta: cfr. 2020 *UCI WorldTour Financial Obligations*, pubblicate on line su <https://www.uci.org/docs/default-source/financial-obligations/2020---of-road-uwat.pdf> (visto in settembre 2019).

<sup>13</sup> Come risulta dal confronto tra le UCI Road Financial Obligations per il 2016 e per il 2017.

<sup>14</sup> Cfr. 2020 UCI WorldTour Financial Obligations, cit., p. 5

<sup>15</sup> Professional Cycling Council Meeting I, 31 January 2019, Comwell Hotel - Middelfart (DEN), p. 2.

<sup>16</sup> 2020 UCI International Road Calendar - Application Procedure Uci Proseries Events,

## 5. La creazione di un'esclusiva UCI sui dati fisici delle prestazioni degli atleti

Infine, va ricordato qui che il nuovo articolo 1.3.024 ter<sup>17</sup> del Regolamento UCI, approvato in occasione del meeting dell'*UCI Management Committee* a Middelfart, Danimarca, 31.01-01.02, introduce un divieto, in capo all'organizzatore di corse ciclistiche, alle squadre o ai singoli atleti, di (vendere autonomamente a terzi che provvederanno a) trasmettere i dati inerenti watt, potenza, battito cardiaco e altri dati inerenti la prestazione degli atleti.

### a. Il contrasto con il diritto UE della concorrenza: osservazioni sintetiche in premessa

Nel prosieguo, si argomenterà nel senso di dimostrare che le disposizioni regolamentari con cui UCI disciplina la partecipazione alle competizioni *UCI WorldTour* e stabilisce i criteri per la concessione di licenze "UCI World Team" e "Equipe continentale professionnelle UCI"/ "UCI professional continental team", nonché le altre previsioni regolamentari concernenti la l'organizzazione di gare rilevanti per quelle categorie e la partecipazione ad esse, costituiscono decisioni di una associazione di imprese poste in essere in violazione dell'art. 101 TFUE, perché restringono in maniera indebita la libertà economica delle squadre ciclistiche e degli stessi organizzatori di eventi inseriti nel calendario UCI, senza poter essere giustificate da alcuna ragione relativa né alla specificità dell'organizzazione dello sport, né da altre ragioni contemplate dall'art. 101, paragrafo 3, TFUE.

In particolare, si tratterà di mettere in luce i seguenti punti (non necessariamente analizzati nell'ordine qui di seguito scelto per ragioni di concisione espositiva):

- 1) UCI è un'impresa ai sensi del diritto UE della concorrenza; comunque,
- 2) UCI è un'associazione di imprese ai sensi del diritto della concorrenza;
- 3) Il mercato rilevante è quello dell'organizzazione e sfruttamento commerciale delle corse ciclistiche su strada a livello professioni-

p. 5.

<sup>17</sup> Al punto tre, si prevede che "3. Any and all data stemming from a rider's onboard technology equipment must not be transmitted during a race to a third person."

stico, con particolare riferimento alla partecipazione all'UCI *World Tour* e alle competizioni professionistiche internazionali a squadre inserite nel calendario UCI e nei calendari continentali professionistici;

- 4) Dal punto di vista geografico, tale mercato ha una dimensione che coinvolge l'intero mercato comune, poiché le competizioni in questione sono interconnesse in un calendario ed una classifica internazionali, gestiti da UCI; esse coinvolgono, a livello di organizzazione, soggetti di diversi Stati membri (Francia, Italia, Belgio e Spagna in testa), e società ciclistiche riconducibili a numerosi Stati membri e terzi (tra cui Francia, Italia, Belgio, Spagna, Germania);
- 5) Su quel mercato UCI detiene una posizione di forte potere commerciale, legato all'esercizio del suo potere regolamentare;
- 6) Lega Ciclismo è un soggetto rappresentativo di imprese attive nel mercato rilevante, i cui interessi rischiano di essere severamente danneggiati dall'applicazione delle decisioni UCI; Lega Ciclismo stessa è, in parte, soggetto economicamente attivo danneggiato dalle decisioni UCI;
- 7) In particolare, in relazione alle società ciclistiche italiane rappresentate da Lega Ciclismo, le decisioni UCI rischiano di determinare una loro uscita dal mercato;
- 8) Tale rischio si ripercuote negativamente anche sugli interessi economici degli organizzatori italiani di corse di ciclismo professionistico su strada. Questo in ragione della realistica diminuzione di interesse del pubblico italiano come conseguenza della diminuzione o scomparsa di squadre professionistiche italiane, che avrà come prevedibile effetto la diminuzione della fruibilità commerciale degli eventi organizzati in Italia, sia in termini di remunerazioni legate ai contratti di sponsorizzazione, sia in termini di remunerazioni legate ai contratti di concessione di diritti di riproduzione sui media radio-televisivi e in generale dei diritti di immagine;
- 9) Gli effetti restrittivi della concorrenza sono rilevanti e hanno una dimensione significativa per l'intero mercato comune;
- 10) Tali effetti non sono inerenti alla specificità dell'attività sportiva e non possono essere giustificati in base ad essa;
- 11) Sussiste un rilevante interesse dell'Unione alla conduzione di una procedura da parte della Commissione europea, sia per la dimensione europea del mercato rilevante, sia per la gravità della violazione, avente ad oggetto la ripartizione dei mercati, con una sostanziale

segmentazione del mercato rilevante su basi nazionali e conseguente pregiudizio alla libertà di stabilimento, sia per le conseguenze in termini economici per le imprese coinvolte, sia infine per l'efficacia degli strumenti di indagine a disposizione della Commissione e la collocazione territoriale dei soggetti potenzialmente coinvolti nella violazione, che rendono difficile il ricorso a strade alternative, ed in particolare ad autorità o giudici nazionali.

## **6. La qualificazione di UCI come impresa e associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE**

L'*Union Cycliste Internationale* svolge attività economica ed è dunque qualificabile come impresa ai sensi del Trattato, per ragioni analoghe a quelle già considerate sufficienti dalla Commissione nella decisione adottata nel caso *International Skating Union* (nel prosieguo: la "decisione ISU")<sup>18</sup>.

Infatti, oltre alle sue attività di regolatore delle competizioni ciclistiche internazionali, UCI svolge attività commerciale nel settore dell'organizzazione e commercializzazione di competizioni internazionali di ciclismo, in particolare professionistico, in quanto:

- a) UCI organizza direttamente e commercializza i campionati mondiali di ciclismo, competizioni dalle quali derivano per UCI entrate e utili estremamente ragguardevoli: nel 2016 UCI ha avuto 27.9 milioni di CHF di entrate per questa voce, che hanno prodotto 14.6 milioni CHF di utili; nel 2017 19.6 milioni CHF di entrate hanno prodotto 19.23 milioni CHF di utili<sup>19</sup>;
- b) complessivamente, UCI ricava dalle attività di commercializzazione indiretta degli eventi sportivi ciclistici internazionali 11.2 milioni CHF per diritti media e distribuzione<sup>20</sup> (la cifra è relativa al 2017, erano invece 8.6 milioni CHF nel 2016) e 5.9 milioni

<sup>18</sup> Case AT.4028 – *International Skating Union's Eligibility Rules*, C(2017) 8240 final.

<sup>19</sup> *UCI 2017 Annual Report*, on-line al sito [www.uci.org](http://www.uci.org), p. 105 (Financial Report - Consolidated Operating Statement by Activity).

<sup>20</sup> *UCI 2017 Annual Report*, cit., p. 104 (Financial Report - Consolidated Operating Statement UCI and CMC: si noti che CMC è il Centre Mondial du Cyclisme, un centro di servizi per coaching e training ciclistico gestito da UCI nella propria sede di Aigle, in Svizzera – si vede dunque desumere, dal tipo di attività svolte da CMC, che le voci inserite nel Consolidated Operating Statement *sub* Media rights & distribution e *sub* Commercial rights siano interamente riferibili allo sfruttamento dei diritti media, distribuzione e altri diritti commerciali legati all'attività di organizzazione diretta e indiretta di competizioni).

- CHF per altri diritti di commercializzazione (la cifra è relativa al 2017, erano invece 5.3 milioni CHF nel 2016);
- c) UCI partecipa all'organizzazione dei giochi olimpici e ne contabilizza i ricavi e gli utili negli anni successivi agli anni olimpici: si tratta di 2.72 milioni di ricavi CHF, cui corrispondono utili per 2.64 milioni CHF nel 2017<sup>21</sup>;
  - d) UCI concede licenze onerose ai teams professionistici, per la partecipazione alle competizioni UCI *World Tour*, per un ammontare annuo per squadra che si aggira intorno ai 90.000 CHF; questa voce ha generato per UCI entrate di 1.63 milioni CHF nel 2016, divenute 1.69 milioni CHF nel 2017<sup>22</sup>;
  - e) UCI concede licenze onerose agli organizzatori delle competizioni UCI *World Tour*, con ricavi per UCI di 1.31 milioni CHF nel 2017, divenuti 1.67 milioni CHF nel 2017<sup>23</sup>;
  - f) nel complesso, UCI concede licenze onerose a squadre, atleti professionisti e organizzatori per un ricavo complessivo di 7 milioni CHF nel 2016, divenuti 7.76 milioni CHF nel 2017<sup>24</sup>;
  - g) UCI gestisce, direttamente o tramite incaricati esterni, controlli antidoping, attività per la quale percepisce ricavi di 1.02 milioni CHF nel 2016, divenuti 1.06 milioni CHF nel 2017<sup>25</sup>.

Non vi è dubbio, pertanto, che UCI possa qualificarsi come impresa attiva, in particolare, nel settore dell'organizzazione e commercializzazione di corse ciclistiche professionistiche su strada.

In ogni caso, UCI è qualificabile come associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Infatti, la prassi della Commissione e la giurisprudenza della Corte hanno senza dubbio confermato che organi regolatori di ambiti professionali e, in particolare, associazioni sportive "internazionali" che raggruppano associazioni nazionali, costituiscono associazioni di imprese ai sensi del Trattato<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> UCI 2017 Annual Report, cit., p. 114 (Financial Report – Financial Statement Disclosure).

<sup>22</sup> UCI 2017 Annual Report, cit., p. 133 (Financial Report - UCI World Tour).

<sup>23</sup> UCI 2017 Annual Report, cit., p. 133 (Financial Report - UCI World Tour).

<sup>24</sup> UCI 2017 Annual Report, cit., p. 114 (Financial Report – Financial Statement Disclosure).

<sup>25</sup> UCI 2017 Annual Report, cit., p. 114 (Financial Report – Financial Statement Disclosure).

<sup>26</sup> Decisione della Commissione 2003/778/CE, del 23 luglio 2003, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (COM-P/C.2-37.398 – *Vendita congiunta dei diritti della UEFA Champions League*), punti 106-109; decisione ISU, cit., punti 140-153; sentenza della Corte del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, punti 56-64.

## 7. Il mercato rilevante: il mercato di prodotto

Il mercato rilevante è, in prima approssimazione, quello relativo all'organizzazione e sfruttamento commerciale delle corse ciclistiche su strada a livello professionistico. È infatti su quest'attività economica che si concentrano sia le attività economiche rilevanti di UCI, sia quelle di Lega Ciclismo e dei suoi associati.

Analogamente a quanto già rilevato dalla Commissione nella decisione ISU e in precedenti decisioni, l'organizzazione di eventi in ambito sportivo va in linea di principio considerata all'interno di una singola disciplina sportiva<sup>27</sup> e comporta la fissazione delle regole sportive, tecniche e d'organizzazione, la gestione del calendario, l'ammissione delle squadre e dunque degli atleti, la gestione, diretta o indiretta, dei giudici di gara e del rimanente staff tecnico<sup>28</sup>.

Sono in particolare applicabili per analogia le considerazioni svolte dalla Commissione nella decisione ISU quanto all'assenza di sostituibilità in relazione alla domanda per quanto riguarda appassionati e spettatori dello sport considerato (qui, del ciclismo)<sup>29</sup>, organizzatori<sup>30</sup> e atleti<sup>31</sup>, nonché, in questo caso, anche le squadre. Applicate al caso di specie, quelle considerazioni portano ad escludere che vi sia sostituibilità tra il mercato relativo all'organizzazione e sfruttamento commerciale delle corse di ciclismo su strada e quello di altre corse ciclistiche, nonché con ancora maggiore evidenza di altri eventi sportivi relative a sport diversi dal ciclismo.

Come già nel caso ISU, anche nella specie si devono distinguere le competizioni internazionali da quelle nazionali. Anche per il ciclismo, infatti, si distingue tra eventi internazionali, disciplinati per l'essenziale dal Regolamento UCI, ed eventi nazionali, che sono regolati su base prevalentemente nazionale dalle singole federazioni affiliate all'UCI. Del pari, anche in ambito ciclistico la ricaduta economica delle competizioni internazionali, da un lato, e di quelle nazionali, dall'altro, è significativamente differente.

Si aggiunga che, per quanto riguarda l'attività ciclistica internazionale, vi è una significativa differenza, in termini di interesse commerciale,

<sup>27</sup> Decisione *ISU*, cit., punto 87, ivi riferimenti alla giurisprudenza UE e nazionale e alla prassi delle autorità nazionali antitrust.

<sup>28</sup> Decisione *ISU*, cit., punto 86.

<sup>29</sup> Decisione *ISU*, cit., punto 89.

<sup>30</sup> Decisione *ISU*, cit., punto 91.

<sup>31</sup> Decisione *ISU*, cit., punto 92.



tra le competizioni incluse nel calendario UCI *World Tour*, e quelle invece escluse da quel calendario. Rimane a questo stadio irrilevante, tuttavia, comprendere se quelle diverse tipologie di competizioni professionistiche internazionali su strada costituiscano mercati distinti, poiché si ritiene, da un lato, che UCI detenga una posizione economica molto forte in relazione a tutte quelle tipologie, a causa del suo potere regolamentare che le garantisce comunque un controllo organizzativo molto forte. Dall'altro lato, si deve constatare che la tipologia di condotta restrittiva posta in essere da UCI e analizzata in questa sede è analoga in relazione a tutte le tipologie di competizioni internazionali professionistiche a squadre.

## 8. Il mercato geografico

Dal punto di vista geografico, il mercato rilevante è in prima battuta globale; in ogni caso comprende una parte rilevante del mercato comune.

Da un primo punto di vista, nel 2018 le competizioni che hanno fatto parte dello UCI *World Tour* sono state 37, di cui 17 corse a tappe e 20 corse singole. Esse si sono svolte in Europa, in Asia, incluse Oceania e Vicino Oriente, e in Nord-America. Di tutte queste competizioni, 25 su 37 hanno avuto luogo nel territorio di Stati membri dell'Unione e sono state organizzate da società ivi stabilite: 8 hanno avuto luogo in Belgio (di cui una tra Belgio e Paesi Bassi), 5 in Francia compreso il Tour de France, 5 in Italia compreso il Giro d'Italia, 4 in Spagna compresa la Vuelta a España, 2 nei Paesi Bassi (v. sopra), 1 in Germania, 1 nel Regno Unito.

Ciò detto, pur partendo da una dimensione globale, non si può escludere che sia possibile delimitare ulteriormente il mercato rilevante, dal punto di vista geografico, riducendolo ad una dimensione che coinvolga i principali paesi del movimento ciclistico internazionale, tutti membri dell'Unione europea. È un dato di fatto che la competizione professionistica di gran lunga più rilevante dal punto di vista commerciale sia il Tour de France, seguito dai due altri *Grand Tours* europei, il Giro d'Italia e la Vuelta a España, e dalle principali "classiche" belghe, francesi ed italiane. L'organizzazione di quelle corse è opera per l'essenziale di soggetti stabiliti in quegli Stati membri; la collocazione dei diritti d'immagine, compresa la ritrasmissione radiotelevisiva, avviene prima di tutto a livello europeo e l'interesse degli sponsor "nazionali" è particolarmente forte.

Al tempo stesso, bisogna anche considerare che, se non per le squadre di ciclismo professionistico, certo per i singoli atleti, per gli sponsor e per i fabbricanti di biciclette, agli eventi dell'UCI *World Tour* si aggiungono,

come ambito di esercizio di attività economica di importanza non certo minore, gli UCI World Championships, vale a dire i campionati del mondo di ciclismo su strada organizzati annualmente da UCI.

Inoltre, per alcuni degli eventi UCI *World Tour* e per gli UCI *World Championships* l'interesse è sicuramente globale, sia a livello di cessione di diritti radiotelevisivi e d'immagine in generale, con relativa attività pubblicitaria, sia a livello di investimento specifico nella sponsorizzazione delle squadre. Per quanto riguarda le competizioni a squadre, ciò è testimoniato anche dalla presenza, quali sponsor dei teams UCI World Tour, di operatori economici di Stati terzi quali le linee aeree Emirates, un operatore sudafricano di *cloud computing* (Team Dimension Data), un produttore di vini australiano (Mitchelton), un produttore di shampoo svizzero (Alpecin), oltre ad operatori/investitori statali quali Astana (Kazakistan) e Bahrein.

Dal punto di vista delle squadre professionistiche, la partecipazione alle competizioni UCI *World Tour* ha coinvolto società professionistiche di diversi Paesi, compresi in misura preponderante Paesi membri dell'UE, ma in misura molto significativa anche società di Paesi terzi. Nel 2018 facevano parte delle 18 squadre della categoria UCI *World Teams* due società ciclistiche francesi, AG2R La Mondiale e Groupama-FDJ, due società ciclistiche tedesche, Bora-Hansgrohe e Team Sunweb, due società ciclistiche belghe, Lotto-Soudal e Quick-Step Floors, divenuta nel 2019 Deceuninck Quick-Step, una società ciclistica spagnola, Movistar Team, una società ciclistica dei Paesi Bassi, Team Lotto NL-Jumbo, divenuto nel 2019 Jumbo-Visma, e una società ciclistica del Regno Unito, Team Sky, divenuto nel 2019 Ineos. Nel 2019 si è aggiunto un team polacco, CCC Team. Le altre squadre del circuito provengono dagli USA (due nel 2019, tre nel 2018) e da Australia, Bahrein, Emirati Arabi Uniti, Kazakistan, Russia, Svizzera, Sudafrica. La partecipazione alla "seconda divisione" del ciclismo professionistico, espressa dai 25 teams UCI Pro Continental, comprende del pari squadre UE ed extra UE: per il 2019 cinque squadre francesi, quattro italiane, quattro belghe, tre spagnole, tre USA (erano cinque nel 2018), una ciascuna da Colombia, Danimarca, Israele, Paesi Bassi, Portogallo, Russia.

Per quanto riguarda l'Italia, l'ultima società italiana ad essere ammessa al massimo circuito professionistico mondiale è stata la Lampre-Merida, nel 2016<sup>32</sup>. 51 atleti professionisti italiani sono tesserati in squadre UCI World Tour. Erano 60 nel 2018, 75 nel 2011, anno in cui fu per la pri-

<sup>32</sup> In precedenza affiancata dalla Cannondale nel 2014 e 2103.

ma volta introdotto il sistema di licenze UCI *World Tour*. Quattro società italiane sono attualmente parte della categoria *Professional Continental Teams*, e possono quindi aspirare a ottenere l'invito (*wild card*) per partecipare alle corse UCI *World Tour* che si svolgono in Italia<sup>33</sup>. Inoltre in Italia si svolgono uno dei *Grand Tours* principali, il Giro d'Italia, e quattro "grandi classiche". Non c'è dubbio dunque che l'Italia faccia parte del mercato rilevante, ma non sembra in alcun modo possibile separare il mercato italiano da quello europeo e, più in generale, mondiale, dell'organizzazione e sfruttamento commerciale delle corse ciclistiche professionistiche internazionali su strada.

## 9. La posizione di UCI sul mercato rilevante

UCI detiene un forte potere di mercato sul mercato rilevante.

Analogamente a quanto già accertato dalla Commissione nella decisione *ISU*<sup>34</sup>, anche per UCI si può affermare che essa costituisce l'organo di governo dotato di competenza esclusiva a adottare ed applicare le regole delle competizioni di ciclismo su strada (e non solo) a livello internazionale (e non solo).

Solo gli atleti e le squadre che soddisfano i criteri definiti da UCI possono partecipare alle competizioni internazionali in questione. Inoltre, le licenze di partecipazione alle competizioni UCI World Tour, concesse da UCI, sono un numero chiuso. Anche il numero di atleti ammessi è controllato da UCI, che fissa nel suo regolamento il numero minimo e massimo di atleti per squadra e il numero massimo di atleti per competizione.

Le squadre titolari di licenze UCI devono sottostare a requisiti fissati dal regolamento UCI che vanno ben oltre la dimensione sportiva: il Regolamento UCI definisce il tipo di contratto che lega i ciclisti professionisti alle squadre<sup>35</sup>, la forma di conclusione del contratto<sup>36</sup>, il relativo contenuto economico minimo (salario minimo)<sup>37</sup> e i limiti anche economici di una

<sup>33</sup> Fonte: Il Sole 24 Ore, 23 aprile 2019, articolo "Ciclismo su strada, squadre italiane ancora «staccate» dai top team mondiali", visibile su <https://www.ilsole24ore.com/art/ciclismo-strada-squadre-italiane-ancora-staccate-top-team-mondiali-ABrrljqB> (settembre 2019)

<sup>34</sup> Decisione ISU, cit., punti 116-119, 121-127.

<sup>35</sup> Art. 2.15.111 ss., 2.15.115bis, 2.15.139; Art. 2.16.036 bis.

<sup>36</sup> Art. 2.15.113 s.; Art. 2.16.040.

<sup>37</sup> Art. 2.16.033.

eventuale remunerazione separata dei diritti d'immagine del corridore da parte della squadra<sup>38</sup>.

Il Regolamento definisce inoltre un regime uniforme di coperture assicurative<sup>39</sup> e stabilisce regole per i trasferimenti di atleti tra le squadre che limitano in misura considerevole la libertà economica dei soggetti coinvolti<sup>40</sup>. Ancora, il Regolamento UCI stabilisce un regime uniforme di poteri e responsabilità giuridico-finanziarie delle squadre e dei loro dirigenti e rappresentanti<sup>41</sup> e richiede l'emissione di una garanzia bancaria a prima domanda non inferiore a 975.000 CHF (300.000 CHF per le squadre Pro Continental) a favore di UCI<sup>42</sup>, a beneficio dei creditori che possano vantare crediti da lavoro/contratto relativi al funzionamento della squadra, nonché a garanzia del pagamento di eventuali ammende UCI.

Solo le competizioni che rispettano il Regolamento UCI possono essere inserite nei calendari internazionali gestiti da UCI e in quelli gestiti dalle singole federazioni nazionali. Inoltre, gli atleti tesserati delle federazioni nazionali e UCI non possono partecipare a competizioni diverse da quelle UCI, se non in casi eccezionali<sup>43</sup>.

Le squadre titolari di una licenza UCI *World Tour* hanno inoltre l'obbligo, sanzionato con ammenda in caso di violazione, di partecipare a tutte le competizioni del calendario UCI *World Tour*<sup>44</sup>.

Per tutto quanto precede, a maggior ragione che nel caso *ISU*, anche in relazione ad UCI si deve concludere che essa detiene una posizione di mercato forte nel mercato rilevante, costituito dal mercato mondiale per l'organizzazione e lo sfruttamento economico delle corse internazionali di ciclismo professionistico su strada, a prescindere dalla possibilità di eventuali, ulteriori segmentazioni del mercato rilevante in più sottomercati.

## 10. La restrizione della concorrenza

Le modifiche introdotte ai regolamenti UCI nel 2018/2019 hanno, nel loro insieme, pesantemente danneggiato la posizione concorrenziale delle

<sup>38</sup> Art. 2.15.116; Art. 2.16.037.

<sup>39</sup> Art. 2.15.126; Art. 2.16.039bis.

<sup>40</sup> Art. 2.15.120a ss.; Art. 2.16.041a ss.

<sup>41</sup> Art. 2.15.057 ss.; Art. 2.16.008.

<sup>42</sup> Art. 2.15.092 ss.; Artt. 2.16.012 e 2.16.023 e seguenti.

<sup>43</sup> Art. 1.2019, cit.

<sup>44</sup> Artt. 2.15.127 e 2.15.128.

squadre professionistiche di dimensioni economiche medie, escludendole di fatto da una parte relevantissima del mercato. Alla luce delle caratteristiche dell'imprenditoria rilevante, questo ha conseguenze particolari per le squadre professionistiche di alcuni Stati membri e si ripercuote, pertanto, anche sugli interessi degli organizzatori di quegli Stati membri. La penalizzazione della posizione concorrenziale delle squadre professionistiche di dimensioni medie e il conseguente rischio di una loro esclusione dal mercato valgono in particolare, ma non solo, per le squadre italiane e per degli organizzatori di eventi italiani, entrambi rappresentati dalla Lega Ciclismo.

Nel complesso, si può parlare, in relazione alle conseguenze dell'applicazione delle diverse disposizioni regolamentari UCI relative tanto alla concessione di licenze UCI *World Tour* per gli UCI *World Teams*, quanto alla concessione delle licenze per i *Professional Continental Teams* ed alla relativa disciplina di ammissione alle gare dei circuiti professionistici internazionali, in primis UCI *World Tour*, di una restrizione della concorrenza per oggetto.

Come è noto, nella prassi della Commissione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia si può parlare di una restrizione per oggetto quando si è in presenza di certi tipi di coordinamento tra imprese che esprimono un livello di attentato alla concorrenza sufficientemente grave, da non richiedere un esame approfondito dei loro effetti in concreto<sup>45</sup>. Nel valutare la presenza di restrizioni per oggetto si deve tener conto, oltre che del contenuto delle previsioni dell'intesa o decisione di associazione di imprese, degli obiettivi che essa persegue e del contesto economico e giuridico in cui essa si inserisce, tenendo conto delle caratteristiche dei beni o servizi di cui si tratta e delle condizioni concrete di funzionamento, nonché della struttura, del mercato rilevante.

Nel caso di specie, sia il contenuto delle previsioni regolamentari rilevanti, sia il loro obiettivo intrinseco (ed in particolare, l'assenza di una reale giustificazione sportiva), sia le caratteristiche dei servizi rilevanti e la struttura del mercato, portano alla conclusione che si sia in presenza di una restrizione per oggetto.

Anzitutto, con la modifica del Regolamento UCI, ed in primis dell'art. 2.15.009, alle squadre *Professional Continental* è stato imposto di decidere, in tempi strettissimi, se passare nel *World Tour*, dovendo in tal caso aumentare in modo considerevole il budget<sup>46</sup>, oppure rimanere con il loro

<sup>45</sup> Cfr. decisione *ISU*, paragrafi 155 e ss.

<sup>46</sup> Il budget di un *World Team* è quasi di 8/10 volte in più rispetto a quelli delle *Professional*

status precedente, senza però ulteriori garanzie di partecipazione agli eventi (per le ragioni che saranno illustrate più oltre). In tali circostanze vi è il forte sospetto che quella modifica regolamentare, affiancata dalla previsione di un tempo di adeguamento del tutto inadeguato, sia stata posta in essere avendo in mente l'ingresso di soggetti determinati nel circuito più lucrativo.

Il passaggio da *Pro Continental* a *World Tour* comporta numerose conseguenze di rilevantissimo impatto economico. In primo luogo, si passa da un obbligo di costituire garanzia a prima domanda a favore dell'UCI non inferiore a 300.000 CHF, ad un obbligo di costituire una garanzia non inferiore a 975.000 CHF. In secondo luogo, si passa da una tassa di registrazione di 20.000 CHF ad una di 65.000 CHF (dei quali 20.000 andranno persi anche nel caso di non ammissione al circuito superiore, con la conseguenza del raddoppio, di fatto, delle tasse di registrazione per le squadre *Professional* la cui candidatura ad una licenza *World Tour* sia rigettata). In terzo luogo, aumenta il salario minimo per atleta: mutando lo status da *Professional Continental* a *World Team* gli aumenti della remunerazione minima imposta dall'UCI sono, per l'anno 2019, di 5.287 CHF per ogni singolo atleta neoprofessionista dipendente, 7.596 CHF per ogni professionista dipendente. Gli aumenti legati al cambio di status della squadra diventano poi 8.672 CHF per ogni atleta neoprofessionista indipendente e 12.457 CHF per ogni atleta professionista indipendente<sup>47</sup>. Contestualmente, aumenta il numero minimo di atleti da impiegare per rispettare i criteri imposti dall'UCI: i nuovi minimi essendo aumentati da 23 a 27 corridori per le squadre *World Tour*, e da 16 a 20 corridori per le squadre *Professional Continental*, il passaggio da *Professional Continental* a *World Tour* avrebbe imposto un aumento dei corridori da 16 a 27: un aumento del 68% in termini di unità, con l'ulteriore aumento della stessa remunerazione minima di quei corridori, nei termini sopra indicati.

Tutte queste modifiche, come si vedrà meglio più oltre, non perseguono finalità sportive, ma unicamente economiche, per di più espressione di un chiaro conflitto di interessi del soggetto che è ad un tempo regolatore e

italiane.

<sup>47</sup> Ciò in conseguenza degli artt. 2.15.111 e 2.16.036 del Regolamento UCI, che impongono il rispetto dell'accordo denominato *Joint Agreements on the working conditions of riders hired by UCI Professional Continental Teams and UCI WorldTeams for the year of registration 2018 and thereafter concluso da Cyclistes Professionnels Associés - CPA e da Association Internationale des Groupes Cyclistes Professionnels - AIGCP*. Il testo dell'accordo è online (settembre 2019) su [https://www.uci.org/docs/default-source/rules-and-regulations/part-ii-road/2018-joint-agreements.pdf?sfvrsn=653b794c\\_4](https://www.uci.org/docs/default-source/rules-and-regulations/part-ii-road/2018-joint-agreements.pdf?sfvrsn=653b794c_4).

perceutore di profitti legati allo sfruttamento delle manifestazioni sportive da esso regolate.

Esse, inoltre, hanno un impatto del tutto sproporzionato sulle squadre professionistiche di medie dimensioni, in ragione delle caratteristiche dei servizi e della struttura del mercato rilevante.

Anzitutto va notato che le modifiche alle previsioni regolamentari suddette, entrate in vigore con tempistiche molto ristrette e discutibili, hanno visto 23 squadre presentare richiesta di licenza *World Tour* entro il primo aprile 2019, tra cui le 18 “grandi” squadre che già possedevano tale status. Non vi è stata nessuna candidatura dalle squadre *Professional Continental* italiane, in quanto in quel breve periodo a disposizione esse non hanno avuto modo di trovare sponsor che avrebbero permesso questo salto.

In secondo luogo, si deve constatare che l’aumento del numero delle licenze *World Tour*, applicato in un sistema regolamentare che prevede un tetto massimo di corridori per gara, conduce automaticamente ad una modifica estremamente significativa, in senso peggiorativo, delle condizioni di concorrenza per le squadre *Pro Continental*, sia all’interno del circuito *World Tour*, sia all’esterno di quello. Al contrario delle squadre *World Tour*, infatti, le squadre *Professional* non hanno alcun diritto di partecipazione a nessun tipo di calendario. In pratica, quelle squadre non hanno un “campionato” cui concorrere e devono attendere gli inviti degli organizzatori per programmare la stagione agonistica. Si aggiunga che, da un lato, le licenze hanno una durata triennale e che, dall’altro lato, non esiste alcun meccanismo chiaramente definito di promozione/retrocessione basato sul merito sportivo e se ne può agevolmente concludere che la posizione delle squadre *Professional* nel mercato esce grandemente penalizzata dalle riforme messe in atto da UCI.

Questa politica UCI nei confronti delle squadre *Professional* aveva già spinto alcuni team, nel recente passato, a azzardare il salto nella categoria maggiore, per ottenere almeno una stabilità di calendario e visibilità, anche in presenza di un budget non all’altezza, decretandone di fatto lo scioglimento prematuro (è il caso ad esempio del team svizzero IAM Cycling)<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> V. l’articolo pubblicato su l’Equipe il 23 maggio 2016 “World Tour : L’équipe IAM va disparaître à la fin de la saison 2016”, in cui si fa riferimento alle difficoltà di budget e all’impossibilità di trovare uno sponsor; visto in settembre 2019 su <https://www.lequipe.fr/Cyclisme-sur-route/Actualites/World-tour-l-equipe-iam-va-disparaitre-a-la-fin-de-la-saison-2016/680349>

Ancora, se gli inviti per i tre *Grand Tours* fino al 2019 erano 12 dal 2020, essi diventeranno solo 6. Infatti da 4 possibili *wild card* fino al 2019, dopo la riforma con l'aumento a 20 squadre *World Tour*, ogni organizzatore potrà invitarne solo 2. Il Regolamento UCI impone infatti un numero massimo di 176 corridori a competizione, limitando la partecipazione a 8 corridori per squadra, per un totale di 22 squadre<sup>49</sup>. La volontà più o meno dichiarata di UCI di penalizzare le squadre Professional deriva anche dal già ricordato aumento, previsto nella riforma, del numero minimo di atleti che passano da 16 a 20, senza alcun diritto di partecipare a specifiche competizioni inserite nel calendario internazionale.

Le conseguenze negative per le squadre professionistiche italiane, rappresentate da Lega Ciclismo, sono evidenti.

Prima della riforma del numero di squadre UCI *World Team*, nell'invitare le squadre *Professional* ai grandi Giri si tendeva in effetti, non solo in Italia, a riservare almeno due posti per i team della nazione che ospita l'evento. Ora questa situazione non potrà più presentarsi.

Concentriamoci sulla corsa più rappresentativa e più remunerativa del calendario *World Tour* in Italia, il Giro d'Italia. Fino alla stagione 2019 i posti a disposizione delle squadre Professional erano 4, quindi l'organizzatore RCS Sport SpA aveva la possibilità di fare due tipi di scelte: una di natura più commerciale, legata al percorso del Giro (vedi invito della Israel Cycling Academy l'anno in cui la corsa partì da Gerusalemme), una di natura più sportiva, dando alle squadre italiane la possibilità di gareggiare e mettersi in evidenza in un contesto di primissimo livello, sostenendo in tal modo il movimento ciclistico nazionale e dando la possibilità ai corridori italiani di farsi notare.

In particolare, su 4 posti disponibili al Giro d'Italia per le *Professional*, negli ultimi 7 anni l'organizzatore ha invitato per 5 anni 3 squadre *Professional* italiane; un anno ne ha invitate 4, un anno comunque 2<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Artt. 2.2.002 e 2.2.003.

<sup>50</sup> Questi i dettagli: Giro d'Italia 2019: Androni Giocattoli - Sidermec (ITA), Bardiani CSF (ITA), Nippo - Vini Fantini - Faizanè (ITA); Giro d'Italia 2018: Androni Giocattoli - Sidermec (ITA), Bardiani CSF (ITA), Willier Triestina - Selle Italia (ITA); Giro d'Italia 2017: Bardiani CSF (ITA), Willier Triestina - Selle Italia (ITA); Giro d'Italia 2016: Bardiani CSF (ITA), Nippo - Vini Fantini (ITA), Willier Triestina - Southeast (ITA); Giro d'Italia 2015: Androni Giocattoli - Sidermec (ITA), Bardiani CSF (ITA), Nippo - Vini Fantini (ITA) Southeast Pro Cycling (ITA); Giro d'Italia 2014: Androni Giocattoli - Venezuela (ITA), Bardiani CSF (ITA), Neri Sottoli (ITA); Giro d'Italia 2013: Androni Giocattoli - Venezuela (ITA), Bardiani Valvole - CSF Inox (ITA), Vini Fantini - Selle Italia (ITA).



Dalla stagione seguente, aumentando a 20 il numero le squadre UCI *World Tour*, tutte invitate d'ufficio per previsione regolamentare UCI ed obbligate a partecipare al Giro, e rimanendo nel contempo invariato il numero di corridori e squadre al via, sempre per regolamento UCI, sono rimasti solo 2 posti che l'organizzatore può utilizzare per invitare squadre *Professional*. Altrettanto si può dire per le altre competizioni inserite nel calendario UCI *World Tour* che si svolgono in Italia: esse sono quattro, oltre al Giro, vale a dire la Tirreno-Adriatico, la Milano-Sanremo, il Lombardia (ex Giro di Lombardia) e la Strade Bianche<sup>51</sup>.

Di per sé questa riduzione non esclude, di diritto, le squadre italiane. Tuttavia, il dimezzamento dei posti a disposizione delle squadre *Professional* limita inevitabilmente, di fatto, le loro possibilità a partecipare al Giro d'Italia e alle altre gare italiane del circuito UCI *World Tour*. Questo fatto, unito ai maggiori oneri causati dalle modifiche regolamentari UCI, si traduce in una concreta prospettiva di espulsione dal mercato per le squadre *Professional* italiane.

Si deve infatti considerare che gli organizzatori di questi eventi, e tra questi in particolare RCS Sport SpA, sono società di capitali private, chiamate a scelte economicamente ragionevoli, delle quali devono dar conto agli investitori, tanto più quando, come nel caso di RCS, fanno parte di un gruppo quotato in borsa<sup>52</sup>. In questo quadro, le scelte di natura commerciale cui queste società saranno costrette avranno, inevitabilmente, peso maggiore delle considerazioni "sportive", a salvaguardia del movimento ciclistico nazionale di cui pure quelle competizioni sono, storicamente, espressione. Il riferimento è alla tendenza commerciale ad invitare alla competizione UCI *World Tour* almeno una *Professional* appartenente ad un paese d'oltre Europa (nelle ultime due edizioni, per il Giro, la Israel Cycling Academy): una scelta orientata da criteri economici e non sportivi, dato che comporta in linea di principio la possibilità di vendere

<sup>51</sup> Tutte organizzate da RCS Sport SpA.

<sup>52</sup> RCS Sport SpA è una società per azioni privata, parte del gruppo RCS MediaGroup SpA, quotato presso Borsa Italiana SpA. RCS Sport SpA organizza, oltre al Giro d'Italia, la Milano-Sanremo, la Tirreno-Adriatico, Il Lombardia, Strade Bianche, il Dubai Tour e l'Abu Dhabi Tour. Inoltre, sempre in ambito di competizioni ciclistiche, RCS Sport SpA organizza la Milano-Torino e la Gran Piemonte. L'entità dei ricavi dell'attività di organizzazione di eventi sportivi (principalmente nell'ambito ciclistico, cui si aggiungono due limitati eventi di maratona e running a rilievo principalmente nazionale italiano) è indicata in 65,5 milioni nella Relazione Finanziaria Annuale 2018 del Gruppo RCS Media Group, p. 46. La relazione è accessibile on-line al sito [www.rcsmediagroup.it](http://www.rcsmediagroup.it) a <http://www.rcsmediagroup.it/pagine/archivio-generale/investors/bilanci-e-relazioni/> (visto in settembre 2019).

diritti media e televisivi in un Paese tendenzialmente meno attento alle competizioni ciclistiche organizzate in Italia.

In particolare, lo scenario che negli ultimi anni ha visto quasi sempre 3, a volte 4 squadre *Professional* italiane invitate al Giro d'Italia, non potrà agevolmente essere replicato per l'edizione 2020. Infatti con due posti in meno, e con la ricordata tendenza commerciale ad invitare almeno una *Professional* appartenente ad un paese d'oltre Europa, a prescindere dal merito sportivo, è chiaro che la partecipazione di squadre italiane *Professional* al Giro non avrà più che una prospettiva estremamente limitata. Lo scenario più verosimile è che una sola squadra *Professional* italiana potrà partecipare al Giro su invito, dipendendo comunque dalla scelta dell'organizzatore e non più dal merito sportivo<sup>53</sup>.

Infatti, al Giro d'Italia, fino alla stagione 2019, in accordo con Lega Ciclismo l'organizzatore riservava un posto di diritto al team *Professional* italiano che fosse arrivato primo nella classifica nel circuito Ciclismo Cup, un circuito di competizioni promosso dalla Lega in cui sono racchiuse tutte le gare italiane appartenenti alla categoria HC (*Hors Catégorie*) e .1. (prima categoria) del calendario UCI. Ora, la riforma UCI, con la riduzione a due soli posti per la partecipazione ad invito agli eventi del calendario UCI *World Tour*, ha determinato la cancellazione del posto riservato al Giro per il vincitore della Ciclismo Cup<sup>54</sup>. Certo, la scelta di revocare l'automaticità dell'invito al vincitore di Ciclismo Cup non è di UCI, bensì dell'organizzatore del Giro. Tuttavia tale scelta è stata resa necessaria dalla riduzione degli spazi di invito per gli organizzatori ed è dunque essa stessa una conseguenza della riforma UCI.

Una tale conseguenza, cancellando l'automatismo sportivo dell'invito, ha confermato da una parte la riduzione delle possibilità dei team italiani di essere invitati al Giro, dall'altra ha penalizzato la Lega in quanto proprietaria dei diritti televisivi della Ciclismo Cup<sup>55</sup>. Questa competi-

<sup>53</sup> Nota di aggiornamento al 2022: nei fatti, RCS ha in realtà mantenuto, anche nei Giri 2020, 2021, 2022, la scelta di invitare tre squadre Pro italiane.

<sup>54</sup> Cfr. Regolamenti 2018 e 2019 di Ciclismo Cup. Si noti che gli art.15 e seguenti del Regolamento 2018, relativi alla partecipazione al Giro d'Italia per la vincitrice di Ciclismo Cup o per la seconda classificata, ove la prima avesse guadagnato altrimenti il diritto di partecipare al Giro, nei quali si faceva espressamente riferimento all'accordo con RCS, organizzatore del Giro, non sono presenti nel nuovo Regolamento 2019.

<sup>55</sup> Promossi attraverso un contratto con la società PMG Sport, che genera significativi introiti per Lega Ciclismo. La descrizione della diffusione degli eventi promossi tramite quel contratto si trova on line su <https://legaciclismoprof.org/2018/11/12/ciclismo-cup-pmg-sport-i-dati-2018-che-crescita/> (settembre 2019)

zione diviene ora, come conseguenza della riforma UCI, un evento con un'importanza decisamente minore.

Ciò determina anche un danno per gli organizzatori di gare professionistiche non appartenenti alla categoria *World Tour* italiane. Quelle corse finiscono per perdere qualsiasi rilievo per le squadre Professional interessate a partecipare su invito alle competizioni UCI *World Tour*. Si tratta di una ventina di corse, classificate nelle categorie UCI *Hors Catégorie* e prima categoria<sup>56</sup>.

In riferimento alle conseguenze negative per le squadre professionistiche italiane, si segnala in particolare sin d'ora che Nippo Fantini Vini Faizanè, team italo-giapponese con sede in Italia e staff per la maggior parte italiano, ha deciso di non continuare l'attività per l'anno 2020, non facendo richiesta della licenza all'UCI. La squadra aveva partecipato su invito al Giro d'Italia 2019, 2016 e 2015. Ciò è conseguenza diretta della riforma dei regolamenti UCI. Sono stati in particolare decisivi nel condurre alla decisione di abbandonare gli aumenti di personale (i.e. corridori e staff), la maggiore incertezza di partecipazione ai Grandi Giri dovuta alla riduzione delle *wild card* ed alla soppressione del posto garantito vincendo la Ciclismo Cup, e la conseguente maggior difficoltà nella ricerca di sponsor<sup>57</sup>. È chiaro infatti che, a fronte del venir meno di realistiche possibilità di partecipazione alle corse importanti, le squadre non possono garantire sufficiente visibilità ai propri sponsor.

## **11. Segue: qualificazione delle misure UCI come decisione di associazione di imprese avente ad oggetto la restrizione della concorrenza, capace di incidere sugli scambi tra Stati membri**

L'insieme delle innovazioni regolamentari UCI qui considerate, tenuto conto del loro contenuto, dei loro obiettivi, delle caratteristiche dei

<sup>56</sup> In ordine cronologico di svolgimento: Trofeo Laigueglia; GP Industria & Artigianato; Settimana Internazionale Coppi e Bartali; Giro di Sicilia; Tour of the Alps; Giro dell'Appennino; Campionato Italiano; Adriatica Ionica; Coppa Agostoni - Giro delle Brianze; Coppa Bernocchi - GP BPM; Giro della Toscana - Memorial Alfredo Martini; Coppa Sabatini - Gran Premio città di Peccioli; Memorial Marco Pantani; Trofeo Matteotti; Giro dell'Emilia; Gran Premio Bruno Beghelli; Tre Valli Varesine; Milano-Torino; Gran Piemonte.

<sup>57</sup> Si vedano le dichiarazioni rilasciate dai responsabili del team alla stampa sportiva : v. p.e. <https://www.oasport.it/2019/07/ciclismo-a-fine-stagione-la-nippo-fantini-chiude-i-battenti-la-prima-vittima-della-riforma-world-tour/> e <http://mondiali.net/74041-nippo-vini-fantini-faizane-chiude-a-fine-stagione-e-italiana-la-prima-vittima-della-riforma-uci/>

servizi in questione e della struttura del mercato rilevante, determina una restrizione della concorrenza per oggetto, poiché mira chiaramente a ripartire il mercato, escludendo in buona sostanza gli attori di dimensioni minori dalla fetta più importante di attività economiche.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale si è in presenza di intese aventi ad oggetto una restrizione della concorrenza quando un accordo o una decisione di associazione di imprese ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza. Questo è il caso, in particolare, “per gli accordi che comportano restrizioni manifeste della concorrenza quali la fissazione di prezzi e la ripartizione dei mercati”<sup>58</sup>.

Ora, non c'è dubbio che la regolamentazione UCI in questione, nel riservare a un determinato numero di squadre selezionate sulla base di criteri essenzialmente economici e non sportivi (gli UCI *World Teams*) la partecipazione agli eventi internazionali di maggior richiamo (le competizioni UCI *World Tour*), fissando altresì il numero di quelle squadre invitate di diritto ed obbligate a partecipare a detti eventi in modo da ridurre in maniera drastica la possibilità per altre squadre professionistiche di partecipare ad essi, alla luce dei limiti numerici di partecipazione imposti dalla stessa regolamentazione UCI, ed in assenza di specifici meccanismi sportivi di promozione/retrocessione, costituisce una decisione di un'associazione di imprese che ha ad oggetto la ripartizione dei mercati.

L'effetto di esclusione è ulteriormente rinforzato dalle previsioni che alzano in maniera ingiustificata le barriere economiche all'ingresso alle competizioni UCI *World Tour* attraverso la previsione di ulteriori oneri quali:

- a) l'aumento del numero dei corridori professionisti dipendenti per squadra UCI *World Team*, fermo restando il numero dei corridori ammessi ad ogni singola corsa;
- b) l'aumento della remunerazione minima di quei corridori, al passaggio da *Professional Continental* a *World Team*;
- c) la fissazione di una garanzia a prima domanda di più di tre volte superiore in caso di acquisizione dello status *World Team*;
- d) la previsione di una tassa di candidatura di 20.000 Euro a fondo perduto, trattenuta da UCI anche in caso di rigetto della candidatura, a fronte di una tassa di iscrizione di 85.000 euro.

<sup>58</sup> Sentenza della Corte 8 dicembre 2011, *KME Germany e a./Commissione*, C-389/10 P, Racc. pag. I-13125, punto 75.

Gli effetti negativi sull'attività delle squadre *Professional Continental* sono completati dalle ulteriori decisioni regolamentari che determinano un significativo aumento del budget richiesto per la loro partecipazione al mercato, anche a prescindere dalla loro partecipazione a competizioni della categoria World Tour.

Si tratta

- a) della previsione regolamentare che impone in ogni caso l'aumento dei corridori professionisti delle squadre *Professional Continental* da 16 a 20, con un esito ancor più oneroso per l'aumento della remunerazione minima dei corridori professionisti nei *Joint Agreements*;
- b) dell'aumento della tassa di registrazione delle squadre *Professional Continental* da 16.000 Euro a 20.000 Euro;
- c) della riforma *Pro Series* che determinerà una radicale limitazione delle gare dell'attuale circuito *Europe Tour*, con automatico declassamento di categoria delle gare in precedenza classificate *Hors Catégorie* non incluse nel nuovo circuito.

La regolamentazione UCI in questione, inoltre, è intrinsecamente capace di incidere in maniera negativa sugli scambi tra Stati membri. Da un lato, infatti, essa riguarda le prove del calendario professionistico UCI che si svolgono in un numero significativo di Stati membri; dall'altro lato, essa è destinata a produrre effetti negativi sull'attività economica delle squadre professionistiche italiane (nonché, in senso analogo a quanto discusso più sopra con riferimento a quelle, anche per le squadre professionistiche spagnole).

## **12. Impossibilità di giustificare le misure in questione in relazione alla specificità dell'attività sportiva**

Come chiarito dalla giurisprudenza della Corte, l'attività sportiva, in quanto sia configurabile come attività economica, rientra nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato relative tanto alle libertà del mercato interno, quanto alla disciplina della concorrenza<sup>59</sup>. I divieti contenuti nelle previsioni del Trattato rilevanti in materia "non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si estendono anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro

<sup>59</sup> Sentenza della Corte 18 luglio 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, par. 22-23, con riferimenti alla giurisprudenza precedente.

subordinato e le prestazioni di servizi<sup>60</sup>, incluse quelle adottate dalle federazioni sportive internazionali.

Nondimeno, in quella stessa giurisprudenza “la Corte ha riconosciuto, che le norme comunitarie sulla libera circolazione delle persone e dei servizi non ostano a normative o a prassi giustificate da motivi non economici, inerenti alla natura e al contesto specifici di talune competizioni sportive. La Corte, però, ha sottolineato che tale restrizione dell’ambito d’applicazione di dette norme deve restare entro i limiti del suo oggetto specifico<sup>61</sup>.”

In particolare, come chiarito dalla Corte in *Meca-Medina*<sup>62</sup>, con un test che la Commissione ha chiaramente applicato nella decisione *ISU*<sup>63</sup>, si tratta di valutare se gli effetti restrittivi della decisione di associazione di imprese in questione (nel nostro caso, le misure regolamentari UCI) possano considerarsi giustificati da un obiettivo legittimo perché a) ineriscono al perseguimento di obiettivi specifici di natura sportiva (come il contrasto alla pratica del doping, nel caso *Meca-Medina*) e b) siano proporzionati a quegli obiettivi, limitandosi a quanto necessario per il loro raggiungimento. Inoltre, in un contesto in cui le restrizioni siano il frutto dell’esercizio di attività regolamentare da parte di un’associazione internazionale sportiva che è però al tempo stesso attiva nel settore dell’organizzazione e commercializzazione di eventi sportivi, si pone il tema del possibile conflitto di interessi<sup>64</sup>.

Nel caso di specie, la restrizione alla partecipazione alle competizioni UCI *World Tour* per le squadre professionistiche non titolari di una licenza UCI *World Team* non persegue alcuna finalità legata ad obiettivi specifici di natura sportiva. Ciò è particolarmente evidente nella nuova formulazione dell’art. 2.15.011, nel quale il criterio del merito sportivo è utilizzato solo nell’eventualità che il numero delle squadre che soddisfano gli altri criteri sia superiore al numero delle licenze disponibili: il merito sportivo ha una funzione del tutto eventuale e subordinata. Ciò risulta particolarmente evidente dall’assenza di un meccanismo di promozione/retrocessione delle squadre professionistiche, basato sul merito sportivo<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Sentenza *Meca-Medina*, cit., par. 24.

<sup>61</sup> Sentenza *Meca-Medina*, cit., par. 26.

<sup>62</sup> Sentenza *Meca-Medina*, cit., specialmente par. 42.

<sup>63</sup> Decisione *ISU*, specialmente par. 163 ss., 168 ss., 173

<sup>64</sup> Decisione *ISU*, cit., par. 173, con riferimento anche alla sentenza della Corte 1. luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*, spec. par. 28, e relative conclusioni dell’avvocato generale Kokott, par. 98 ss.

<sup>65</sup> In controtendenza rispetto al “modello” tipico dell’organizzazione sportiva piramidale:

Quanto ai criteri effettivamente rilevanti nel determinare chi può partecipare alle competizioni UCI World Tour, solo il criterio “etico” ha in qualche modo a che fare con il perseguimento delle specifiche finalità dell’organizzazione sportiva, mentre ciò non può dirsi dei criteri finanziario, amministrativo e organizzativo.

Quanto al criterio organizzativo, neppure l’aumento del numero dei corridori per squadra, con il conseguente onere finanziario maggiore per le squadre, risponde ad alcuna logica sportiva, poiché il numero di corridori che possono essere impegnati in una singola corsa per ogni squadra è rimasto immutato. Tale aumento, per quanto riguarda le squadre UCI *World Team*, si traduce in un’ulteriore, ingiustificata barriera all’ingresso per le squadre *Professional*, i cui bilanci non sono per la massima parte in grado di sopportare un tale passaggio. Altrettanto è vero, per il criterio amministrativo, per l’ammontare della garanzia bancaria a garanzia del pagamento degli oneri contrattuali e di eventuali ammende UCI, più di tre volte maggiore di quella imposta alle squadre *Professional*.

Nel complesso, poi, i criteri finanziario ed amministrativo sono enunciati in modo particolarmente poco trasparente, così da lasciare all’UCI inaccettabili margini di discrezionalità nel selezionare le squadre<sup>66</sup>.

In tal modo, il circuito UCI *World Tour*, dallo sfruttamento del quale UCI riceve entrate sia in relazione alle tasse di calendario, dovute dagli organizzatori, sia in relazione alle tasse di licenza e antidoping, dovute dalle squadre, sia in relazione allo sfruttamento del marchio, di cui è il titolare esclusivo, è divenuto un circuito di competizioni la partecipazione alle quali è sostanzialmente svincolata dal merito sportivo. Il fatto vero è che l’intero impianto delle disposizioni normative UCI relative al circuito UCI *World Tour*, ma anche degli interventi relativi al settore delle competizioni professionistiche non appartenenti alla categoria *World Tour* italiane, si giustifica unicamente dal punto di vista finanziario: si tratta di ammettere unicamente squadre che concorrano al successo commerciale dell’impresa svolta da UCI e dagli organizzatori principali, attirando capitali sufficientemente solidi da giustificare un’ulteriore espansione commerciale dallo sfruttamento delle competizioni del ciclismo professionistico.

Di tale obiettivo si trova innegabile traccia nella riforma dei calendari delle competizioni inferiori alla UCI *World Tour*, riorganizzati per far posto ad una mondializzazione delle competizioni che porterà maggiori

cfr. il documento di consultazione della Commissione “*The European Model of Sport*”, pubblicato dalla DG X nel 1998, para. 1.1.2.

<sup>66</sup> V. le osservazioni svolte *supra*, paragrafi 34 e s.

introiti ad UCI dalla commercializzazione delle licenze di sfruttamento dei diritti di trasmissione e altri diritti commerciali. Del tutto logicamente, poi, UCI chiede agli organizzatori di tali eventi di procurare la registrazione televisiva dell'intero evento e la commercializzazione dei diritti di ritrasmissione in più di 10 Paesi, oltre al Paese in cui la gara si svolge.

Nella stessa logica si muove UCI quando centralizza e subordina alla propria autorizzazione l'uso di dati live relativi allo sforzo fisico: qui UCI cerca addirittura di procurarsi una posizione dominante su un mercato nascente, quello della commercializzazione dei dati relativi alle performances fisiche dei corridori durante una competizione.

Poiché UCI ricava profitti dall'organizzazione dell'*UCI World Tour* e di altre corse inserite nei suoi calendari (nel 2017, 1,69 milioni CHF per le licenze *UCI World Tour* pagate dalle squadre; 1,67 milioni per le licenze pagate ad UCI dagli organizzatori, per un totale di 3.364.000 CHF<sup>67</sup>, mentre 3.025.000 sono, nel complesso, gli introiti da licenze per il rimanente calendario internazionale UCI<sup>68</sup>; sempre nel 2017, 11.2 milioni CHF per diritti media e distribuzione e ulteriori 5.9 milioni CHF per altri diritti di commercializzazione<sup>69</sup>), sussiste un evidente conflitto di interesse nel momento in cui UCI privilegia, rispetto al criterio sportivo, criteri economici ed organizzativi per l'ammissione delle squadre alle competizioni *World Tour*.

Altrettanto deve dirsi della scelta, operata da UCI, di aumentare il numero di squadre *World Team* e diminuire, corrispondentemente, i posti disponibili per inviti di squadre Professional a quelle competizioni. In tal modo, infatti, UCI non sta mettendo in atto scelte di regolamentazione per il perseguimento di obiettivi sportivi, ma scelte di regolamentazione dettate essenzialmente dalla volontà di aumentare i propri ricavi.

### 13. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve concludere che le disposizioni regolamentari UCI considerate in questa sede sono decisioni di un'associazione di imprese, ed al tempo stesso pratiche di un'impresa che può vantare di una posizione concorrenziale forte sul mercato

<sup>67</sup> *UCI 2017 Annual Report*, cit., p. 114 (Financial Report, Financial Statement Disclosure).

<sup>68</sup> *UCI 2017 Annual Report*, cit., p. 114 (Financial Report, Financial Statement Disclosure).

<sup>69</sup> *UCI 2017 Annual Report*, p. 104 (Financial Report - Consolidated Operating Statement UCI and CMC).



rilevante, che hanno per oggetto una restrizione della concorrenza capace di avere un grave impatto sugli scambi tra Stati membri.

In particolare, le misure poste in essere da UCI nel settore delle competizioni internazionali di ciclismo su strada rischiano di escludere dal mercato comune gli operatori del ciclismo professionistico di uno o più Stati membri, determinando una lesione gravissima dei principi fondamentali del mercato comune in materia di libertà di stabilimento e la libertà di concorrenza garantita dall'art. 101 TFUE.

Queste considerazioni, unite alla dimensione europea del mercato rilevante, alla gravità della violazione – avente ad oggetto la ripartizione dei mercati con una sostanziale segmentazione del mercato rilevante su basi nazionali – ed alla gravità delle conseguenze economiche per le imprese coinvolte, portano a ritenere che sussista un rilevante interesse dell'Unione all'apertura, da parte della Commissione europea, di una procedura nei confronti di UCI che porti all'adozione di una decisione negativa ex art. 7 Regolamento 1/2003.

La Commissione costituisce inoltre il “foro” più appropriato per lo svolgimento di un'indagine in materia. Anzitutto, l'infrazione di cui si tratta produce i suoi effetti in più di tre Stati membri (gli effetti sono significativi per lo meno in Belgio, Spagna, Francia, Italia, Germania, Paesi Bassi), cosicché da escludere che singole autorità nazionali siano nella posizione più idonea a perseguire tale violazione<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza*, GUUE n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 43, punto 14.

# La città confinata e il confine costituzionale\*

Paolo Costa

Professore associato in Istituzioni di Diritto pubblico  
Università degli Studi di Padova

SOMMARIO: 1. *Homo homini virus* – 2. Il personalismo costituzionale e la persona confinata – 3. Governo delle persone e amministrazione delle cose – 4. Il limite della dignità umana: Kant e l'articolo 22 della Costituzione – 5. La città quale possibile frontiera della dignità dell'*homme situé* – 6. La separazione verticale dei poteri e i diritti di libertà

## 1. *Homo homini virus*

Nel 2020, Giorgio Agamben riteneva probabile che, in conseguenza della pandemia di covid-19, il distanziamento sociale sarebbe diventato per lungo tempo il «nuovo principio di organizzazione della società»<sup>1</sup>. Forse il distanziamento non è divenuto un principio stabile, ma di certo non ha avuto breve durata e non è passato senza lasciare segni.

Il nesso salute-distanziamento in realtà non è nuovo.

Secondo Max Weber, la concentrazione urbana ed edilizia è coesistente alla nozione stessa di città: «Si può tentare di definire una “città” in modi diversi», scrive Weber in *Wirtschaft und Gesellschaft*, «è comune a tutte le definizioni soltanto il fatto che essa in ogni caso [...] sia un insediamento circoscritto, un “centro abitato” e non più abitazioni isolate. Al

\* Rielaborazione della comunicazione svolta al convegno “Ripensare la città e il suo diritto - XXIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico”, Padova 1-2 ottobre 2020.

<sup>1</sup> G. AGAMBEN, *Una domanda*, consultabile all'indirizzo [www.quodlibet.it](http://www.quodlibet.it), 13 aprile 2020.

contrario, nelle città (ma di certo non solo in esse) le case stanno solitamente disposte assai vicine e oggi, di regola, muro a muro»<sup>2</sup>.

L'urbanistica moderna, com'è noto, trova scaturigine proprio nei problemi di sovraffollamento cittadino che accompagnano la società industriale, a partire dal fenomeno degli *slums*. Ma è chiaro che il distanziamento imposto dalle misure anti-pandemia è stato qualitativamente diverso da quello richiesto da una generica salubrità delle compagini urbane. È un distanziamento deterritorializzato, che interessa le persone più che i luoghi. La sua natura ha poco a che fare con la visione organica della città propria dell'urbanistica; è pura regolazione dei comportamenti dell'uomo pensato nella sua «nuda vita». Occorre distanziare le persone poiché l'uomo è giudicato un pericolo biologico per l'altro uomo. In proposito, vi è chi ha suggestivamente riformulato la celebre massima hobbesiana nei termini di *homo homini virus*<sup>3</sup>.

## 2. Il personalismo costituzionale e la persona confinata

A quest'altezza si fa rilevante anche una riflessione di carattere costituzionale.

Il distanziamento sociale, spinto fino a misure di confinamento (*lock-down*), è stato disposto nell'ambito di un contesto emergenziale. Secondo la sua stessa logica, lo stato d'emergenza comporta un assetto ordinamentale provvisorio caratterizzato da concentrazione di potere decisionale in capo all'esecutivo e limitazione dei diritti fondamentali<sup>4</sup>. Si dice questo solo descrittivamente, senza indugiare qui sul dibattito intorno allo stato d'emergenza appena trascorso e ancor meno intorno ai suoi presupposti sostanziali.

I diritti costituzionali temporaneamente limitati durante la fase d'emergenza sono stati diversi (a partire dalla libertà di circolazione). E tuttavia, più che singoli diritti, il distanziamento sembra aver inciso un essenziale principio costituzionale. Ci si riferisce al principio personalista, che si configura proprio intorno alla *relazionalità* quale carattere essenziale della concezione costituzionale di persona. Il principio personalista – si potrebbe dire – non è un diritto bensì il fondamento di tutti i diritti, in quanto espi-

<sup>2</sup> M. WEBER, *Economia e società. La città*, Donzelli, Roma 2016, p. 3.

<sup>3</sup> N. BELLANCA, *Homo homini virus? Spazio urbano e disuguaglianze*, in *MicroMega*, 8 giugno 2020.

<sup>4</sup> Tra la vasta letteratura, si segnala M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.

me il punto di equilibrio costituzionale tra diritti dell'individuo e diritti della collettività. È la "terza via" a cui è approdata la mediazione costituente: né puro individualismo né puro collettivismo, ma libertà individuale solidaristicamente coniugata con i doveri costituzionali. Sul principio personalista, e sulla concezione antropologica che esso presuppone, poggia in ultima analisi la garanzia della dignità della persona intesa come *homme situé*<sup>5</sup>.

Per tale ragione è suonata ancor più stridente una certa prassi applicativa delle misure di distanziamento di cui ci ha dato conto la cronaca dei mesi di *lockdown*.

Si è assistito a due fenomeni distinti ma collegati tra loro.

In primo luogo, attraverso la copertura penale offerta dal reato di inosservanza di provvedimenti della pubblica autorità (art. 650 c.p., richiamato dall'art. 3, c. 4, d. l. n. 6/2020), la gestione della crisi si è inizialmente avvalsa (l'applicabilità di tale disposizione penale è poi venuta meno per effetto dell'art. 4, c. 1, d. l. n. 19/2020) di una sorta di «amministrativizzazione del diritto penale»<sup>6</sup>, simile al fenomeno già registrato nell'ambito della sicurezza urbana<sup>7</sup>.

In secondo luogo – e, verosimilmente, in conseguenza – la prassi applicativa delle misure di distanziamento sociale ha talora visto un'artificiosa anticipazione della soglia di offensività, ispirata ad astratte finalità di prevenzione generale. Il principio di lesività è apparso decisamente negletto: si pensi alla cronaca di sanzioni applicate in assenza di qualunque concreto pericolo di contagio, sostenute dalla sola logica della deterrenza generale. In certi frangenti sono risuonate ancora attuali le parole pronunciate da Silvio Spaventa nel 1880: «la libertà oggi deve cercarsi non tanto nelle Costituzioni e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative»<sup>8</sup>.

### 3. Governo delle persone e amministrazione delle cose

Invero, la gestione della fase pandemica più acuta ha dato origine a forme di regolazione sociale (perché tali erano: misure di regolazione

<sup>5</sup> In proposito, ampiamente, F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano 1999.

<sup>6</sup> Secondo l'espressione di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 725.

<sup>7</sup> A. ALGOSTINO, *Sicurezza urbana, decoro della smart city e poteri del prefetto*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2019.

<sup>8</sup> Ne riferisce P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, n.1/2000, p. 137.

fondate sull'*utilitas* e sulla *necessitas*, e non diritto in senso proprio) in cui l'amministrazione si è fatta talmente pervasiva da coincidere con la sovranità stessa, confondendo infine natura ed oggetto di entrambe.

La sovranità è per sua essenza *imperium* sulle persone<sup>9</sup>; l'amministrazione può essere di persone ma altresì di cose. Il distanziamento sociale ispiratore della legislazione emergenziale altro non sembra essere se non un distanziamento fisico volto ad impedire che i corpi possano infettarsi gli uni gli altri. Non rileva la persona, ma solo il suo corpo, quasi quale mera *res extensa*. In questo modo il governo delle persone assume una torsione reificante, che lo rende appunto indistinguibile dall'amministrazione di corpi intesi nel solo senso biologico (un rischio di reificazione quasi criptico, discendente dalla sovrascrittura del linguaggio epidemiologico al linguaggio normativo).

Occorre allora interrogarsi circa i limiti costituzionali generali che incontra ogni "amministrazione autoritativa dei corpi" dettata da ragioni di interesse pubblico.

#### 4. Il limite della dignità umana: Kant e l'articolo 22 della Costituzione

A partire dalle *Institutiones* gaiane, la distinzione tra *personae* e *res* (che insieme alle *actiones* costituiscono la *summa divisio* della scienza giuridica) attraversa, con vicende alterne, l'intera storia del diritto occidentale. La sovrapposizione tra i due concetti riscontrabile nell'istituto della schiavitù ci dice di quanto il confine tra persone e cose sia fondamentale per la preservazione della civiltà giuridica; e di quanto, per conseguenza, ogni suo superamento (anche dove dettato dalle migliori intenzioni) richieda sempre un sovrappiù di *prudentia* da parte di giudici e legislatori. A fronte della caratura biopolitica (l'amministrazione dei «nudi corpi») delle misure adottate per il contrasto alla pandemia, prudenza vuole forse allora che il tema della reificazione della persona venga quantomeno evocato.

Le ragioni che hanno rischiato di mettere in (almeno temporanea) discussione il confine si radicavano nella tutela della salute quale «interesse della collettività». Si è trattato, dunque, di esplicite ragioni di interesse generale. Ora, un ordinamento costituzionale che ha eletto il principio

<sup>9</sup> T. PERASSI, *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1912, pp. 6, 7.

personalista quale punto di equilibrio tra diritti dell'individuo e diritti della collettività non può certo sacrificare l'intero interesse generale ai diritti del singolo; ma non può neppure giungere all'esito opposto, sacrificando gli interi diritti del singolo all'interesse generale. Il principio personalista si connota notoriamente per una duplice dimensione, individuale e comunitaria. Se ad esso si riconosce un'effettiva portata giuridico-costituzionale, i suoi effetti non potranno che dipanarsi in entrambe le dimensioni. Sicché anche la dimensione comunitaria, e il sotteso interesse generale, dovranno infine trovare nel principio personalista un limite costituzionale *quam maxime* certo.

La concretizzazione più certa di tale limite può forse essere rinvenuta in una disposizione costituzionale per molti versi negletta, l'articolo 22. Recita la lettera di quest'ultimo: «Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome».

Rinviano alla letteratura sul punto per l'analisi dei diversi problemi interpretativi posti dalla disposizione<sup>10</sup>, ai fini di questa breve riflessione è sufficiente affrontarne due.

Il primo concerne il significato di «motivi politici». L'espressione può essere intesa in due sensi: «politici» nel senso di partitici o ideologici; «politici» nel senso di interessi pubblici della comunità. La prima ipotesi interpretativa esiterebbe in una *interpretatio abrogans*: l'articolo 22 apparirebbe come una ripetizione, sistematicamente poco utile, del principio di uguaglianza. Invero, la disposizione in questione parla di «motivi politici», mentre l'articolo 3 Cost. parla invece di «opinione politiche». Già il senso letterale delle parole lascia facilmente intendere che l'articolo 22 non sostanzia un mero principio di non discriminazione in ragione delle personali idee o appartenenze politiche, bensì la particolare resistenza di alcuni diritti anche avverso limitazioni giustificate da ragioni di interesse pubblico.

Il secondo profilo concerne il senso ultimo della privazione della capacità giuridica, del nome, della cittadinanza. Non è difficile concludere che là dove si neghi ad una persona la capacità di essere soggetto di rapporti giuridici, di vedere riconosciuta la propria individualità per il tramite di un nome o di essere membro della comunità politica, tale persona, sul piano giuridico, non possa che essere considerata *res*. Le cose infatti, e non le persone, sono oggetto e non soggetto di rapporti giuridici; le cose,

<sup>10</sup> R. D'ALESSIO, commento all'art. 22 Cost in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. CRISAFULLI e L. PALADIN, Cedam, Padova 1990.

e non le persone, sono fungibili o infungibili ma mai dotate di un'identità personale; e solo la persona ha una dimensione propriamente politica.

Se dunque la persona non può mai essere degradata a cosa, a mezzo, neppure quando lo richieda l'interesse pubblico della comunità, ciò significa che la persona è fine assoluto, è fine in sé, ha *dignità*<sup>11</sup>.

La dignità della persona è il limite ultimo di ogni norma statale, di ogni decisione giudiziaria e di ogni argomentazione giuridica che poggi finanche sull'interesse generale. Qui la Costituzione, prima che personalista, si fa kantiana<sup>12</sup>.

La dignità è superiore ad ogni valore (è questa una convinzione consolidata, ancorché non manchino opinioni critiche<sup>13</sup>) poiché non è valore a sua volta. Il valore è delle *res* (anche di una preziosissima *res* quale la salute), ma solo la persona ha dignità. Il valore può esprimere l'*homo phenomenon*, ma solo la dignità esprime l'*homo noumenon*: il primo ha il valore dell'essere biologico; il secondo ha la dignità dell'essere morale. Non è inopportuno ricordarlo, al tempo della dilagante *Wertjurispudenz*<sup>14</sup>.

È questa, del resto, una conclusione che trova conferma, proprio in materia di tutela dell'interesse collettivo alla salute, in quei «limiti imposti dal rispetto della persona umana» sanciti dall'articolo 32.

## 5. La città quale possibile frontiera della dignità dell'*homme situé*

Intervenuta la giusta distanza temporale dalla fase emergenziale, distanza che accorda all'osservatore il necessario distacco, potrebbe essere utile tentare di pensare misure, non solo epidemiologicamente efficaci (o comunque efficaci per contrastare emergenze anche di altra natura), ma altresì ragionevolmente armonizzate con i principi costituzionali di cui si è appena detto.

Le città potrebbero avere un ruolo non indifferente.

Si potrebbe riflettere sulla possibilità, per i comuni in generale e per le grandi città in particolare, di predisporre piani emergenziali che si preoc-

<sup>11</sup> P. COSTA, *La protezione del cittadino da se stesso: questioni sottese alla dimensione "paternalistica" dell'intervento statale*, in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*. Atti del Convegno 14 dicembre 2007, Giuffrè, Milano 2010, pp. 202 e ss.

<sup>12</sup> I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp. 89, 91, 103.

<sup>13</sup> M. LUCIANI, *Diritto penale e costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 5, 6.

<sup>14</sup> P. COSTA, *Teoria dell'istituto giuridico e metodo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2021, pp. 61 e ss.

cupino, oltre che di fronteggiare l'emergenza, anche di mitigare la possibile *deminutio* della dignità umana conseguente alle misure di contrasto. Si pensi alla possibilità della programmazione dei funerali, in luogo di un semplice e disumanizzante divieto (davvero una civiltà degna di questo nome non può permettersi di assistere indifferente alle carovane di mezzi militari e alle cremazioni di massa).

È una mitigazione che non può che essere fatta in concreto, e dunque al livello amministrativo più prossimo ai cittadini. Solo il comune ha una conoscenza del proprio territorio tale da consentirgli di derogare al rigore general-preventivo (ha davvero poco senso, ad esempio, che un piccolo comune di campagna, con una popolazione di qualche centinaio di abitanti e circondato da grandi spazi aperti, applichi con rigore il divieto di svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto o di fare attività motoria oltre la prossimità dell'abitazione; sarebbe sufficiente il divieto di assembramento tra persone non conviventi). Non si vedono significativi impedimenti costituzionali e normativi in proposito. Il principio costituzionale di sussidiarietà verticale e la clausola generale di cui all'articolo 13 del TUEL dovrebbero essere sufficienti a fondare la competenza dei comuni. Da parte sua, il governo dovrebbe solo astenersi dal prevedere l'inderogabilità o la derogabilità solo in senso più restrittivo delle misure statali (come invece è avvenuto durante l'emergenza sanitaria: cfr. art. 3, d. l. n. 19/2020).

Occorrerebbe dunque ragionare in concreto. Ragionando in astratto, la prospettiva general-preventiva è fatalmente destinata a prevalere, e l'applicazione di qualunque misura a risolversi in irragionevoli formalismi. Questi ultimi, come è proprio di ogni formalismo, ipostatizzano la forma e ne obliano la strumentalità, a danno della persona umana (la quale, secondo la celebre massima di Antonio Rosmini, dovrebbe invece essere «il diritto umano sussistente, quindi anche l'essenza del diritto»).

## 6. La separazione verticale dei poteri e la libertà della società

Tutto ciò dice altresì di un nesso talora trascurato dalla riflessione costituzionalistica: quello tra divisione verticale dei poteri e libertà della società<sup>15</sup>.

È un nesso ben visibile nei padri del pensiero liberale. Per Thomas Jefferson, la dimensione politica ideale per assicurare la libertà era ad-

<sup>15</sup> P. COSTA, *Separazione verticale dei poteri e libertà. A proposito di una relazione trascurata nel regionalismo italiano*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022.



dirittura quella rionale, la *ward republic*<sup>16</sup>. Di quella libertà si è poi fatto massimo cantore Alexis de Tocqueville, il quale ha descritto con una metafora suggestiva l'originarietà politica delle istituzioni locali:

«La società comunale esiste dunque presso tutti i popoli, quali che ne siano le usanze e le leggi; mentre i regni e le repubbliche sono opera umana, sembra che il comune esca direttamente dalle mani divine»<sup>17</sup>

Tocqueville, notoriamente, poggia la virtù politica al principio del decentramento, da intendersi (in senso a-tecnico) quale autogoverno negli affari locali<sup>18</sup>. Di qui la lunga tradizione di studi sul civismo, che vede in quest'ultimo la preconditione di ogni regime genuinamente liberal-democratico<sup>19</sup>. In sua mancanza, le istituzioni degenerano in un «mostro effimero», una «costituzione repubblicana nella testa e ultramonarchica in tutte le altre parti» (destinata tuttavia ad una rapida rovina):

«La dipendenza nei piccoli affari», si legge in una celebre pagina di Tocqueville, «si manifesta ogni giorno e si fa sentire indistintamente su tutti i cittadini. Non li spinge alla disperazione, ma li contrasta continuamente, portandoli a rinunciare all'uso della loro volontà. [...] I popoli democratici, introducendo la libertà nella vita politica nel tempo stesso in cui aumentavano il dispotismo amministrativo, sono stati portati a singolarità stranissime. Se si tratta di condurre piccoli affari, nei quali può bastare il buonsenso, essi stimano incapaci i cittadini; se si tratta, invece, del governo di tutto lo stato, affidano ai cittadini immense prerogative; così ne fanno a volta a volta i trastulli del sovrano e i suoi padroni; più dei re e meno degli uomini»<sup>20</sup>

«Più dei re e meno degli uomini». È difficile essere più efficaci; è facile comprendere l'alta posta in gioco.

La separazione verticale dei poteri risponde alla medesima *ratio* libertaria della separazione dei poteri *tout court*. In proposito sussistono pochi dubbi: è un'affermazione che può farsi risalire direttamente a Montesquieu<sup>21</sup>. Se questa premessa è vera, è allora altresì vero che ogni

<sup>16</sup> C. BOLOGNA, *Jefferson e la separazione del potere*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1/2021, pp. 181 e ss.

<sup>17</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, BUR, Milano 1999, p. 70.

<sup>18</sup> M. DIAMOND, *I fini del federalismo*, in G. Miglio (a cura di), *Federalismi falsi e degenerati*, Sperling & Kupfer, Milano 1997, pp. 132 e ss.

<sup>19</sup> D. PALANO, «*Homo democraticus*». *Note per un ripensamento del rapporto tra cittadinanza e democrazia*, in *Annali di storia moderna e contemporanea* del Dipartimento di storia moderna e contemporanea dell'Università cattolica del Sacro Cuore, n. 3/2015.

<sup>20</sup> A. DE TOCQUEVILLE, cit., p. 734.

<sup>21</sup> P. COSTA, *Separazione verticale dei poteri e libertà*, cit., p. 22.

decisione su circostanze emergenziali non potrà prescindere dal coinvolgimento delle istituzioni locali (e di quelle regionali<sup>22</sup>). Diversamente, si rinunciarebbe in partenza ad una garanzia di libertà; garanzia che si fa tanto più preziosa quando l'emergenza, seguendo una regolarità che attraversa tutta la storia politica, induce, quasi per reazione irriflessa, all'accentramento della decisione in capo al «mostro effimero».

<sup>22</sup> G. RIVOSACCHI, *Divisione dei poteri, relazioni tra stato e regioni e ruolo del parlamento ai tempi del coronavirus*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 3/2020.



# La limitata retroattività in *bonam partem* dell'improcedibilità dell'impugnazione

Marcello Daniele

Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università di Padova

SOMMARIO: 1. Il regime intertemporale dell'art. 344-bis c.p.p. — 2. Gli argomenti a favore della retroattività. — 3. La meccanica dell'improcedibilità. — 4. Il costo dell'improcedibilità.

## 1. Il regime intertemporale dell'art. 344-bis c.p.p.

La Corte di cassazione, con la decisione n. 334 del 5 novembre 2022, ha dichiarato infondata una questione di legittimità costituzionale del regime intertemporale dell'improcedibilità delle impugnazioni introdotto dal nuovo art. 344 bis c.p.p.<sup>1</sup>. La decisione appare ineccepibile, altro non facendo che trarre le dovute conseguenze dalla scelta del legislatore di

<sup>1</sup> Aggiunto dalla l. 27 settembre 2021, n. 134 (c.d. riforma Cartabia). V. al riguardo, in senso critico, P. FERRUA, *La singolare vicenda della "improcedibilità"*, in *Il Penalista*, 27 agosto 2021; ID., *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *penaledp.it*, 24 gennaio 2022; P. MOSCARINI, *L'istituto della prescrizione ed il "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1446 s.; R. ORLANDI, *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in *discrimen.it*, 16 luglio 2021; G. SPANGHER, *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1444 s. Con accenti favorevoli, invece, cfr. O. MAZZA, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in *archiviopenale.it*, 2021, f. 2; M.L. DI BITONTO, *Osservazioni "a caldo" sull'improcedibilità dell'azione disciplinata dall'art. 344 bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3852 s.; A. NAPPI, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in *questionegiustizia.it*, 9 dicembre 2021; L. TAVASSI, *Improcedibilità dell'azione per superamento dei termini di durata delle indagini preliminari*, in *archiviopenale.it*, 2021, f. 2.

sanzionare l'eccessiva durata dei giudizi di impugnazione con un'improcedibilità nel senso tecnico del termine: vale a dire, una decisione liberatoria di natura eminentemente processuale, tale da impedire al giudice dell'impugnazione di entrare nel merito della vicenda.

Nel caso in esame l'imputato, condannato per bancarotta con una sentenza parzialmente confermata dalla corte di appello, tramite il ricorso in cassazione aveva, tra l'altro, eccepito l'incostituzionalità dell'art. 2, comma 3, l. n. 134 del 2021, ai sensi del quale il regime dell'improcedibilità "si applica ai soli procedimenti di impugnazione che hanno a oggetto reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020". Questa scelta, escludendo i giudizi per i reati commessi anteriormente<sup>2</sup>, ha l'effetto di limitare l'efficacia retroattiva in *bonam partem* dell'improcedibilità, inibendola per una buona parte delle impugnazioni pendenti al 19 ottobre 2021<sup>3</sup>.

La soluzione della questione passa, evidentemente, dall'individuazione della natura della disciplina introdotta dall'art. 344-bis c.p.p., e a questo riguardo sarebbe semplicistico limitarsi a prendere atto della sua collocazione topografica. Sono altri i fattori da considerare al fine di comprendere se, in un caso del genere, valga o no il regime di diritto intertemporale delle norme sostanziali e, quindi, il principio di retroattività della legge più favorevole (art. 2, comma 4, c.p.)<sup>4</sup>.

## 2. Gli argomenti a favore della retroattività

A detta del ricorrente, l'art. 2, comma 3, l. n. 134 del 2021 sarebbe illegittimo per contrasto con il principio di retroattività della legge penale più favorevole, e va subito detto che l'opinione è condivisa da una parte degli studiosi<sup>5</sup>.

Senza altro il principio espresso dall'art. 2 comma 4 c.p., pur non espressamente previsto dagli artt. 25 Cost. e 7 CEDU, possiede una rile-

<sup>2</sup> Di conseguenza soggetti al regime della prescrizione sostanziale anteriore alle modifiche operate dalla legge l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge Bonafede), anche esse applicabili solo in rapporto ai procedimenti per i reati commessi dal 1° gennaio 2020. Sul punto v. A. NAPPI, *Appunti*, cit., § 4.

<sup>3</sup> Ossia la data di entrata in vigore della l. n. 134 del 2021.

<sup>4</sup> Ai sensi del quale, come è noto, «se le leggi del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile».

<sup>5</sup> Cfr. O. MAZZA, *Prasseologia dell'inammissibilità (brevi note a margine della prima pronuncia di legittimità sulla disciplina intertemporale dell'art. 344-bis c.p.p.)*, in *archiviopenale.it*, 2021, n. 3.

vanza costituzionale. Il suo fondamento discende dall'esigenza di evitare una violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevole disparità di trattamento a seconda della circostanza, spesso meramente occasionale, della commissione della condotta prima o dopo l'entrata in vigore di una legge penale più favorevole<sup>6</sup>. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>7</sup> lo considera un "principio fondamentale del diritto penale", a fronte del "consenso a livello europeo e internazionale" di cui gode<sup>8</sup>.

La Corte costituzionale da tempo ne sostiene l'applicabilità alle norme sulla prescrizione<sup>9</sup>. Dall'art. 25 Cost. – osservano i giudici costituzionali – discenderebbe il diritto di ciascuna persona non solo a conoscere ex ante il contenuto delle fattispecie di reato e delle relative sanzioni, ma anche di avere "previa consapevolezza della disciplina concernente la dimensione temporale in cui sarà possibile l'accertamento nel processo, con carattere di definitività della sua responsabilità penale (ossia la durata del tempo di prescrizione del reato), anche se ciò non comporta la precisa predeterminazione del *dies ad quem* in cui maturerà la prescrizione". E se opera il principio di irretroattività delle norme tali da allungare i tempi della prescrizione, è chiaro che dovrebbe valere anche il canone, simmetrico, di retroattività in *bonam partem* delle norme suscettibili di ridurli, che dovrebbero così applicarsi pure ai reati già commessi prima della loro entrata in vigore<sup>10</sup>.

Ebbene – affermano taluni – considerata dal punto vista sostanziale e non formale, l'improcedibilità dell'impugnazione, esattamente come la prescrizione, determina un esito liberatorio per l'imputato, escludendone la punibilità in ragione del trascorrere del tempo<sup>11</sup>. Perché, dunque, non le si dovrebbe estendere un analogo corredo di tutele e, in particolare, il principio di retroattività, applicandola anche ai procedimenti per i reati commessi prima del 1° gennaio 2020<sup>12</sup>?

<sup>6</sup> Si veda, fra le molte, C. cost., 18 novembre 2020, n. 278.

<sup>7</sup> Le cui interpretazioni, attraverso il ponte dell'art. 117 Cost., pur non formalmente vincolanti, possiedono un'inegabile efficacia persuasiva anche nell'ambito delle valutazioni di compatibilità costituzionale delle norme di legge ordinaria, a fronte dell'esigenza di evitare condanne nei confronti dell'Italia per violazione della CEDU.

<sup>8</sup> Cfr. C. eur., Grande Camera, 17 Settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 104.

<sup>9</sup> V., fra le molte, C. cost., 28 marzo 2008, n. 72.

<sup>10</sup> C. cost., n. 278 del 2020, da cui è tratta la citazione riportata nel testo.

<sup>11</sup> O, per usare le parole di O. MAZZA, *Prasseologia dell'inammissibilità*, cit., p. 5 s., la "perseguibilità", "perfetta crasi di punibilità e procedibilità".

<sup>12</sup> In questo senso O. MAZZA, *Prasseologia dell'inammissibilità*, cit., p. 4 s.

### 3. La meccanica dell'improcedibilità

Per quanto apprezzabile per la sua portata garantistica, la tesi dell'incostituzionalità del regime intertemporale dell'improcedibilità introdotto dalla l. 134 del 2021 presta il fianco a fondate obiezioni. Mi sembra, anzitutto, che l'analogia con la disciplina della prescrizione e la conseguente applicabilità delle correlative garanzie costituzionali non solo non la rafforzi ma, anzi, rischi addirittura di indebolirla. Non si deve, infatti, trascurare che il principio di retroattività in *bonam partem*, nella visione della Corte costituzionale, è tutt'altro che granitico. La Corte ha più volte osservato come esso, a differenza di quello di irretroattività, non sia inderogabile: sarebbe possibile prevedere delle eccezioni nella misura in cui fossero ragionevoli, in quanto volte a proteggere "interessi contrapposti di analogo rilievo"<sup>13</sup>.

Tutto, in questo modo, viene rimesso ad una questione di bilanciamento fra i valori in gioco e, quindi, alla discrezionalità della legge e, di rimando, degli organi giudiziari eventualmente chiamati a valutare la costituzionalità delle scelte legislative. Tanto è vero che, sempre invocando la giurisprudenza della Corte costituzionale, la Corte di cassazione, in altre occasioni in cui ha già avuto modo di affrontare la questione devoluta all'attenzione della decisione in commento, ha agevolmente liquidato il *trade off* in senso contrario alla retroattività<sup>14</sup>. La disciplina intertemporale dell'improcedibilità prevista dalla l. n. 134 del 2021 – si legge in una decisione della sezione VII – sarebbe costituzionalmente ortodossa in quanto proteggerebbe la contrapposta "necessità di introdurre gradualmente nel sistema processuale un istituto così radicalmente innovativo". Risulterebbe, così, giustificata «la previsione di un periodo finalizzato a consentire un'adeguata organizzazione degli uffici giudiziari» (i quali, finora, avevano calibrato la loro attività in rapporto ai tempi imposti dalla prescrizione sostanziale)<sup>15</sup>.

In ogni caso, il difetto maggiore della tesi dell'incostituzionalità è quello di risultare incompatibile con la costruzione dogmatica adottata dall'art. 344-bis c.p.p. Ed è proprio questo l'aspetto meritoriamente sottolineato dalla sentenza in commento, i cui argomenti a favore della legittimità dell'art. 2, comma 3, l. n. 134 del 2021 meritano condivisione e, anzi, possono essere ulteriormente rafforzati.

<sup>13</sup> C. cost. n. 278 del 2020. V. anche, fra le molte, Id., n. 72 del 2008.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., Sez. VII, 19 novembre 2021, n. 43883; Sez. III, 14 dicembre 2021, n. 1567.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. VII, 19 novembre 2021, cit.

La Corte di cassazione richiama, in primis, l'inclusione dell'improcedibilità dell'impugnazione fra le norme del codice di procedura penale che prevedono le condizioni di procedibilità, nonché la sua funzione di tutelare un diritto processuale dell'imputato quale quello alla ragionevole durata. Entrambi i fattori non sono, però, decisivi: non, come si è già detto, la collocazione topografica, e neppure la ratio, se si considera che la celere definizione dei giudizi di impugnazione può essere favorita, sia pure indirettamente, anche dalle norme sulla prescrizione sostanziale.

Quello che risulta cruciale è, piuttosto, il modus operandi della norma considerata <sup>16</sup>. Anzitutto, il fatto che essa influisca sul disvalore penale della condotta, attenuandone la punibilità in forza di una mutata valutazione della sua gravità. Una caratteristica che – come ben sottolinea la Corte di cassazione – l'art. 344-bis non possiede, per la ragione che esso estingue l'azione penale e non il reato. Quest'ultimo, nella visione del legislatore, mantiene tutta la sua gravità; la punibilità ne risulta impedita solo come “mero effetto consequenziale”.

Un connotato, in particolare, mi sembra determinante per l'inclusione di una norma nella categoria della legge penale sostanziale ai fini dell'individuazione del regime intertemporale: il fatto che essa produca un'implicazione certa, e non meramente eventuale od occasionale, sulla risposta sanzionatoria apprestata dalla legge nei confronti della condotta, una volta che quest'ultima fosse accertata dal giudice.

Questo sarebbe, ad esempio, il caso di una norma che introducesse la possibilità di giudicare con le forme del giudizio abbreviato un reato in precedenza escluso dall'ambito operativo di questo rito speciale. Pur contenuta nel codice di procedura penale, essa determinerebbe una sicura conseguenza in *bonam partem* sulla punibilità (ossia la riduzione di pena stabilita dall' art. 442 c.p.p.), la quale dovrebbe operare retroattivamente anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore <sup>17</sup>.

Lo stesso varrebbe per una norma che, anche se contenuta nell'ordinamento penitenziario, introducesse la possibilità di applicare una misura alternativa alla detenzione a reati in precedenza punibili con la sola

<sup>16</sup> In questo senso v. P. FERRUA, *Regime temporale della improcedibilità e rapporti con l'inammissibilità: la Cassazione detta le regole*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 150 s.; R. ORLANDI, *Riforma della giustizia*, cit., p. 5 s.; G. SPANGHER, *Irretroattività e regime transitorio della declaratoria di improcedibilità*, in *giustiziainsieme.it*, 22 novembre 2021. V. anche *Riforma della giustizia penale: la relazione del Massimario sulla 'legge Cartabia', con focus sul nuovo istituto della 'improcedibilità*, in *sistemapenale.it.*, 4 novembre 2021, p. 33 s.

<sup>17</sup> Cfr. C. eur., Grande Camera, 17 Settembre 2009, Scoppola, cit., § 113 s.



pena detentiva, arrivando, quindi, a mutare la natura della sanzione senza limitarsi a modificarne le modalità esecutive<sup>18</sup>.

Non così, invece, per l'art. 344-bis c.p.p., il cui effetto in *bonam partem* sulla punibilità è legato non al giudizio sull'esistenza del reato, ma solo all'eventuale verificarsi di un evento del tutto indipendente dal disvalore penale del medesimo quale l'eccessiva durata dell'impugnazione.

Questa, peraltro, è anche la ragione per cui, se le norme che variano i termini di prescrizione (art. 157 c.p.) o il regime dell'interruzione (art. 160 c.p.) – che senz'altro dipendono da un mutamento della percezione legislativa del disvalore penale del fatto – vanno incluse tra le norme sostanziali<sup>19</sup>, alle norme che modificano la disciplina della sospensione della prescrizione (art. 159 c.p.) può essere, invece, riconosciuta natura processuale.

La questione si è posta, di recente, in rapporto alla c.d. sospensione "Covid" della prescrizione introdotta dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18. La Corte costituzionale ne ha decretato la legittimità, sulla base del rilievo che chiunque, in linea di massima, grazie alla generale previsione dell'art. 159 c.p., si troverebbe nella condizione di sapere "ex ante che, se il procedimento o il processo saranno sospesi in ragione dell'applicazione di una disposizione di legge che ciò preveda, lo sarà anche il decorso del termine di prescrizione". L'essenziale è che la nuova causa di sospensione sia sorretta da una valida giustificazione, secondo i giudici costituzionali rinvenibile, in quel caso, nella necessità di fronteggiare l'emergenza pandemica<sup>20</sup>.

A me sembra, però, che le norme sulla sospensione ex art. 159 c.p. si possano già a priori considerare estranee all'area applicativa dell'art. 2 c.p. per la ragione che si tratta di norme non sostanziali ma processuali. L'ampliamento dei tempi dell'accertamento giurisdizionale della respon-

<sup>18</sup> V. C. cost., 26 febbraio 2020, n. 32, la quale ha dichiarato l'illegittimità della c.d. legge Spazzacorrotti (l. 9 gennaio 2019, n. 3) nella parte in cui aveva escluso l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione anche in rapporto ai delitti contro la pubblica amministrazione commessi prima della sua entrata in vigore.

<sup>19</sup> Il tratto è evidente per le norme che allungano o diminuiscono i termini di prescrizione in rapporto a ciascun reato. L'interruzione, dal canto suo, viene in gioco in presenza di atti dell'autorità giudiziaria tali da manifestare l'interesse dello Stato ad accertare la responsabilità penale (si pensi all'interrogatorio dell'imputato, all'ordinanza cautelare o alla richiesta di rinvio a giudizio). Il fatto, dunque, che la legge muti la durata del termine massimo di prolungamento della prescrizione in presenza di un atto interruttivo può anche esso ritenersi il portato di una diversa valutazione della gravità dei reati interessati dalla modifica.

<sup>20</sup> C. cost. n. 278 del 2020.

sabilità che ne discende è dovuto ad eventi tali da costringere ad interrompere, sia pure temporaneamente, l'attività processuale (come la necessità di attendere un'autorizzazione a procedere, un impedimento delle parti o dei difensori o, per l'appunto, un'emergenza sanitaria). Vicende, quindi, indipendenti dalla valutazione legislativa del disvalore penale della condotta, che, in quanto tali, a differenza di quello che avviene nelle ipotesi di interruzione, allungano la durata del processo senza però incidere sui termini di prescrizione del reato <sup>21</sup>.

#### 4. Il costo dell'improcedibilità

È, insomma, per una ragione di tipo ontologico che le modifiche del regime di procedibilità vanno trattate al pari di quelle di qualsiasi altra norma di carattere processuale, risultando soggette, almeno di regola, al canone del *tempus regit actum* <sup>22</sup>.

Naturalmente, nulla vieta, in presenza di una solida giustificazione, che il legislatore ne preveda una più o meno ampia applicabilità retroattiva in *bonam partem*. In rapporto all'improcedibilità dell'impugnazione ex art. 344-bis c.p.p., la l. n. 134 del 2021 ha ritenuto di farlo in modo limitato, estendendola, come si è detto, ai procedimenti per i reati commessi a partire dal 1° gennaio 2020.

Come rileva la sentenza in commento, il legislatore ha così ritenuto di compensare la circostanza che, per i reati commessi prima del 1° gennaio 2020, non opera neppure la cessazione del corso della prescrizione dopo la pronuncia della sentenza di primo grado introdotta sempre dalla riforma Cartabia (art. 161-bis c.p.). Per questi procedimenti, in altre parole, il diritto alla ragionevole durata del giudizio di impugnazione, pur non trovando protezione con l'improcedibilità, viene tutelato dalla prescrizione sostanziale.

<sup>21</sup> In senso analogo cfr. R. BARTOLI, *Irretroattività e prescrizione: proposta di una soluzione in vista della Corte costituzionale*, in *sistemapenale.it*, 12 ottobre 2020, p. 8 s. Lo si ricava, oltretutto, dall'art. 161 c.p., in forza del quale, se l'interruzione della prescrizione ha effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato, la sospensione della prescrizione, invece, opera limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo, risultando così indipendente dalla gravità della fattispecie.

<sup>22</sup> In base al quale dovrebbero essere applicate le norme in vigore al momento dell'atto processuale in gioco. V., al riguardo, M. DANIELE, *La norma processuale penale*, in A. CAMON – C. CESARI – M. DANIELE – M.L. DI BITONTO – D. NEGRI – P.P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, III ed., Wolters-Kluwer-Cedam, 2021, p. 78 s.

Si tratta, a mio modo di vedere, di un dosaggio della retroattività *in melius* calibrato<sup>23</sup> e, comunque, non manifestamente irragionevole, che la Corte costituzionale non potrebbe aumentare se non al prezzo di invadere le competenze del potere legislativo. Esso, in ogni caso, è l'inevitabile conseguenza della scelta di incasellare l'eccessiva durata delle impugnazioni nell'improcedibilità. La rinuncia a percorrere la via della prescrizione sostanziale ha i suoi costi, che non potrebbero essere elusi attraverso una forzatura delle categorie<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> In senso analogo v. M.L. DI BITONTO, *Osservazioni "a caldo"*, cit., p. 3858 s.

<sup>24</sup> Cfr. P. FERRUA, *Regime temporale*, cit. p. 151.

# La disciplina giuridica dei gameti umani e il diritto penale

*Alice Ferrato*

*Ricercatrice RTDA, Università di Padova*

SOMMARIO: 1. Introduzione; – 2. Il reato di commercio di gameti; – 3. La crioconservazione dell'ovulo fecondato; - 4. Gameti crioconservati: implicazioni dogmatiche e riflessi penalistici; – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

La disciplina giuridica dei gameti<sup>1</sup> umani è un argomento per lo più poco approfondito dalla dottrina: ci si limita a chiedersi generalmente se i gameti femminili e maschili possano essere oggetto di proprietà, al pari dei capelli tagliati. Tuttavia, l'annoso dibattito sulla natura giuridica delle parti del corpo, in particolare i gameti, lungi dal ricoprire una importanza meramente teorica, presenta plurime ricadute pratiche anche di rilievo penale: sono, infatti, molteplici i profili problematici etici e sociali che incidono su una corretta qualificazione giuridica di una cellula umana coinvolta nel processo riproduttivo umano<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> I gameti - noti anche come cellule sessuali o gametiche - sono le cellule aploidi a cui è affidata la riproduzione della specie. I gameti sessuali hanno la caratteristica di essere le uniche cellule aploidi del corpo umano, ovvero hanno 23 cromosomi invece di 46. Le altre cellule dell'organismo sono diploidi e contengono 23 coppie di cromosomi, in tutto 46, 23 di origine materna e 23 di origine paterna. Nell'uomo, i gameti sono gli spermatozoi; nelle donne, invece, sono le cellule uovo (od ovociti od oociti).

<sup>2</sup> Il dibattito relativo a gameti sessuali affonda le proprie radici nella giuridificazione del corpo, la quale ha radici profonde, che risalgono al diritto romano. Si veda: C. CICERO, *Anche i giuristi hanno da saper manovrare il microscopio*, in *Dir. fam. e pers.*, 2019, n. 3,

Sul fronte europeo la Direttiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo<sup>3</sup> e del Consiglio, del 31 marzo 2004 stabilisce norme di qualità e di sicurezza per i tessuti e le cellule umani destinati ad applicazioni sull'uomo, al fine di assicurare un elevato livello di protezione della salute umana. La normativa stabilisce requisiti di qualità e sicurezza per tutte le attività, dalla donazione all'applicazione sugli esseri umani di cellule, tessuti e gameti. All'art. 3 la Direttiva definisce "cellule", le cellule umane singole o un insieme di cellule umane non collegate da alcuna forma di tessuto connettivo e "tessuto", tutte le parti costituenti del corpo umano formate da cellule. Prima dell'adozione di tale Direttiva le norme in tema di sicurezza per la donazione, la conservazione e la distribuzione di tessuti e cellule umani erano ampiamente carenti.<sup>4</sup> Solamente Spagna, Francia, Belgio e Danimarca avevano una legislazione specifica per la raccolta di tessuti e cellule. La maggior parte dei Paesi dell'UE aveva esclusivamente regolamenti per il trapianto di organi.<sup>5</sup> La Direttiva non vuole interferire sulle scelte degli Stati membri relativamente all'uso o non uso di particolari tipi di cellule umane, ma prevede, qualora uno Stato membro autorizzi un uso particolare di tali cellule, che siano adottate disposizioni utili alla tutela della sanità pubblica e al rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini.

Trascorso oltre un decennio, l'11 ottobre 2019 la Commissione ha pubblicato una valutazione<sup>6</sup> sulla legislazione dell'UE in materia di sangue, tessuti e cellule che mirava a stabilire se la legislazione avesse raggiunto i suoi obiettivi originari e se fosse ancora idonea allo scopo<sup>7</sup>. La valutazione rileva una maggior attenzione degli Stati membri in ordine alla legislazione sulla sicurezza e sulla qualità del sangue, dei tessuti e

1225 ss.

<sup>3</sup> Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, Gazzetta ufficiale n. L 102 del 07/04/2004, pag. 48 – 58. La Direttiva Europea 2004/23/CE si applica ai tessuti e alle cellule, tra cui le cellule staminali ematopoietiche del sangue periferico, del sangue del cordone ombelicale e del midollo osseo, alle cellule riproduttive (ovuli, sperma), ai tessuti e alle cellule fetali e alle cellule staminali adulte ed embrionali.

<sup>4</sup> F. SAUER, F. DELANEY, E. FERNANDEZ-ZINKE, *The regulation of blood and tissues in the European Union*. Pharmaceuticals Policy and Law 6 (2005) 47-58.

<sup>5</sup> F. XAVIER BOSCH, *Health ministers support pan-European transplantation standards*, The Lancet Vol. 359, ISSUE 9306, P591, 16 February 2002.

<sup>6</sup> *Commission Staff Working Document. Evaluation of the Union legislation on blood, tissues and cells*, Brussels, 10.10.2019, SWD (2019) 375 final.

<sup>7</sup> *Results of a Commission Survey presented to the tissue and cell competent authorities meeting* in May 2019.

delle cellule utilizzate per trasfusioni, trapianti o riproduzione medicalmente assistita. Il documento del 2019, evidenzia, altresì una serie di lacune e carenze da colmare per garantire che il quadro legislativo dei singoli Stati sia aggiornato e allineato agli sviluppi scientifici e tecnologici del momento, comprese le terapie innovative. Nel luglio 2022 a Bruxelles il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno presentato una proposta di Regolamento sui parametri di qualità e sicurezza per le sostanze di origine umana destinate all'applicazione sugli esseri umani<sup>8</sup>. La normativa in vigore dal 2004 inevitabilmente non rispecchia più lo stato attuale della scienza e della tecnica e deve essere aggiornata per tenere conto degli sviluppi intervenuti nel settore. L'obiettivo generale è garantire un livello elevato di protezione della salute per i cittadini dell'UE e far sì che abbiano accesso a sangue, tessuti e cellule sicuri ed efficaci: si ritiene auspicabile che il quadro futuro sia attuato in modo più efficace, adeguato alle esigenze future, resistente alle crisi e sufficientemente agile da integrare nuovi rischi e nuove tendenze, recependo gli insegnamenti tratti dalla pandemia di COVID-19.

In buona sostanza, la Commissione osserva come in questa materia sia essenziale gettare le basi per un cambiamento sistemico da attuare in Europa, necessità divenuta urgente con la crisi sanitaria mondiale che ha colpito duramente le nostre economie<sup>9</sup>. In particolare in merito ai gameti si osserva che gli ovociti possono essere conservati mediante vetrificazione; i tessuti ovarico e testicolare possono essere crioconservati con successo al fine di preservare la fertilità nei pazienti con cancro. Prospettive future includono l'uso del tessuto ovarico per posticipare o ritardare la menopausa e l'osteoporosi nonché la sostituzione mitocondriale come terapia.

In conclusione, grazie ai notevoli progressi nelle biotecnologie, l'utilizzo di cure mediche basate su tessuti o cellule è in continua evoluzione, sebbene le preoccupazioni etiche correlate a queste tecniche siano notevoli<sup>10</sup> e la Commissione sottolinea la necessità di un approccio positivo e proattivo all'assistenza sanitaria. Si sente l'esigenza di promuovere

<sup>8</sup> Bruxelles, 14.7.2022, COM (2022) 338 final, 2022/0216(COD). La proposta è volta ad abrogare le direttive 2002/98/CE e 2004/23/CE.

<sup>9</sup> Cfr. Chapter 25, *Guide to the Quality and Safety of Tissues and Cells for Human Application*. EDQM, 3rd Edition 2017; C. ANDERSEN, S.G. KRISTENSEN, *Novel use of the ovarian follicular pool to postpone menopause and delay Osteoporosis*, in *Reproductive BioMedicine Online* (2015) 31, 128–131.

<sup>10</sup> R. CHIAN, Y. WANG AND Y. LI, *Oocyte vitrification: advances, progress and future goals*, in *J Assist. Reprod. Genet.*, 2014, 31:411–420.

l'informazione e l'educazione sanitarie sul tema per rafforzare i sistemi sanitari nazionali e ridurre le disuguaglianze sanitarie all'interno e tra gli Stati membri, nonché fornire sostegno agli Stati membri nel garantire un accesso universale alla salute riproduttiva e ai relativi diritti.

Sul piano interno, il quadro normativo italiano appare scarno e frammentario. Diversamente dal corpo integro i gameti hanno una dimensione multiforme che va oltre la corporalità e si caratterizza per il DNA che racchiudono, ponendo delle sfide giuridiche che vanno al di là della tutela dell'integrità fisica.

Ma andiamo con ordine partendo dai riferimenti normativi che assolvono a una funzione definitoria nel nostro Paese.

## 2. Il reato di commercio di gameti

Il legislatore italiano disciplina la gestione dei gameti all'art. 12 della legge dedicata alla fecondazione artificiale. L'art. 12 (Divieti generali e sanzioni), Legge n. 40 del 19 febbraio 2004, punisce al 1° co. chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia e al 6° co. chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni. Al 1° co. dell'art. 12, l. n. 40, nella formulazione iniziale della legge, c'era il divieto di fecondazione eterologa, venuto meno grazie alla sentenza della Corte Costituzionale del 10.6.2014, n. 162 che ha dichiarato incostituzionali gli artt. 4, co. 3°, 9, co. 1°, nonché gli artt. 3 e 12, co. 1° della l. n. 40/2004 che vietavano il ricorso a tecniche di procreazione di tipo non omologo<sup>11</sup>.

La Corte riconosce l'illegittimità costituzionale del rigido divieto, asserendo che una simile proibizione – che impedisce alla coppia destinataria della l. n. 40/2004 ma assolutamente sterile o infertile di utilizzare la tecnica di procreazione eterologa – sia priva di adeguato fondamento costituzionale<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Corte Cost., 10.6.2014, n. 162, in *Nuova giur. civ.*, Parte Prima, 2014, 802.

<sup>12</sup> Per un approfondimento sul divieto di fecondazione eterologa si rinvia a P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 3, 142; G. BALDINI, *Cade il divieto di pma eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita not.*, 2014, 675 ss.; A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la Consulta chiude al «dialogo» con la Corte EDU*, in *Quad. cost.*, a. XXXIV, n. 3, settembre 2014, 659; G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione eterologa: il peccato di Ulisse*, in *Quad. cost.*, a. XXXIV, n. 3, settembre 2014; 663; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 4, 2014, 1123 ss.; C. TRI-

La legittimità della fecondazione assistita eterologa non ha fatto venir meno il reato di commercio di gameti. La Corte di Cassazione ha delimitato l'ambito di operatività dell'art. 12, co. 6° della legge n. 40 del 2004, nel caso di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo che necessariamente richiede la donazione e il trasferimento di gameti. Rimane una condotta penalmente rilevante il comportamento di chi, in qualunque forma, agisce per immettere nel mercato (commercializzare) i gameti, in violazione di principi di volontarietà e gratuità della donazione. Secondo la Corte, rientrano, infatti, nel concetto di commercializzazione tutte quelle condotte di reclutamento di donatori/donatrici dietro la prospettazione/corresponsione di una remunerazione, chiaramente dirette alla immisione nel mercato dei gameti, in vista della procreazione assistita di tipo eterologo<sup>13</sup>. Dunque la condotta vietata delineata dall'art. 12, co. 6° deve essere interpretata, con riferimento al divieto di commercializzazione dei

PODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte Costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, fasc. 3, 2014, 2593; A. COSSIRI, *I limiti degli obblighi internazionali tra funzione ermeneutica e residualità a margine della sentenza del 10 giugno 2014*, n. 162, in *Dir. umani e dir. intern.*, vol. 8, 2014, n. 3, 631; R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014*, n. 162, della Corte costituzionale. *La fecondazione eterologa tra margine d'apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, in *Dir. umani e dir. intern.*, vol. 8, 2014, n. 3, 638; L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1005 ss.; G. CASABURI, *«Requiem» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04, nota a Corte cost. 162/14*, in *Foro it.*, 2014, I, 2343; P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 2, 851.

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. III, 6 giugno 2019 (dep. 19 agosto 2019), n. 36221, in *Il penalista*, 9.9.2019; in *Dir. e giust.*, 11.11.2019. La Cassazione conclude che nel caso di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, che necessita di donazione e trasferimento di gameti: «l'area della rilevanza penale deve essere individuata in quelle condotte, realizzate in qualunque forma, dirette ad immettere nel mercato (commercializzare) i gameti in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione. Pertanto rientrano nella condotta di commercializzazione anche quelle condotte di reclutamento di donatori/donatrici dietro la prospettazione/corresponsione di una remunerazione, chiaramente dirette alla immisione nel mercato dei gameti, in vista della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo». In dottrina si evidenzia che la decisione della Suprema Corte e, ancor prima, quella della Corte Costituzionale, non abbiano risolto, né affrontano, se non indirettamente le conseguenze derivanti dal divieto di commercializzazione dei gameti e degli embrioni. Si ritiene che l'introduzione di una normativa *ad hoc* che preveda e disciplini tale possibilità, già introdotta con la legge n. 62 del 2011 con riguardo al trapianto di midollo osseo, potrebbe ampliare la potenziale platea di donatori. Testualmente, G. CASPANI, *Procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: statuto sanzionatorio identico a quello della PMA omologa*, in *Ilpenalista.it*, fasc., 7.10.2019.



gameti, alla luce della praticabilità e liceità della fecondazione eterologa, che implica necessariamente il “trasferimento di gameti”.

La volontà legislativa che permane oggi nella disciplina della materia è volta a circoscrivere l’ambito della procreazione medicalmente assistita con la previsione di un sistema sanzionatorio amministrativo e penale diretto a sanzionare la mercificazione della procreazione medesima. In tale ambito la commercializzazione dei gameti – al di fuori dei perimetri leciti della fecondazione eterologa – rimane, quindi, una pratica vietata in quanto prima forma di traffico illecito della procreazione assistita.

Nel nostro Paese, pertanto, continuano ad essere punite con sanzione penale le condotte di commercio di gameti, cioè i comportamenti diretti a remunerare la produzione, il trasferimento, la circolazione, l’importazione di gameti, in vista dell’immissione nel mercato, in violazione del principio di “gratuità” della donazione<sup>14</sup>. Ogni condotta diretta alla produzione o circolazione di gameti retribuita in rapporto sinallagmatico con la loro immisione nel mercato è punita: la cessione dei gameti è lecita oggi, pertanto, soltanto se gratuita e volontaria.

Il 23 agosto 2019 con Decreto del Presidente della Repubblica n. 131 si è adottato il Regolamento per disciplinare la donazione di cellule riproduttive nella fecondazione eterologa: i limiti relativi all’età dei donatori, il numero delle donazioni degli ovociti e dei gameti maschili e il numero delle stimolazioni ormonali a cui può essere sottoposta la donatrice, nonché il numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore sono previste e oggetto di verifica almeno triennale sulla base dei risultati dell’esperienza della ricerca e delle migliori pratiche della scienza medica.<sup>15</sup>

Sempre in punto divieti, la normativa del 2004 vietata all’art. 13 ogni impiego di gameti che porti alla produzione di embrioni a fini di ricerca. Si vieta, conseguentemente, ogni sperimentazione su embrioni, la loro sop-

<sup>14</sup> Il sistema penale posto a protezione di questo sistema normativo mira ad impedire che possano mercificarsi le attività di raccolta e cessione dei gameti, ritenute lecite soltanto se rientranti nello schema operativo della donazione. In dottrina si è osservato che questo principio, appartenente alla normativa europea e nazionale, lascia irrisolto il dubbio se sia lecito anche il semplice indennizzo giustificato dagli inconvenienti che il donatore può incontrare per cedere gli ovociti. In tal senso: P. GRILLO, *Mille euro per donare i gameti: tutti assolti ma il processo è da rifare*, in *Dir. e giust.*, 2019, 7.

<sup>15</sup> Regolamento di attuazione della direttiva 2012/39/UE della commissione, del 26.12.2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani. (19G00114) (G.U. Serie Generale n. 267 del 14.11.2019).

pressione, la selezione a scopi eugenetici, la clonazione e la produzione di ibridi o chimere<sup>16</sup>.

Il legislatore sceglie di non prendere posizione sia sulla diagnosi genetica preimpianto dell'embrione<sup>17</sup> sia sulla diagnosi genetica pre-concezionale, avente ad oggetto cioè solo il gamete femminile. Tale ultima tecnica consente alle coppie con problemi genetici di individuare la malattia ancora prima del concepimento, evitando l'utilizzo di ovociti portatori di patologia<sup>18</sup>. La procedura permette di avere un figlio sano nell'ipotesi in cui siano le madri portatrici di una mutazione genetica che può essere causa di malattia nei figli. Compiuto lo studio diagnostico solo gli ovociti ritenuti sani vengono utilizzati per la fecondazione *in vitro*. Suddetta metodica secondo la dottrina opera nel pieno rispetto dei canoni legislativi perché non comporta alcuna manipolazione sull'embrione offrendo un accertamento clinico del solo gamete femminile<sup>19</sup>.

In buona sostanza, oggi la scienza offre sofisticate procedure di trattamento e accertamento sulle cellule sessuali umane di ambo i sessi: il nostro legislatore riconosce l'indiscussa libertà degli individui in punto progetto genitoriale e opta per una protezione assoluta dell'ovocita femminile solo

<sup>16</sup> Bene argomenta sul divieto di sperimentazione E.M. AMBROSETTI, *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio 2004, n. 40): profili penali*, in *Diritto penale della famiglia* - 2° Ed., Vol. IV, a cura di S. Riondato, Milano, 2011, 515. Cfr. T.E. FROSINI, *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Guida dir.*, 2004, dossier 3, 48. L'autore evidenzia che il concetto di "sperimentazione" non sia precisato dalla legge e l'interprete deve così far riferimento alle indicazioni della scienza, con evidenti rischi di violazione del principio di determinatezza. Sul bene giuridico dell'irripetibilità del genoma umano si veda E. MEZZETTI, *Le manipolazioni genetiche dalla deregulation legislativa all'intervento normativo invasivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 5, 622.

<sup>17</sup> Nonostante la legge n. 40/2004 non contenesse un esplicito divieto, tuttavia l'interpretazione delle Linee Guida e del testo normativo (art. 13) ha nei primi tempi condotto ad una negazione della liceità della pratica. Ma in dottrina molti auspicavano un intervento del legislatore, *ex multis*: G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, 5, 519.

<sup>18</sup> In Italia si è compiuta la diagnosi pre-concezionale sul primo globulo polare in una struttura del Servizio Sanitario Nazionale. L'innovativo servizio di diagnosi è stato messo a punto presso l'Azienda Ospedaliera - Università di Padova, da un'equipe del centro di crioconservazione dei gameti maschili diretto dal prof. Carlo Foresta. Peraltro, tale pratica appare effettuabile al prezzo di quattro ticket, anziché gli usuali 4.000 €. Dati estratti da *Il Gazzettino*, ed. di Padova, del 13.12.2008, p. IX; Cfr. altresì, G. GIORDANO, *Profili giuridici della crioconservazione dei gameti maschili*, in *www.altalex.com*. Sulla liceità di tale procedura si veda anche: F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 2005, 334.

<sup>19</sup> Questa procedura viene proposta per malattie tipo la talassemia, la fibrosi cistica, la emofilia e la distrofia muscolare di Duchenne-Becker.

quando è fecondato, ovvero dopo l'avvenuta fusione tra gameti femminili e maschili. Con il concepimento si avverte la necessità di una tutela massima e assoluta dell'embrione<sup>20</sup> umano *in vitro* che non può godere della protezione naturale offerta dallo scudo materno<sup>21</sup>. L'embrione è l'essere che viene ad esistere dopo la fusione di un uovo e uno spermatozoo durante il processo di embriogenesi. In altre parole, vi è una *spes hominis* da proteggere successivamente alla fusione del patrimonio cromosomico della donna e quello dell'uomo. A tal proposito si osserva come lo *status* dell'essere "embrione" venga considerato da alcuni "persona", mentre secondo altri sia mero "oggetto". La tesi "protezionistica" vuole offrire una immediata e forte tutela giuridica all'embrione, che viene pertanto qualificato persona fin dal momento del concepimento<sup>22</sup>. Viceversa, un approccio più liberale appartiene a chi ritiene che la vita sia caratterizzata da una gradualità che va dal concepimento fino alla morte<sup>23</sup>.

Fatte queste premesse si ritiene utile ricostruire, seppur in via estremamente sintetica, i principali rilievi mossi alla legge n. 40/2004 per la tutela stringente riservata all'ovulo quando è fecondato.

### 3. La criocorservazione dell'ovocita fecondato

Dopo un lungo periodo di assestamento e correzioni la legge ormai non più recente "Norme in materia di procreazione medicalmente assisti-

<sup>20</sup> Per un approfondimento in merito alla definizione di embrione si veda N. FORD, *Tutte le cellule embrionali isolate sono embrioni?*, in *Bioetica. Riv. inter.*, 2000, anno 8, 1, 106.

<sup>21</sup> Si veda, E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo* (S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti), Tomo II, Milano, 2011, 1537. La scelta di fondo legislativa è volta al rispetto della vita umana fin dalle fasi iniziali, per offrire una tutela piena all'embrione, soggetto più debole. Testualmente G. SIRCHIA, *Prefazione (del Ministro della Salute al tempo)*, in F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, VIII.

<sup>22</sup> Per questa corrente dottrinale i diritti di ogni essere umano devono essere garantiti all'embrione: il presupposto di qualunque diritto è il diritto alla vita. In tal senso, A. TARANTINO, *Sul fondamento dei diritti del nascituro: alcune considerazioni bioetico-giuridiche*, in *Med. e mor.*, 1995, 5, 951; L. EUSEBI, *Tutela giuridica dell'embrione ed esigenze irrisolte di prevenzione dell'aborto*, in AA.VV., *Ingegneria genetica e biotecnologie nel futuro dell'uomo*, (a cura di E. Sgreccia, V. Mele), Milano, 1992, 332.

<sup>23</sup> Per altri l'embrione è solamente un "oggetto di diritti", a cui può attribuirsi una protezione in senso simbolico, sulla base di un soggettivo senso di responsabilità. Tale orientamento è indubbiamente liberale, volto alla tutela della libertà dei soggetti di diritto in senso forte. Sul punto, si rinvia a L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, 117.

ta” introdotta dalla L. 19 febbraio 2004 n. 40<sup>24</sup> ha trovato oggi una stabilità normativa non sempre sufficiente a colmare però i vari dubbi interpretativi che il tema inevitabilmente solleva.

Un quesito complesso in tema di procreazione medicalmente assistita, detta PMA, è ancora oggi l’applicazione della tecnica della crioconservazione nella fase iniziale della vita, ovvero al momento del concepimento. Si ricorda che la normativa - nella sua originaria formulazione - vietasse all’art. 14, co. 1° la crioconservazione e la distruzione di embrioni. Il dettato normativo del 2004 ribadiva in più disposizioni l’unica finalità ammessa di produzione di nuovi embrioni: favorire la soluzione dei problemi riproduttivi, vietando ogni forma di crioconservazione e conseguente distruzione dell’ovocita fecondato.

Da oggetto di discussioni etiche e dottrinarie il tema della crioconservazione di embrioni è divenuta oggetto del diritto vivente grazie alla giurisprudenza.

Il primo intervento demolitorio si registra con la sentenza della Corte Costituzionale n. 151/2009<sup>25</sup> che individua una deroga al divieto di crioconservazione con riguardo agli embrioni sani creati in “numero ... superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto”, ex co. 2° dell’art. 14<sup>26</sup>.

La sentenza ha sancito, infatti, che, in materia di pma, la previsione della creazione e dell’impianto di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di qualsiasi considerazione delle condizioni soggettive della donna che si sottopone alla procedura di pma è incostituzionale. Oggi, quindi, il sanitario può decidere nell’interesse della donna quale sia il numero di ovociti da fecondare “strettamente necessario” e poi può

<sup>24</sup> Per un primo commento a caldo sulla legge n. 40 del 2004 si rinvia *ex multis* a S. CANNISTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 4, 411; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 6, 810; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge del 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 416; Sulla legge n. 40/2004 dopo l’intervento della Corte Costituzionale si veda: A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enc. dir. Annali IX*, Milano, 2016, 696 e ss.

<sup>25</sup> Corte Cost., 8.5.2009, n. 151, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 928 con nota di E. DOLCINI, *Embrioni nel numero strettamente necessario: il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*; in *Foro it.*, 2009, 2302 con nota di G. CASABURI, *Nota a margine della sentenza della Corte Costituzionale 151/2009*; in *Giur. cost.*, 2009, 1688 e ss. con nota di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*.

<sup>26</sup> Si veda A. COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l’inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni.*, in *Giur. cost.*, 2016, 2, 763.

crioconservare gli embrioni che risultino eccedenti in base alla valutazione clinica che compie sulla donna.

L'ulteriore apertura alla crioconservazione degli embrioni si deve sempre alla Corte Costituzionale che con la sentenza n. 96/2015 in punto diagnosi preimpianto deroga al divieto di crioconservazione con riguardo agli embrioni prodotti, ma non impiantati<sup>27</sup>. Si è già ricordato che sebbene la legge n. 40/2004 non contenesse un esplicito divieto verso questa indagine clinica diagnostica, tuttavia l'interpretazione delle Linee Guida e del testo normativo (art. 13) tendessero a negare la liceità della pratica. Nel 2015 la sentenza della Corte Costituzionale rimuove ogni possibile dubbio sulla liceità della diagnosi preimpianto, intervenendo sull'art. 13 della l. n. 40/2004. Con tale sentenza il giudice delle leggi riconosce come sia legittima la selezione per il trasferimento in utero dei soli embrioni sani, con esclusione di quelli gravemente malati<sup>28</sup>. La Corte non altera poi la *figura criminis* dell'embrionicidio con ciò probabilmente lasciando intatto il principio che la selezione non deve comportare la soppressione del concepito anche se affetto da anomalie genetiche.

In conclusione, la crioconservazione dell'ovocita fecondato è ora l'unica opzione ammessa anche in ipotesi di malformazione degli embrioni. In dottrina ci si è chiesti come mai la Corte, pur affermando che l'unico destino possibile per gli embrioni soprannumerari sia la crioconservazione, non abbia esteso il suo sindacato al reato di crioconservazione, dichiarandolo incostituzionale nella parte in cui è applicabile alla ipotesi su cui la pronuncia è intervenuta<sup>29</sup>. In ogni caso, ciò che è certo è che l'ordinamento consente oggi, per la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, la creazione di embrioni c.d. soprannumerari, ovvero non

<sup>27</sup> Al riguardo, M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge del 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 416.

<sup>28</sup> Secondo I. PELLIZZONE, *Le condizioni di liceità delle tecniche diagnostiche e della selezione degli embrioni dopo le sentenze 96 e 229 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), Napoli, 2016, 142, la Corte Costituzionale pare essere mossa da un "eccesso di zelo", arrivando a conclusioni non necessarie e forse anche capaci di confondere i confini tra lecito e illecito. L'autore evidenzia che le norme penali dell'art. 13 l. n. 40 già da tempo non trovavano applicazione ai casi che la Corte pretende, con il suo intervento manipolativo, di estromettere dall'area del penalmente rilevante.

<sup>29</sup> Così, A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in *Dir. pen. contemp.*, 21.12.2015.

destinati all'impianto, ma alla sola crioconservazione<sup>30</sup>. Tale tolleranza appariva tutt'altro che scontata in un Paese che vuole tutelare la vita sin dal suo inizio, momento che il dettato normativo individua nel concepimento, senza distinzioni di tutela tra pre-embrione<sup>31</sup> ed embrione. Il disposto normativo vigente riconosce, infatti, al concepito *expressis verbis* la natura giuridica di soggetto.

In altri Paesi<sup>32</sup>, invece, si pone una linea di demarcazione nella fase gestazionale per consentire un maggior bilanciamento tra altri interessi

<sup>30</sup> Sul tema si è pronunciata la Corte Cost., 13.04.2016, n. 84 dichiarando inammissibile la q.l.c. dell'art. 13, commi 1, 2 e 3 l. n. 40 del 2004, con riferimento agli art. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33 co. 1° cost., che vieta la destinazione alla scienza degli embrioni in soprannumero. Rimane vietata la soppressione, la sperimentazione e l'utilizzo di tali embrioni per la ricerca scientifica.

<sup>31</sup> È la scienza riproduttiva a dirci che per il perfezionamento dell'annidamento di un embrione nella parete uterina sia necessario un tempo di uno o due settimane, in cui il prodotto del concepimento compie una serie di veloci mutamenti e duplicazioni cellulari. In questo primissimo stadio, immediatamente successivo al concepimento, è la cellula uovo materna a gestire lo sviluppo dell'embrione e il genoma attivo fino alla terza o quarta divisione mitotica è certamente quello dell'uovo. È solamente dall'avvenuto impianto del concepito nella parete uterina che l'ovocita fecondato inizia a modificare il proprio aspetto e comincia il suo percorso di crescita. Ragione per cui alcuni ordinamenti giuridici hanno accolto la tesi della distinzione tra "embrione" e "pre-embrione". Sul punto: C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Tomo II, Milano, 2011, 1290; M. MORI, *La tutela del pre-embrione formato "in vitro"*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 12, 1433; E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 459 ss; E. MEZZETTI, *Le manipolazioni genetiche dalla deregulation legislativa all'intervento normativo invasivo*, cit., 620 ss.

<sup>32</sup> Lo *Human Fertilisation and Embryology Act* adottato nel 1990 nel Regno Unito autorizza la formazione e/o l'utilizzo di embrioni entro "la comparsa del fascio neurale" e all'art. 3 indica come si debba "presumere che il fascio neurale compaia nell'embrione non oltre il termine di 14 giorni a partire dal giorno in cui è avvenuta la fusione dei gameti, escluso qualsiasi periodo in cui l'embrione è stato conservato". Cfr. M. WARNOCK, *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford, Cambridge, 1985. La distinzione tra embrione e pre-embrione introdotta dal Rapporto Warnock non ha trovato ingresso nel diritto europeo poiché non è stata accolta nella Convenzione europea di bioetica (Oviedo 1997). Un'altra normativa che accoglie la distinzione pre-embrione ed embrione è la legge spagnola sulle tecniche di riproduzione assistita adottata alla fine degli anni '80 - *Ley 35/1988 de 22 noviembre sobre técnicas de reproducción asistida*. Questa disciplina autorizza all'art. 15 "la ricerca e la sperimentazione su pre-embrioni con fini diversi da quelli diagnostici" nell'ipotesi di pre-embrioni "non vitali". Cfr. M.P. ALONSO, *Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005*, in I.F. Benítez Ortúzar, L. Morillas Cueva, J. Peris Riera (coordinatori), *Estudios Jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, Madrid, 2005, 37; J.F. HIGUERA GUIMERA, *El derecho penal y la genética*,

contrapposti, quali sono ad esempio la libertà della ricerca scientifica e la salute della donna<sup>33</sup>. Dire che l'ovocita fecondato nei primi quattordici giorni dalla fusione dei gameti maschili e femminili è un "pre-embrione", destinato a divenire "embrione" solo con l'impianto in utero, equivale a concludere che anche lo *status* giuridico della vita prenatale va distinto in "un prima" e in "un dopo" l'annidamento. Linea di confine che, secondo tale impostazione, acquista fondamentale importanza. Se l'ovocita fecondato non è considerato embrione con il concepimento, ma si individua un limbo di quattordici giorni in cui vi è "pre-embrione", inevitabilmente si vuole prevedere un livello di protezione più debole per l'embrione non impiantato<sup>34</sup>.

Madrid, 1995, 221; L. MARTÍNEZ-CALCERRADA, *Derecho tecnologico. La nueva inseminación artificial. (Estudio ley 22 de Noviembre 1988)*, Madrid, 1989, 21 ss. In Germania si registra un cambio di rotta: inizialmente il *Bundesverfassungsgericht* tedesco con una sentenza del 25 febbraio 1975 (testo in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, vol. 39, 1975, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, pp. 1 ss.), aveva sancito che "l'esistenza storica di un individuo umano comincia...in ogni caso dal quattordicesimo giorno dopo il concepimento (impianto, individuazione)". Tuttavia, già nella successiva sentenza del 28 maggio 1993 (in J. REITER, R. KELLER, *Paragraph 218. Unterteil und Unterteilsbildung*, Herder, Freiburg, 1993, 12) la Corte rimuove fermamente l'adesione alla teoria del pre-embrione, affermando come nel giudizio pendente non fosse necessaria "una decisione sul fatto se la vita umana cominci già con la fusione dell'ovulo e dello spermatozoo, come fa intendere anche la scienza dell'antropologia medica". A chiarire con fermezza la questione in Germania interviene negli stessi anni la *Embryonenschutzgesetz* tedesca del 1990 che all'art. 8, co. 1° mostra di voler tutelare la vita dell'embrione fin dal momento della cariogamia. L'art. 8 limita la tutela accordata dalla legge all'embrione inteso come "ovocita umano fecondato vitale dal momento della fusione dei nuclei (*Kernverschmelzung*)". Il modello di tutela previsto dalla legge federale tedesca offre quindi una precisa definizione di embrione ampiamente tutelato. Sul punto, G. LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. pen.*, 1999, 670; Per ulteriori riferimenti comparatistici W. GROPP, *Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2000, 6.

<sup>33</sup> Nel caso "*Greenpeace c. Brüstle*" del 18.10.2011 la Corte di Giustizia, in nome della dignità del genere e dei processi vitali umani, formula una nozione estesa di embrione, che lo assimila ad una vita individuale e, segnatamente, ad una vita umana, superando così la teoria del pre-embrione. Sul punto, M. CASINI, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. "teoria del preembrione"* (nota a sentenza n. C-34/10 del 18.10.2011, caso *Brüstle vs. Greenpeace*), in *Dir. fam.*, 2012, 1, 38.

<sup>34</sup> Sul punto: M. MORI, *Come, quando e perchè tutelare il pre-embrione umano formato in vitro*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 395; E.I. FERRARI, *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Tomo II, Milano, 2011, 1608.

Nel nostro Paese, nonostante il *restyling* costituzionale della l. n. 40/2004 e i conseguenti riconosciuti diritti a diventare genitori, non sono oggi mutati i principi originali e non si riconosce un diverso *status* di diritto in base al raggiunto stadio gestazionale del feto. Il concepimento, ovvero il momento in cui due cellule autonome – gameti maschili e femminili – danno origine ad una realtà totalmente nuova, segna lo spartiacque di tutela.

Prima di tale momento di fusione dei due gameti, ci saranno due parti prodotti dall'uomo e dalla donna, lo "spermatozoo" (gamete maschile portatore del patrimonio genetico di un uomo) e l'"ovocita" (gamete femminile, che, a differenza della piccola cellula maschile, si caratterizza per essere la cellula più grande del corpo umano) la cui rilevanza penale della loro donazione e utilizzo deve essere valutata dal legislatore alla luce di un bilanciamento appropriato dei vari interessi in atto.

Quando si tratta di temi bioetici, infatti, il principio di laicità<sup>35</sup> deve essere integrato con il principio di eguaglianza e le scelte legislative non possono essere giustificate sulla base di motivazioni morali. Se il legislatore disciplina materie eticamente sensibili, regolando temi per i quali esistono profondi contrasti morali fra i cittadini dovrebbe cercare di favorire la convivenza di più opzioni etiche per lasciare libere le persone di decidere in base alle proprie convinzioni, salvo che le loro decisioni non ledano diritti altrui<sup>36</sup>. Anche la *Grande Chambre* della Corte EDU<sup>37</sup>, pronunciatasi in data 3.11.2011 in ordine al divieto della fecondazione eterologa *in vitro* in vigore in Austria, ha riconosciuto a ciascuno Stato un margine di apprezzamento e discrezionalità molto ampio per le questioni di carattere etico e sociale in cui non esista un consenso unanime nell'ambito degli Stati contraenti. I giudici di Strasburgo ritengono che il divieto di donazione di ovociti e di spermatozoi voluto da un legislatore nazionale sia espressione di un bilanciamento tra il diritto alla genitorialità-

<sup>35</sup> Cfr. M. MORI, *La fecondazione eterologa in uno stato laico*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 51; G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2011, V, 4; M. MORI, *Fecondazione assistita*, in *Laicità*, a cura di G. Boniolo, Einaudi, Torino, 2006, 161 s.

<sup>36</sup> Si veda: G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2013, 21, 10.6.2013; E. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge italiana n. 40 del 2004*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, dicembre 2008, 9, 15; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 552.

<sup>37</sup> *S.H. e altri contro Austria*, Corte EDU, Grande Camera, 3.11.2011, ricorso n. 57813/00, in *Foro it.* 2012, 5, 4, 209.



tà e la necessità di tutelare la certezza nei rapporti familiari e riconoscono grande autonomia ai singoli Stati per non urtare le singole sensibilità nazionali.

È sicuramente vero che il diritto oggi inizia a riconoscere - allineandosi all'evoluzione tecnologica - nuovi diritti relativi alla salute riproduttiva<sup>38</sup>. Il desiderio riproduttivo dell'individuo diventa così nel nostro Ordinamento un bene giuridico meritevole di tutela.

La crescente espansione di tutela di questi nuovi diritti è di certo conseguenza della grande transizione antropologica dei nostri giorni. Il modello antropologico naturale deve convivere con nuovi modelli che incidono sul diritto: si chiede sempre più il riconoscimento di nuovi diritti non solo delle coppie ma anche del singolo. Anche il single rivendica un diritto ad avere dei figli quale espressione del proprio principio di autodeterminazione. Tale rivoluzione antropologica porta ad una possibile frammentazione della figura materna: una donna può donare i propri ovociti o partorire un figlio non geneticamente suo. Questa grande disponibilità dei corpi si può comprendere, quindi, solo in relazione al mutato quadro antropologico.

Il dibattito attorno al tema della riproduzione è sicuramente condizionato da posizioni ideologiche. Nella nostra società si registra un pluralismo ideologico e ci si chiede come debba approcciarsi a ciò il diritto penale laicamente liberale: quando al centro della contesa vi sono interessi sensibili nuovi, come il bene della riproduzione, c'è chi inizia a sentire l'esigenza di una legislazione elastica, plasmabile e aperta ad una pluralità di concezioni morali e ad una varietà di modelli familiari.

Se tali nuove prospettive sono di certo allineate alla moderna visione della società, non si può dimenticare però che possono sorgere nuove forme di aggressione della vita umana. L'idea di nuovi diritti riproduttivi non può legittimare, infatti, scelte procreative a discapito di altri soggetti che intrinsecamente più deboli non possono essere "protagonisti"<sup>39</sup>. Il desiderio di divenire genitori non può essere, quindi, una pretesa che affievolisce i diritti dell'embrione<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> In sede civile si riconosce il risarcimento del danno, che si definisce non patrimoniale e morale, consistente nella lesione del diritto al concepimento, Trib. Milano, 21.5.2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 4, 1242, con nota di M. GORGONI, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*.

<sup>39</sup> Cfr. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 459.

<sup>40</sup> Bene spiega il paradosso tra conflitti di diritti L. EUSEBI, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 855.

L'esigenza di rispettare la scelta degli individui di diventare genitori deve, quindi, entrare in bilanciamento con l'interesse della vita nascente. Questo assunto ha sempre guidato il nostro legislatore e, all'esito di estenuanti dibattiti parlamentari, ha condotto ripetutamente a parametri normativi rigorosi, contrari alla legittimazione di metodi di procreazione liberamente praticabili.

Dalla potenza all'atto plurimi profili problematici hanno investito l'interprete in ordine allo statuto delle cellule sessuali e sul regime giuridico loro applicabile.

#### **4. La crioconservazione dei gameti: implicazioni dogmatiche e riflessi penalistici**

La diffidenza che il nostro Ordinamento mostra verso certe metodiche è motivata dal timore che alcune forme di pma possano essere pregiudizievoli per il soggetto inconsapevole che si viene a plasmare.

Connesso e propedeutico al processo di pma c'è il filone della crioconservazione dei gameti, tecnica oggi impiegata quale importante strategia di tutela della maternità e paternità. La crioconservazione dei gameti impone riflessioni di più ampio respiro, posto che il fenomeno appare strettamente connesso alla registrata contrazione della fecondità e al notevole invecchiamento della popolazione.

Tramite questa procedura è possibile mantenere inalterata la fertilità femminile e maschile, permettendo ai soggetti di differire il momento del concepimento. Essa è, pertanto, una strada consolidata e sicura per salvaguardare la fertilità del singolo o della coppia.

Il tema della crioconservazione dei gameti maschili e femminili pone una serie di riflessioni mediche e giuridiche di rilievo: dal punto di vista clinico tale tecnica è attuata con urgenza quando il paziente deve iniziare delle terapie oncologiche che inibiranno la sua fertilità. È necessario, pertanto, garantire in tempi brevi la possibilità di crioconservare i gameti in centri qualificati. La raccolta dei gameti maschili è ovviamente più immediata, mentre per prelevare gli ovociti dalla donna l'intervento è necessariamente più invasivo. I gameti raccolti vengono poi congelati tramite l'azoto liquido conservandosi così *sine die*. La preservazione della fertilità in caso di malattie è, quindi, una opportunità offerta in Italia ai soggetti prima che intraprendano una terapia invalidante.

Si è già detto che nel nostro ordinamento non è vietata la crioconservazione di gameti in quanto metodo per preservare la capacità ripro-

duttiva dell'ovocita o spermatozoo una volta separato dal corpo. Il nostro legislatore del 2004 ha autorizzato tale metodica in quanto primo passaggio necessario per realizzare in tempi brevi una fecondazione *in vitro* finalizzata all'impianto dell'embrione prodotto nella donna. Oggi, invece, si parla di crioconservazione di gameti fine a sé stessa, quale attività a sé, realizzata per una futura e solo eventuale procreazione. In questa seconda ipotesi, la finalità della tecnica è esclusivamente conservativa per preservare nel tempo la fertilità della donna e dell'uomo. Con la legge n. 40/2004, l'attività di crioconservazione di gameti maschili è divenuta soggetta all'autorizzazione regionale qualora sia inclusa in una tecnica di procreazione nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza, mentre può non esserlo, se questa attività persegue finalità strettamente conservative ed indipendenti, poiché in tal caso non è ravvisabile "l'intervento" di pma considerato dalla legge<sup>41</sup>.

Diversi interrogativi emergono quando la crioconservazione dei gameti venga chiesta dal paziente sano che voglia semplicemente preservare per motivi personali la propria fertilità. Il fenomeno – dato il naturale processo biologico nella donna che conduce ad una certa età alla fine della fertilità – assume la sua massima espressione in relazione alla crioconservazione dei gameti femminili (ovociti), denominato *social egg freezing*. Questa procedura oltre ad essere caldamente consigliata alle donne che devono sottoporsi a chemioterapia o radioterapia o interventi demolitivi dell'apparato riproduttivo è ora richiesta dalle donne che vogliono preservare la fertilità e garantirsi la possibilità di ricercare una gravidanza ad età più tarda. Si attua, pertanto, una crioconservazione degli ovociti non fecondati a scopo precauzionale quale terapia per l'infertilità futura. La procedura prevede che la donna affronti un trattamento ormonale per stimolare l'ovulazione e successivamente si sottoponga al prelievo degli ovociti in analgesia o in sedazione con complicità minime.

Tramite queste moderne tecniche di congelamento è possibile crioconservare gli ovociti senza limiti di tempo, così alterando la naturale curva gaussiana della fertilità della donna e preservandone negli anni le esigenze riproduttive. Tale scelta procreativa necessita di essere tutelata in quanto espressione incompressibile della personalità individuale del soggetto e dell'unicità della persona<sup>42</sup>. Tuttavia nel nostro paese questa

<sup>41</sup> Per una attenta analisi del fenomeno di crioconservazione dei gameti maschili si veda, G. GIORDANO, *Profili giuridici della crioconservazione dei gameti maschili*, in *www.altalex.com*, 26.5.2005.

<sup>42</sup> Sul diritto all'identità personale, desumibile dal principio personalistico di cui all'art.

scelta riproduttiva apparentemente preservata *sine die* trova poi dei limiti importanti nella fase applicativa, poiché per utilizzare i gameti crioconservati è necessario allinearsi ai criteri della legge n. 40/2004, quindi rispettare le condizioni soggettive e oggettive richieste per accedere alla pma, ovvero essere una coppia, coniugata o convivente, in età fertile, eterosessuale e con accertata impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione nei casi di sterilità o di infertilità documentate da atto medico.

Orbene, a fronte delle plurime opzioni che la scienza offre in relazione al trattamento dei gameti, il legislatore deve adoperarsi per offrire un delicato equilibrio tra beni giuridici diversi: come, ad esempio, la salute, la dignità umana e l'autodeterminazione del soggetto<sup>43</sup>. Tuttavia, l'espansione di nuovi interessi percepiti come fondamentali dall'odierna società deve comunque adeguarsi alle esigenze del nostro Ordinamento che invita alla prudenza per il timore che le moderne forme di pma possano essere pregiudizievoli per il soggetto inconsapevole che si viene a plasmare. Il trattamento dei gameti impone, infatti, una necessaria cautela per i rischi di derive eugenetiche. Come già ricordato il tratto distintivo dei gameti è la loro identità genetica, pertanto anche il trattamento del profilo informativo dei gameti richiede nuove cautele.

La dimensione informativa delle cellule sessuali comporta, infatti, sia la tutela della riservatezza, sia l'anonimato in caso di donazione, unitamente ad un potere di controllo sugli stessi che si sostanzia nella garanzia del consenso informato. Indispensabile diviene, quindi, il processo di formazione del consenso, che si arricchisce di momenti di consulenza psicologica intesa a rendere possibile la formazione di una scelta meditata e consapevole. Ciò premesso, in tema di prelievo, conservazione, donazione e utilizzazione delle cellule sessuali la risposta all'esigenza di inquadramento giuridico si ravvisa nell'autodeterminazione e lo strumento giuridico utilizzato è il consenso libero, informato ed espresso per iscritto

2 Cost. *ex multis* si rinvia a G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, passim; A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale. Le alternative di tutela*, Padova, 1989; N. LIPSMAN - R. ZENER - M. BERNSTEIN, *Personal identity, enhancement and neurosurgery*, in *Bioethics*, 2009, 375 ss

<sup>43</sup> Sul punto v. M. DELMAS-MARTY, *Umanità, specie umana e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 741; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 546; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico. Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, 55 ss.

dal soggetto fonte<sup>44</sup>. Una simile scelta si ispira chiaramente al concetto, tipicamente anglosassone, di *privacy*<sup>45</sup>, inteso come diritto di ciascun individuo a non subire interferenze esterne nella propria vita privata e ad autodeterminarsi liberamente in relazione alle scelte più personali della propria esistenza, prima fra tutte quella di diventare o non diventare genitore. Sul punto, la legge n. 40/2004 consente a ciascuno dei soggetti della coppia di revocare il consenso all'utilizzo dei propri gameti fino al momento del concepimento. In particolare, l'art. 6 nel disciplinare attentamente il "consenso informato" vuole garantire la trasparenza delle operazioni e la consapevolezza dei soggetti richiedenti l'accesso<sup>46</sup>: la norma impone obblighi informativi in capo al personale medico e dispone che il consenso della coppia non possa essere revocato in seguito alla fecondazione dell'ovulo<sup>47</sup>. L'articolo esclude la revoca del consenso alla pma

<sup>44</sup> Cfr. S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Respons. civ. e prev.*, 1.4.2019, fasc. 4, 1308.

<sup>45</sup> Il rinvio è al fondamentale caso americano *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), in cui la Corte, contro le argomentazioni dello Stato del Texas, afferma che "person" non comprende "the unborn" e che la donna, in quanto tale, *have a fundamental Constitutional right to privacy*; Cfr. L. GLANTZ, *Is the fetus a person? A lawyer's view*, in AA.VV., *Abortion and Status of the Fetus*, Reidel, Dordrecht, 1983, 107.

<sup>46</sup> Art. 6 - Consenso informato (Legge 19 febbraio 2004 n. 40): 1. *Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonchè sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.* 2. *Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate.* 3. *La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo.*

<sup>47</sup> Cfr. G. GIAIMO, *Frozen embryos, frozen law. Brevi notazioni, in chiave comparatistica, su una recente decisione in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 3, 1.9.2021, 1331.

dopo che la fecondazione dell'ovulo sia avvenuta con successo, indipendentemente dall'impianto dello stesso nell'utero della madre. La fecondazione svolge, pertanto, una funzione determinativa della maternità, della paternità e dello status di figlio<sup>48</sup>.

In altre parole, la scelta normativa adottata in Italia poggia le basi sul forte rispetto sentito per l'autonomia delle persone in ambiti di natura strettamente personale, che si ritiene lo Stato debba rispettare. Si evita un paternalismo legislativo<sup>49</sup> che, per preoccupazioni di natura etica, limiti il soggetto su questioni che non mettono a rischio interessi di altre persone.

In conclusione, l'esercizio del diritto personalissimo di impiego dei propri gameti necessita solamente della tassativa autorizzazione che presenti i caratteri della libertà, della attualità e della spontaneità e che venga resa in seguito alla somministrazione di idonee e complete informazioni di natura sanitaria<sup>50</sup>.

La presente indagine, soffermandosi sulla conciliabilità di queste pratiche di conservazione e cessione di gameti con la normativa speciale e con il divieto di "commercio", si interroga in ordine alla natura dei gameti per identificarne la corretta qualificazione giuridica: i gameti nella loro corporalità sono una mera *res* separata dal corpo o la connessione data dalla componente genetica comune con il soggetto li contrassegna sul piano ontologico rimanendo nel circuito biologico dell'essere umano?

I riflessi penalistici di tale qualificazione giuridica non sono meramente astratti e conducono a esiti diversi: si pensi alla condotta di espianto abusivamente perpetrato di gameti femminili. Le criticità sono evidenti perché se si qualificano gli ovuli generati dal soggetto passivo in termini di "cosa mobile" la relativa sottrazione, propedeutica all'impos-

<sup>48</sup> V. Trib. S. Maria Capua, V. sez. I, 27.01.2021. Il Tribunale precisa che ai sensi dell'art. 6 l. n. 40/2004 è irrevocabile il consenso successivo alla fecondazione medicalmente assistita, anche nel caso in cui i due coniugi si siano separati. La possibilità di revoca potrà avvenire solo prima della fecondazione. Dunque, nel caso di specie la donna potrà continuare con il suo percorso per diventare madre. Sull'irrevocabilità del consenso si veda anche Corte cost., 8 maggio 2009 n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1688, con nota di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*.

<sup>49</sup> Sul punto, M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 985.

<sup>50</sup> Così, G. GLAIMO, *Il consenso inespresso ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 2011, 855. L'autore precisa che se indubbiamente il consenso a preservare il liquido seminale o gli ovociti può essere indice di una volontà diretta alla procreazione, esso non può dirsi idoneo ad indicare presuntivamente una autorizzazione all'utilizzo di tali gameti in stato di permanente incoscienza del donatore.

sessamento e funzionale al conseguimento di un ingiusto profitto da parte del soggetto agente andrà ad integrare il delitto di rapina. Se viceversa qualificiamo il gamete come parte connessa al corpo, la sottrazione di esso per mano del soggetto agente e contro la volontà della vittima, integrerà il delitto di lesioni personali in concorso con la violenza privata.

A tal proposito è indubbio che il corpo umano in vita non possa essere qualificato come “cosa”, o “bene”, trovando tutela nel sistema dei delitti contro la persona. Tuttavia, ci sono parti del corpo che possono essere “mobilizzate”, ovvero possono essere rese mobili ad opera del soggetto agente, ad esempio i gameti conservati in azoto liquido e destinati a successive fecondazioni *in vitro*. In tal caso tessuti e cellule possano effettivamente qualificarsi come “cose mobili” e divenire potenziale oggetto di reati contro il patrimonio. Non si può però configurare una “detenzione” di tali elementi quando siano ancora “in sede” nel corpo della donna.

La giurisprudenza nel tentativo di ricondurre le offese alle nuove implicazioni della dimensione umana ad una corretta area di rilevanza penale è inevitabilmente giunta, in assenza di fattispecie *ad hoc*, a soluzioni divergenti. In un primo momento, la Cassazione afferma che l'ovocita sia parte integrante a tutti gli effetti del corpo della donna, in quanto componente essenziale di processi fisiologici del corpo medesimo e pertanto non possa essere considerato un'entità biologica collocata nel corpo ma dal corpo separata in ragione della sua intrinseca motilità. Pertanto l'espianto di ovociti dall'utero di una donna, realizzato in ambiente ospedaliero contro la sua volontà, da personale medico, configurerebbe il delitto di violenza privata e non quello di rapina, in quanto gli ovociti, benché destinati ad essere espulsi o trasformati mediante la fecondazione, fanno parte del circuito biologico dell'essere umano e non potrebbero essere considerati “cose mobili” solo temporaneamente detenute dalla donna all'interno del suo corpo<sup>51</sup>.

Più recentemente i giudici di legittimità, invece, evocano la teoria della c.d. “mobilizzazione” e ritengono gli ovuli acquisiscano lo status di cosa mobile con il distacco dal corpo della donna, divenendo così suscettibili di sottrazione ed impossessamento a partire da tale momento. Gli ovociti, originariamente assorbiti nel corpo della donna, divengono cose oggetto di delitti contro il patrimonio, una volta scorporati dalla loro sede naturale per il tramite di una condotta del soggetto agente.

<sup>51</sup> Cass. pen., sez. fer., 17.8.2016, n. 39541, in *Guida dir.*, 2016, 47, 83. Cfr. A. VALLINI, *Circa la rilevanza penale di una sottrazione violenta di ovociti da donna non consenziente*, in *Dir. pen. contemp.*, 2016.

Pertanto, l'espianto di ovociti dall'utero di una donna, realizzato in ambiente clinico contro la sua volontà, da personale medico, configurerebbe il delitto di rapina, in quanto gli ovociti possono essere considerati "cose mobili" nel momento in cui vengono distaccati dal corpo umano. La Corte ritiene che dalla separazione i gameti siano pienamente detenuti dalla donna, con la possibilità di utilizzarli o donarli a coppie con problemi di sterilità. In conclusione, gli stessi gameti sarebbero passibili di sottrazione e impossessamento<sup>52</sup>.

Il caso in esame conduce ad evidenti fragilità sotto il profilo della qualificazione degli ovuli generati dal soggetto passivo, evidenziando la necessità che il legislatore prenda atto della nuova visione collettiva e giuridica percepita innanzi a queste recenti possibilità offerte dalle scienze mediche<sup>53</sup>. In attesa di una normativa *ad hoc* queste nuove gravi offese vengono fatte rientrare inevitabilmente con forzatura in fattispecie penali pensate per la salvaguardia di altri beni giuridici, in questo caso gli interessi patrimoniali.

Le perplessità emergono non solo per l'attribuzione di "cosa mobile" ai gameti, quanto sotto il profilo della connessione di tale concetto con quello di "patrimonio"<sup>54</sup>: si è già detto come l'ovulo femminile rappresenti un bene di cui è vietato il commercio, e quindi sia privo di quel valore economico o di scambio necessario secondo la nozione penalistica di patrimonio, inteso quale complesso di beni suscettibili di valutazione economica<sup>55</sup>.

Tali brevi rilievi mostrano le evidenti difficoltà esistenti su questi delicati temi di carattere morale e sociale, in cui l'esigenza di tutela della dignità del corpo umano vivente si scontra con l'urgenza di trovare un'area di rilevanza penale per certe moderne condotte illecite, così vincolando l'interprete ad equiparare una cellula coinvolta nel processo riproduttivo umano ad una *res*.

Di fronte a queste nuove frontiere della tecnologia e alla inadeguatezza del quadro normativo emerge l'imbarazzo dell'interprete che deve

<sup>52</sup> Cass. pen., sez. II, 25.11.2020, n. 37818, in *Cass. pen.*, 2021, 4, 1206.

<sup>53</sup> Cfr. E. PEZZI, *Caso Antinori: la Cassazione applica la teoria della "mobilizzazione" ed estende il concetto di "cosa mobile" ex art. 628 c.p. agli ovociti*, in *Sist. pen.*, 22.1.2021; M. T. RAVIDÀ, *La rilevanza penalistica della sottrazione violenta di ovociti*, in *Pen. dir. e proc. on line*, 11.5.2021.

<sup>54</sup> Cfr. A. DE LIA, "Lo chiameremo Andrea". *Prelievo forzoso di gameti femminili e rapina: una decisione della cassazione assai discutibile*, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2021, 1219.

<sup>55</sup> Si veda tra i tanti: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale II. Delitti contro il patrimonio*, Milano, Cedam, 2021, 14 ss.



giostrarsi tra istanze general preventive e l'esigenza di rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari di tassatività e determinatezza della norma penale.

## 6. Conclusioni

Le innovative tecniche riproduttive hanno di certo ampliato le opportunità dei soggetti di realizzare il proprio desiderio di maternità/paternità ma questi nuovi confini della libertà di procreare e di autodeterminarsi non sono immuni da numerosi profili problematici di natura etica, sociale e giuridica. Alla luce delle criticità presentate, definire lo statuto delle cellule sessuali e, conseguentemente individuare il regime giuridico loro applicabile rappresenta un'annosa questione. Il tema si inquadra nel più ampio approccio rispetto al corpo e alle parti di esso. I paradigmi che sono stati proposti per l'inquadramento dei gameti si distinguono in base alle loro peculiarità: essi, infatti, possono essere raccolti per eseguire trattamenti di carattere diagnostico, clinico/terapeutico o di ricerca, in senso ampio. Un gamete fino al momento in cui non è prelevato o emesso dal soggetto è parte del corpo umano e non ha una sua autonomia.

Dopo il prelievo o l'emissione la caratteristica che connota i gameti sessuali è la loro rappresentatività del patrimonio genetico della persona. Pertanto, la raccolta e il trattamento delle cellule sessuali sono governati dalla regola del cd. consenso informato, che deve essere volontariamente e consapevolmente reso dopo una completa ed esaustiva informazione fornita al soggetto dal personale competente, che deve spiegare anche le possibili conseguenze del prelievo.

In conclusione, diversamente dal corpo i gameti sessuali umani pongono delle sfide giuridiche nuove, non solamente legate alla tutela dell'integrità fisica. La materialità, infatti, presenta una connotazione diversa quando si riferisce alle parti separate poiché ciò che viene meno con il prelievo è il rapporto di identità, intesa come coincidenza fisica, fra soggetto ed oggetto del diritto, senza però estinguere la relazione di appartenenza. Il rapporto tra corpo e cellule sessuali, pertanto, permane con conseguenti riflessi giuridici.

Dopo il prelievo e l'emissione le esigenze di protezione dei gameti si esprimono su versanti diversi rispetto al corpo integro, essendoci rischi di mercificazione dell'essere umano che derivano dal fenomeno del-

la commercializzazione della genetica<sup>56</sup>. I gameti, inoltre, contengono il patrimonio genetico della persona da cui provengono e un patrimonio informativo sulla sua salute. L'identità genetica contenuta nei gameti è sicuramente il primario tratto distintivo (caratteristiche fenotipiche). Tuttavia, anche i dati sulla salute della persona (virus HIV, infezioni da epatite B o C, malattie sessualmente trasmissibili o altre infezioni) assumono un ruolo centrale, rivestendo una grande utilità diagnostica.

Questa connessione informativa tra cellule sessuali e corpo poco si addice ad un paradigma che fonda l'inquadramento giuridico sull'autonomia e sulla mobilitazione della parte separata rispetto al corpo, da cui discende la sua concepibilità alla stregua di una *res*. Tuttavia, se è indubbio che prima del distacco le cellule sessuali fanno parte del circuito biologico dell'essere umano e sono parte integrante del corpo della persona, indiscutibilmente i gameti dopo la separazione godono di una intrinseca capacità di movimento, caratteristica tipica di una cosa mobile.

La donna appare oggi la legittima detentrica dei propri gameti e la giurisprudenza è costretta ad adattare il dato normativo e soprattutto il nostro codice Rocco ai rapidissimi mutamenti della società moderna e alle evoluzioni della scienza. Inimmaginabile era, infatti, per il legislatore degli anni '30 lo scenario di sottrazione di gameti femminili a fini di profitto, imponendo all'interprete odierno una nuova valutazione della natura patrimoniale di un bene che oggi appare funzionale a soddisfare i bisogni della persona, non necessariamente materiali, ma anche morali o spirituali<sup>57</sup>.

L'esigenza di chiarezza sulla natura delle cellule sessuali, in assenza di una disciplina specifica, può ora rifugiarsi solo nel riconosciuto principio di autodeterminazione che individua lo strumento giuridico guida nel consenso libero, consapevole e informato della persona. In attesa di un nuovo intervento del nostro legislatore, può concludersi che la connessione che permane tra il corpo e le cellule sessuali anche dopo il distacco giustifichi i tratti salienti dell'approccio legislativo attuale, primi fra tutti il divieto della commercializzazione dei gameti e il richiamo alle logiche della solidarietà e della gratuità.

<sup>56</sup> Testualmente, C. CICERO, *Anche i giuristi hanno da saper manovrare il microscopio*, cit., 1228.

<sup>57</sup> Così, M.T. RAVIDÀ, *La rilevanza penalistica della sottrazione violenta di ovociti*, in *Pen. dir. e proc. on line*, 11.5.2021.



# **Il valore dei *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art* nella soluzione arbitrale e negli altri possibili sistemi di soluzione alternativa delle controversie in Italia**

*Mariangela Gramola\**

*Ricercatrice, Università di Padova*

SOMMARIO: 1. Il “particolare” rilievo riconosciuto ai meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie dai *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art* – 2. (Segue) Le dichiarazioni internazionali a tutela delle persone e dei beni delle vittime dell’Olocausto successive ai *Washington Principles* – 3. I meccanismi alternativi di soluzione delle controversie in Italia – 4. Il consenso delle parti quale possibile ostacolo al ricorso all’arbitrato nelle controversie sulla sottrazione di opere d’arte agli ebrei – 5. I limiti dell’arbitrato irrituale per l’effettiva restituzione dei beni oggetto di spolio – 6. La scelta degli arbitri quale fattore di incentivazione della procedura arbitrale – 7. Le ricadute della sede dell’arbitrato sul rilievo riconoscibile alle dichiarazioni a tutela delle vittime dell’Olocausto – 8. I “confini” dell’alternatività dell’arbitrato rituale italiano rispetto al giudizio ordinario e i loro effetti riflessi sulle controversie aventi a oggetto i beni spoliati agli ebrei durante il regime nazista – 9. Le conseguenze della scelta dell’arbitrato interno o estero ai fini del conseguimento della *restitutio in integrum* o per equivalente del bene spoliato – 10. La *just and fair solution* cercata dai *Washington Principles* nell’arbitrato e negli altri meccanismi di ADR previsti dall’ordinamento giuridico italiano – 11. Conclusioni

\* Ricercatrice confermata di diritto internazionale e professoressa aggregata di diritto internazionale privato della Scuola di giurisprudenza dell’università di Padova, afferente al dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario. Il presente contributo all’Annuario del dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario è stato pubblicato in *VNTNV, Ed Essi Restituiranno, Studi sulla restituzione dei beni d’arte trafugati nella persecuzione antiebraica nazifascista*, a cura di B. Cortese e B.M. Savy, Giappichelli, Torino 2022, pp. 163-194.

## 1. Il “particolare” rilievo riconosciuto ai meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie dai *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*

Il principio n. 11 dei *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art* diretti nel loro complesso a favorire la restituzione delle opere d'arte sottratte agli ebrei dal regime nazista o da persone a ciò indotte da tale regime, incoraggia gli Stati firmatari «*to develop national processes to implement these principles, particularly as they relate to alternative dispute resolution mechanisms for resolving ownership issues*»<sup>1</sup>.

Dall'impiego dell'avverbio *particularly* si evince come i processi nazionali di cui si intendeva sollecitare lo sviluppo non fossero solo quelli volti alla soluzione di un possibile contenzioso, tra Stati e privati o tra privati, ma altresì quelli volti all'individuazione e restituzione volontaria delle opere d'arte ai proprietari cui erano state illegittimamente sottratte o ai loro eredi. Riguardo a quest'ultima attività, pare potersi dire che il principio in esame, più che richiedere la scelta ovvero la creazione di particolari procedure, sottendesse l'emanazione di norme per determinare o istituire ad hoc gli organi competenti<sup>2</sup>, sancendone i relativi obblighi.

<sup>1</sup> Traduzione: «*a sviluppare processi nazionali per attuare questi principi, con particolare riguardo ai meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie per risolvere questioni legate alla proprietà*». I *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art* sono stati approvati il 3 dicembre 1998, in seno alla *Washington Conference on Holocaust-Era Assets*, svoltasi sotto l'egida del Ministero degli esteri degli Stati Uniti d'America e dello *United States Holocaust Memorial Museum*. Alla Conferenza hanno partecipato i rappresentanti di quarantaquattro Stati e tredici organizzazioni non governative. I principi sono stati adottati per *consensus*, ma, come espressamente rimarcato dagli stessi, sono privi di valore giuridico vincolante. Si veda *Proceedings of the Washington Conference on Holocaust-Era Assets. November 30-December 3 1998*, Government Printing Office, Washington 1999, <<http://fcit.usf.edu/holocaust/resource/assets/index.HTM>> e il preambolo dei *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*, <<https://www.state.gov/washington-conference-principles-on-nazi-confiscated-art/>>.

<sup>2</sup> In tal senso il Principio n. 11 va letto in combinato disposto con il Principio n. 10, a mente del quale: «*Commissions or other bodies established to identify art that was confiscated by the Nazis and to assist in addressing ownership issues should have a balanced membership*» (traduzione: «*Le commissioni o altri organismi istituiti per identificare l'arte confiscata dai nazisti e per assistere nell'affrontare le questioni legate alla proprietà dovrebbero avere una composizione equilibrata*»).

Una simile normativa non è stata però adottata in Italia<sup>3</sup>, sottraendo di fatto il nostro Paese a interventi per così dire attivi e circoscrivendo, almeno per il momento, la possibile attuazione dei Principi all'accertamento delle posizioni di torto e di diritto a seguito di un contenzioso instaurato da coloro che si assumano depredati o più verosimilmente dai loro eredi<sup>4</sup>.

Il contenzioso può essere promosso avanti i competenti organi giudiziari, come già avvenuto<sup>5</sup>, ovvero facendo ricorso ai metodi alternativi di soluzione delle controversie, che il principio n. 11, con l'impiego dell'avverbio *particularly*, pare voler privilegiare o, quanto meno, sottoporre a "particolare" attenzione.

A quest'ultimo riguardo non va trascurato che i procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, comunemente identificati con l'acronimo inglese ADR (*Alternative Dispute Resolution*), hanno visto il loro primo sviluppo nei Paesi di *common law*, tipicamente negli Stati

<sup>3</sup> Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° dicembre 1998 era stata istituita la «Commissione per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati», con un compito limitato dunque a un'analisi storica. La Commissione ha presentato una prima relazione nel giugno del 1999 e ha concluso i lavori il 30 aprile 2001, con la pubblicazione di un Rapporto Generale. Il Rapporto si articola in due parti: nella prima, di carattere generale, vengono esaminati la normativa contro gli ebrei emanata tra il 1938 e il 1945, alcuni casi di spoliazione, il funzionamento dell'Ente di gestione e liquidazione immobiliare (Egeli), le restituzioni; nella seconda, di carattere settoriale e locale, vengono esposte le vicende legate all'imprenditoria industriale e commerciale, alle assicurazioni, alle banche, nonché ad attività di sottrazione giudiziaria e amministrativa in particolari territori. Nelle conclusioni il Rapporto non ha mancato di evidenziare come, sia pure con tutti i limiti del caso, abbia cercato di quantificare il valore dei beni sottratti e non restituiti nel dopoguerra, formulando raccomandazioni riguardo agli archivi, alle ricerche, ai risarcimenti individuali da riconoscere alle vittime di sequestri, confische e furti avvenuti nel periodo preso in considerazione dallo studio, alla conservazione della memoria e alla promozione educativa. Si veda *Rapporto Generale (Aprile 2001)*, <<https://web.archive.org/web/20190331192831/>>; si veda anche <[http://presidenza.governo.it/DICA/7\\_ARCHIVIO\\_STORICO/beni\\_ebraici/index.html](http://presidenza.governo.it/DICA/7_ARCHIVIO_STORICO/beni_ebraici/index.html)>.

<sup>4</sup> Un discorso a sé stante va fatto per l'eventuale contenzioso aperto, in assenza di privati che reclamino la sottrazione dei beni, da Stati in cui le spoliazioni hanno avuto luogo. Trattandosi di un contenzioso tra Paesi, come noto, la soluzione potrebbe essere cercata direttamente tra loro in via negoziale o attivando, su base consensuale, procedure di mediazione, ovvero ancora di conciliazione o arbitrali avanti ai competenti organismi internazionali, quali la Corte Internazionale di Giustizia o la Corte Permanente di Arbitrato. Si veda C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux 2015 («Collezione Domat»), *passim*.

<sup>5</sup> Si veda Cassazione civile, Sezione II, 14 giugno 2019, n. 16059 e Consiglio di Stato, Sezione VI, 6 agosto 2013, n. 4112, in Leggi d'Italia, banca dati on-line, Wolters Kluwer.

Uniti d'America e nel Regno Unito<sup>6</sup>. È lecito, dunque, supporre che l'inserimento nel principio n. 11 di quel riferimento "particolare" all'ADR sia stato fortemente influenzato dal fatto di essere stato adottato in seno a una Conferenza svoltasi negli Stati Uniti d'America e sotto l'egida degli Stati Uniti d'America.

Quell'avverbio *particularly*, tuttavia, se letto in Paesi di *civil law* come l'Italia, in cui solo recentemente si è cercato di dare impulso all'ADR<sup>7</sup> e dove la soluzione giudiziaria delle controversie è ancora preponderante, potrebbe dover essere interpretato, non nel senso di un'indicazione volta a favorire le ADR, bensì nel senso di una sollecitazione a disciplinare tali meccanismi alternativi in maniera da garantire in seno a essi l'attuazione dei *Washington Principles*. Ciò, all'occorrenza, anche con l'emanazione di regole speciali per i contenziosi aventi a oggetto la spoliazione e la restituzione delle opere d'arte confiscate dal regime nazista. Invero, l'assenza di regole speciali attuative può costituire un concreto ostacolo all'invocazione di tali Principi nei procedimenti di soluzione alternativa delle controversie disciplinati dall'ordinamento giuridico italiano, benché altre norme sostanziali di diritto interno o di funzionamento del diritto internazionale privato<sup>8</sup> possano soccorrere nella realizzazione delle finalità perseguite dai *Washington Principles*.

Sarà cura dei prossimi paragrafi esaminare le caratteristiche dei diversi meccanismi alternativi di soluzione delle controversie esistenti in Italia, prestando in special modo attenzione all'arbitrato, nonché le possibilità ovvero i limiti di dare in essi valore ai *Washington Principles* e alle dichiarazioni che vi hanno dato seguito.

## **2. (Segue) Le dichiarazioni internazionali a tutela delle persone e dei beni delle vittime dell'Olocausto successive ai *Washington Principles***

Il 4 novembre 1999 l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha adottato la Risoluzione n. 1205 intitolata *Looted Jewish cultural*

<sup>6</sup> Si veda C. JARRONSON, *Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, «Revue Internationale de Droit Comparé», 1997, II, biblioteca digitale Persée, pp. 325 e sgg.; T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolutions*, «Rassegna Forense», 2011, II, ed. Consiglio Nazionale Forense, pp. 327-344, p. 328.

<sup>7</sup> Si veda M.P. GASPERINI, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, «Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino», 2017, VI, pp. 135-161, p. 135.

<sup>8</sup> Si veda, *infra*, nel prosieguo del presente studio.

*property*<sup>9</sup>. A differenza dei *Washington Principles*, però, la Risoluzione non si limita a prendere in considerazione le opere d'arte, ma si riferisce in generale a tutti i beni mobili o immobili «*of the most significant private and communal Jewish property*»<sup>10</sup> illecitamente sottratti al fine di distruggere «*the Jewish cultural heritage*»<sup>11</sup>. In tale prospettiva, l'atto del Consiglio d'Europa censura sia gli spogli perpetrati durante il regime nazista, sia quelli commessi dai regimi comunisti, esprimendo vieppiù preoccupazione per la mancanza di trasparenza e di iniziative volte ad agevolare il recupero dei beni in Russia<sup>12</sup>.

Dalla lettura della Risoluzione del 1999 emerge altresì come essa, sebbene priva di valore cogente, contenga delle indicazioni più precise di quelle espresse nei *Washington Principles* circa le iniziative legislative e risarcitorie che gli Stati membri dovrebbero assumere per porre rimedio alle illecite sottrazioni.

In particolare, il documento richiama l'attenzione dei firmatari sull'opportunità di adottare riforme normative volte a facilitare le restituzioni, «*with particular regard being paid to: extending or removing statutory limitation periods; removing restrictions on alienability; providing immunity from actions for breach of duty on the part of those responsible for collections; waiving export controls*»<sup>13</sup>. Riforme che, sempre a termini della Risoluzione, potrebbero richiedere la modifica o la precisazione delle leggi a tutela dei diritti umani in rapporto alla sicurezza e al godimento della proprietà<sup>14</sup>.

E, ancora, al fine di dare concreta attuazione agli obiettivi di questa come di precedenti raccomandazioni, gli Stati membri del Consiglio d'Europa dovrebbero valutare l'opportunità di istituire «*guarantees for those returning looted Jewish cultural property against subsequent claims; relaxing or reversing anti-seizure statutes which currently protect from*

<sup>9</sup> Si veda la Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa del 4 novembre 1999 n. 1205, *Looted Jewish cultural property*, <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16726&lang=enl>>.

<sup>10</sup> Traduzione: «*della più significativa proprietà ebraica privata e pubblica*».

<sup>11</sup> Traduzione: «*il patrimonio culturale ebraico*». Cfr. i paragrafi nn. 1 e 2 della Risoluzione n. 1205 (1999), cit.

<sup>12</sup> Cfr. i paragrafi nn. 3 e 11 della Risoluzione n. 1205 (1999), cit.

<sup>13</sup> Traduzione: «*con particolare riguardo a: proroga o rimozione dei termini di prescrizione di legge; rimozione delle restrizioni all'alienabilità; prevedendo l'immunità da azioni per inadempimento da parte di coloro che sono responsabili delle collezioni; rinuncia ai controlli sulle esportazioni*». Cfr. il paragrafo n. 13 della Risoluzione n. 1205 (1999), cit.

<sup>14</sup> Cfr. il paragrafo n. 14 della Risoluzione n. 1205 (1999), cit.



*court action works of art on loan; annulling later acquired titles, that is, subsequent to the divestment»<sup>15</sup>.*

Il contenuto e il tenore di tali indicazioni avrebbero potuto agevolare la trasformazione in diritto internazionale generale, se seguite da prassi conforme e *opinio iuris sive necessitatis* della maggior parte degli Stati della Comunità internazionale, che però sono ad oggi mancate.

Di contro, nella Risoluzione n. 1205 (1999) non si rinviene alcun riferimento, se non quello indiretto derivante dal richiamo dei *Washington Principles*, agli *alternative dispute resolution mechanisms* per i possibili contenziosi connessi agli accertamenti degli illeciti *de quibus* e ai conseguenti obblighi.

L'atto del Consiglio d'Europa, comunque, è stato concluso auspicando la convocazione di una conferenza europea «*with special reference to the return of cultural property and the relevant legislative reform*»<sup>16</sup>.

La conferenza auspicata ha avuto luogo in Lituania, a Vilnius, il 5 ottobre 2000 ed è stata l'occasione per approvare all'unanimità un'ulteriore Dichiarazione<sup>17</sup>. Quest'ultima richiama e riafferma il proprio sostegno ai *Washington Principles* e alla Risoluzione n. 1205 (1999), enfatizzando a sua volta l'importanza di raggiungere «*just and fair solutions*»<sup>18</sup>, esortando gli Stati a fare ogni sforzo, ma pur sempre ragionevole, per giungere alla restituzione dei beni illecitamente sottratti, così come ad adottare ogni ragionevole misura per implementare i *Washington Principles* e la citata Risoluzione<sup>19</sup>.

Tra le misure opportune la Dichiarazione indica la condivisione e il facile accesso a tutte le informazioni necessarie, nonché la designazione ovvero l'istituzione di un organo centrale permanente di riferimento per ottenere tali informazioni e/o supportare qualsiasi inchiesta. Ciò, non senza sottolineare però «*the fact that such solutions may vary accor-*

<sup>15</sup> Traduzione: «*garanzie per coloro che restituiscono beni culturali ebraici sottratti da rivendicazioni successive; allentare o revocare le norme antisequestro che attualmente tutelano dall'azione giudiziaria le opere d'arte in prestito; annullare i titoli acquisiti successivamente, vale a dire dopo lo spossessamento*». Cfr. il paragrafo n. 15 della Risoluzione n. 1205 (1999), cit.

<sup>16</sup> Traduzione: «*con particolare riferimento alla restituzione dei beni culturali e alla relativa riforma legislativa*». Cfr. il paragrafo n. 19 della Risoluzione n. 1205 (1999), cit.

<sup>17</sup> Si veda *Vilnius Forum Declaration 5 October 2000*, <<https://www.lootedart.com/MF-V7EE39608>>.

<sup>18</sup> Traduzione: «*soluzioni giuste ed eque*». Cfr. le premesse, *in fine*, e i paragrafi nn. 3 e 4 della Dichiarazione di Vilnius, cit.

<sup>19</sup> Cfr. il paragrafo n. 1 della Dichiarazione di Vilnius, cit.

*ding to the differing legal systems among countries and the circumstances surrounding a specific case»<sup>20</sup>.*

Nella parte conclusiva, anche la Dichiarazione di Vilnius ha proposto agli Stati di svolgere «*periodical international expert meetings [...] to exchange views and experiences on the implementation of the Washington Principles, the Resolution 1205 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and the Vilnius Declaration»<sup>21</sup>.*

Su iniziativa della Repubblica Ceca è stata quindi convocata, dal 26 al 30 giugno 2009, la *Prague Holocaust Era Assets Conference*, la quale si è svolta a Praga e a Terezin, con la partecipazione dei rappresentanti di quarantasei Stati, tra cui anche l'Italia, esperti e delegati di organizzazioni internazionali non governative. Al termine della Conferenza è stata approvata un'altra Dichiarazione, dal contenuto ancor più ampio delle precedenti<sup>22</sup>, ma sempre non cogente.

Più precisamente, l'atto del 2009 si è focalizzato, oltretutto sulla restituzione o il risarcimento dei beni illecitamente sottratti agli ebrei durante l'Olocausto, altresì sull'importanza di agevolare l'accesso agli archivi, coltivare la memoria e l'educazione delle nuove generazioni, aiutare psicologicamente e materialmente i sopravvissuti alla Shoah.

Nonostante la maggiore ampiezza, tuttavia, le formulazioni restano eminentemente enunciative e perciò difficilmente traducibili in precetti normativi. A ciò si aggiunga che la Dichiarazione di Terezin, oltre a sottolineare al pari dei precedenti documenti il suo carattere giuridicamente non vincolante, evoca varie volte la natura morale<sup>23</sup> e volontaria<sup>24</sup> degli impegni assunti dagli Stati. Essa, inoltre, ha avuto cura di rimarcare come tali impegni non debbano pregiudicare le vigenti disposizioni

<sup>20</sup> Traduzione: «*il fatto che tali soluzioni possono variare a seconda dei differenti ordinamenti giuridici tra i paesi e delle circostanze relative a un caso specifico»*. Cfr. le premesse della Dichiarazione di Vilnius, *in fine*, cit.

<sup>21</sup> Traduzione: «*riunioni periodiche di esperti internazionali [...] per scambiare opinioni ed esperienze sull'attuazione dei Principi di Washington, della Risoluzione 1205 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e della Dichiarazione di Vilnius»*. Cfr. il paragrafo n. 5 della Dichiarazione di Vilnius, cit.

<sup>22</sup> Cfr. *2009 Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues*, <<https://www.state.gov/prague-holocaust-era-assets-conference-terezin-declaration/>>.

<sup>23</sup> Cfr. *2009 Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues*, cit., al termine delle premesse iniziali e delle premesse alla sezione *Nazi-Confiscated and Looted Art*.

<sup>24</sup> Cfr. *2009 Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues*, cit., al termine delle premesse alla sezione *Nazi-Confiscated and Looted Art*, il paragrafo n. 1 della sezione *Judaica and Jewish Cultural Property* e all'inizio della sezione *Future Action*.

normative interne, nonché le pertinenti norme e obbligazioni di diritto internazionale<sup>25</sup>.

A differenza della Risoluzione n. 1205 (1999) del Consiglio d'Europa, tuttavia, la Dichiarazione di Terezin non manca di ribadire l'importanza di perseguire «*just and fair solutions*», complete e non discriminatorie, «*expeditious, simple, accessible, transparent, and neither burdensome nor costly to the individual claimant*»<sup>26</sup>.

L'atto fa seguire alla citata affermazione un espresso riferimento all'*alternative dispute resolution*, previa raccomandazione però agli Stati di istituire «*mechanisms to assist claimants and others in their efforts, [... e, n.d.r.] to ensure that their legal systems or alternative processes, while taking into account the different legal traditions, facilitate just and fair solutions [...] based on the facts and merits of the claims and all the relevant documents submitted by all parties*»<sup>27</sup>. Dunque, un rigore istruttorio che nell'ordinamento giuridico italiano, come vedremo nel prosieguo del presente studio, apre certamente le porte all'arbitrato rituale o amministrato, mentre induce a escludere il ricorso alle procedure alternative della negoziazione assistita e della mediazione.

Nel riaffermare il rilievo dei *Washington Principles* del 1998 e della Dichiarazione di Vilnius del 2000, la Dichiarazione del 2009 ha richiamato poi anche i risultati conseguiti dalla *London Nazi Gold Conference* del 1997<sup>28</sup> e dalla *Stockholm Declaration on Holocaust Education, Remem-*

<sup>25</sup> Cfr. 2009 Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues, cit., al termine delle premesse iniziali e il paragrafo n. 2 della sezione *Immovable (Real) Property*.

<sup>26</sup> Traduzione: «*celere, semplice, accessibile, trasparente e non gravoso, né oneroso, per il singolo richiedente*». Cfr. 2009 Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues, cit., paragrafo n. 2, *in fine*, della sezione *Immovable (Real) Property*.

<sup>27</sup> Traduzione: «*meccanismi per assistere i ricorrenti e altri nei loro sforzi, [... e] per assicurare che i loro sistemi giuridici o procedure alternative, pur tenendo conto delle diverse tradizioni giuridiche, facilitino soluzioni giuste ed eque [...] basate sui fatti e sul merito delle pretese e su tutti i documenti pertinenti presentati da tutte le parti*». Cfr. 2009 Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues, cit., paragrafo n. 3 della sezione *Nazi-Confiscated and Looted Art*.

<sup>28</sup> La *London Conference on Nazi Gold* si è svolta appunto a Londra dal 2 al 4 dicembre 1997, ad iniziativa di Regno Unito, Francia e Stati Uniti d'America, per indagare le rimanenti riserve di oro sottratte dai nazisti agli ebrei e discutere di come farle confluire in un fondo a sostegno delle vittime dell'Olocausto e dei loro eredi. Alla conferenza hanno partecipato rappresentanti di quarantuno Stati ed esperti indipendenti. Si veda US Department of State, *Closing Plenary Statement at the London Conference on Nazi Gold, December 4, 1997 – Under Secretary Stuart Eizenstat*, <[https://1997-2001.state.gov/policy\\_remarks/971204\\_eizen\\_nazigold.html](https://1997-2001.state.gov/policy_remarks/971204_eizen_nazigold.html)>.

*brance and Research* del 2000<sup>29</sup>, quali ulteriori manifestazioni dei valori espressi nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che fu redatta «*in significant part in the realization of the horrors that took place during the Holocaust, and further recognizing the UN Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*»<sup>30</sup>. Manifestazioni certamente lodevoli che, tuttavia, non sono state seguite dalla previsione di norme internazionali e/o interne che servissero a concretizzarle, impendendo così di fatto, come vedremo, l'applicazione dei principi contenuti nei documenti via via adottati in sede giudiziaria, così come in sede di meccanismi alternativi per la soluzione delle controversie inerenti la restituzione dei beni sottratti o il risarcimento degli spogli subiti.

### **3. I meccanismi alternativi di soluzione delle controversie in Italia**

Come noto, per meccanismi ADR si intendono comunemente le procedure per la soluzione delle controversie giuridiche gestite da persone, talora le stesse parti in lite, od organismi diversi dall'apparato giudiziario statale. La funzione della persona o dell'organismo può essere limitata all'avvicinamento delle posizioni contrapposte, affinché le parti

<sup>29</sup> In realtà, la Dichiarazione di Stoccolma, adottata in occasione di una conferenza internazionale sull'Olocausto organizzata dal Governo svedese dal 27 al 29 gennaio 2000, è quanto mai laconica e generica. Essa si è infatti limitata, essenzialmente, a istituire la ricorrenza annuale del Giorno della Memoria e a ribadire la natura morale del dovere di incoraggiare «*education, remembrance and research about the Holocaust*» (traduzione: «*educazione, memoria e ricerca sull'Olocausto*»), per facilitare i quali rileva «*the opening of archives in order to ensure that all documents bearing on the Holocaust are available to researchers*» (traduzione: «*l'apertura degli archivi per garantire che tutti i documenti relativi all'Olocausto siano a disposizione dei ricercatori*»). La Dichiarazione costituisce, inoltre, il documento ispiratore della *International Holocaust Remembrance Alliance*, che coinvolge rappresentanti governativi ed esperti. Cfr. *Declaration of the Stockholm International Forum on the Holocaust*, <<https://www.holocaustremembrance.com/about-us/stockholm-declaration>>.

<sup>30</sup> Traduzione: «*in parte significativa nella consapevolezza degli orrori che ebbero luogo durante l'Olocausto, e riconoscendo ulteriormente la Convenzione delle Nazioni Unite sulla prevenzione e la punizione del crimine di genocidio*». Nella parte finale la Dichiarazione di Terezin ha reso nota la costituzione da parte del Governo ceco dello *European Shoah Legacy Institute in Terezin (Terezin Institute)*, quale forum per seguire e agevolare l'attuazione della Dichiarazione, avendo cura di non replicare inutilmente l'attività già svolta da altre istituzioni nazionali, europee e internazionali come la *Task Force for International Cooperation on Holocaust Education, Remembrance and Research*.

addivengano, per via di mutuo consenso, alla soluzione della loro disputa, ovvero caratterizzarsi per un potere decisorio sostitutivo o quanto meno assimilabile a quello giurisdizionale<sup>31</sup>.

Gli interessi, privati e pubblici, che hanno portato a ricorrere alle procedure di ADR sono molteplici: la riservatezza della procedura, il perseguimento di una soluzione che sia per quanto possibile accettabile per tutte le parti in lite, tempi più brevi e minori costi rispetto a quelli normalmente connessi a un procedimento giudiziario<sup>32</sup>, l'alleggerimento del carico di lavoro dell'apparato giurisdizionale<sup>33</sup>.

Nell'ordinamento giuridico italiano si rinvencono meccanismi aperti alla soluzione extra-giudiziaria, in via conciliativa o decisoria, di qualsiasi tipo di controversia giuridica civilistica avente a oggetto diritti disponibili e altri destinati a operare in particolari ambiti, come quello delle controversie con i consumatori<sup>34</sup> o inerenti ai rapporti bancari<sup>35</sup>.

Tra le ADR di carattere generale, dunque attivabili anche per la restituzione di opere d'arte confiscate dal regime nazista, si annoverano

<sup>31</sup> Si veda *ADR. Una giustizia complementare*, a cura di F. Danovi, F. Ferraris, Giuffrè, Milano 2018, *passim*.

<sup>32</sup> Se sulla maggior celerità dei meccanismi alternativi di soluzione delle controversie si può generalmente convenire, va detto però che l'auspicio di un risparmio di costi non trova sempre riscontro nella realtà, in particolare nell'arbitrato dove i compensi dovuti agli arbitri e agli avvocati specializzati nell'assistenza in tali procedure possono essere anche molto elevati. Non si può negare, comunque, che un beneficio economico possa essere tratto, specie nelle controversie tra imprese e *lato sensu* commerciali, nel più spedito accertamento della titolarità dei diritti controversi e nella liquidazione dei relativi danni.

<sup>33</sup> Si veda M.P. GASPERINI, cit.

<sup>34</sup> Si veda il d.lgs. 6 agosto 2015 n. 130, recante «Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)», «GURI», Serie Generale, n. 191, 19 agosto 2015.

<sup>35</sup> Si veda *La fase stragiudiziale delle controversie bancarie e finanziarie*, a cura di G. Casano, S. Chiodi, Giuffrè, Milano 2019, *passim*; *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, a cura di Banca D'Italia, p. 3 e sgg., <[https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/disp\\_mod\\_ABF\\_131112.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/disp_mod_ABF_131112.pdf)>.

tipicamente la negoziazione tra le parti assistite dagli avvocati<sup>36</sup>, la mediazione<sup>37</sup> e l'arbitrato<sup>38</sup>.

Ai sensi della normativa italiana, a seconda della materia o del valore della controversia, la negoziazione assistita e la mediazione possono essere instaurate a discrezione delle parti in lite ovvero costituiscono una precondizione necessaria per poter poi, eventualmente, dare corso a un procedimento giudiziario. L'arbitrato si basa, invece, sempre sulla volontà delle parti, espressa in via generale prima del sorgere della controversia, nell'apposito atto denominato compromesso o in una clausola compromissoria inserita in un atto negoziale più ampio, ovvero ad hoc dopo il sorgere della stessa.

<sup>36</sup> Si veda il d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modificazioni nella legge 10 novembre 2014 n. 162, recante «*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*», «GURI», Serie Generale, n. 261, 10 novembre 2014, Supplemento ordinario n. 84. Quanto alla celerità del procedimento di negoziazione assistita, l'art. 2, comma 2, lettera a), del citato decreto, stabilisce che il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura non possa essere inferiore a un mese, ma non superiore a tre mesi, eventualmente prorogabile per soli ulteriori trenta giorni. Quanto alla riservatezza, il medesimo decreto oltre a farne obbligo ai difensori e alle parti, rende inutilizzabili le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento nel successivo eventuale giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto.

<sup>37</sup> Si veda il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, recante «*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*», e successive modifiche, <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legi:slativo:2010-03-04;28!vig=>>>. L'art. 6 del d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che, una volta iniziata, la mediazione non possa durare più di tre mesi. Come rimarcato dalla giurisprudenza, si tratta di un termine non prorogabile, il quale però incide solo sulla possibilità, anche in pendenza di mediazione, di adire l'autorità giudiziaria una volta che sia decorso e non sulla validità dell'accordo eventualmente raggiunto dalle parti oltre tale termine. Si veda Corte d'Appello Milano, Sezione I, sentenza del 28 giugno 2017, «*Quotidiano Giuridico*», 2017. Sulle parti, i loro difensori e il mediatore grava l'obbligo di riservatezza e, al pari di quanto previsto per la negoziazione assistita, «*[I]e dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione*». Nella mediazione è previsto, tuttavia, altresì, che l'inutilizzabilità possa essere superata con il consenso della parte dichiarante o dalla quale sono pervenute le informazioni. Cfr. l'art. 10 del d.lgs. n. 28/2010.

<sup>38</sup> L'inclusione dell'arbitrato nelle ADR, per quanto contestata da alcuni, si può ritenere ormai accettata sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza. L'opinione contraria a tale inclusione ha all'origine la contrapposizione, nell'ordinamento giuridico italiano, tra l'arbitrato cosiddetto rituale, dettagliatamente regolato e destinato a concludersi con una decisione suscettibile di avere forza di sentenza, e l'arbitrato cosiddetto irrituale, come dice la denominazione stessa, libero nelle forme e volto a concludersi con una decisione avente forza contrattuale tra le parti. Si veda M.P. GASPERINI, cit., pp. 137-138.

Va ulteriormente evidenziato che ai sensi della normativa italiana il mediatore, benché privo del potere di rendere decisioni, non ha soltanto la funzione di assistere le parti nella ricerca di una composizione amichevole, ma può altresì proporre loro una soluzione della vertenza. Il rifiuto della proposta, rivelatosi ingiustificato all'esito del successivo processo che decida in maniera sostanzialmente conforme alla soluzione individuata dal mediatore, può comportare conseguenze pregiudizievoli a carico della o delle parti che non l'avevano accolta<sup>39</sup>.

La procedura di negoziazione assistita si caratterizza, invece, per l'assenza di qualsiasi persona o organo terzo, ma si avvicina alla mediazione per gli effetti pregiudizievoli che può comportare, in sede processuale, l'ingiustificata mancata adesione all'invito alla negoziazione, rivolto da una parte all'altra della controversia, nonché per l'efficacia di titolo esecutivo riconosciuta *ipso iure* alla convenzione di ADR<sup>40</sup>.

Quanto all'arbitrato con sede in Italia, oltre alla distinzione tra quello rituale, dettagliatamente disciplinato, e quello irrituale, libero nelle forme e simile nei suoi esiti alla mediazione<sup>41</sup>, è possibile ancora distinguere tra arbitrato amministrato, in cui le parti si rivolgono ad apposite istituzioni dotate di proprie regole di procedura, e arbitrato non amministrato in cui sono le parti stesse a stabilire tali regole.

Così come alle parti è data la facoltà di stabilire le regole della procedura arbitrale, alle stesse è data normalmente la facoltà di attribuire all'arbitro o al collegio arbitrale, tanto nell'arbitrato irrituale, quanto in quello rituale, amministrato o non amministrato, il potere di decidere la loro controversia secondo equità.

Va da sé che la ricerca di una soluzione equa, e non secondo stretto diritto, assumerà valore preponderante in sede di negoziazione assistita ovvero di mediazione che, come detto, si ispirano alla ricerca di una composizione transattiva della lite. In sede arbitrale, per contro, nonostante la scelta attribuita alle parti, prevalgono normalmente le decisioni secondo diritto, le quali richiedono all'organo giudicante, al pari di un qualsiasi organo giurisdizionale, di determinare la legge applicabile ai diversi aspetti della controversia, quali, nelle situazioni che qui ci interessano, l'accertamento della spoliazione illecita, della successiva illecita negozia-

<sup>39</sup> Cfr. l'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010, cit.

<sup>40</sup> Cfr. gli artt. 4 e 5 del d.l. n. 132/2014, cit. La mancata adesione o anche solo il mancato riscontro all'invito alla negoziazione possono comportare la condanna alla rifusione delle spese di lite aggravata ex art. 96, comma 3, c.p.c. Cfr. Tribunale Torino, Sezione Terza, 18 gennaio 2017, «Quotidiano Giuridico», 2017.

<sup>41</sup> Si veda, *supra*, alle note 37-38 e, *infra*, al paragrafo che segue.

zione dell'opera d'arte, della proprietà dell'opera al tempo dell'addotta spoliazione, della qualità di eredi di coloro che ne pretendono la restituzione, dell'attuale proprietà privata o pubblica del bene. Elementi tutti questi che possono presentare collegamenti solo con lo Stato ove ha sede la procedura o profili di transnazionalità.

Nell'arbitrato, così come nell'ordinario processo, sarà poi necessario considerare, oltre agli aspetti di diritto internazionale privato appena evocati, anche le rilevanti norme di diritto internazionale cosiddetto pubblico, in particolare laddove la parte "accusata" della spoliazione o dell'illecito possesso/detenzione dell'opera d'arte sia uno Stato o un ente pubblico<sup>42</sup>.

Date queste premesse vi è quindi da chiedersi se, alla luce della natura dichiaratamente non vincolante dei *Washington Principles*, il "particolare" valore da essi attribuito ai metodi ADR risponda realmente, nell'ordinamento giuridico italiano, al proposito di incentivarne la complessiva applicazione alle controversie aventi a oggetto opere d'arte confiscate durante il regime nazista o se il ricorso a tali meccanismi, piuttosto che al procedimento giudiziario, risulti indifferente ai fini di tale applicazione.

#### **4. Il consenso delle parti quale possibile ostacolo al ricorso all'arbitrato nelle controversie sulla sottrazione di opere d'arte agli ebrei**

Ai sensi dell'art. 806 del Codice di procedura civile italiano, le parti possono far decidere ad arbitri le controversie tra loro insorte che non

<sup>42</sup> Si veda M. FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, «*Les Livres de poche de l'Académie de Droit International de La Haye*», L'Aia 2016, pp. 350 e sgg. Si veda anche, *supra*, alla nota 4. Sulla sussistenza della giurisdizione italiana in rapporto a controversie aventi a oggetto domande restitutorie/risarcitorie avanzate da individui vittime di crimini internazionali commessi con atti *iure imperii* durante il regime nazista, si veda la sentenza della Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 28 settembre 2020, n. 20442 (rv. 659019-01), T. c. R., «*Leggi d'Italia Legale*», banca dati elettronica, Wolters Kluwer. La sentenza ha negato l'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati responsabili di tali crimini (nella fattispecie la Germania) *inter alia* in omaggio al principio – sancito dalla Corte costituzionale con la sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, chiamata a verificare la legittimità costituzionale delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute formatesi prima della Costituzione repubblicana, in ragione del meccanismo di adattamento automatico previsto dall'art. 10, primo comma, della Costituzione – di inapplicabilità delle norme di diritto internazionale che si pongono in contrasto con i fondamentali valori, espressi dagli articoli 2 e 24 della Costituzione italiana, di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e di accesso alla giustizia.



abbiano a oggetto diritti indisponibili e la cui soluzione in via arbitrale non sia espressamente vietata dalla legge.

Non vi è dubbio, dunque, che le controversie relative alla richiesta di restituzione di opere d'arte sottratte, per via di confisca o con altra modalità, secondo l'interpretazione ampia sottesa all'uso del termine *confiscated* nei *Washington Principles*<sup>43</sup>, possano essere sottoposte ad arbitrato.

Ciò, come detto e come noto, a condizione che entrambe le parti della controversia vi acconsentano<sup>44</sup>. Trattandosi di vertenze che presuppongono normalmente un illecito extracontrattuale, viene in rilievo l'art. 807 del Codice di procedura civile italiano, a mente del quale il consenso deve essere espresso in un atto ad hoc, tradizionalmente denominato compromesso, con requisiti di forma (scritta) e di sostanza (l'oggetto della controversia deve essere determinato) da rispettare a pena di nullità.

Come già evidenziato da autorevole dottrina<sup>45</sup>, in difetto di una norma che individui nell'arbitrato o in altri meccanismi ADR la via maestra per risolvere le controversie in materia di sottrazione di opere d'arte, si può verosimilmente supporre una maggiore difficoltà di addivenire al compromesso quando un privato controverta con lo Stato italiano ritenuto responsabile della spoliazione o un suo ente pubblico cui venga imputato l'illecito possesso/detenzione del/i bene/i. L'ordinamento giudiziario è infatti una delle espressioni della sovranità dello Stato, sul quale quest'ultimo dovrebbe pertanto riporre la massima fiducia, oltre ad avere la garanzia di potervi accedere senza ulteriori aggravii. La giurisprudenza, anche quella per quanto esigua esistente nella materia che ci occupa<sup>46</sup>, mostra poi una certa (comprensibile) inclinazione dell'autorità giudizial-

<sup>43</sup> Si veda B. Cortese, *Washington Principles On Nazi Confiscated Art: Un prisma narrativo transnazionale, tra diritto internazionale e diritto internazionale privato*, in VNTNV, *Ed Essi Restituiranno, Studi sulla restituzione dei beni d'arte trafugati nella persecuzione antiebraica nazifascista*, a cura di B. Cortese e B.M. Savy, Giappichelli, Torino 2022, Parte I, cap. III, par. 7.

<sup>44</sup> Si veda, *supra*, al paragrafo che precede.

<sup>45</sup> Si veda M. FRIGO, *Il quadro giuridico internazionale in tema di restituzione dei beni culturali spogliati alle famiglie ebraiche: quale spazio per i meccanismi alternativi di soluzione delle controversie?*, in VNTNV, *Ed Essi Restituiranno, Studi sulla restituzione dei beni d'arte trafugati nella persecuzione antiebraica nazifascista*, cit., Parte II, cap. II, par. 7.

<sup>46</sup> Si veda B. CORTESE, *Casi di studio: Rileggendo alcuni indirizzi giurisprudenziali di diritto federale USA, diritto francese e diritto italiano attraverso i prismi del diritto internazionale e transnazionale*, in VNTNV, *Ed Essi Restituiranno, Studi sulla restituzione dei beni d'arte trafugati nella persecuzione antiebraica nazifascista*, cit., Parte I, cap. V.

ria a muovere da una prospettiva per quanto possibile cautelativa dello Stato che rappresenta<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Si veda la sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione II, dell'8 febbraio 2011 n. 387, che ha negato il diritto degli eredi del proprietario spoliato del dipinto della Santa Caterina d'Alessandria di Bernardo Strozzi, riconoscendo le ragioni degli enti pubblici convenuti. La sentenza è stata poi riformata con decisione del Consiglio di Stato, Sezione Sesta, del 6 agosto 2013 n. 4112, la quale ha riconosciuto il diritto all'esportazione, non però in applicazione dei *Washington Principles* o delle altre raccomandazioni internazionali (si veda, *supra*, alla nota 1 e al paragrafo 2), bensì risolvendo la possibile contrarietà delle norme interne alle norme di diritto internazionale, vieppiù cogenti, che venivano in rilievo nella fattispecie, in via interpretativa e in virtù del principio di specialità sui generis che sovrintende al rapporto tra il diritto internazionale e il diritto interno. L'affermazione, contenuta nella sentenza, secondo cui «[a]nche la pienezza del recupero delle proprietà, specie se artistiche, illecitamente sottratte manu militari – nella specie con azione italo-tedesca – esige la deroga a molte regole tradizionali del diritto interno, fra varie ad es. quella sulla usucapione», risulta più un *obiter dictum de iure condendo* che *de iure condito*. Nella motivazione della sentenza, invero, emerge chiaramente come il Consiglio di Stato non abbia derogato alle norme di diritto positivo, bensì le abbia sistematicamente applicate, ricorrendo all'analogia *iuris* quanto alla «rimessione in termini per eventi di forza maggiore [...] che vale nella specie a più forte ragione posto che il mancato esercizio del diritto fra la fine degli anni '30 e il 2009 è dipeso addirittura (e almeno in parte) da violazioni di diritti fondamentali [...]», nonché alla responsabilità dello Stato italiano per essersi reso «inadempiente all'obbligo di custodia del bene e di generale preservazione ex bona fide delle ragioni dell'avente diritto – principio generale racchiuso nell'art.1358 c.c. – , chiaramente insorgenti dalla convenzione inter partes, con un atteggiamento di indirizzo "politico" ("manifesto della razza" e successive leggi razziali del 1938), che violava, per radicale incompatibilità, le norme di principio civilistico naturalmente integrative dei reciproci rapporti nascenti dalla originaria convenzione». In ogni caso, anche la sentenza del Consiglio di Stato non è andata esente dal favor di cui si è detto nel corpo del testo: infatti, dopo avere enunciato i profili di responsabilità dello Stato ha escluso il diritto al risarcimento del danno economico, biologico e morale della parte ricorrente, «essendo poi particolarmente delicata e sfuggente, nella peculiarità storica e normativa della vicenda e secondo un giudizio di "normalità" dell'agire dell'Amministrazione stessa, l'individuazione stessa di parametri a cui commisurare un elemento di colpa dell'Amministrazione medesima». Le citate sentenze del T.A.R. e del Consiglio di Stato sono consultabili, nel loro testo integrale, on-line al sito <<https://www.giustizia-amministrativa.it/>>. Sul principio di specialità sui generis, si veda B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2021, pp. 368 e 382-383. Sulla sentenza del Consiglio di Stato, si veda anche T. SCOVAZZI, *La restituzione dei beni culturali depredati alle vittime dell'olocausto: la situazione in Italia*, in VNTNV, *Ed Essi Restituiranno, Studi sulla restituzione dei beni d'arte trafugati nella persecuzione antiebraica nazifascista*, cit., Parte II, cap. I, par. 4. In senso parzialmente difforme, a favore della «necessaria "correzione" delle norme civilistiche applicabili alla fattispecie di diritto ereditario che costituisce il presupposto dell'atto amministrativo impugnato», si veda B. CORTESE, *Casi di studio: Rileggendo alcuni indirizzi giurisprudenziali di diritto federale USA, diritto francese e diritto italiano attraverso i prismi del diritto internazionale e transnazionale*, cit., Parte I, cap. V, par. 6.

Ciononostante, il ricorso alla scelta arbitrale, data la confidenzialità e la normale minor durata della relativa procedura, potrebbe risultare preferibile per lo Stato o un ente pubblico, qualora la vertenza, per l'opera o le persone coinvolte, sia suscettibile di avere una forte risonanza mediatica, con un forte impatto sull'opinione pubblica che potrebbe essere portata a esprimere un giudizio politico negativo sugli organi che non hanno posto spontaneamente e tempestivamente rimedio alla lamentata spoliatura.

## 5. I limiti dell'arbitrato irrituale per l'effettiva restituzione dei beni oggetto di spolio

In ogni caso, a prescindere dalla natura pubblica o privata delle parti, la scelta arbitrale per la soluzione delle controversie di cui si discute, spesso aventi carattere transnazionale, può avere senso, nei termini di cui si è detto al paragrafo che precede e di quelli di cui si dirà *infra*, se si ha riguardo all'arbitrato rituale.

Il ricorso all'arbitrato irrituale che, come riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>48</sup>, si sostanzia in un mandato senza necessità di rappresentanza conferito congiuntamente dalle parti all'arbitro o al collegio arbitrale, non pare infatti rappresentare una migliore via per una rapida e, soprattutto, effettiva restituzione dei beni spoliati, nonché, dunque, per una valorizzazione diretta o indiretta dei *Washington Principles*.

L'arbitro o gli arbitri, invero, giudicheranno senza formalità di rito, ma normalmente secondo diritto, al fine di giungere a un componimento negoziale della lite<sup>49</sup>. Tale componimento avrà quindi valore contrattuale e, non solo non sarà suscettibile di riconoscimento ed esecuzione all'e-

<sup>48</sup> Si veda C. CAVALLINI, *Arbitrato irrituale*, «Diritto on line», 2013, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani S.p.A., <[https://www.treccani.it/enciclopedia/arbitrato-irrituale\\_%28Diritto-on-line%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/arbitrato-irrituale_%28Diritto-on-line%29/)>.

<sup>49</sup> Cfr. l'art. 808-ter c.p.c. L'arbitrato irrituale si è sviluppato per via di prassi sin dalla fine dell'800 nell'ambito delle controversie di natura commerciale, consentendo alle parti di non doversi assoggettare, non solo all'autorità giudiziaria, ma altresì alle rigidità e alla definitività della decisione dell'arbitrato che oggi definiamo rituale, già allora previsto e disciplinato dal Codice di procedura civile. Esso può, dunque, ben essere avvicinato alla mediazione, nella quale una parte terza propone una soluzione che, per quanto non dovrebbe avere natura giudicante, in concreto muove da un'analisi delle posizioni di torto e di ragione che potrebbero essere accertate in un successivo eventuale giudizio. Si veda, *supra*, al paragrafo 3 (rif. nota 39).

stero, ma neppure in Italia senza un ulteriore procedimento giudiziario o arbitrale rituale volto ad accertarne l'inadempimento.

A differenza dell'arbitrato rituale, inoltre, l'arbitrato irrituale ha valore alternativo e non sostitutivo del procedimento giudiziario.

A ciò si aggiunga che, ciononostante, il lodo contrattuale può essere annullato dall'autorità giudiziaria se la convenzione arbitrale è invalida, se gli arbitri hanno pronunciato *ultra petita*, se non sono state rispettate le condizioni di nomina degli arbitri o di validità del lodo stabilite nella convenzione, se è stato pronunciato da arbitri privi della capacità legale di agire o non è stato rispettato il diritto al contraddittorio.

I limiti dell'arbitrato irrituale, d'altronde, investono la generalità delle controversie e sono ben rappresentati dal fatto che il Codice di procedura civile lo abbia formalmente, quanto succintamente, disciplinato soltanto a partire dal 2006<sup>50</sup>.

Non si può negare in definitiva che, soprattutto con riguardo a controversie che richiedono accertamenti e valutazioni complessi, quali quelle in esame nel presente studio, le formalità dell'arbitrato rituale garantiscono maggiormente il contraddittorio tra le parti e l'implicazione puntuale degli arbitri nello svolgere detti accertamenti e valutazioni, grazie anche al possibile e perdurante intervento suppletivo dell'autorità giudiziaria nella procedura arbitrale<sup>51</sup>.

## 6. La scelta degli arbitri quale fattore di incentivazione della procedura arbitrale

Gli articoli dall'809 all'815 del Codice di procedura civile italiano sono dedicati alla nomina, requisiti, sostituzione, decadenza, responsabilità o ricusazione degli arbitri, nonché ai compensi dovuti loro.

Già da queste norme si nota come l'alternatività dell'arbitrato non escluda le interrelazioni con l'autorità giudiziaria, la quale può essere chiamata alla nomina o sostituzione degli arbitri, dalla convenzione arbitrale o a iniziativa della parte diligente che lamenti l'inattività dell'altra

<sup>50</sup> Si veda l'art. 20 del d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, recante «*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80*» («GURI», 15 febbraio 2006, n. 38, Supplemento Ordinario n. 40), che ha introdotto nel Codice di procedura civile l'art. 808-ter.

<sup>51</sup> Si veda, *infra*, al paragrafo che segue.

parte o del terzo che avrebbe dovuto procedervi a termini di codice o della convenzione stessa<sup>52</sup>.

Da tali norme emerge, però, nel contempo, l'importanza della facoltà riconosciuta alle parti di scegliere individualmente e/o congiuntamente le persone chiamate a decidere la loro controversia. È facile, infatti, comprendere come ciò favorisca la fiducia delle parti nell'organo chiamato a giudicarle e, conseguentemente, il ricorso all'arbitrato. Non solo. La scelta degli arbitri ricadrà verosimilmente su persone che le parti o il terzo da esse incaricato considerano dotate di particolari qualifiche e competenze in rapporto all'oggetto della lite<sup>53</sup>.

Va detto che, abitualmente, la particolare competenza cercata dalle parti è riferita alla conoscenza dell'assetto normativo, interno e/o internazionale, destinato a disciplinare la/le fattispecie di cui si discute, piuttosto che alle abilità *lato sensu* tecniche richieste per la valutazione degli elementi di fatto che la/le compongono.

Nel caso delle opere d'arte confiscate durante il regime nazista, sia che la vertenza abbia carattere meramente interno, sia che, come spesso accade, abbia carattere transnazionale, si evidenzia la necessità di tenere conto non solo delle norme civilistiche e processualcivilistiche dello Stato in cui si svolge l'arbitrato, ma altresì delle norme di diritto internazionale privato e pubblico<sup>54</sup> che possono "interferire" con l'accertamento

<sup>52</sup> Il Presidente del tribunale territorialmente competente può così essere chiamato a nominare gli arbitri, decidere della loro sostituzione, decadenza, responsabilità o ricasazione, liquidare le spese e gli onorari dovuti loro. Cfr. gli artt. 810 e sgg. c.p.c.

<sup>53</sup> Cfr. l'art. 815, comma 1, n. 1, c.p.c. Nel caso in cui le parti non abbiano optato per l'arbitro unico, il collegio arbitrale deve essere composto da un numero dispari di arbitri, sì da escludere la possibilità di un contrasto di posizioni che porti al *non liquet* (cfr. gli artt. 809 e 810 c.p.c.). Gli arbitri non solo devono essere, ma devono viepiù apparire assolutamente imparziali e privi di conflitti di interesse rispetto ai litiganti e all'oggetto della loro controversia (cfr. l'art. 815, comma 1, c.p.c.). Al fine di garantire l'imparzialità, le parti scelgono ciascuna un numero eguale di arbitri, mentre il presidente del collegio arbitrale viene nominato di comune accordo tra loro o dagli arbitri scelti ovvero ancora da un terzo o dal Presidente del tribunale competente (quello nel cui circondario è la sede dell'arbitrato o, se essa non è stata ancora determinata, quello del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato ovvero il Tribunale di Roma se la convenzione è stata conclusa all'estero; cfr. l'art. 810, commi 2 e 3, c.p.c.).

<sup>54</sup> Si veda M. FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, cit., p. 96 e sgg.; B. CORTESE, *Profili di diritto internazionale: Il quadro universale e gli specifici obblighi di restituzione derivanti dal Trattato di Pace con l'Italia*, in VNTNV, *Ed Essi Restituiranno, Studi sulla restituzione dei beni d'arte trafugati nella persecuzione antiebraica nazifascista*, cit., Parte I, cap. II; ID., *Washington Principles On Nazi Confiscated Art: Un prisma narrativo transnazionale, tra diritto internazionale e diritto*

dell'illecita sottrazione, della pregressa proprietà del bene, della qualità di erede di coloro che ne reclamano la restituzione, dell'obbligo o meno della persona fisica o giuridica che attualmente possiede/detiene il bene di restituirlo e/o di risarcire i danni conseguenti alla sottrazione.

Al fine di stabilire la natura di opera d'arte del bene asseritamente confiscato e la sua autenticità, dovrebbe invece intervenire un esperto nell'ambito delle creazioni pittoriche o scultoree di cui si tratta. Con riguardo al particolare contesto in cui si sono svolte le vicende di sottrazione del bene, potrebbe inoltre essere d'ausilio l'intervento di uno storico.

Il coinvolgimento dei tecnici nell'arbitrato avviene, come nel procedimento giudiziario, mediante lo svolgimento di una consulenza tecnica d'ufficio<sup>55</sup>. Come noto, nella menzionata consulenza i tecnici sono scelti dall'organo giudicante, di cui sono ausiliari, ferma restando comunque la diversa fondamentale premessa della facoltà data alle parti del procedimento arbitrale di scegliere, a loro volta, direttamente o indirettamente, i membri di tale organo.

Peraltro, anche nel procedimento di mediazione è previsto che nelle «*controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo [di mediazione, n.d.r.] può nominare uno o più mediatori ausiliari*» o, quando ciò non è possibile, «*il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali*». Anche in tal caso, però, il mediatore ovvero i mediatori sono scelti dall'organismo di mediazione cui la parte che l'ha avviata si è rivolta e non dalle parti stesse<sup>56</sup>.

Onde valutare le vicende sottese ai trasferimenti che hanno interessato il bene oggetto delle controversie di cui ci stiamo occupando, particolare rilievo può assumere anche il potere riconosciuto agli arbitri di chiedere alla pubblica amministrazione informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa<sup>57</sup>.

Non va, comunque, trascurato che le spoliazioni *de quibus*, come rimarcato anche dai *Washington Principles*<sup>58</sup>, non sono state necessariamente poste in essere da un organo pubblico, tramite un provvedimento di formale confisca, ma non di rado hanno avuto come protagonisti dei privati, a tanto determinati dal perseguimento del fine proprio del regime

*internazionale privato*, cit., par. 8.

<sup>55</sup> Cfr. l'art. 816-ter, comma 4, e l'art. 820, comma 4, lett. b), c.p.c.

<sup>56</sup> Cfr. l'art. 8, comma 1 e 4, d.lgs. n. 28/2010, cit.

<sup>57</sup> Cfr. l'art. 816-ter, comma 6, c.p.c.

<sup>58</sup> Si veda il Principio n. 4 dei *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*, cit., e B. CORTESE, *Washington Principles On Nazi Confiscated Art: Un prisma narrativo transnazionale, tra diritto internazionale e diritto internazionale privato*, cit., par. 7 e sgg.

nazista di epurare la società dagli ebrei, anche privandoli dei loro beni, o che, come già evidenziato, hanno approfittato di tale contesto per appropriarsi di beni di ingente valore economico e culturale<sup>59</sup>. Ed è chiaro che in queste ultime ipotesi le *expertise* salienti saranno quelle giuridiche, data la necessità di individuare i mezzi di prova utilizzabili nel procedimento alla luce del diritto interno o straniero applicabile, della loro esperibilità eventualmente anche in uno Stato diverso da quello della sede dell'arbitrato, nonché e conseguentemente della riconoscibilità ed eseguibilità internazionale del lodo fondato su tali prove.

### **7. Le ricadute della sede dell'arbitrato sul rilievo riconoscibile alle dichiarazioni a tutela delle vittime dell'Olocausto**

Dato il carattere territoriale del diritto processuale, la disciplina italiana si applica agli arbitrati, rituali e irrituali, che hanno sede in Italia. La determinazione della sede in Italia, tuttavia, non impedisce che, salvo contraria disposizione della convenzione di arbitrato, le udienze, gli atti istruttori, la deliberazione e firma del lodo possano avvenire in luoghi diversi, anche ubicati al di fuori dello Stato<sup>60</sup>.

L'arbitrato estero, denominato in passato altresì impropriamente internazionale<sup>61</sup>, è invece quello in cui la sede è posta formalmente in un Paese diverso, sottoponendolo così alle norme procedurali in vigore nello Stato della sede.

Con riguardo alle controversie aventi a oggetto la restituzione di opere d'arte confiscate dal regime nazista, per risolvere le quali sussisterebbe la competenza giudiziaria a termini del diritto processuale civile italiano<sup>62</sup> ovvero la competenza giurisdizionale italiana a termini del Regola-

<sup>59</sup> I differenti profili di responsabilità sono stati colti e indagati anche dal Rapporto generale finale redatto dalla cosiddetta Commissione Anselmi: si veda, *supra*, alla nota 3.

<sup>60</sup> Cfr. l'art. 816, comma 3, c.p.c.

<sup>61</sup> Ciò, recependo il linguaggio (altrettanto improprio) di alcune risalenti convenzioni internazionali, quali la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni arbitrali straniere (su cui si veda, *infra*, nel corpo del testo). L'arbitrato internazionale è, infatti, in senso proprio, quello che coinvolge uno o più soggetti di diritto internazionale, i quali controvertono sulla corretta applicazione ovvero il corretto adempimento di norme di diritto internazionale. Si veda T. BALLARINO, *Diritto Internazionale privato*, Cedam, Padova 1999, p. 131, e R. LUZZATTO, *Arbitrato commerciale internazionale*, «Digesto delle Discipline Privatistiche», IV, Sezione commerciale, I, 1987, pp. 192 e sgg.

<sup>62</sup> Cfr. gli artt. 18 e sgg. c.p.c.

mento UE n. 1215/2012 (cosiddetto Bruxelles I-bis)<sup>63</sup>, il ricorso all'arbitrato estero è possibile in presenza di un accordo di deroga alla giurisdizione che presenti i requisiti di cui all'art. 4 della legge n. 218/1995, ossia nel caso di specie la forma scritta *ad probationem*, posto che la lite verte indubbiamente su diritti disponibili<sup>64</sup>.

A ciò si aggiunga che la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, ratificata dall'Italia oltreché da un grandissimo numero di altri Stati<sup>65</sup>, obbliga i Paesi contraenti a riconoscere la convenzione scritta con la quale le parti si impegnano a sottoporre ad arbitrato tutte o talune controversie insorte o che potrebbero insorgere tra esse in merito a un determinato rapporto di diritto, contrattuale o non contrattuale, concernente una questione suscettibile di essere risolta mediante arbitrato<sup>66</sup>. La scelta di porre la sede dell'arbitrato in uno Stato in cui sia in vigore la Convenzione di New York dovrebbe, dunque, agevolare sia lo svolgimento della procedura di ADR, sia la circolazione internazionale della decisione che la concluderà.

<sup>63</sup> Ai sensi del citato Regolamento, la competenza giurisdizionale italiana sussiste, oltreché nel caso in cui la parte convenuta abbia il domicilio ovvero, se trattasi di società o altra persona giuridica, la sede statutaria o l'amministrazione centrale o il centro di attività principale in Italia, anche se si trova in Italia il bene culturale quando viene adita l'autorità giurisdizionale. Si vedano gli articoli 4, primo comma, 7, primo comma, n. 4, e 63 del Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, «Gazzetta ufficiale dell'Unione europea», 20.12.2012, L 351/7 e L 315/18.

<sup>64</sup> Cfr. l'art. 4, comma 2, legge 31 maggio 1995 n. 218, recante la «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato».

<sup>65</sup> La Convenzione è stata conclusa sotto gli auspici del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, che convocò all'uopo a New York, dal 20 maggio al 10 giugno 1958, una conferenza sull'arbitrato commerciale internazionale, e conta 169 contraenti alla data del 1° dicembre 2021. Si veda *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958*, «United Nations Treaty Collection», *Status of Treaties*, cap. XXII, Sezione *Commercial arbitration and mediation*, <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXII-1&chapter=22&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=_en)>. La medesima convenzione, come indica la sua rubrica, regolerà quindi, nella maggior parte dei casi, anche le fasi successive di riconoscimento ed esecuzione forzata del lodo arbitrale.

<sup>66</sup> Cfr. l'art. II della Convenzione di New York del 1958, cit. Va ricordato, però, anche l'art. I, par. 3, della medesima Convenzione che consente agli Stati contraenti di limitare la sua applicazione alle controversie di natura commerciale, natura che non hanno certamente quelle relative alla restituzione/risarcimento delle opere d'arte confiscate dal regime nazista. Circa un terzo degli Stati contraenti si è avvalso di tale possibilità, tra cui comunque non figura l'Italia.



Va ricordato, altresì, che con la legge 5 gennaio 1994 n. 25 era stata introdotta nel Codice di procedura civile la figura dell'arbitrato internazionale<sup>67</sup>. Con tale novella normativa, in buona sostanza, erano state dettate delle norme intenzionalprivatistiche per gli arbitrati che presentavano elementi di estraneità a causa della residenza o sede effettiva all'estero di almeno una delle parti e/o dell'esecuzione all'estero di una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto controverso, fatte salve in ogni caso le norme stabilite da convenzioni internazionali<sup>68</sup>. Sopravanzate, nel 1995, dalla legge n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, nel 2006<sup>69</sup> le norme dedicate all'arbitrato internazionale sono state abrogate e sostituite con un unico articolo riferito agli arbitrati cosiddetti amministrati<sup>70</sup>, ossia retti da regolamenti precostituiti creati e amministrati appunto da enti a ciò dedicati<sup>71</sup>, quali le Camere arbitrali istituite dalle Camere di commercio italiane, la cui sede può essere posta tanto in Italia, quanto all'estero<sup>72</sup>.

Il ricorso a un arbitrato amministrato che consenta alle parti di scegliere, con o senza esclusione delle norme di diritto internazionale privato, la legge applicabile alla loro controversia<sup>73</sup> demanderà, in definitiva, al soggetto che lamenta la spoliazione l'onere di individuare un ordinamento che dia il massimo rilievo ai *Washington Principles* e alle dichiarazioni che ne sono seguite<sup>74</sup>.

Ferma restando la necessità di raccogliere il consenso dell'altra parte sulla legge applicabile, la sede dell'arbitrato anche amministrato condizionerà, comunque, come detto, la riconoscibilità ed eseguibilità internazionale del lodo, nonché le possibili ragioni di impugnazione. La pre-

<sup>67</sup> Cfr. gli articoli 832-838 c.p.c. così come formulati anteriormente all'ulteriore riforma apportata al Codice di procedura civile italiano dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, sul quale si veda, *infra*, nel corpo del testo.

<sup>68</sup> Si veda G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Cedam, Padova 1995, in particolare il commento agli articoli 24 e sgg. della legge a cura di R. Luzzatto, M. Frigo, L. Fumagalli.

<sup>69</sup> Cfr. il d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, «Leggi d'Italia Legale», banca dati elettronica.

<sup>70</sup> Cfr. l'art. 832 c.p.c.

<sup>71</sup> Si veda E.C. RAFFIOTTA, A. GIANNELLI, P. PROVENZANO, *Gli arbitrati amministrati*, in *L'arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi, A. Graziosi, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2020, pp. 688 e sgg.

<sup>72</sup> Si veda, in tal senso, l'art. 4, comma 1, del Regolamento arbitrale della Camera Arbitrale di Milano.

<sup>73</sup> Cfr. l'art. 3 del Regolamento arbitrale della Camera Arbitrale di Milano.

<sup>74</sup> Si veda, *supra*, al par. 2.

cisazione della sede formale dell'arbitrato ha infatti prima di tutto valore legale, determinando la nazionalità della procedura e del lodo<sup>75</sup>.

Stante, come già ricordato, il carattere territoriale del diritto processuale, tale sede comporterà l'applicabilità di un regime più o meno aperto al meccanismo arbitrale, più o meno agevole per lo svolgimento dell'istruttoria e più o meno rigido nella possibile successiva valutazione della validità del lodo e della sua impugnabilità.

A quest'ultimo riguardo potrà venire in rilievo, come accade in Italia, il limite dell'ordine pubblico<sup>76</sup>, all'interno del quale, a seconda dell'interpretazione che di tale principio si dà nell'ordinamento della sede dell'arbitrato, potranno essere ricompresi o meno i valori espressi nei *Washington Principles*, persino a prescindere dal fatto che lo Stato *de quo* li abbia sottoscritti.

## **8. I “confini” dell'alternatività dell'arbitrato rituale italiano rispetto al giudizio ordinario e i loro effetti riflessi sulle controversie aventi a oggetto i beni spoliati agli ebrei durante il regime nazista**

Riguardo all'arbitrato italiano rituale, emerge *prima facie* come la riforma del 2006 lo abbia ampiamente avvicinato al procedimento giudiziario, non solo attraverso le interrelazioni con l'autorità giudiziaria di cui si è detto, ma anche con l'ampio novero di norme dettate per disciplinare la procedura, la delibera del lodo e la sua eventuale impugnazione.

Se la formalizzazione del procedimento può aver indebolito l'alternatività dell'arbitrato rispetto al processo ordinario, essa ha comunque introdotto tra le altre una norma, l'art. 816-quinquies del Codice di procedura civile italiano, che riteniamo di indubbio interesse per le controversie aventi a oggetto la confisca di opere d'arte da parte del regime nazista. Tale norma, infatti, oltre a prevedere l'intervento volontario autonomo e la chiamata di terzo subordinati al consenso delle parti, degli arbitri e del terzo coinvolto, garantisce l'intervento del litisconsorte necessario e quello adesivo dipendente a prescindere dal consenso di chicchessia.

Com'è intuibile, il litisconsorzio necessario assume particolare rilievo nelle controversie *de quibus*, considerato che verosimilmente la titola-

<sup>75</sup> Si veda E. FAZZALARI, *Arbitrato nel diritto processuale civile*, «Digesto», Wolters Kluwer, Milano 2000, par. 6.

<sup>76</sup> Cfr. l'art. 829, comma 3, c.p.c.

rità del bene conteso sarebbe da attribuire oggi agli eredi del proprietario spoliato. Nel contempo, laddove non si potesse riconoscere l'obbligo dell'attuale proprietario di restituire il bene, avendolo acquistato a esito di una sequenza di passaggi di proprietà a titolo oneroso e in buona fede, potrebbe comunque riconoscersi un obbligo risarcitorio in capo a uno o più dei pregressi danti causa.

Quanto all'intervento adesivo dipendente, volto a sostenere le ragioni di una delle parti in causa da chi, pur senza reclamare un proprio diritto, vi abbia ciononostante interesse, esso potrebbe portare al coinvolgimento, per esempio, di associazioni di tutela delle vittime della persecuzione degli ebrei ovvero di istituzioni museali o *lato sensu* culturali.

Non va poi trascurato che nell'arbitrato interno, così come in quello internazionale vale la regola fondamentale della *competence competence*, ossia il principio per cui gli arbitri sono i soli giudici della loro competenza qualora sorgano contestazioni in merito alla validità, contenuto o ampiezza della convenzione di arbitrato, ovvero ancora alla regolare costituzione dell'organo giudicante<sup>77</sup>. Ciò che rende, certamente, l'arbitrato utilmente alternativo rispetto al procedimento giudiziario, dal momento che analoghe contestazioni in quest'ultimo potrebbero aprire le porte a un ulteriore procedimento di regolamento di giurisdizione o di competenza, con effetti sospensivi sul giudizio in corso<sup>78</sup>.

Un importante limite all'alternatività, anche nel senso della celerità, economicità e riservatezza, dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario, è determinato invece dall'incapacità degli arbitri, rituali o irrituali che siano, di disporre sequestri o altri provvedimenti cautelari<sup>79</sup>. La rilevanza

<sup>77</sup> Cfr. l'art. 817 c.p.c. Il principio si riflette anche sul disposto dell'art. 819-ter c.p.c., nella parte in cui dispone che «[l]a competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice» ed altresì che «[i]n pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato».

<sup>78</sup> Cfr. gli artt. 41 e sgg. c.p.c.

<sup>79</sup> L'incapacità degli arbitri deriva dalla coercitività dei provvedimenti cautelari – la quale, così come avviene per il lodo, richiede la delibazione dell'autorità giudiziaria – connessa alla loro natura d'urgenza. Tale natura sarebbe invero contraddetta da un duplice passaggio, prima arbitrale, per la loro disposizione, e poi giudiziario, per attribuire ad essi forza esecutiva. Cfr. gli articoli 818 e 825 c.p.c. La riforma apportata alle disposizioni codicistiche sull'arbitrato dal d.lgs. n. 40/2006 ha introdotto nell'art. 818 c.p.c., quale possibile eccezione al divieto, la locuzione «salvo diversa disposizione di legge». Tale eccezione, come rimarcato da altri Autori, non pare avere allo stato rilievo se non con riferimento al potere degli arbitri di sospendere le delibere assembleari nell'arbitrato societario quando il giudizio di merito abbia ad oggetto la loro impugnazione. Si veda M.F. GHIRGA, *com-*

dei citati provvedimenti è di indubbio rilievo conservativo, ma altresì probatorio, inter alia proprio nelle controversie di cui ci stiamo occupando, dato che uno spostamento dell'opera, prima o durante l'arbitrato, in un Paese che non riconosca la tutela sancita, anche solo in via raccomandatoria, dai *Washington Principles*, potrebbe pregiudicare l'effettività del lodo e persino la sua stessa deliberazione, impedendo di fatto lo svolgimento dei necessari prodromici atti istruttori<sup>80</sup>.

Non sorgono, per contro, dubbi circa il potere degli arbitri di stabilire la qualità di eredi di coloro che rivendicano a tale titolo la restituzione ovvero il risarcimento derivante dall'illecita sottrazione. In assenza di una pregressa sentenza definitiva sul punto, trattandosi di diritti indisponibili non assoggettabili ad autonomo arbitrato, l'accertamento di simili questioni pregiudiziali non potrà che avvenire in via incidentale<sup>81</sup>.

Gli arbitri possono certamente, *rectius* devono, altresì stabilire in via incidentale<sup>82</sup> la natura illecita della "confisca" dell'opera d'arte durante il regime nazista, quale premessa delle pretese della parte che dichiara di essere stata lesa nei propri diritti. E ciò tanto sotto il profilo del diritto civile, quanto sotto il profilo del diritto internazionale e persino di quello penale<sup>83</sup>.

*mento all'art. 818 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Cedam, Padova 2010, pp. 310-316, p. 316.

<sup>80</sup> Per la verità in Italia, a fronte di una giustizia come si è detto protettiva degli interessi dell'ente pubblico (si veda, *supra*, alla nota 47), proprio lo spostamento all'estero dell'opera contesa, nella specie negli Stati Uniti d'America, ne ha permesso il sequestro e la restituzione agli eredi del proprietario spoliato, che prima non erano riusciti a ottenere invocando, sia pure in via extragiudiziale, proprio i *Washington Principles*. Si veda M. FRIGO, *Il quadro giuridico internazionale in tema di restituzione dei beni culturali spogliati alle famiglie ebraiche: quale spazio per i meccanismi alternativi di soluzione delle controversie?*, cit., Parte II, cap. II, par. 6. L'importanza di poter intervenire tempestivamente e coercitivamente in sede di ADR è ribadita espressamente anche nella disciplina della negoziazione assistita e della mediazione laddove, con disposizioni pressoché identiche, si stabilisce che, nei casi in cui la procedura è condizione di procedibilità del processo, per volontà di legge o del giudice, essa non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale. Cfr. l'art. 3, comma 4, d.l. n.132/2014, cit. *supra* alla nota 36, e l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 28/2010, cit. *supra* alla nota 37.

<sup>81</sup> Cfr. l'art. 819 c.p.c.

<sup>82</sup> Cfr. l'art. 819, comma 2, c.p.c.

<sup>83</sup> Il potere arbitrale di valutare solo in via incidentale il rilievo penale della condotta all'origine delle pretese restitutorie e/o risarcitorie, tuttavia, viene meno nel caso in cui l'azione in sede civile sia stata proposta nei confronti dell'imputato dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo che sia stata pronunciata la sentenza penale di primo grado. In tali casi, infatti, salve talune eccezioni di legge, l'arbitrato è sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale definitiva. Cfr. l'art. 819-bis, comma 1, n. 1, c.p.c. Dato il

Peraltro, è da ritenere che l'accertamento dell'illecito civile rientri tra quelle materie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato e possa essere, pertanto, deciso dagli arbitri anche con efficacia di giudicato se previsto dalla convenzione stessa o su richiesta di tutte le parti del procedimento<sup>84</sup>.

## 9. Le conseguenze della scelta dell'arbitrato interno o estero ai fini del conseguimento della restitutio in integrum o per equivalente del bene spoliato

Per espressa previsione dell'art. 824-bis del Codice di procedura civile italiano, l'efficacia dichiarativa del lodo emesso a esito dell'arbitrato rituale corrisponde a quella di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria ordinaria. Per contro, la forza esecutiva della decisione arbitrale in Italia è subordinata a una procedura di controllo, sia pure meramente formale, della sua regolarità e di quella della convenzione arbitrale da parte del tribunale nel cui circondario si trovava la sede dell'arbitrato, che

lungo lasso di tempo trascorso dal regime nazista, la sussistenza di reati ad oggi punibili nelle controversie di cui si discute sembra, peraltro, difficile da ipotizzare. Affinché ciò sia possibile, infatti, negli atti di "confisca" delle opere d'arte, per quanto interpretati estensivamente secondo l'insegnamento dei *Washington Principles* (si veda, *supra*, alla nota 1), dovrebbero potersi rinvenire fattispecie di reati imprescrittibili, ossia fattispecie per cui il diritto penale italiano prevede, anche solo astrattamente o come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti, la pena dell'ergastolo (cfr. art. 157 c.p.). Il diritto internazionale, dal canto suo, dispone l'imprescrittibilità dei *crimina iuris gentium*, ossia dei crimini di guerra, contro la pace e l'umanità, del genocidio e dell'aggressione. Nella sottrazione di opere d'arte agli ebrei, che esula dal saccheggio di una comunità statale occupata, ma implica atti compiuti su vasta scala in ragione di un disegno persecutorio di una popolazione appartenente ad una determinata "etnia", si potrebbero ravvisare delle responsabilità, tanto statali, quanto individuali, per crimini contro l'umanità. Tuttavia, come già osservato, non si può escludere che taluni atti di spoliazione siano stati occasionati, ma non sorretti, dal progetto politico nazista, restando iniziative assolutamente individuali, non sussumibili dunque nella categoria dei crimini internazionali, ma ciononostante valutabili ai fini delle pretese restitutorie e risarcitorie secondo i *Washington Principles* (si pensi alla sottrazione di un'opera compiuta da un privato che aveva approfittato dell'assenza dei proprietari fuggiti o deportati).

<sup>84</sup> Così, per esempio, ai fini dell'accertamento a titolo principale e non incidentale della simulazione del contratto di cessione del bene (art. 1414 e sgg. c.c.) o della nullità dello stesso per illiceità della causa (art. 1343 c.c.) ovvero ancora dell'assenza di usucapione dell'opera d'arte (articoli 1161 e 1163 c.c.). Per le ipotesi di sospensione dell'arbitrato nei casi di questioni pregiudiziali che debbano essere decise dall'autorità giudiziaria, di questioni di legittimità costituzionale ovvero ancora di riconoscimento in via incidentale di una sentenza impugnata, si veda l'art. 819-bis c.p.c.

la parte interessata dovrà promuovere. Contro il decreto del tribunale che nega o concede l'esecutorietà del lodo è comunque ammesso reclamo alla corte d'appello, la quale provvederà dopo avere sentito le parti<sup>85</sup>.

Da tali disposizioni normative ci pare emerga un accostamento della decisione arbitrale, non tanto a una sentenza interna, rispetto alla quale dovrebbe porsi in alternativa, quanto piuttosto a una decisione straniera. Viene, invero, sancito il principio del riconoscimento automatico per la sola statuizione in diritto, mentre per procedere all'esecuzione è previsto un procedimento che si articola in una prima fase *inaudita altera parte* e in una seconda, eventuale, in contraddittorio tra le parti. Per quanto quest'ultima venga decisa dalla corte d'appello con ordinanza pronunciata in camera di consiglio, il procedimento richiama alla mente l'*iter* stabilito per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere dagli artt. 33 e seguenti del Regolamento CE n. 44 del 2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale<sup>86</sup>.

E ancora, se è vero che l'ampio novero dei requisiti formali disposti per il lodo<sup>87</sup> e le possibilità di impugnazione per nullità, revocazione e opposizione di terzo<sup>88</sup>, ma persino l'istanza di correzione<sup>89</sup>, avvicinano la decisione arbitrale alla sentenza<sup>90</sup>, nei motivi di nullità si rinvengono, nuovamente, delle significative sovrapposizioni con i motivi che ostano al riconoscimento delle decisioni straniere ai sensi del citato Regolamento, nonché del Regolamento UE n. 1215/2012 che lo ha sostituito<sup>91</sup> e dell'art. 64 della legge n. 218/1995 relativo al riconoscimento delle decisioni straniere che non ricadono nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria<sup>92</sup>.

Più precisamente, il lodo è impugnabile per nullità, inter alia, quando nel procedimento arbitrale non è stato rispettato il principio del contraddittorio, quando è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile

<sup>85</sup> Cfr. l'art. 825 c.p.c.

<sup>86</sup> Cfr. gli articoli 33 e sgg. del *Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, «Gazzetta ufficiale delle Comunità europee», 16.1.2001, L 12/1, L 12/10 e sgg.

<sup>87</sup> Cfr. l'art. 823 c.p.c.

<sup>88</sup> Cfr. gli articoli 827 e sgg. c.p.c.

<sup>89</sup> Cfr. l'art. 826 c.p.c.

<sup>90</sup> In tale avvicinamento, la disciplina codicistica italiana ha introdotto delle rigidità procedurali che mal si conciliano con un meccanismo ADR. Cfr. gli artt. 826 e sgg. c.p.c.

<sup>91</sup> Cfr. l'art. 45 del Regolamento n. 1215/2012, cit.

<sup>92</sup> Cfr. l'art. 64 della legge n. 218/1995, cit.

o sentenza passata in giudicato tra le parti<sup>93</sup>, ovvero ancora, come già ricordato<sup>94</sup>, per contrarietà all'ordine pubblico<sup>95</sup>. Se si tratti di contrarietà all'ordine pubblico interno o a quello internazionale dipenderà dal carattere meramente interno o transnazionale della controversia oggetto di arbitrato<sup>96</sup>.

Quanto al riconoscimento e all'esecuzione dei lodi stranieri, gli articoli 839 e 840 del Codice di procedura civile italiano che ne trattano, dispongono in maniera conforme al dettato della pertinente Convenzione di New York del 1958<sup>97</sup>, prevedendo una fase di controllo formale *inau-*

<sup>93</sup> In tal caso, tuttavia, a differenza di quanto previsto per il riconoscimento delle decisioni straniere, la contrarietà rileverà solo se il lodo o la sentenza precedenti sono stati prodotti nel procedimento arbitrale. Cfr. l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. e, *supra*, alle note 86, 91 e 92.

<sup>94</sup> Si veda, *supra*, al par. 7 *in fine*.

<sup>95</sup> Cfr. l'art. 829, comma 1, nn. 8 e 9, e comma 3, *in fine*, c.p.c.

<sup>96</sup> A parere di chi scrive è ancora valida e attuale la distinzione tra ordine pubblico interno come limite all'autonomia negoziale, applicabile alle fattispecie che presentano elementi di contatto con il solo ordinamento dal cui punto di vista ci si pone, e ordine pubblico internazionale come limite attenuato all'ingresso nell'ordinamento di norme e sentenze straniere per la disciplina di fattispecie che presentano elementi di estraneità e significativo contatto con altri ordinamenti. Si veda T. BALLARINO, *cit.*, pp. 302 e sgg., e B. BAREL, S. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2021, pp. 68 e sgg. In senso parzialmente difforme, si veda F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*, I, Utet giuridica, Torino 2020, pp. 289-290. Si veda anche G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2019, *passim*.

<sup>97</sup> Il Capo VII "Dei lodi stranieri" è stato invero aggiunto al Titolo VIII del Libro quarto del Codice di procedura civile dall'art. 24, n. 1, della legge del 5 gennaio 1994 n. 25, *cit.*, in attuazione dell'art. III della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, *cit.*, a mente del quale «[c]iascuno Stato contraente riconoscerà l'autorità d'una sentenza e ne accorderà l'esecuzione, conformemente alle norme di procedura osservate nel territorio». Dato che l'Italia ha ratificato la Convenzione con efficacia *erga omnes*, ossia senza avvalersi della possibilità di limitarne l'applicazione *inter partes*, gli articoli 839 e 840 c.p.c. hanno valore soltanto sotto il profilo procedurale, fermo restando che in caso di contrasto sotto il profilo delle condizioni per il riconoscimento e l'esecuzione la Convenzione prevale, sia in virtù della gerarchia delle fonti internazionali e interne, sia per espressa previsione dell'ultimo comma dell'art. 840 c.p.c. Quest'ultimo contiene peraltro una clausola di salvaguardia nei confronti di tutte le convenzioni internazionali. In omaggio all'art. VII della Convenzione di New York del 1958, *cit.*, la clausola di salvaguardia dovrebbe essere, comunque, interpretata nel senso di far prevalere le norme delle convenzioni internazionali, multilaterali o bilaterali, concluse tra Stati contraenti o con Stati terzi, che favoriscano il riconoscimento e l'esecuzione del lodo invocato. Ai sensi del medesimo articolo della Convenzione, il *favor validitatis* del lodo potrebbe trovare espressione anche nelle norme interne dello Stato in cui si chiede

*dita altera parte*, da instaurare con ricorso al presidente della corte d'appello nella cui circoscrizione risiede l'altra parte o della corte d'appello di Roma se tale parte non risiede in Italia<sup>98</sup>, e una successiva eventuale fase di opposizione al decreto che accorda o nega l'efficacia del lodo straniero, da promuovere avanti la medesima corte in contraddittorio tra le parti<sup>99</sup>.

La riproduzione del dettato normativo internazionale, peraltro, fa sì che si riducano i possibili motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione del lodo straniero, rispetto a quelli previsti per il lodo interno, anche avente a oggetto fattispecie transnazionali.

In particolare, se vengono confermati i requisiti della non contrarietà all'ordine pubblico e del rispetto del contraddittorio, non viene fatta alcuna menzione del possibile contrasto tra il lodo straniero e precedenti lodi o sentenze che siano stati pronunciati o producano effetti in Italia. Come correttamente osservato, tuttavia, tale contrasto assume rilievo nell'ambito della valutazione della contrarietà del lodo straniero all'ordine pubblico e più in particolare all'ordine pubblico processuale, nella misura in cui produce un'intollerabile disarmonia internazionale delle decisioni<sup>100</sup>.

## **10. La *just and fair solution* cercata dai *Washington Principles* nell'arbitrato e negli altri meccanismi di ADR previsti dall'ordinamento giuridico italiano**

L'art. 822 del Codice di procedura civile italiano impone agli arbitri di decidere la controversia secondo diritto, salvo che le parti abbiano stabilito che pronuncino secondo equità.

Una corrispondente disposizione non si rinviene, com'è logico che sia, nella normativa che regola la negoziazione assistita e la mediazione<sup>101</sup>, trattandosi di meccanismi di ADR volti a trovare una soluzione della controversia di tipo contrattuale, in via transattiva<sup>102</sup>.

che venga riconosciuto e/o eseguito, laddove esse siano più favorevoli di quelle internazionali. Si veda C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Cedam, Padova 2012, pp. 573 e sgg.; G. GAJA, *La nuova procedura per riconoscere le sentenze arbitrali straniere e la Convenzione di New York*, «Rivista di Diritto Internazionale», 1994, pp. 740 e sgg.

<sup>98</sup> Cfr. l'art. 839 c.p.c.

<sup>99</sup> Cfr. l'art. 840 c.p.c.

<sup>100</sup> Cfr. R. MURONI, *Commento artt. 839-840 c.p.c. Riconoscimento di lodi stranieri*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo, Wolters Kluwer, Milano 2013, pp. 1943 e sgg.

<sup>101</sup> Si veda, *supra*, alle note 36 e 37.

<sup>102</sup> L'art. 2 del d.l. n. 132/2014, cit., relativo alla «Convenzione di negoziazione assistita da



Ontologicamente e per espresso dettato di legge<sup>103</sup>, la transazione implica che le parti in lite addivengano al componimento bonario della vertenza «*facendosi reciproche concessioni*».

Già il menzionato requisito essenziale della transazione riteniamo contrasti con la posizione di preminente tutela che i *Washington Principles* e le dichiarazioni successive<sup>104</sup> vorrebbero accordare alle persone vittime di spolio. In base a tali principi, la preminenza dovrebbe essere realizzata anche a scapito dell'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche, perseguita da norme interne quali quelle che dispongono l'usucazione dei beni<sup>105</sup> o la decadenza dall'esercizio di un diritto<sup>106</sup>.

Peraltro, il ricorso alla procedura di mediazione diverrebbe imprescindibile, qualora la parte spoliata intendesse rivendicare la proprietà del bene in giudizio e non in sede arbitrale. L'azione di rivendicazione implicherebbe invero la contestazione all'attuale possessore o detentore dell'inesistenza del suo titolo a pretendere, dato il carattere violento e/o comunque in mala fede dello spossessamento avvenuto durante il regime nazista<sup>107</sup>. Affinché la rivendicazione possa avere *locus standi* sarebbe inoltre necessario che la mala fede sia permasta anche nei successivi trasferimenti e che il termine ventennale di usucapione non si sia compiuto dopo che la parte rivendicante abbia potuto avere conoscenza dell'esistenza e situazione del bene di cui ella o il suo *de cuius* erano stati spoliati<sup>108</sup>.

*uno o più avvocati*», sottolinea il dovere delle parti di «*cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia*».

<sup>103</sup> Cfr. l'art. 1965 c.c.

<sup>104</sup> Si veda, *supra*, alla nota 1 e al par. 2.

<sup>105</sup> Cfr. gli articoli 1158 e sgg. c.c.

<sup>106</sup> Cfr. gli articoli 2964 e sgg. c.c.

<sup>107</sup> L'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, cit., annovera infatti anche le azioni relative a controversie in materia di diritti reali tra quelle soggette alla condizione di procedibilità del previo esperimento del procedimento di mediazione. Ciononostante, va pur ricordato che, al fine di non avallare tecniche dilatorie e non compromettere il diritto costituzionalmente sancito di agire in giudizio per tutelare i propri diritti e interessi legittimi, il legislatore ha di fatto ridotto la condizione di procedibilità a una mera formalità. L'art. 5, comma 2-bis, del citato decreto dispone invero che «*la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*» e, dunque, quando la parte convocata in mediazione si presenta esprimendo la sua contrarietà a un componimento in via amichevole o non si presenta. Se, viceversa, la parte convocata si presenta e il procedimento è avviato, l'azione giudiziaria non potrà essere promossa prima che siano trascorsi tre mesi dall'inizio della mediazione. Si veda, *supra*, alla nota 37.

<sup>108</sup> Si veda, *supra*, alla nota 47.

E purtuttavia, benché le procedure di negoziazione assistita e di mediazione si fondino, nei termini anzidetti, su di una composizione amichevole e non secondo diritto della controversia, per entrambe la validità dell'accordo è subordinata ex lege alla sua conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico<sup>109</sup>.

Si ricorda, altresì, che l'ordine pubblico costituisce uno dei motivi di impugnazione per nullità del lodo conclusivo del procedimento arbitrale<sup>110</sup>.

Secondo una parte della dottrina<sup>111</sup> sarebbe proprio l'ordine pubblico, inteso in un'accezione ampia, che include non solo i principi fondanti dell'ordinamento dal cui punto di vista ci si pone, desunti per via di astrazione dall'insieme delle norme giuridiche vigenti in quell'ordinamento<sup>112</sup>, ma altresì i principi politici ai quali quell'ordinamento si ispira, a permettere di dare rilievo, sia in sede di ADR, che in sede giudiziaria, ai *Washington Principles* e a quelli espressi nelle dichiarazioni che vi hanno fatto seguito<sup>113</sup>.

L'applicazione dei suddetti principi sarebbe poi ulteriormente agevolata da quell'orientamento dottrinale per cui, alla luce della sempre più consistente introduzione nell'ordinamento di obblighi e divieti direttamente o indirettamente qualificati di interesse generale, il concetto di ordine pubblico dovrebbe essere esteso a quegli interessi particolari, di un soggetto o di una categoria di soggetti, per la difesa dei quali tali obblighi e divieti sarebbero stati concepiti<sup>114</sup>.

In base alla concezione tradizionale e più diffusa anche in giurisprudenza, però, l'ordine pubblico consiste ancora oggi nei principi fonda-

<sup>109</sup> Cfr. l'art. 5, comma 2, d.l. n. 132/2014, cit., e l'art. 14, comma 2, lettera c), d.lgs. n. 28/2010, cit.

<sup>110</sup> Si veda, *supra*, al par. 9.

<sup>111</sup> Si veda B. CORTESE, *Washington Principles On Nazi Confiscated Art: Un prisma narrativo transnazionale, tra diritto internazionale e diritto internazionale privato*, cit., par. 20, e ID. *Casi di studio: Rileggendo alcuni indirizzi giurisprudenziali di diritto federale USA, diritto francese e diritto italiano attraverso i prismi del diritto internazionale e transnazionale*, cit., par. 5.

<sup>112</sup> A seconda che si debba fare ricorso all'ordine pubblico interno o internazionale tali principi saranno desunti solo dalle norme interne all'ordinamento o anche da quelle internazionali accolte in quell'ordinamento mediante i sistemi di adattamento ai trattati o al diritto internazionale generale. Si veda, *supra*, alla nota 96.

<sup>113</sup> Si veda, *supra*, alla nota 1 e al par. 2.

<sup>114</sup> Si veda M. ROBLES, *L'ordine pubblico "economico" tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti*, «Giustizia Civile», 2016, IV, pp. 797 e sgg.; G. PANZA, *Ordine pubblico, I, Teoria generale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXII, a cura dell'Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1990, pp. 3 e sgg.

mentali informatori dell'ordinamento giuridico, che si ricavano appunto, come detto, per astrazione dalle norme vigenti<sup>115</sup>.

Conseguentemente, sia il lodo, che l'accordo transattivo, laddove facessero esplicito riferimento all'applicazione di principi che per primi hanno avuto cura di sottolineare il loro carattere non vincolante, indicando agli Stati delle soluzioni normative da adottare nel rispetto comunque delle caratteristiche proprie di ciascun sistema giuridico<sup>116</sup>, si esporrebbero al rischio di una valutazione di contrarietà all'ordine pubblico. Ciò, in particolar modo, nei casi in cui la decisione o l'accordo consistessero, in buona sostanza, nella disapplicazione di quelle norme volte a tutelare la stabilità delle situazioni giuridiche che, dato l'interesse generale a esse sotteso, potrebbero considerarsi rientrare proprio in quell'accezione ampia di ordine pubblico favorevole all'applicazione dei principi *de quibus*

<sup>117</sup>.

Una simile valutazione negativa potrebbe, invece, essere evitata a fronte di sentenze o lodi resi secondo equità, così come di accordi transattivi che giustifichino la legittima applicazione dei principi di cui si tratta in ragione dell'equo componimento della controversia così raggiunto.

L'equità, come noto, consiste nella giustizia del caso particolare, nel comune sentimento del giusto e dell'ingiusto, che ha trovato riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico, come in molti altri, e nell'ordinamento giuridico internazionale<sup>118</sup>.

Nei sistemi di *civil law* e nel diritto internazionale, tuttavia, il ricorso all'equità per colmare le possibili lacune dell'ordinamento, e non semplicemente come strumento per una sua giusta interpretazione, è possibile solo qualora le parti abbiano attribuito al giudice o all'arbitro il potere di decidere in base ad essa<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> In dottrina si veda, *ex multis*, A. GUARNERI, *Ordine pubblico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, XIII, quarta edizione, Utet, Torino 1995, pp. 154 e sgg.; in giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cassazione civile, Sezione III, sentenza del 8 giugno 1993 n. 6381, Grimaldi c. Galdieri, «Nuova Giurisprudenza Civile», 1994, I, pp. 339 e sgg. con nota di Bernardini.

<sup>116</sup> Si veda, *supra*, alla nota 1 e al par. 2.

<sup>117</sup> Si veda, *supra*, alle note 111 e 114.

<sup>118</sup> Si veda B. CONFORTI, M. IOVANE, *cit.*, p. 59.

<sup>119</sup> Come osservato dalla dottrina, infatti, quando le parti chiedono al giudice o agli arbitri di decidere la controversia secondo equità, mirano a escludere l'applicazione del diritto positivo, consentendo all'organo giudicante di creare una disciplina più rispondente alle caratteristiche del caso concreto e a una soluzione della controversia reciprocamente accettabile. Si veda G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Cedam, Padova 2001 («Studi nelle scienze giuridiche e sociali. Pubblicazioni dell'Università di

E non vi è dubbio che le lacune sussistano anche in presenza di raccomandazioni, come quelle oggetto del presente studio, prive di valore giuridico vincolante.

Ci pare altrettanto indubbio che rispondente a equità e non contrario all'ordine pubblico potrebbe considerarsi l'accordo transattivo in cui l'attuale possessore del bene volontariamente rinunci, in tutto o in parte, ai diritti che la legge gli assicurerebbe in ragione della sua buona fede e/o del tempo trascorso, ritenendo meritevoli di particolare tutela gli interessi della parte ingiustamente spoliata durante il regime nazista.

D'altronde, non ci si può nascondere che una simile spontanea rinuncia appare più un'ipotesi che una reale prospettiva, soprattutto a fronte di beni di ingente valore economico o di rilevante interesse culturale<sup>120</sup>.

Le stesse ragioni potrebbero ostacolare il consenso delle parti a una pronuncia secondo equità, dati i maggiori profili di incertezza che l'accompagnano, per quanto, come rimarcato da vari studiosi, il raggiungimento di tale consenso sia certamente più agevole in sede arbitrale, che in sede giudiziaria<sup>121</sup>, vista la facoltà delle parti di scegliere, oltre alle modalità di decisione (secondo diritto o secondo equità), anche le persone cui è demandato il compito di giudicare<sup>122</sup>.

L'invocazione della *just and fair solution* contenuta nei *Washington Principles* e nelle successive raccomandazioni internazionali tradisce, in definitiva, al pari della propensione per i meccanismi di ADR, la radice anglosassone di tali principi<sup>123</sup> ove ordinamenti di *common law*, e dunque di *case law*, consentono all'equità di giocare un ruolo determinante e *praeter legem* a prescindere dal consenso delle parti in lite.

Pavia»), p. 18.

<sup>120</sup> Si ricorda che l'interesse culturale e perciò pubblico sotteso all'opera reclamata ha costituito in più occasioni l'argomento opposto dagli enti pubblici alle richieste di restituzione. Si vedano le sentenze citate, *supra*, alle note 5 e 47.

<sup>121</sup> Con riferimento al giudizio secondo equità nel processo ordinario *ex art. 114 c.p.c.*, la giurisprudenza ha osservato che: «il giudice, dopo aver accertato i fatti materiali dedotti nel processo in conformità delle norme processuali [...], deve valutare ulteriormente la fattispecie, con tutti i suoi elementi anche di contorno acquisiti nel processo, onde verificare se gli effetti giuridici che ne deriverebbero secondo stretto diritto non contrastino con il valore, anch'esso normativo, dell'equità». Questa interpretazione consentirebbe, dunque, al giudice di far prevalere l'interesse preminente della parte spoliata, rispetto all'interesse generale alla stabilità delle situazioni giuridiche, lasciando però l'incertezza riguardo al sentire di un giudice imposto dal sistema statale. Si veda Pretura Bologna, sentenza del 22 agosto 1987, Montanari c. Associaz. Federtrasporti, «Foro Italiano», 1988, I, pp. 975 e sgg. con nota di Varano.

<sup>122</sup> Si veda G. FINOCCHIARO, cit., p. 23.

<sup>123</sup> Si veda, *supra*, alla nota 1.

## 11. Conclusioni

A esito del presente studio ci pare dunque di poter affermare che l'arbitrato, così come gli altri meccanismi di soluzione alternativa delle controversie, per come sono disciplinati oggi in Italia, non consentano di dare rilievo ai *Washington Principles* o ad altri analoghi principi e di perseguire *just and fair solutions* in misura significativamente più rilevante di quanto potrebbe accadere in sede giudiziaria.

Anche in una prospettiva di analisi comparata, peraltro, tali sollecitazioni non paiono avere trovato largo riscontro, come comprovano l'esiguo ricorso a detti meccanismi, nonché la recente e comunque scarsa istituzione di organismi specializzati nella soluzione, in via arbitrale o conciliativa, delle controversie aventi a oggetto la spoliazione di beni culturali. Ciò ancor più nell'ambito delle sottrazioni di beni legate agli accadimenti del regime nazista, riguardo alle quali sono state create varie commissioni e altre tipologie di enti con funzioni meramente consultive e/o informative<sup>124</sup>.

Il 25 novembre 2021 è stato approvato in via definitiva dalla Camera dei Deputati della Repubblica italiana il disegno di legge S. 1662, A.C. 3289, recante «*Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*», con l'obiettivo inter alia di riformare la disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, si da incentivarne l'utilizzo in conformità agli impegni presi con l'Unione europea per poter accedere alle risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)<sup>125</sup>.

La riforma dovrebbe portare a un alleggerimento delle formalità, in particolare dell'arbitrato, velocizzando l'esecutività del lodo straniero avente contenuto di condanna, riducendo a sei mesi il cosiddetto termine lungo per l'impugnazione per nullità del lodo e attribuendo agli arbitri, di

<sup>124</sup> Si veda M. FRIGO, *Il quadro giuridico internazionale in tema di restituzione dei beni culturali spogliati alle famiglie ebraiche: quale spazio per i meccanismi alternativi di soluzione delle controversie?*, cit., Parte II, cap. II, par. 4, e ID., *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, cit., pp. 389-390 e 396-397.

<sup>125</sup> Si veda Camera dei Deputati, *Atto Camera 3289*, <<https://www.camera.it/leg18/126?tab=2&leg=18&idDocumento=3289&sede=&tipo=>>. Per un'analisi riassuntiva del disegno di legge delega, si veda anche la scheda preparata dalla Camera dei Deputati, <<https://www.camera.it/leg18/126?tab=2&leg=18&idDocumento=3289&sede=&tipo=>>.

cui saranno rafforzate imparzialità e indipendenza, il potere di emettere provvedimenti cautelari<sup>126</sup>.

Queste misure di velocizzazione e incremento di affidabilità dei procedimenti di soluzione delle controversie alternativi all'ordinario processo sono state pensate, in realtà, avendo in mente la deflazione della giustizia civile, la prassi internazionale in materia di arbitrato commerciale e l'attrazione di investimenti diretti esteri<sup>127</sup>.

Nulla dunque che permetta in qualche modo di superare i limiti sin qui evidenziati dei meccanismi di ADR per la soluzione delle controversie aventi a oggetto atti di confisca, *lato sensu* intesi, delle opere d'arte durante il regime nazista e non ancora restituite o compensate alle persone spoliatoe o ai loro eredi.

In relazione al superamento una volta per tutte di tali limiti, ci pare assolutamente condivisibile l'osservazione critica di Demarsin, secondo cui l'unica concreta manifestazione della volontà degli Stati di dare attuazione ai *Washington Principles* sarebbe quella di trasformarli in vere e proprie norme giuridiche<sup>128</sup>, a cominciare dalla stipulazione di un vero e proprio trattato internazionale vincolante che prenda il posto, possibilmente con clausole chiare e *self-executing*, delle raccomandazioni sinora adottate che, vuoi per il carattere vago, vuoi per l'assenza di una reale volontà degli Stati partecipanti, non hanno saputo sinora tradursi in norme di diritto internazionale generale.

<sup>126</sup> Si veda, *supra*, al par. 8.

<sup>127</sup> Si veda E. GANDINI, *Nuovo arbitrato: verso il rafforzamento delle garanzie di imparzialità e indipendenza*, «IPSOA Quotidiano», 17 maggio 2021.

<sup>128</sup> Si veda B. DEMARSIN, *Let's Not Talk about Terezin: Restitution of Nazi Era Looted Art and the Tenuousness of Public International Law*, «Brooklyn Journal of International Law», vol. XXXVII, I, 2011, pp. 118-185, p. 120.



# Quale piano per il futuro dell'urbanistica? O quale futuro per un giusto procedimento di pianificazione urbanistica?\*

*Patrizia Marzaro*

*Professore ordinario di Diritto amministrativo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il necessario protagonismo della pianificazione ai fini della rigenerazione delle città. – 3. Il ruolo primario della partecipazione civica in sede di pianificazione. – 4. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale sulla pianificazione urbanistica. – 5. *Segue*: Il procedimento di pianificazione come sede elettiva del bilanciamento tra interessi. – 6. *Segue*: La riserva di procedimento e della relativa istruttoria. – 7. Conclusioni.

## 1. Premessa

Avvicinarsi al tema dell'incontro odierno – a cui mi permetto di pensare anche come a una metafora della vita, dell'impegno culturale, prima ancora che scientifico, di Filippo Salvia, Maestro del diritto urbanistico, ma anche di signorilità, onestà intellettuale e lucida, illuministica, passione per il proprio lavoro – richiede anzitutto che si entri con profondo rispetto in questo consesso oggi così affettuoso e denso di emozione.

Forse aiuta ad entrare in punta di piedi in una realtà così piena di significati, percorrerla brevemente attraverso alcuni passi, alcune suggestioni tratte dall'ultima edizione del Manuale di diritto urbanistico, opera di Filippo Salvia con Cristiano Bevilacqua e Nicola Gullo, a partire da quella «(debole) trama di una materia soggetta a continue tensioni» che

\* Il contributo è destinato agli *Studi in onore di Filippo Salvia*, a cura di G. Corso, M. Immordino, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.



il volume si propone “di ricomporre”<sup>1</sup>, e che disegna con lucida icasticità la storia del diritto urbanistico degli ultimi cinquant’anni.

E poi va ricordata l’attenzione dell’uomo, la sua riflessione civile – *uti civis* prima ancora che come studioso – sull’impatto della pandemia, che «ha costretto gli amministratori e gli imprenditori di interesse a riconsiderare il ruolo del capitale umano, nella consapevolezza che non sta finendo il mondo, ma un mondo è ormai alla fine»<sup>2</sup>, con la speranza che «la grande sofferenza procurata dalla pandemia può attivare nuovi metabolismi umani in grado di stimolare la sperimentazione di nuovi modelli più inclusivi e generativi, che dovranno spingere urbanisti, imprenditori e amministratori pubblici a re-immaginare lo spazio urbano, con particolare attenzione al tempio umano, qual è la casa»<sup>3</sup>.

Nel momento in cui scriviamo, non possiamo però nasconderci come alla speranza sia seguita la disillusione, e poi l’inquietudine che è diventata timore, allarme e sgomento, per gli eventi che ci circondano e ci colpiscono tutti, gli uni legati agli altri ma incapaci di prevederne e decifrarne la portata...

E, ancora, la metafora del “virus dell’ineffettività”<sup>4</sup> della disciplina urbanistica meglio non potrebbe disegnare la miopia del nostro legislatore, la strutturale difficoltà di governare, o comunque convivere con quell’intreccio di interessi che costituisce l’unicità di questa materia, con la loro pressione sul territorio e sulle amministrazioni locali. Tutto questo a fronte dell’aspirazione a fare dell’urbanistica «la cerniera ideale tra le aree naturali, i centri industriali in attesa di recupero e i paesaggi urbani per ricucire gli strappi territoriali nei quali si insinuano, laceranti e crescenti, le diseguaglianze»<sup>5</sup>, e del duro richiamo alla realtà segnata da una «tensione irrisolta (forse irrisolvibile) tra intenti illuministici e un “*carpe diem*” smidollato funzionale all’accaparramento di risorse e vantaggi di corto respiro»<sup>6</sup>: il sogno e il disincanto di un intellettuale figlio di una terra intrisa di contraddizioni.

E infine l’interrogativo che non ci abbandona mai – ma che si fa anche esortazione – sul «rispetto dell’autonomia comunale», che «nel caso specifico trova probabilmente ragioni ancora più profonde di

<sup>1</sup> F. SALVIA, C. BEVILACQUA, N. GULLO, *Manuale di diritto urbanistico*, CEDAM, Padova, 2021.

<sup>2</sup> *Ivi*, 10.

<sup>3</sup> *Ivi*, 11.

<sup>4</sup> *Ivi*, 15.

<sup>5</sup> *Ivi*, 11.

<sup>6</sup> *Ivi*, 64.

quanto non avvenga in altri settori, poiché il ruolo primario del comune nel governo del territorio affonda le sue radici nella storia, essendo stato determinante sin dai secoli del medioevo»<sup>7</sup>; per chiudere con quella “postilla”, sull'urbanistica consensuale, in cui la «finanza si fa urbanistica»<sup>8</sup>, e che «evoca il mito di una amministrazione paritaria che non impone, ma convince», laddove invece «una visione più realistica [...] non può far disconoscere che, specie negli ultimi decenni, attraverso gli strumenti consensuali [...] gli interessi che sono riusciti realmente a prevalere non sono quelli protesi ad elevare la qualità della vita [...] ma ben altro genere di interessi»<sup>9</sup>.

## 2. Il necessario protagonismo della pianificazione ai fini della rigenerazione delle città

Quale sorte per il piano urbanistico, dunque? Ma è lo stesso chiedersi quale futuro per l'urbanistica?

Credo che proprio dalla realtà che stiamo vivendo, con i suoi forti tratti di disorientamento – come emerge in modo così efficace anche dal Manuale – provenga una forte richiesta di pianificazione, un bisogno di pensiero lungimirante sulla funzione della città nella sua dimensione di spazio politico per eccellenza, sul diritto, della persona e della comunità, alla città, alla coesione sociale, all'inclusione, alla sostenibilità.

Tutto questo porta necessariamente a una domanda forte di pianificazione pubblica; pone quella che è stata definita in modo molto persuasivo anche «la necessità di una sicura guida della mano pubblica»<sup>10</sup>.

Se questo deve essere il tempo della rinascita, della rigenerazione della città, la pianificazione delle Istituzioni deve tornare necessariamente in primo piano, senza prendere nulla dalla retorica del piano, ma facendo riferimento a quella funzione assegnata all'ente locale dalle parole del giudice amministrativo nella cd. sentenza sul p.r.g. di Cortina, la n. 2710 del 2012 del Consiglio di Stato<sup>11</sup>.

A distanza di dieci anni l'inquadramento utilizzato dal giudice in quella pronuncia conserva ancora tutta la propria attualità: «In defini-

<sup>7</sup> *Ivi*, 34.

<sup>8</sup> *Ivi*, 6.

<sup>9</sup> *Ivi*, 72.

<sup>10</sup> Così M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, «Rivista giuridica di urbanistica», 2022, p. 402.

<sup>11</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

tiva – si osservava – l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. Uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli – non in astratto, bensì in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi –, sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, sia delle esigenze economico – sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione *de futuro* sulla propria stessa essenza, svolta – per autorappresentazione ed autodeterminazione – dalla comunità medesima, attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio».

In fondo siamo ancora alla ricerca della pianificazione, continuiamo ad interrogarci sul suo ruolo, sullo spazio che può occupare, ma siamo consapevoli che nel momento in cui affrontiamo il tema della ricostruzione della città, della sua rinascita, della rigenerazione urbana, non possiamo che guardare alla pianificazione di impronta pubblica; le operazioni cd. di macro-rigenerazione urbana non possono che fondarsi su scelte strategiche pubbliche. La riqualificazione della città oggi deve infatti mirare anzitutto a superare e risolvere le diseguaglianze territoriali, ricostruendo il tessuto sociale, non può certo limitarsi a ragionare in una logica quantitativa incentrata sugli standard e sulla misura della trasformazione del territorio. Anche la finalità di evitare il consumo di suolo non esaurisce assolutamente il tema della rigenerazione, che richiede invece attenzione primaria ai diritti fondamentali e deve essere espressione di politiche integrate di cura dell'interesse pubblico. Saranno poi le politiche cd. di micro-rigenerazione a vedere protagonista l'intervento dei privati, peraltro non soltanto investitori ed imprese – in attuazione delle strategie elaborate in sede pubblica –, ma anche la cittadinanza in via di sussidiarietà orizzontale, specialmente attraverso modelli ispirati ai cd. patti di collaborazione.

### 3. Il ruolo primario della partecipazione civica in sede di pianificazione

È evidente, per altro verso, che le politiche di pianificazione pubblica dell'oggi richiedono una forte investitura da parte della cittadinanza, la partecipazione della quale è indispensabile per ricostruire la legittimazione delle Istituzioni, per supplire a quel deficit di rappresentanza democratica che mostra sempre più tutti i propri limiti nel governo della cosa pubblica. La cittadinanza ha bisogno di interlocutori preposti alla cura degli interessi della comunità, la rigenerazione, la ricostruzione urbana, non possono che venire da scelte strategiche pubbliche, legittimate dalla partecipazione popolare.

Del resto, gli istituti di partecipazione trovano nella pianificazione una sede fisiologica, potendo assumerne le forme più ampie e atipiche, proprio perché essa è espressione emblematica dell'autonomia degli enti locali, come se negli anni si fosse attivato una sorta di processo di ricongiunzione tra sovranità e partecipazione, determinato proprio dalla crisi dei sistemi rappresentativi. Nella migliore dottrina è infatti l'art. 5 Cost. uno dei pilastri su cui poggia la partecipazione del *quivis de populo*, espressione di quella che Allegretti nei suoi scritti considerava la 'reale' partecipazione<sup>12</sup> – quella non protetta da una differenziazione operata dal legislatore attraverso le norme attributive del potere – mentre Berti, nel Commentario Branca<sup>13</sup>, ravvisava la ragion d'essere profonda dell'autonomia nella necessità di dare respiro alla partecipazione sociale, attraverso la quale le comunità possono arrivare a realizzare il giusto livello di autogoverno.

Ma è proprio l'autonomia a livello comunale ad essere stata messa profondamente in crisi – come ricordavano all'inizio le parole di Filippo Salvia – in particolare per quanto riguarda la pianificazione urbanistica, a mano a mano che si affermava l'urbanistica contrattata e poi la legislazione sul Piano Casa è intervenuta facendo da vettore e moltiplicatore del virus dell'ineffettività della disciplina urbanistica, della cd. depianificazione del territorio.

<sup>12</sup> Cfr. per tutti U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, «Enciclopedia del Diritto, Annali», Giuffrè, Torino, IV, 2011.

<sup>13</sup> In *Commentario alla Costituzione, Commento all'art. 5*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 288.

#### 4. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale sulla pianificazione urbanistica

È però ancora la prospettiva costituzionale ad offrirci i semi del riconoscimento e di una rivitalizzazione dell'autonomia comunale in materia di pianificazione, per cercare di dare contenuto a quell'auspicio che anima l'opera di Filippo Salvia.

Negli ultimi anni la Consulta – dopo avere sancito attraverso una giurisprudenza copiosa la legittimità costituzionale di numerosi Piani Casa regionali, che trovavano una giustificazione di primario rilievo nell'Intesa del 2009 stipulata in Conferenza Unificata Stato Regioni, in una materia (non è senza importanza) attribuita alla competenza legislativa concorrente dei due enti – sembra avere riportato l'attenzione sul ruolo dell'autonomia comunale nel governo del territorio, a fronte di scelte legislative regionali frutto di un indirizzo politico forse troppo dirigista e disinvolto nei confronti dei poteri comunali. Non si può invero ritenere che il giudice costituzionale abbia dato vita attraverso queste pronunce ad un indirizzo consolidato in materia, occupato com'è, caso per caso, a misurare la portata dei principi di sussidiarietà verticale e di proporzionalità nel sindacato sui limiti regionali al potere comunale di pianificazione, in un ambito di materie a propria volta diviso tra legislazione statale esclusiva in tema di “*funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane*” e legislazione concorrente sul “*governo del territorio*”; non vi è alcun dubbio, però, che la Consulta sia intervenuta in modo decisivo a riportare l'attenzione sul tema dell'autonomia comunale, per troppo tempo appiattito sull'Intesa Stato- Regioni sul Piano Casa.

Ci si può limitare qui a ricordare alcune recenti pronunce che recano al loro interno più elementi di interesse, i quali, a loro volta, possono aprire anche a considerazioni ulteriori, legate ad altre recenti prese di posizione della Corte costituzionale.

Sicuramente va richiamata la sentenza n. 179 del 2019<sup>14</sup>, su una legge della regione Lombardia che poneva un sostanziale divieto di variante ai piani comunali vigenti – non solo *in peius* ma anche *in melius*, rispetto alla finalità di contenimento del consumo di suolo perseguita dalla normativa regionale – in attesa che fosse completata la fase transitoria prevista per l'integrazione e l'adeguamento dei piani stessi.

Si tratta di una pronuncia sulla quale si è appuntata l'attenzione della dottrina per la novità di alcuni passaggi del sindacato di legittimità da

<sup>14</sup> Corte cost., 16 luglio 2019, n. 179, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

parte del giudice costituzionale, il quale – confermato in premessa che «il sistema della pianificazione» non può assurgere a «principio così assoluto e stringente da impedire alla legge regionale di prevedere interventi in deroga alla pianificazione», come già nelle sentenze nn. 46 del 2014 e 245 del 2018, sui Piani Casa di Sardegna e Abruzzo<sup>15</sup>, ma richiamata anche la propria giurisprudenza meno recente, e anteriore alla modifica del Titolo V, quanto al fatto che «all'interno del delicato rapporto tra l'autonomia comunale e quella regionale [...] il potere dei comuni di autodeterminarsi in ordine all'assetto del proprio territorio non costituisce elargizione che le regioni, attributarie di competenza in materia urbanistica, siano libere di compiere (sent. n. 378 del 2000) e che la suddetta competenza regionale non può mai essere esercitata in modo che ne risulti vanificata l'autonomia dei comuni» – apre poi ad un giudizio di proporzionalità da svolgersi «dapprima in astratto sulla legittimità dello scopo perseguito dal legislatore regionale e quindi in concreto con riguardo alla necessità, alla adeguatezza e al corretto bilanciamento degli interessi coinvolti». La norma impugnata sarà dichiarata illegittima in quanto non proporzionata in concreto, poiché «all'interno della complessiva funzione di pianificazione urbanistica comunale, ne ritaglia uno specifico contenuto, quello della *potestas variandi* e la sottrae ai Comuni, ritenendoli inadeguati a svolgerla in nome di una esigenza di esercizio unitario rispondente a non ben definiti interessi generali...privando l'ente locale di una quota rilevante della suddetta funzione fondamentale [...]», che nel frattempo avrebbe potuto comunque esercitare per assicurare la finalità individuata dal legislatore regionale, senza invece limitarla a tempo sostanzialmente indeterminato.

Ma c'è un altro passaggio nella pronuncia sul quale è interessante porre l'attenzione, perché può aprire a considerazioni su un versante diverso, laddove sanziona la legge regionale «che rende i Comuni meri esecutori di una valutazione compiuta dal livello di governo superiore [in quanto] non viene previsto a favore dei primi alcuna possibilità di una motivata interlocuzione con il secondo, in contrasto [...] con la necessità di garantire agli stessi forme di partecipazione ai procedimenti che ne condizionano l'autonomia», richiamando a tale proposito la sentenza n. 126 del 2018. Tale pronuncia<sup>16</sup>, va ricordato, poneva l'accento, proprio con riguardo alle «funzioni comunali in materia di programmazione urbanistica, che [...] non godono di specifica tutela costituzionale, sebbene i poteri dei Comuni non possano essere annullati», sulla necessità di «ga-

<sup>15</sup> Corte cost., 10 marzo 2014, n. 46 e 6 novembre 2018, n. 245, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>16</sup> Corte cost., 22 maggio 2018, n. 126, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

rantire agli stessi forme di partecipazione ai procedimenti che ne condizionano l'autonomia».

Anche di lì a poco, pur in una sentenza di rigetto – la n. 198 del 2019<sup>17</sup>, su una norma regionale che allocava in capo alla Regione Campania il potere di approvazione di progetti di opere di interesse strategico – la Corte segna il confine dei poteri urbanistici comunali nella «condizione di non annullarli o comprimerli radicalmente, garantendo adeguate forme di partecipazione dei Comuni interessati ai procedimenti che ne condizionano l'autonomia».

Ancora più di recente, con la sentenza n. 202 del 2021<sup>18</sup> – di nuovo su una legge lombarda, in materia di rigenerazione urbana – la Corte affronta la questione di legittimità sempre alla luce del principio di sussidiarietà verticale, riaffermando che l'autonomia comunale «non implica una riserva intangibile di funzioni», potendo il legislatore competente «modulare gli spazi dell'autonomia municipale a fronte di esigenze generali che giustifichino ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali»; tipicamente, in questi tempi, quell' «obiettivo generale di interesse pubblico, perseguito con disposizioni incentivanti di carattere straordinario, limitate nel tempo e operanti per zone territoriali omogenee», cui fa riferimento un'altra pronuncia di poco precedente, la n. 119 del 2020<sup>19</sup>.

Anche in questo caso il giudizio viene sviluppato attraverso le diverse fasi del sindacato di proporzionalità, per concludere che i «Comuni lombardi vedono gravemente alterati i termini essenziali di esercizio del loro potere pianificatorio, per il fatto che risulta loro imposta una disciplina che genera un aumento non compensato, di portata potenzialmente anche significativa, del carico urbanistico [...]». In questa ipotesi, anzi, dalla pronuncia si può cogliere un elemento ulteriore rispetto al quadro risultante dalla n. 179 del 2019, perché, nel compiere la valutazione di proporzionalità in senso stretto della legge regionale, il sacrificio non tollerabile viene riferito ad uno degli oggetti peculiari della funzione di pianificazione, il carico urbanistico, il quale rappresenta l'indice tipico di quella trasformazione del territorio che costituisce una delle prime cause giustificatrici del potere comunale di disciplina dell'uso del territorio.

<sup>17</sup> Corte cost., 2 luglio 2019, n. 198, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>18</sup> Corte cost., 6 ottobre 2021, n. 202, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>19</sup> Corte cost., 10 marzo 2020, n. 119, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

Nuovamente poi la Consulta pone l'accento sul fatto che la scelta regionale sia stata imposta ai Comuni «per di più al di fuori di qualsiasi procedura di raccordo collaborativo [...]».

Certamente queste recenti pronunce segnano un risveglio di attenzione sui temi dell'autonomia dell'ente locale ponendo la questione dello spazio vitale da riconoscere al potere di pianificazione urbanistica comunale. Allo stesso modo esse trovano ragione anche nel fatto che ci si sta man mano allontanando dalla stagione del Piano Casa per entrare ormai in un'epoca nella quale si pongono come ineludibili le questioni della rigenerazione urbana, della coesione sociale, della transizione ecologica, serrate in un intreccio di interessi pubblici e privati che rende doverose scelte strategiche pubbliche di governo del territorio anche su base locale.

## **5. Segue: Il procedimento di pianificazione come sede elettiva del bilanciamento tra interessi**

Nella ricerca dell'autonomia da riconoscere – o da restituire – all'ente locale, non vanno peraltro sottovalutati i richiami del giudice costituzionale alla necessaria cooperazione tra istituzioni in ragione dei diversi livelli di governo del territorio coinvolti, e al ricorso a meccanismi di compensazione procedurale “partecipativa”; essi si fondano senza dubbio sul principio di sussidiarietà verticale – quanto all'individuazione dello stadio adeguato di allocazione delle funzioni, tanto normative che amministrative – ma non paiono esaurire in quel contesto la propria forza espansiva.

L'attenzione rivolta al significato della sede procedimentale, ad un meccanismo di legalità procedurale che deve supplire all'assenza di limiti predefiniti nell'allocazione delle funzioni di tutela di interessi che si distribuiscono su una pluralità di livelli territoriali, apre infatti a riflessioni di stampo ulteriore, che vanno al di là della necessità di assicurare il raccordo tra enti, e spostano l'attenzione su di un diverso filone della giurisprudenza costituzionale che sta emergendo con una certa frequenza negli ultimi anni, il quale, in diverso modo torna a mettere al centro la funzione del procedimento amministrativo; e ciò è particolarmente degno di nota, perché avviene proprio con particolare riguardo agli atti di pianificazione “da adottarsi a seguito di un'adeguata istruttoria e di un giusto procedimento, aperto al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati e preordinato alla valutazione e alla sintesi



delle plurime istanze coinvolte (statali, locali, private)<sup>20</sup>, arrivando talora a configurare espressamente per questi atti una “riserva di procedimento amministrativo”<sup>21</sup>, sulla quale vale la pena di soffermarsi per alcune considerazioni.

Del resto, il raccordo tra enti trova la propria ragion d’essere nient’altro che nella necessità di confrontare e coordinare i diversi interessi di cui questi siano portatori.

In via generale si può parlare oggi di un orientamento dal quale emerge un *favor* del giudice costituzionale per il procedimento pianificatorio come ‘luogo elettivo di garanzia’ per gli interessi sensibili coinvolti nell’uso del territorio, che merita una riflessione approfondita. Ciò proprio per la sua natura di procedimento di “area vasta”, collettore di una pluralità di interessi pubblici e privati, da comporre in quella tutela sistemica che si oppone ai cd. diritti tiranni, ormai da tempo disegnato dal giudice costituzionale come lo scenario necessitato entro cui si muovono anche gli interessi costituzionali primari<sup>22</sup>.

Come avviene sempre nel sindacato della Corte, ogni pronuncia reca in sé dei profili innati di specificità, legati al contesto normativo interessato, alla natura del riparto di competenze fra Stato e Regione, ai parametri di volta in volta richiamati, eppure, al di là degli aspetti particolari, la giurisprudenza cui si fa riferimento sembra considerare oggi i procedimenti pianificatori - nei quali il potere di valutazione tecnica della consistenza degli interessi si intreccia, mitigandosi, con l’esercizio della discrezionalità amministrativa, quanto alla loro ponderazione e comparazione - l’unica sede di (tendenziale) effettivo bilanciamento in concreto degli interessi pubblici, oltre che privati, e in particolare di quelli sensibili.

Non si può dimenticare infatti che, quando si tratti di scendere poi sul piano delle pronunce sulle istanze di utilizzo del territorio avanzate dal privato, ci si trova nuovamente di fronte alla giurisprudenza costituzionale, questa volta “ferrea”, però, nel sostenere le ragioni della semplificazione, espressione di un livello essenziale delle prestazioni, capace di assicurare quella concentrazione dell’esercizio delle funzioni amministrative, in chiave di celerità e razionalizzazione oggi richieste dal mercato<sup>23</sup>;

<sup>20</sup> Così Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 66, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>21</sup> Cfr. tra le altre Corte cost., 7 luglio 2021, n. 177 e 6 aprile 2021, n. 121, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>22</sup> Cfr. in questo senso già Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85, la cd. sentenza sul caso ILVA, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>23</sup> Sia consentito a tale proposito il rinvio a P. MARZARO, *Il silenzio assenso e l’infinito della semplificazione. La scomposizione dell’ordinamento nella giurisprudenza sui procedimenti*

ma causa allo stesso tempo di un progressivo svuotamento di funzione delle regole procedurali, in quanto finalizzate a garantire in concreto una puntuale, adeguata, valutazione degli interessi in gioco.

## 6. Segue: La riserva di procedimento e della relativa istruttoria

Di fronte ad una progressiva perdita di senso del procedimento amministrativo nella sua accezione più consueta, via via compresso da meccanismi di semplificazione ispirati a una corsa contro il tempo che assume sempre più le sembianze di una rinuncia preventiva ad assicurare la cura degli interessi pubblici, non si può dunque ignorare questa 'riserva di amministrazione' che il giudice costituzionale sembra costruire attorno ai procedimenti di pianificazione in quanto aventi ad oggetto la pluralità di interessi che con diverso peso ricadono sul territorio, anche se i percorsi che segue per arrivare a configurarla sono diversi, e non ancora pienamente compiuti.

Ormai dotato di una notevole stabilità è l'orientamento che si è sviluppato in materia di fonti rinnovabili – rientranti nella competenza concorrente sulla «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*» di cui all'art. 117, terzo comma, e in particolare per quanto riguarda la disciplina dell'art. 12 D.Lgs. n. 387 del 2003, con le relative Linee Guida approvate in sede di Conferenza Unificata e investite della stessa forza di principio fondamentale riconosciuto alla norma primaria – in relazione ad una pluralità di leggi regionali che provvedevano direttamente all'individuazione delle «*aree e siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti*», che invece, com'è noto, la normativa statale riserva ad uno specifico atto di pianificazione regionale, con cui si «*conciliano le politiche di tutela dell'ambiente e del paesaggio con quelle di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili [...]*». A tale proposito – osserva la Corte – «una normativa regionale, che non rispetti la riserva di procedimento amministrativo e, dunque, non consenta di operare un bilanciamento in concreto degli interessi, strettamente aderente alla specificità dei luoghi, impedisce la migliore valorizzazione di tutti gli interessi pubblici implicati» (così tra le altre Corte cost. n. 216 del 2022<sup>24</sup>) oltre a violare, di riflesso, anche il principio della massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili.

*autorizzatori semplificati*, «Rivista giuridica di Urbanistica», 2022, p. 558 ss.

<sup>24</sup> Corte cost., 13 settembre 2022, n. 116, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Appare ormai consolidato questo orientamento della Consulta, la quale non teme di parlare a questo proposito di riserva di procedimento, sottolineando peraltro la finalità che la giustifica, dal momento che «l'atto di pianificazione contiene criteri che presiedono alla determinazione, attuata con il singolo atto autorizzativo, vòlta a comporre in concreto i tanti interessi coinvolti»<sup>25</sup>.

Ecco allora che tale riserva assicura «il bilanciamento in concreto degli interessi che il legislatore statale affida al procedimento amministrativo», ma ha anche sostanzialmente lo scopo di assorbire a monte una parte consistente della discrezionalità che presiede a siffatto bilanciamento, a fronte delle finalità di semplificazione e celerità che devono poi essere garantite a valle dal procedimento unico autorizzatorio richiesto per la costruzione e l'esercizio dell'impianto (di cui sempre al citato art. 12); in piena coerenza, quindi, rispetto a quanto si osservava in precedenza sulla progressiva perdita complessiva di ruolo del procedimento amministrativo quando sia investito dalle misure di semplificazione e debba ormai soddisfare un altro interesse pubblico primario, quello alla celerità dell'esercizio del potere.

Ma la Corte non configura una riserva di procedimento amministrativo utilizzando solo gli specifici parametri propri delle singole fattispecie.

Ancora più interessanti sono quelle pronunce nelle quali il giudice, per rafforzare la riserva allarga il proprio sguardo sulla funzione in sé del procedimento amministrativo, usa l'endiadi «riserva di procedimento e della relativa istruttoria»<sup>26</sup>, osservando – sempre con riguardo alla pianificazione per l'installazione delle fonti rinnovabili – che la relativa «valutazione può e deve utilmente avvenire nel procedimento amministrativo, la cui struttura rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241»<sup>27</sup>. Ma anche in relazione a fattispecie diverse – in questo caso il Piano di gestione dei rifiuti approvato con legge regionale e non con atto amministrativo, pur in assenza di un esplicito vincolo in tal senso da parte del legislatore statale – la Corte ha precisato che «le norme statali che rimettono la definizione di interventi regionali ad atti di pianificazione devono intendersi prescrittive della forma dell'atto amministrativo; solo così infatti è possibile assicurare le garanzie procedi-

<sup>25</sup> Così Corte cost., n. 177 del 2021, cit.

<sup>26</sup> Così Corte cost., n. 121 del 2022, cit.

<sup>27</sup> Così Corte cost., n. 106 del 2020, cit.

mentali per un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco [...] Del resto – si prosegue – l'atto amministrativo costituisce il punto di approdo di un'adeguata attività istruttoria svolta nella sede procedimentale, aperta al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati, e quindi preordinata all'apprezzamento e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (siano esse statali, locali o private); è in tale sede che dette istanze possono adeguatamente emergere ed essere valutate in modo trasparente, e ciò non solo a garanzia dell'imparzialità della scelta – nel rispetto del principio di cui all'art. 97 Cost. – ma anche e soprattutto per il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario coinvolto [...]»<sup>28</sup>. Il riferimento alle garanzie riconosciute dall'ordinamento nei confronti dell'azione amministrativa accompagna anche altre pronunce della Corte, che arrivano talora ad utilizzare espressamente come parametro generale di legittimità anche l'art. 97, ponendo quindi al centro del proprio sindacato i canoni fondamentali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Parla di "implicita riserva di amministrazione" Corte cost. n. 258 del 2019 – sull'approvazione con legge, anziché con atto amministrativo, del calendario venatorio – con riferimento ancora una volta alla garanzia di "un'istruttoria approfondita e trasparente anche ai fini del controllo giurisdizionale"; mentre due pronunce dell'anno precedente, utilizzano espressamente il parametro dell'art. 97 Cost. Con la sentenza n. 69 del 2018<sup>29</sup> – sempre in tema di energie rinnovabili di cui all'art. 12 del D. Lgs. n. 387 del 2003 – la Corte ha sì fatto valere il «principio di massima diffusione degli impianti di energia a fonte rinnovabile», il quale «può trovare eccezione in presenza di esigenze di tutela della salute, paesaggistico-ambientale e dell'assetto urbanistico del territorio», ma ha preferito poi concentrarsi sulle virtù del procedimento amministrativo, piuttosto che fondare la pronuncia di illegittimità sulla riserva di procedimento di cui alla normativa speciale.

E così si diffonde sull'essenza della sede procedimentale nella quale «può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l'emersione di tali interessi,

<sup>28</sup> Così Corte cost., n. 28 del 2019, cit.

<sup>29</sup> Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 69, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]», così venendo garantita «in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost.».

Legata a tale pronuncia è quella coeva n. 66 del 2018, già ricordata in precedenza, su un caso di disciplina con legge regionale delle attività di cava, rimesse invece dallo stesso legislatore regionale al Piano regionale delle attività di cava, da attuare poi con appositi Piani provinciali. In questa ipotesi la Corte non rinnega la propria giurisprudenza in materia di leggi provvedimento ribadendone però la necessaria sottoposizione ad uno scrutinio di stretta costituzionalità, che in questo caso porta all'illegittimità della legge perché essa «incide su procedimenti di piano che intrecciano strettamente competenze statali (la tutela ambientale e la pianificazione paesaggistica) e regionali (la disciplina delle cave e delle torbiere)», laddove invece la Regione avrebbe dovuto operare con atti di pianificazione, da “adottarsi a seguito di un'adeguata istruttoria e di un giusto procedimento, aperto al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati e preordinato alla valutazione e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (statali, locali, private)”, ancora una volta insistendo sulla necessaria «ponderazione degli interessi emersi nella sequenza procedimentale, in vista del perseguimento del primario interesse pubblico, in coerenza con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97, secondo comma, Cost.».

## 7. Conclusioni

Cosa può venire dunque da questi semi gettati dal giudice costituzionale, per rispondere alle domande che hanno animato questo incontro (per aver animato anzitutto il Manuale di Filippo Salvia)?

In questa sede è possibile solo tracciare alcuni cenni che possono però aiutare a segnare la ripresa di una riflessione ampia sui temi della pianificazione urbanistica e dell'autonomia comunale in tale sede.

Certamente, come si ricordava in precedenza, non è senza peso il periodo diverso che le amministrazioni e le comunità stanno vivendo, rispetto a una lunga stagione di deroghe alla pianificazione in funzio-

ne di sostegno all'economia, che ha causato anche pesanti mortificazioni all'autonomia comunale e alle comunità.

Il grande dibattere di rigenerazione urbana, la ricerca della ricostruzione della città e della comunità, non possono prescindere da scelte strategiche da parte delle istituzioni pubbliche, le quali devono fondarsi necessariamente sulla conoscenza dello stato – materiale e immateriale – del territorio e dei bisogni della collettività, e sul confronto e la condivisione con i privati; tutto ciò, è evidente, rimette in gioco il ruolo primario della pianificazione pubblica.

Anzi, se la Corte costituzionale nell'affrontare il tema della spettanza al Comune del potere di pianificazione, richiama ad una sorta di nucleo intangibile, che richiede comunque il confronto necessario con l'ente locale, allo scopo di non annullare o comprimere radicalmente il potere di pianificazione, si potrebbe iniziare a costruire questo nucleo essenziale proprio a partire dalla necessaria conoscenza delle specificità del territorio, quelle che richiedono il confronto e l'elaborazione di scelte, locali<sup>30</sup>, con la partecipazione dei cittadini, espressione imprescindibile dell'indirizzo politico del Comune.

Una limitazione ragionevole dell'autonomia dell'ente non può mai andare a sacrificare tali specificità rispetto alle quali si riconosce e interagisce anche la comunità, oltre che, eventualmente, coinvolgere differenti livelli di amministrazione pubblica. Del resto quale altro può essere l'oggetto di quella che lo stesso giudice costituzionale riconosce in capo ai Comuni, definendola «riserva di tutela attuabile mediante una delibera di sottrazione, per *an* o per *quomodo*, all'applicazione della normativa derogatoria al piano casa»<sup>31</sup> se non la riserva all'autonomia dell'ente locale della funzione di disciplina di ciò che caratterizza il proprio territorio e ne definisce le peculiarità e i bisogni particolari?

D'altra parte, anche nell'ultima pronuncia sul potere comunale di pianificazione urbanistica – la n. 202 del 2021 – la Corte ha ritenuto di richiamare la giurisprudenza amministrativa sull'essenza del potere di pianificazione, espressione dell'«intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo»<sup>32</sup>, in quanto «rivolto alla realizzazione contemporanea di

<sup>30</sup> Osserva in proposito anche M.R. SPASIANO, *op. cit.*, p. 403, che «anche per avviare processi di rigenerazione urbana occorre un'ampia condivisione in ordine alle condizioni in cui si versa e alle concrete reali prospettive di sviluppo [...]».

<sup>31</sup> Così Corte cost., n. 119 del 2020, cit.

<sup>32</sup> Così Cons. Stato, IV, 9 maggio 2017, n. 821, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), indirettamente richiamata dalla Consulta, attraverso il rinvio alla pronuncia di cui alla nota

una pluralità di differenti interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti»<sup>33</sup>.

Là dove quindi non operino limiti al potere di pianificazione che vengano da scelte diversamente configurate a garanzia di interessi primari, o da interessi effettivamente allocati su livelli territoriali diversi, non si potrà intervenire su di esso per soffocare la conoscenza e l'autonomia delle scelte relative alle specificità del territorio, quelle che lo consegnano all'ente esponenziale perché ne sia curato lo sviluppo.

Peraltro, se la garanzia delle scelte di pianificazione fondate sulla conoscenza del territorio da "governare" – nelle sue componenti materiali e immateriali – e il confronto con la collettività, rappresentano il nucleo essenziale del relativo potere di pianificazione, l'autonomia del Comune finisce per essere rafforzata sicuramente anche dalla "riserva di procedimento e della relativa istruttoria" che la Consulta va lentamente costituzionalizzando. La sede pianificatoria – nella quale converge quella pluralità di interessi pubblici che si fondano su valori costituzionalmente garantiti cui fa riferimento espresso anche il giudice costituzionale – non può che apparire necessitata se finalizzata ad assicurare, attraverso l'esercizio del potere di indirizzo politico, lo sviluppo armonico del territorio basato sulla sua conoscenza, sulla comparazione e sul bilanciamento degli interessi che ne consegue.

È vero che nella giurisprudenza ricordata il principio della riserva di procedimento sembra aver trovato più naturale collocazione nel caso in cui si tratti di curare interessi speciali, sensibili, mentre lo strumento di pianificazione urbanistica è espressione tipica dei poteri spettanti ad un ente a fini generali – l'art. 13 TUEL considera il «*settore [e] organico [o] dell'assetto e utilizzazione del territorio*», *species* della categoria generale costituita da «*tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione e il territorio comunale*» –, come tale passibile di subire in modo più ampio da parte del legislatore limitazioni finalizzate al soddisfacimento di interessi differenziati o comunque collocati su di una base territoriale diversa. Basti pensare alla procedura "separata" di VAS richiesta per i piani urbanistici, ai limiti derivanti dalla presenza di beni culturali e paesaggistici sul territorio, a quelli derivanti dalla realizzazione di opere pubbliche, o alla congerie di interventi normativi in tema di risparmio energetico e transizione ecologica.

successiva.

<sup>33</sup> Così Cons. Stato, IV, 9 marzo 2018, n. 2780, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

E anche l'onere di motivazione particolarmente “mite” tipico delle scelte urbanistiche, avente «carattere generale e soddisfatto con l'indicazione dei profili generali e dei criteri che sorreggono le scelte effettuate, senza necessità di una motivazione puntuale e mirata»<sup>34</sup> – salvo i noti casi particolari in cui si configurino specifiche aspettative di diritto – parrebbe argomento che conferisce minore robustezza alla riserva di amministrazione, rispetto agli altri procedimenti pianificatori.

Questa “permeabilità” maggiore della pianificazione urbanistica, non pare tuttavia in grado in grado di sottrarla allo spazio da riconoscere alla riserva di procedimento, soprattutto se la si costruisce come “giusto procedimento” utilizzando il parametro fondamentale dell'art. 97 Cost.

La Corte ha più volte utilizzato il diverso parametro dell'art. 9 Cost e del principio di concertazione rigorosamente necessaria in sede di pianificazione paesaggistica, per “salvare” indirettamente il potere di pianificazione urbanistica comunale in quanto da concertare con gli organi del MIC ai sensi dell'art. 145 del Codice, di fronte ad interventi del legislatore regionale che conformassero il relativo potere in contrasto con il «principio di prevalenza della tutela paesaggistica»<sup>35</sup>. In passato però non ha mancato anche di fare specifico riferimento alla necessità del procedimento di pianificazione, com'è avvenuto in un caso di proroga con legge regionale di tutti i piani delle aree di sviluppo industriale, anche di quelli scaduti, per violazione, tra gli altri, anche dei principi di legalità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., in quanto veniva permessa una reiterazione dei vincoli urbanistici in «assenza di una qualsivoglia valutazione degli interessi pubblici e privati coinvolti [...] dal rinnovo dei vincoli» e in assenza della corresponsione di un indennizzo; secondo la Consulta «l'effetto di limitare i diritti dei cittadini, attraverso la reviviscenza dei piani [...] non avrebbe potuto prescindere dalla procedimentalizzazione di una verifica, caso per caso, della persistente attualità dell'interesse allo sviluppo industriale a distanza di tempi anche considerevoli, sugli specifici contesti territoriali, in rapporto all'interesse dei proprietari»<sup>36</sup>.

D'altra parte, è lo stesso giudice amministrativo a porre in evidenza che «come accade nei casi in cui la decisione finale è rimessa dal legislatore ad un organo collegiale [...], la motivazione di questa difficilmente può essere desunta da un unico “documento” sul quale si definisce e manifesta l'esercizio della potestà discrezionale dell'amministrazione [...]».

<sup>34</sup> Così Cons. Stato, IV, n. 821 del 2017, cit.

<sup>35</sup> Da ultimo Corte cost., 8 giugno 2022, n.187, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>36</sup> Corte cost., 10 luglio 2007, n. 314, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).



Al contrario, è del tutto ragionevole che tale volontà, oltre che desumersi dal dibattito in seno all'organo e da eventuali documenti (ordini del giorno, mozioni e simili, puntualmente messi in votazione ed approvati), si estrinsechi anche (e soprattutto) per il tramite di documenti tecnici redatti da organi ed uffici diversi, tuttavia sottoposti all'esame ed alla adozione del decidente [...] E ciò a maggior ragione laddove un organo come il consiglio comunale non si limiti a definire un generale indirizzo politico – amministrativo dell'ente cui è legato da rapporto di immedesimazione, ma debba effettuare concrete scelte di pianificazione urbanistica che, se esprimono in generale una 'visione' dello sviluppo della comunità e del suo territorio, si sostanziano 'a valle' in puntuali definizioni (zonizzazioni) del territorio e delle sue potenzialità, che abbisognano di una rappresentazione tecnico-giuridica e grafica, che certamente travalica le competenze dell'organo decidente»<sup>37</sup>.

Ciò fa apparire dunque necessaria quella "riserva di valutazione istruttoria" anche per ciò che riguarda l'esercizio del potere di valutazione tecnica sul quale pone fortemente l'accento la Consulta per giustificare la riserva di amministrazione; ma non vi è dubbio che la natura del piano come atto di espressione emblematica dell'indirizzo politico dell'ente possa portare ad una valorizzazione in sede costituzionale di tale riserva, soprattutto se si guarda, oggi, alle esigenze della rigenerazione urbana.

Se, come si affermava in precedenza, la riqualificazione delle città, la loro rigenerazione, deve mirare anzitutto a ricostruire il tessuto sociale, è il procedimento il luogo necessario della conoscenza, non tanto e non solo dello stato del territorio dal punto di vista fisico, materiale, quanto dei suoi bisogni e dei bisogni della comunità e delle persone. È questa l'occasione per lo sviluppo del "giusto procedimento di pianificazione", quello indispensabile per valorizzare il confronto con la cittadinanza, anche con l'utilizzo degli strumenti della sussidiarietà orizzontale e dell'amministrazione condivisa.

È nel procedimento di pianificazione urbanistica – pur stretto come un vaso di coccio tra vasi di ferro – come luogo essenziale della partecipazione, del confronto e della collaborazione necessaria per assicurare lo sviluppo armonico del territorio, che trova ragione la riserva di amministrazione, e si può mettere un altro tassello verso quella costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento che si è fermata per decenni alla sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 1962, e che oggi invece potrebbe offrire garanzie inaspettate a fronte di una politica di semplifi-

<sup>37</sup> Così sempre Cons. Stato, IV, n. 821 del 2017, cit.

cazione che sta svuotando sempre di più il procedimento amministrativo, ormai “parvenza” della funzione; senza dimenticare che attraverso questa riserva è anche lo stesso principio di autonomia locale ad uscirne rafforzato, dal momento che esso, come si ricordava più sopra, rappresenta uno dei pilastri su cui poggia la partecipazione dei privati e della comunità alle scelte di autogoverno dell'ente.



# “Autorità” ed “efficacia” delle decisioni amministrative in materia antitrust

Marcella Negri

Professoressa associata di Diritto processuale civile

SOMMARIO: 1. Il *private enforcement* in materia *antitrust* ed il “nodo” del coordinamento con l’azione delle Autorità Garanti 2. La disputa sulla “natura” del vincolo sancito dall’art. 7 d.lgs. n. 3/2017 3. La necessità di contenere entro limiti ragionevoli l’ambito applicativo del vincolo e la sua latitudine oggettiva e soggettiva 4. La responsabilità nell’ambito del gruppo societario secondo la pronuncia *Sumal* 5. Le ricadute processuali della *subsidiary liability*: fermenti di novità in tema di limiti soggettivi dell’efficacia vincolante delle decisioni dell’Autorità garante?

## 1. Il *private enforcement* in materia antitrust ed il “nodo” del coordinamento con l’azione delle Autorità Garanti

Il *coté* civilistico delle tutele e dei rimedi esperibili da chi subisce gli effetti pregiudizievoli di condotte anticompetitive ha guadagnato negli ultimi anni sempre maggiore spessore. Il contenzioso, non solo “B2B”, ma pure “B2C”, si è fatto più frequente ed incisivo<sup>1</sup>, in virtù così della progressiva maturazione culturale del pubblico e dei tecnici del diritto, come delle iniziative di matrice europea culminate nella Direttiva UE n. 104/2014<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Si pensi ad esempio al folto contenzioso civile fiorito in moltissime giurisdizioni del Vecchio Continente a valle delle sanzioni inflitte dalla Commissione UE ai maggiori produttori europei di veicoli commerciali per violazione dell’art. 101 TFUE (cosiddetto “cartello dei camioncini”). In argomento: S. LOPOLO, *Trucks cartel: un nuovo capitolo tutto italiano*, «Mercato, concorrenza e regole», 2021, pp. 593 sgg. Il presente contributo è aggiornato a marzo 2023.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione del lungo ed accidentato cammino, infine sfociato nella dir. 2014/104/UE, passando per il Libro Verde (COM 2005, 672 def.) ed il successivo Libro

L'embrione di armonizzazione processuale varato dalla citata Direttiva non ha mancato di sollevare reazioni e dibattiti intorno al non sempre agevole trapianto nei sistemi processuali nazionali delle soluzioni maggiormente innovative rispetto alle tradizioni indigene.

Tra queste si staglia, per emblematica centralità, la risposta offerta dal legislatore europeo alla nodale questione del coordinamento tra i due piani, quello pubblico e quello privatistico, sui quali si articola la tutela della libertà concorrenziale del mercato<sup>3</sup>.

A questo fine, oltre ad introdurre incisive misure di coordinamento istruttorio<sup>4</sup>, il legislatore europeo è intervenuto sul centrale profilo dell'efficacia da riconoscersi alla decisione amministrativa nell'ambito di un successivo giudizio civile relativo alla medesima infrazione.

Come noto, mentre con riguardo alle decisioni adottate dalla Commissione Ue già da tempo l'art. 16 Reg. n. 1/03 prevede espressamente in capo ai giudici nazionali l'obbligo di non contraddire gli accertamenti in esse contenuti<sup>5</sup>, così da realizzare l'obiettivo della "uniforme applicazione" del diritto europeo in materia di concorrenza e prevenire indesiderabili conflitti nella valutazione di una medesima pratica, analoga previsione mancava invece con riguardo ai provvedimenti delle Autorità garanti nazionali, quand'anche agiscano in qualità di istanza decentrata

Bianco (COM 2008, 165 def.): M. NEGRI, *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni di risarcimento del danno antitrust*, in *Int'l Lis*, 2014, pp. 72 ss.; ID., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza, II, La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, G. Giappichelli, Editore, Torino, 2012, pp. 251 sgg.

<sup>3</sup> L'articolazione delle tutele secondo un duplice binario e la compresenza di *public* e *private enforcement* non caratterizzano solo il settore *antitrust*, ma rappresentano una tendenza espansiva come testimoniato dalle recenti evoluzioni della normativa consumeristica in base alla Dir. 2019/2161/UE. In particolare, nel settore delle pratiche commerciali scorrette, la citata Direttiva mira al potenziamento dei rimedi civilistici, anche individuali, accanto all'azione della Autorità amministrativa. Peraltro, già dal vigente art. 27 ultimo comma del Codice del consumo si evince che le tutele in siffatto ambito non sono confinate all'interventi dell'Autorità garante.

<sup>4</sup> In argomento: G. FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme "antitrust" in attuazione della dir. 2014/104/UE*, «*Le Nuove leggi civili commentate*», 2018, p. 415

<sup>5</sup> La disposizione (notoriamente ispirata a Corte di giustizia Ue 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods*, «*Foro italiano*», 2001, IV, pp. 209 sgg., «*Int'l Lis*», 2002, 2, pp. 60 sgg.), impone al giudice civile di non adottare decisioni in contrasto con quelle che la Commissione Ue abbia già assunte ovvero sia in procinto di assumere, all'esito di procedimento avviato ma non ancora concluso. Unica valvola di sfogo, il potere o dovere del giudice nazionale di ricorrere alla Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE. Il contenuto del citato art. 16 viene testualmente ripreso anche dall'art. 39 co. 5 Reg. 2022/1925/UE (*Digital Market Act*).

della Commissione Ue. Nel nostro ordinamento, si era ciononostante consolidato pretoriamente l’orientamento incline ad attribuire alla decisione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato il valore di c.d. “prova privilegiata”<sup>6</sup>, con ciò intendendosi una prova particolarmente persuasiva ed autorevole, ma pur sempre liberamente valutabile e quindi in linea di principio aperta alla prova contraria<sup>7</sup>. Progressivamente, si era poi giunti ad imporre al convenuto, che volesse sollecitare il giudice civile a discostarsi dall’accertamento amministrativo, l’onere di dedurre argomenti e prove nuovi e diversi rispetto a quelli già vagliati e disattesi o reputati irrilevanti nel corso del procedimento amministrativo<sup>8</sup>.

L’art. 7 d.lgs. n. 3/17 va oltre questo *acquis* giurisprudenziale e, re-  
 cependo appieno le previsioni dell’art. 9 della Direttiva n.104/2014/Ue, introduce un vincolo formale a carico del giudice civile rispetto all’accertamento contenuto nelle decisioni – fondate sulle norme del Trattato ovvero, con opportuna estensione, anche solo sul diritto *antitrust* municipale – della Autorità garante nazionale. Più precisamente, il citato art. 7 stabilisce che “ai fini dell’azione per il risarcimento del danno si ritiene *definitivamente accertata*, nei confronti dell’autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all’articolo 10 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, *non più soggetta ad impugnazione* davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato”.

La previsione dell’art. 9 della Direttiva e la sua pedissequa trasposizione sembrano, almeno a prima vista, parificare *quoad effectum* un prodotto giurisdizionale – nel nostro caso il giudicato amministrativo di rigetto dell’impugnativa – e la decisione amministrativa divenuta definitiva in quanto inoppugnabile, alla quale attribuiscono un’inedita efficacia formalmente vincolante per il giudice del risarcimento quanto alla constatazione della infrazione ai precetti *antitrust*.

L’attenzione della dottrina per questo profilo del coordinamento tra il piano pubblicistico e quello privatistico della tutela del mercato non

<sup>6</sup> Per tutte: Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, «*Rivista di diritto industriale*», 2009, p. 237 ss.

<sup>7</sup> Cass. 28 maggio 2014, n. 119040, «*Foro italiano*», 2014, I, c. 1729 sgg., precisando che il medesimo valore di prova altamente persuasiva spetta anche alle valutazioni amministrative confermate dal giudice del ricorso.

<sup>8</sup> Cass. 23 aprile 2014, n. 9116; Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, «*Foro italiano*», 2011, I, c. 2674. Conformi, *ex multis*: Trib. Milano 1 ottobre 2013; Trib. Milano 26 maggio 2016, n. 6666, «*www.giurisprudenzadelleimprese.com*». La giurisprudenza era quindi in sostanza già approdata *praeter legem* a riconoscere un vincolo negli esiti *quasi* equivalente a quello oggi codificato dall’art. 7 d.lgs. n. 3/17.

è certo nuova, ma le questioni sollevate dalla menzionata disposizione sono tuttora vivacemente dibattute <sup>9</sup>. In particolare, le riflessioni si sono concentrate sull'ipotesi della decisione inoppugnabile, in quanto sistematicamente più sensibile anche se meno frequente, dato che le decisioni dell'Autorità raramente non vengono impugnate dai destinatari.

In queste pagine, ci si propone di fare brevemente il punto su alcuni approdi del dibattito, rinfocolato dalla trasposizione dell'art. 9 della citata Direttiva, nonché di segnalare taluni non trascurabili fermenti di novità provenienti dalla Corte di giustizia UE.

## 2. La disputa sulla “natura” del vincolo sancito dall'art. 7 d.lgs. n. 3/2017

Il vincolo sancito dall'art. 9 della citata Direttiva aveva conosciuto vari tentativi di sistemazione nell'alveo delle categorie processuali interne, i quali sostanzialmente possono ricondursi a tre diverse impostazioni: l'assimilazione alla *res judicata* <sup>10</sup>; la risoluzione del vincolo sul piano della prova legale <sup>11</sup>; il tentativo di superare l'impasse riconducendo il fe-

<sup>9</sup> Ne costituisce riprova l'attenzione che il tema ha ricevuto nell'ambito del recente XXXIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana tra gli Studiosi del Processo Civile intorno al tema «Giurisdizione e conflitti economici», tenutosi a Milano il 17,18 giugno 2022, ed in particolare con le relazioni di D. DALFINO e A.A. ROMANO, dedicate rispettivamente al ruolo delle Autorità amministrative indipendenti nella tutela dei diritti ed alla attuazione delle regole della concorrenza fra *private* e *public enforcement*. Queste pagine riprendono e rielaborano il mio intervento in occasione del sopra ricordato Convegno.

<sup>10</sup> In questa prospettiva, si vedano soprattutto: P. COMOGLIO, Sanzioni *antitrust* e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato, in «*Il giusto processo civile*», 2016, pp. 195 sgg., p. 251; F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di B. SASSANI, Pacini Editore, Pisa, 2019, 142; nonché, sia pure in chiave critica: A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, «*Il giusto processo civile*», 2022, 665 ss., 680; G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, «*Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*», 2016, p. 1005. Sotto un diverso profilo, frequente è l'accostamento, almeno con riguardo al suo contenuto, al vincolo che deriva dall'art. 651 c.p.p. (M. DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del Private Antitrust Enforcement*, «*Le Nuove leggi civili commentate*», 2018, p. 523)

<sup>11</sup> Prima dell'emanazione del decreto legislativo di recepimento, auspicava una traduzione in chiave probatoria del vincolo: S. VINCRE, *La Direttiva 2014/104 sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, «*Rivista diritto processuale*», 2015, pp. 1163 sgg.; G. MUSCOLO, *Il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove*, «*Concorrenza e mercato*», 2014, pp. 287 sgg.: 289. La soluzione potrebbe essere

nomeno al piano sostanziale<sup>12</sup>. Le medesime alternative si ripropongono alla luce della pedissequa trasposizione operata dall’art. 7 d. lgs. n. 3/2017

<sup>13</sup>.

stata privilegiata dal legislatore francese, che in effetti in sede di recepimento utilizza la diversa formula lessicale «*présomption irréfragable*» (articolo L 481-2 *Code consommation*). In argomento: C. PRIETO, *Private damages actions before and after the implementation of the Directive-France*, «*e-Concurrences*», 2017, 40; R. AMARO, *Transposition de la Directive Dommages en France*, «*Concurrences*», 2017, pp. 74 sgg.; ID., *Actions privées en matière de pratique anticoncurrentielles*, in *Encyclopedie Juris Classeur Concurrence-Consommation*, Fascicolo 317, LexisNexis, 2021, punto 86, ove si accenna a dubbi sull’appropriatezza della definizione normativa.

<sup>12</sup> Questa terza prospettiva valorizza la decisione quale elemento della fattispecie risarcitoria e quindi rilegge l’art. 7.1 citato come norma sostanziale (A.D. DE SANTIS *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, «*Rivista diritto processuale*», 2015, p. 1495 ss.; accenti consonanti in: B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell’art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014. il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, «*Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*», 2016, pp. 7 sgg.: 100, il quale osserva che allorquando il provvedimento intervenga, concretizza l’ordinamento divenendo la sola regola applicabile”; G. PARODI, *L’accertamento definitivo dell’illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, «*Contratto e impresa*», 2021, pp. 1140 sgg.: 1151,1157, secondo cui la disposizione codifica una «presunzione assoluta di illiceità della condotta accertata dall’Autorità» ossia una «sorta di prova legale *sui generis*» e in definitiva un vincolo *ex lege* che configura la decisione definitiva come «elemento della fattispecie»). A mio parere, simile inquadramento, oltre a non trovare appoggio nella lettera dell’art. 7.1 d. lgs. n. 3/17 (diversamente da quanto potrebbe inferirsi alla luce della già citata trasposizione francese, che si esprime in termini di presunzione assoluta), riesce difficile da conciliare con la pacifica possibilità di agire per il risarcimento a prescindere dalla previa condanna amministrativa, costringendo a postulare artificiosamente l’esistenza di due distinte fattispecie a seconda che sia o non sia stato emesso (ed allegato) un provvedimento amministrativo di constatazione dell’infrazione. Soprattutto, lo slittamento sul piano sostanziale mi sembra poco utile perché in definitiva elude, ma non supera le difficoltà poste dalla previsione. Tale impostazione incide poi in senso restrittivo sull’applicabilità *ratione temporis* della previsione, come risulta dalle considerazioni svolte proprio con riguardo al regime temporale di applicabilità dell’art. 9.1. della Direttiva dall’Avvocato generale Pitruzzella (Conclusioni depositate l’8 settembre 2022 in causa C-25/21, *Repsol*, punto 63; nel momento in cui si scrive la sentenza non è ancora stata resa pubblica). L’Avvocato generale infatti esclude la retroattività della previsione in quanto concepisce le decisioni dell’Autorità garante come “mezzi di prova qualificati”, la cui efficacia non si esaurirebbe tuttavia sul piano della asseverazione dei fatti storici, risolvendosi sostanzialmente una *presunzione assoluta* di esistenza di uno degli elementi costitutivi del diritto al risarcimento del danno *antitrust*: si tratterebbe quindi di norma di «natura sostanziale ai sensi dell’articolo 22, paragrafo 1, di detta direttiva».

<sup>13</sup> Per ogni opportuno riferimento, si rinvia a A.A. ROMANO, *op. cit.*, pp. 665 sgg.; nonché, *si vis*, a M. NEGRI, *L’efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, «*Le nuove leggi civili commentate*», 2018, pp. 476 sgg.



Nonostante i diversi approcci, prevale in dottrina la comune tendenza a sottolineare la singolarità, se non proprio l'eccezionalità del vincolo sancito dall'art. 7.1 D. lgs., n. 3/2017 in quanto promanante dalla decisione ormai divenuta inoppugnabile<sup>14</sup>, mentre minore turbamento provoca l'ossequio al giudicato amministrativo che respinge l'impugnativa<sup>15</sup>.

Il disagio ben si comprende posto che l'art. 7.1 d. lgs. n. 3/2017 *in parte qua* impone al giudice civile di conformarsi agli accertamenti contenuti in una decisione resa da un soggetto che sicuramente non riveste natura giurisdizionale, come confermato dalla recente pronuncia con cui la Corte costituzionale ha escluso che l'Autorità garante possa sollevare direttamente questioni di legittimità costituzionale delle norme che è chiamata ad applicare nell'ambito dei procedimenti che essa istruisce e decide<sup>16</sup>. L'Autorità non può infatti considerarsi alla stregua di un giudice dal punto di vista soggettivo né, diversamente da quanto è a dirsi ad esempio per l'arbitro rituale, esercita una funzione in senso proprio "oggettivamente" giurisdizionale<sup>17</sup>.

Invero, la decisione alla quale si riferisce l'art. 7 d. lgs. n. 3/2017 proviene da un soggetto, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che della "giurisdizionalità" non ripete quella che a me pare essere la nota fondamentale, cioè la *terzietà* rispetto agli interessi in conflitto<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Si rinvia ancora a A.A. ROMANO, *op. cit.*, pp. 684 sgg., p. 697 s. Per una vibrata critica all'impostazione seguita dalla Direttiva: A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, «AIDA», 2015, pp. 25 sgg. *Cfr.*, in senso diverso: B. GILIBERTI, *op. cit.*, 95 ss., valorizzando l'intrinseca attitudine dichiarativa del provvedimento amministrativo e l'adeguatezza del sindacato giurisdizionale amministrativo; G. PARODI, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust* cit., 1150 ss., insistendo sul limitato ambito oggettivo del vincolo e sul riequilibrio offerto dalla impugnabilità nella sede propria.

<sup>15</sup> A rigore, potrebbero sollevarsi dubbi anche circa la piena ortodossia sistematica del vincolo al giudicato amministrativo di rigetto dell'impugnativa, considerando che il rigetto della impugnativa, in ragione della conformazione del giudizio amministrativo, non equivale ad una declaratoria di sussistenza dell'infrazione, promanando l'accertamento vincolante pur sempre dal provvedimento amministrativo "confermato" o, meglio, non annullato. In argomento: GILIBERTI, *op. cit.*, pp. 104 sgg.

<sup>16</sup> Corte costituzionale, 31 gennaio 2019 n. 13, «*Giurisprudenza italiana*», 2019, 286 ss., con nota di G. SICCHIERO, *La dottrina costituzionale del "giudice ai limitati fini"*; in «*Foro italiano*», 2019, I, 1586 ss., con nota s.t. di R. ROMBOLI. Già la Corte europea aveva negato alle Autorità garanti nazionali la legittimazione al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, proprio sottolineandone il *deficit* di indipendenza che deriva dall'inserimento entro il sistema di attuazione amministrativa della libertà di concorrenza, al cui vertice si trova la Commissione europea (Corte di giustizia, grande sezione, 31 maggio 2005, C-53/03, *Syfait*).

<sup>17</sup> Ci si permette di rinviare a: M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, G. Giappichelli, Editore, Torino, 2006, pp. 19, 27 sgg., 40 sgg.

<sup>18</sup> Sulla *terzietà* e neutralità del giudicante come *proprium* indefettibile del giudizio e del

Come riconosce la Consulta nella citata pronuncia, l’Autorità investita del compito di vegliare sulla funzionalità concorrenziale dei mercati «al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale»<sup>19</sup>. D’altra parte, che l’Autorità sia portatrice, come di regola avviene per la P.A., di un interesse proprio al perseguimento del fine generale cui è preposta, risulta anche dall’art. 21 bis, l. 287/1990, che le attribuisce legittimazione ad impugnare i provvedimenti amministrativi di altre autorità amministrative quando “violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”<sup>20</sup>.

Infine, per escludere che l’Autorità possa essere considerata alla stregua di un giudice basterebbe considerare che, proprio in quanto portatri-

processo giurisdizionale: A. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium (brevisime considerazioni a margine di una celebre dottrina)*, in *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, a cura di R. MARTINO, A. PANZAROLA, M. ABBAMONTE, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 411 sgg.

<sup>19</sup> Corte costituzionale n. 13/2019, *cit.*, pt. 5. La natura (anche oggettivamente) amministrativa delle funzioni svolte dall’Autorità risulta *a fortiori* ancor più evidente per chi (come M. LIBERTINI, *Osservazioni sull’ordinanza 1/2018 dell’Agcm*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14/2018) enfatizza la discrezionalità tecnica di cui è investita, sia con riguardo alla concretizzazione di divieti generici sia con riguardo alla scelta dei rimedi più opportuni, al fine di conseguire l’obiettivo dell’equilibrio concorrenziale del mercato. In questa prospettiva, che allarga lo sguardo anche oltre il settore delle intese e degli abusi di posizione dominante, l’Autorità, in collaborazione con la Commissione europea, svolge quindi anche un ruolo preminente nell’orientare in concreto la “politica *antitrust*”. Nel senso che le valutazioni dell’Autorità abbiano natura discrezionale in senso proprio almeno con riguardo alla valutazione se sia o meno opportuno avviare un’istruttoria, oltre che con riguardo ai provvedimenti di autorizzazione in deroga di intese altrimenti vietate ed ai provvedimenti in materia di concentrazioni: F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, «*Il diritto dell’economia*», 2010, pp. 23 sgg.

<sup>20</sup> D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2022, p. 27. Si discute se l’innovativa previsione introduca una eccezionale ipotesi di giurisdizione amministrativa oggettiva (R. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, «*Concorrenza e mercato*», 2013, p. 107) ovvero se, come appare maggiormente persuasivo, vada pur sempre inquadrata come forma di tutela di un interesse sostanziale, appunto l’interesse legittimo (e diffuso) alla tutela della concorrenza imputato *ex lege* al Garante (M. LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell’Agcm sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, *ivi*, 2018, pp. 5 sgg.; S. MENCHINI, A. MOTTO, *Profili processuali dell’azione dell’Agcm ex art. 21 bis l.287/90*, *ivi*, pp. 18 sgg.; N. PICA, *La tutela processuale dell’interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell’Agcm*, «*Diritto processuale amministrativo*», 2019, pp. 809 sgg.).

ce dell'interesse al mantenimento dell'assetto concorrenziale del mercato, essa – ben diversamente da un giudice – è necessariamente parte del processo di impugnazione dei suoi atti <sup>21</sup>.

Queste considerazioni sono a mio parere sufficienti per escludere che la decisione con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato accerta una violazione degli artt. 101 o 102 TFUE o delle corrispondenti disposizioni nazionali possa essere pienamente parificata alla *res judicata* in senso proprio.

Infatti anche chi, scartando *de jure condito* alla luce della formulazione dell'art. 7.1 d. lgs. n. 3/2017 le soluzioni alternative ed in primo luogo le, solo apparentemente, più tranquillizzanti ricostruzioni in chiave probatoria, oggi ritiene si possa parlare, a proposito del vincolo alla constatazione dell'infrazione ai divieti *antitrust* operata in sede amministrativa, di giudicato, sia pure “non giurisdizionale”, non manca di sottolineare la singolarità del fenomeno e la difficoltà di ricondurlo nel quadro del “sistema” o quantomeno delle sue coordinate tradizionali <sup>22</sup>.

Questa tensione innegabilmente si delinea in particolare sotto il profilo della compressione della piena indipendenza del giudice, che secondo il modello costituzionale dev'essere “soggetto soltanto alla legge”, nonché della limitazione dei diritti di difesa dell'impresa convenuta. Ed è significativo che i timori per una eccessiva compressione dei diritti difensivi dell'impresa convenuta siano stati presi in considerazione anche legislatore europeo, almeno con riguardo alle decisioni delle Autorità garanti *straniere*, che l'art. 9 Dir., tenendosi alla larga dalle ben più “generose” impostazioni tedesche, delinea in termini di “prova *prima facie*” <sup>23</sup>. Come noto, in sede di recepimento, il nostro legislatore

<sup>21</sup> Si veda anche l'art. 30 comma 2 Dir. 2019/1/UE, cosiddetta Direttiva ECN+.

<sup>22</sup> A.A. ROMANO, op. cit., 684, che vi legge una «sorta di iper-vincolo» esteso anche alla ricognizione a guisa di prova legale delle singole circostanze di fatto apprezzate in motivazione, indipendentemente dalla loro essenzialità ai fini dell'accertamento dell'infrazione.

<sup>23</sup> La distinzione netta tra il valore delle decisioni amministrative nazionali e di quelle straniere, già da tempo superata in Germania, paga un tributo alle diffidenze nei confronti dell'identica capacità di ciascun ordinamento nazionale di garantire adeguate tutele, sia in sede amministrativa che in sede di ricorso, per le imprese sanzionate. Se l'art. 3 comma 2 Direttiva 1/2019/UE, là dove impone agli Stati membri di provvedere «a che l'esercizio dei poteri (investigativi e sanzionatori delle AG) sia soggetto a garanzie adeguate per quanto concerne il diritto di difesa delle imprese, compresi il diritto di essere sentiti e il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice», riuscisse ad omologare sotto il profilo delle garanzie i procedimenti amministrativi e di ricorso, tale distinzione potrebbe forse essere rimodulata adottando un modello analogo a quello che vige per la circolazione delle decisioni giurisdizionali nel cd. sistema di Bruxelles, i.e. il riconoscimento pieno

si è attestato sul livello *minimo* di efficacia imposto dalla Direttiva <sup>24</sup>, attribuendo alle decisioni delle A.G. straniere un mero effetto di “prova valutabile insieme alle altre”.

È alla luce dei sopra visti timori che, come pure chi scrive ha sostenuto e tuttora ribadisce, meglio sarebbe stato non innovare affatto rispetto al precedente *acquis* giurisprudenziale e quindi non allontanarsi per tutte le decisioni amministrative, anche quelle municipali, dal piano, peraltro anch'esso un poco scivoloso ed ambiguo, della “prova privilegiata” e cioè del vincolo *non* assoluto, ma cedevole al cospetto di una adeguata prova ovvero argomentazione contraria <sup>25</sup>.

Piaccia o meno, quel vincolo è stato però positivamente sancito in ottemperanza alla volontà del legislatore europeo ed allora all'interprete non resta che insistere sull'imprescindibile necessità di un sindacato giurisdizionale effettivo e quanto più completo possibile sulla decisione amministrativa, quale indefettibile condizione per la tollerabilità costituzionale della limitazione all'indipendenza del giudice civile ed al diritto di difesa del convenuto <sup>26</sup>.

dell'identica efficacia spettante all'omologa decisione domestica salvo il limite dell'ordine pubblico anche processuale.

<sup>24</sup> Potendosi anzi discutere se la trasposizione, là dove discorre di “prova valutabile insieme alle altre”, risulti davvero fedele alla “prova *prima facie*” evocata dalla Direttiva 104/2014/UE, cui probabilmente meglio corrisponde la figura della c.d. verità interinale o prova “privilegiata”, quale autonomamente elaborata dalla giurisprudenza italiana. Nel senso che la trasposizione francese, che alle decisioni di Autorità straniere attribuisce un valore di *simple moyen de preuve* (mentre il progetto di trasposizione evocava una efficacia di presunzione relativa), non sia del tutto in linea con l'indicazione europea: R. AMARO, *Transposition de la Directive Dommages en France*, cit., p. 74.

<sup>25</sup> *Auspica de jure condendo* un coordinamento incentrato sulla ben più flessibile efficacia probatoria di cui all'art. 7 co. 2, cit.: A.A. ROMANO, op. cit., pp. 698 sgg., il quale rammenta come, fuori dal settore antitrust, lo stesso legislatore europeo manifesti la tendenza a contenere sul piano probatorio l'influsso dei provvedimenti di *public enforcement* sui giudizi civili per i medesimi fatti (art. 15 Direttiva 1828/2020/UE del 25 novembre 2020, recante norme relative alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori).

<sup>26</sup> Sul “corto circuito” tra garanzia dell'indipendenza del giudice, tutela dei diritti di difesa dell'impresa convenuta e pienezza del sindacato giurisdizionale sul provvedimento amministrativo, si rinvia a: M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., pp. 494 sgg. In argomento: G. PARODI, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust*, cit., p. 1162; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento Agcm: profili sostanziali e processuali*, «Diritto processuale amministrativo», 2020, pp. 45 sgg.: 75, il quale collega al carattere pieno e sostitutivo del giudizio impugnatorio la compatibilità costituzionale e con la CEDU della norma che eccezionalmente attribuisce effetto vincolante nei rapporti inter-privati al contenuto dichiarativo della decisione amministrativa.

Realisticamente, si deve ammettere che il richiamo ai contro-limiti per disinnesare il vincolo alla decisione amministrativa inoppugnabile appare impervio, quantomeno sotto il profilo della violazione dell'art. 24 co. 2 cost., alla luce della costante giurisprudenza nazionale che in linea con quella della Corte europea dei diritti dell'uomo (il riferimento è alla notissima sentenza della Corte EDU 27 dicembre 2011, in causa *Menarini Diagnostic*) si è sempre pronunciata nel senso dell'adeguatezza del sindacato apprestato dal nostro Consiglio di Stato <sup>27</sup>.

Se così è, credo che il problema che l'interprete deve porsi, prima ancora di quello della *natura*, sia quello del concreto *modus operandi* di questo vincolo.

In definitiva, credo che sia al fondo poco costruttivo ogni tentativo di costringere a forza il singolare fenomeno delineato dall'art. 7.1 d. lgs. n. 3/2017 entro la matrice di istituti ben conosciuti e quindi entro le consueti e familiari coordinate, riguardandolo come prova legale ovvero come cosa giudicata e movendo poi da tale assunto per ricavarne deduttivamente i corollari applicativi <sup>28</sup>. A seconda della prospettiva assunta questo vincolo presenta in effetti punti di contatto vuoi con quella, vuoi con questa, senza tuttavia lasciarsi ricondurre interamente a nessuna delle due.

Quel che si deve, piuttosto, indagare è come concretamente funzioni tale vincolo e precisamente *in quale ambito, in quale misura e con quale forza* esso pregiudichi l'autonomo apprezzamento del giudice civile in sede risarcitoria.

In quest'ottica, emerge la questione *se* il giudice civile, accanto alla via di fuga offerta dall'art. 267 TFUE nei limiti in cui risulti concretamente praticabile, possa *anche* "disapplicare" la decisione amministrativa, secondo quanto sembra sibillinamente evocare la Relazione illustrativa del citato decreto di recepimento <sup>29</sup>. La suggestione contenuta nella

<sup>27</sup> La nostra Corte di cassazione infatti ha sinora sempre rifiutato di censurare gli *standard* di sindacato praticati dal giudice amministrativo, pur riconoscendo che l'imprescindibile garanzia dei diritti di difesa postula una sede di ricorso giurisdizionale effettivo contro la decisione amministrativa (per tutte: Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014 n. 1013; id., 3 novembre 2021 n. 31311). Dal canto suo, il Consiglio di Stato si è recentemente spinto sino ad ammettere un controllo intrinseco forte sulle valutazioni complesse, nel segno di un sindacato pieno di "maggior attendibilità" (Cons. di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, «*Diritto processuale amministrativo*», 2020, 740 ss).

<sup>28</sup> Sulla terza prospettiva, che valorizza la decisione quale elemento della fattispecie risarcitoria e quindi rilegge l'art. 7.1 citato come norma sostanziale, si veda retro nota 5.

<sup>29</sup> Un cenno nella Relazione illustrativa annessa allo schema di d.lgs., là dove si suggeriva la possibilità per il giudice civile di discostarsi dal provvedimento inoppugnabile ma

Relazione non è stata trasfusa nel testo della disposizione e la sua praticabilità deve fare i conti sia con le incertezze che circondano in linea generale l'istituto della disapplicazione di cui all'art. 5 l. n. 2248/1865 allegato E, sia con l'intenzione del legislatore euro-unitario di vincolare l'impresa sanzionata alla constatazione di infrazione contenuta nel provvedimento non tempestivamente impugnato. Tuttavia, non può sottacersi la rilevanza dell'espresso riferimento all'art. 267 TFUE nel contesto dell'art. 7 d. lgs. n. 3/2017. In effetti, la necessità di temperare il vincolo imposto al giudice civile con il principio secondo il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge assume un rilievo centrale, come riconosceva già la sentenza *Masterfoods* precisando che l'obbligo del giudice nazionale di non contraddire la decisione della Commissione postula che la decisione sia legittima<sup>30</sup>. La tollerabilità del vincolo, quindi, non solo postula che i diritti difensivi della parte che lo subisce trovino adeguato contrappeso nell'imprescindibile possibilità di un effettivo e penetrante vaglio giurisdizionale in sede di impugnazione della decisione; ma riposa pure sulla facoltà che al giudice civile deve restare in qualche misura aperta di respingere un accertamento amministrativo illegittimo, almeno sotto il profilo della violazione del diritto unionale, anche se non più impugnabile dalla parte privata.

irrimediabilmente viziato, *implicitamente* evocando l'art. 5 l. n. 2248/1865 allegato E. Sul difficile coordinamento tra quella suggestione ed il tenore letterale dell'art. 7 d.lgs. n. 3/2017, si rinvia al nostro: *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 2018, 476 ss., 500. Escludono la praticabilità della disapplicazione: G. PARODI, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust* cit., 1160; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo*, cit., 61, osservando che la Direttiva chiaramente attribuisce effetto imperativo all'accertamento contenuto in un provvedimento divenuto non più impugnabile per decorso del termine di decadenza. Analogamente, Dalfino, op. ult. cit., 99.

<sup>30</sup> Corte di giustizia 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods*, cit., p. 54. Nel senso che il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE rappresenti l'indispensabile valvola di sfogo senza la quale verrebbe eccessivamente compromessa la separazione tra potere giudiziario ed esecutivo: M. GRÜNBERGER, *Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen*, in *Kartelldurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?*, a cura di W. MÖSCHEL, F. BIEN, Nomos, Baden Baden, 2010, p. 135 ss., spec. p. 186 s 184 ss.; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der EU im Kartellrecht*, Nomos, Baden Baden, 2011, 234.

### 3. La necessità di contenere entro limiti ragionevoli l'ambito applicativo del vincolo e la sua latitudine oggettiva e soggettiva

La peculiarità del vincolo istituito ai sensi del citato art. 7.1, se non deve condurre al tentativo di espungere la norma dal sistema, deve però informare l'approccio interpretativo alla disposizione, che va improntato alla massima cautela.

Ne consegue che non se ne può ammettere l'applicazione in via analogica al fuori dal contenzioso *antitrust* e così alle decisioni emessa da altre Autorità amministrative indipendenti e forse anche – *de jure condito* – alle decisioni adottate dalla medesima Autorità garante della concorrenza e del mercato nel diverso settore delle pratiche commerciali sleali, dove pure esiste un doppio binario di tutela ma fa difetto una espressa previsione del tenore di quella che stiamo qui commentando <sup>31</sup>.

Ciò detto, evidenti ragioni di opportunità e di efficienza del processo sconsigliano di circoscrivere gli effetti vincolanti della decisione amministrativa alle sole domande aventi ad oggetto il risarcimento del danno <sup>32</sup>. È pur vero che il decreto di recepimento, sul punto fedele alla Direttiva n.

<sup>31</sup> L'estensione al settore delle pratiche commerciali scorrette dell'efficacia vincolante delle decisioni amministrative è oggetto di dibattito. Nel senso che allo stato attuale le risultanze del procedimento amministrativo possano al più costituire un principio di prova: A. GENOVESE, *Profili di public e private enforcement dei divieti di pratiche commerciali scorrette*, «Giurisprudenza commerciale», 2022, I, 767 ss.; *contra*: P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, «Concorrenza e mercato», 2013, 193 ss. Ciò non toglie che, dove non possa spingersi la forza vincolante, possa nondimeno espandersi la logica della c.d. "prova privilegiata". In questa direzione muove, con riguardo alla decisione con cui l'Agcm censura una clausola contrattuale vessatoria: Cass. 31.8.2021 n. 23655 (in «Giurisprudenza commerciale», 2022, II, p. 595 sgg., con nota di DE LUCA e in «Nuova giurisprudenza civile commerciale» 2022, pp. 108 sgg., con nota di PISTELLI).

<sup>32</sup> Analogamente: P. FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle Autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, «Analisi giuridica dell'economia», 2017, pp. 367 sgg., 390. Il problema si è posto concretamente in Italia nel noto caso delle fidejussioni bancarie, incorporanti clausole riproducenti il contenuto del modello contrattuale elaborato dall'ABI e già condannato come intesa restrittiva della concorrenza. In quel contesto, il Supremo Collegio, oltre ad avallare la nullità derivata dei contratti di fidejussione (poi confermata, nei limiti di una nullità solo parziale da: Cass., sez. un., 30 dicembre 2021 n. 41994), aveva altresì riconosciuto efficacia di prova privilegiata (non essendo applicabile *ratione temporis* la Direttiva 104/2014/UE) alla decisione emanata dalla Banca di Italia, all'epoca investita della funzione di attuare il diritto *antitrust* in tale specifico mercato (Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846).

104/2004 e diversamente dalla più generale previsione dettata con riguardo alle decisioni della Commissione dall’art. 16 Reg. n.1/2003, prende in esame solo questo specifico profilo del *private enforcement*<sup>33</sup>; tuttavia, la stretta aderenza alla lettera della previsione finirebbe in questo caso per introdurre irragionevoli ostacoli processuali alle iniziative giurisdizionali della “vittima” di una restrizione della concorrenza: infatti, molto spesso nella concreta esperienza del contenzioso la domanda risarcitoria è proposta in cumulo semplice o subordinato con altre, di nullità o restitutorie, e mi parrebbe irragionevole reputare che il vincolo alla constatazione dell’infrazione possa operare solo selettivamente. Una simile conclusione non sarebbe, d’altra parte, nemmeno coerente con gli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo e segnatamente con l’esigenza di rafforzare la funzione deterrente del contenzioso civilistico, quale ulteriore e complementare strumento per l’efficace attuazione degli artt. 101 e 102 TFUE. In effetti, se sin qui la traiettoria privilegiata dalla Commissione UE è stata quella risarcitoria, vanno crescendo le voci che – considerate le intrinseche difficoltà incontrate dalle tutele risarcitorie – auspicano una maggiore enfasi sulle sanzioni invalidatorie<sup>34</sup>. Non è questa la sede opportuna per vagliare i meriti di tale impostazione<sup>35</sup>, ma non può misconoscersi che se davvero le sanzioni invalidatorie a danno dei contratti derivati o attuativi dell’intesa anticoncorrenziale dovessero prendere piede e di fatto riorientare in tutto o in parte l’esperienza del *private enforcement*, l’estensione delle regole sancite dalla Direttiva n. 104/2014 e dal decreto di recepimento (e così delle tecniche di acquisizione della prova, come pure del vincolo alla decisione amministrativa) anche alle domande modulate in chiave invalidatoria sarebbe ineludibile. Diversamente, ne risulterebbe

<sup>33</sup> Il tema è dibattuto anche in Germania, dove pure la letteratura appare divisa tra chi reputa il silenzio frutto di una consapevole scelta selettiva e chi invece opina per un riferimento ellittico alla intera classe delle *Kartellfragen* (per riferimenti si rinvia a: D. WIEGANDT, *Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 167 sgg.).

<sup>34</sup> Si vedano ad esempio le considerazioni svolte da: H. ULLRICH, *Private Enforcement of the EU Rules on Competition – Nullity Neglected*, «*International Review of Intellectual Property and Competition Law*», 2021, 606 ss.

<sup>35</sup> Sull’accesso dibattuto sviluppatosi in Italia, si rinvia per tutti a: M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui contratti “a valle”. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, «*Nuova giur. civ. comm.*», 2020, pp. 378 sgg.; F. DENOZZA, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva della disciplina dei contratti a valle di intese e abusi*, «*Rivista diritto industriale*», 2019, I, pp. 354 sgg.; ID., *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del “solo risarcimento” per le vittime di intese ed abusi*, «*Nuova giurisprudenza civile commentata*», 2020, pp. 406 sgg.



frustrato l'obiettivo perseguito dalla Direttiva, che mira ad offrire rimedi e tecniche di tutela efficaci ed effettive a vantaggio di chi si affermi vittima di condotte restrittive della libera concorrenza sul mercato. In ogni caso, per non frustrare il fine di agevolare le azioni private, se anche se ne escludesse in tali ipotesi l'efficacia vincolante, alle decisioni amministrative dovrebbe comunque riconoscersi quantomeno un valore "altamente persuasivo" in sede civile, indipendentemente dal *petitum* della domanda<sup>36</sup>.

Sulla via della definizione e perimetrazione della forza e dei limiti del vincolo *ex art. 7.1 d.lgs. 3/17*, credo inoltre che l'interprete – più che argomentare deduttivamente da una presupposta natura – debba interrogare la disposizione tenendone in debito conto la *ratio* prevalente e cercando di conciliare *nella misura maggiore possibile* l'intento legislativo con l'imprescindibile rispetto dei diritti di difesa<sup>37</sup>.

Imboccando questa prospettiva, ponendoci quindi sulla via della ricostruzione del concreto *modus operandi* del vincolo – che per ora potremmo rassegnarci a considerare semplicemente di natura "aliena", in quanto imposto dalla fonte sovranazionale – emerge in primo piano il problema dei limiti oggettivi e soggettivi entro i quali può e deve essere contenuta la portata vincolante che la decisione amministrativa esplica in sede civile.

La già sottolineata singolarità dell'obbligo positivo di conformarsi alla decisione amministrativa dovrebbe suggerire di contenerlo quanto più possibile entro rigorosi confini, proprio per non esacerbare la tensione latente con i principi costituzionali, ai quali risulta fundamentalmente estraneo un tanto esteso condizionamento del giudizio civile alle qualificazioni ed agli accertamenti operati da una autorità non giurisdizionale.

Con particolare riguardo all'ambito soggettivo di efficacia, si era sinora quasi coralmemente ripetuto che la decisione dell'Autorità si impone nel

<sup>36</sup> La questione è lambita da un rinvio pregiudiziale pendente innanzi alla Corte di giustizia (causa C-25/21, *Repsol*). Nelle sue Conclusioni (punti 46, 91 e 95), l'Avvocato generale Pitruzzella muove dalla constatazione che le azioni di nullità (nel caso di specie nullità dei contratti attuativi di una intesa verticale avente ad oggetto la fissazione dei prezzi di rivendita) non rientrano nel campo di applicazione della Direttiva, ma che tuttavia «il principio di effettività e l'esigenza di garantire la piena efficacia dell'articolo 101 TFUE impongano al giudice civile di attribuire a detto accertamento non soltanto un valore di indizio o di principio di prova, ma quantomeno un valore di prova *prima facie* dell'esistenza di detta violazione».

<sup>37</sup> Nel senso che la legittimità costituzionale del citato art. 7.1 dipenda dalla *proporzionalità* tra il sacrificio dei diritti di difesa del convenuto e l'esigenza di garantire l'effettività del diritto di azione del danneggiato attore, da ultimo: G. PARODI, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust.*, cit., p. 1152.

giudizio civile come vincolante accertamento dell’illecito concorrenziale solo nei confronti delle imprese espressamente menzionate nella decisione, in quanto *destinatari del provvedimento*, inibitorio ed eventualmente anche sanzionatorio, adottato dalla Autorità garante<sup>38</sup>. La legittimità costituzionale del vincolo infatti postula indefettibilmente che al suo destinatario sia stato pienamente garantito l’esercizio del diritto di difesa entro il procedimento amministrativo e poi mediante il potere di impugnazione in sede di giurisdizione amministrativa<sup>39</sup>.

Questo non significa che il risarcimento possa essere chiesto solo ai medesimi enti sanzionati dall’Autorità garante. Alla parte danneggiata, che si avvantaggia della decisione amministrativa, non risulta di regola affatto precluso sostenere in sede civile che l’infrazione costatata in realtà ha avuto una durata o un’estensione maggiori coinvolgendo pure altre imprese, oltre a quelle già condannate in sede amministrativa<sup>40</sup>, ma naturalmente la parte danneggiata dovrà a tal fine assolvere senza agevolazioni il relativo onere della prova.

<sup>38</sup> Nel senso che «*the right of due process, in particular the right of defence and a fair hearing, requires that the binding effect of a decision can only be invoked against its addressees*», vedi *ex multis*: J-U. FRANCK, *Private Enforcement in Germany*, in *Private Enforcement of European Competition and State Aid law*, a cura di F. WOLLESchLÄGER, W. WURMNEST, T. MÖLLERS, Wolters Kluwer, 2020, pp. 77 sgg.: 110. L’Autore adduce ad esempio il caso in cui l’Autorità garante, accertata l’illiceità di un sistema di distribuzione selettiva, proceda nei soli confronti del produttore e precisa che l’effetto vincolante della decisione non potrebbe essere invocato in sede civile contro il distributore. Analoga impostazione restrittiva in: CAMILLERI E., *Private Enforcement in Italy*, *ivi*, pp. 117 sgg.: 130.

<sup>39</sup> R. NAZZINI, *The effect of decisions by competition authorities in the EU*, «*Rivista italiana di antitrust*», 2016, pp. 68 ss.: 74, citando la pronuncia della Court of appeal in *Emerson Electric Co v Mersen UK Portslade Ltd* [2012] EWCA Civ 1559, con riguardo ad una decisione della Commissione che, pur menzionando la controllata in motivazione risultava indirizzata alla sola capogruppo. Anche P. FABBIO (*op. cit.*, 387), ponendosi il quesito circa l’ipotizzabile estensione del vincolo a tutte le imprese del gruppo, pur non partecipanti al procedimento amministrativo e quindi non menzionate dalla decisione, conclude infine che «in realtà, la nozione di “portata personale” va correttamente intesa nel senso che il vincolo ex art. 7 non può riguardare in alcun modo i convenuti del giudizio per danni che non siano stati anche parte del procedimento amministrativo e destinatari della decisione finale dell’Agcm». Sulla prassi delle corti francesi, vedi: R. AMARO, *Actions privées en matière de pratique anticoncurrentielles*, *cit.*, punto 69, ove si prende atto dell’attuale orientamento restrittivo per cui se la decisione è indirizzata alla sola capogruppo, non vincola la controllata pena la violazione dell’art. 32 c.p.c. francese, nel contempo prefigurandone il possibile superamento su impulso della giurisprudenza comunitaria. Per ulteriori riferimenti, anche comparatistico, ci si permette di rinviare al nostro: *L’efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, *cit.*, pp. 507 sgg.

<sup>40</sup> Vedi, *si vis*, ancora il nostro *L’efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, *cit.*, p. 493.

La questione assume spessore concreto soprattutto nel frequente caso di coinvolgimento nella violazione constatata in sede amministrativa di imprese appartenenti a gruppi societari.

Alla stregua della sopra rammentata impostazione rigorosa in ordine ai limiti soggettivi del vincolo, se l'Autorità garante sanziona esclusivamente la società capogruppo o comunque solo a questa indirizza l'addebito, la dimostrazione dell'eventuale coinvolgimento nell'illecito di altre società appartenenti al medesimo gruppo dovrebbe essere autonomamente fornita dal danneggiato, il quale tutt'al più potrebbe eventualmente giovare delle prove raccolte nel procedimento amministrativo ovvero del valore meramente indiziario della previa decisione *inter alios*.

La conclusione, tuttavia, potrebbe forse mutare alla luce di una recente decisione adottata dalla Corte di giustizia della UE.

#### **4. La responsabilità nell'ambito del gruppo societario secondo la pronuncia *Sumal***

Nel caso *Sumal*<sup>41</sup>, la Corte di giustizia, riunita nella sua più autorevole composizione, sancisce un principio di impatto potenzialmente dirompente. Muovendo dalla nozione economica e funzionale di impresa caratteristica del *public enforcement*<sup>42</sup>, la Corte ne porta a compimento l'estensione alla dimensione civilistica, già principata nel caso *Skanska*<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, C-882/19, *Sumal SL V. Mercedes Benz Truck Espana SL*.

<sup>42</sup> La considerazione della dimensione unitaria del gruppo di imprese rappresenta un risultato acquisito nel settore antitrust: il fenomeno del coordinamento rileva sia per escludere dall'ambito delle intese vietate gli accordi intra-gruppo, sia per consentire l'imputazione alla capogruppo della responsabilità amministrativa per l'illecito concorrenziale della controllata, che non abbia agito in piena autonomia. Per tutti: P. MANZINI, *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, 2° ed., CEDAM, Milano, 2020, 330 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 74 sgg., 418 sgg.; in argomento, vedi anche: P. WHELAN, *Private enforcement and the imputation of antitrust liability*, 27 aprile 2022, accessibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4080911>.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, 14 marzo 2019, C-724/17, *Skanska*, pubblicata in «*Rivista di diritto internazionale privato e processuale*», 2020, p. 718; e in «*Common Market Law Review*», 2020, pp. 915 sgg., con nota di W. WURMNEST, *Liability of "undertakings" in damages actions for breach of Articles 101, 102 TFUE*; C. KERSTING, *Kartellrechtliche Haftung des Unternehmens nach Art. 101 AEUV*, «*Wirtschaft und Wettbewerb*», 2019, p. 290. Nella pronuncia *Skanska*, la Corte estende al piano della responsabilità civile la dottrina della "continuità economica" in base alla quale la Commissione, onde scongiurare l'elusione dei precetti antitrust, può imputare le sanzioni alle società "eredi" di quella, nel frattempo cessata, che ha tenuto

Rivendicando al diritto unionale – oltre alla determinazione dei soggetti che possono subire un danno risarcibile a causa di infrazioni degli artt. 101 e 102 TFUE – anche l’individuazione dei soggetti tenuti a risarcire tale danno, la Corte chiarisce che la nozione economica e funzionale di “impresa”, quale elaborata dalla Corte di giustizia con riguardo all’azione sanzionatoria della Commissione, si estende al piano privatistico <sup>44</sup>. In particolare, nel caso *Sumal*, la Corte – aderendo alle conclusioni dell’Avv. Generale Pitruzzella – applica anche al contenzioso civile la nozione di “singola unità economica”, elaborata dalla Commissione per imputare alla capogruppo violazioni commesse da società da questa controllate.

La Corte tuttavia si spinge ben oltre l’approdo, consolidato a livello di *public enforcement*, della “*parental liability*” <sup>45</sup>. Infatti, la Corte giunge sino a sancire assai innovativamente la diretta imputazione dell’infrazione e della conseguente responsabilità, così amministrativa come civile, alla “singola unità economica”, costituita da imprese avvinte da vincoli organizzativi e di controllo, e conseguentemente a tutte le società che la compongono e che, operando nel medesimo settore economico <sup>46</sup>, attuano sul mercato, ancorché inconsapevolmente, la strategia collusiva dell’unitaria “impresa” già sanzionata in sede amministrativa nella persona della capogruppo <sup>47</sup>.

la condotta anti-competitiva o comunque alla società risultante da eventuali trasformazioni, fusioni, incorporazioni e simili.

<sup>44</sup> Come già affermato dalla pronuncia resa nel caso *Skanska, cit.*, punto 28 ss., precisando che a tal fine deve farsi riferimento alla nozione di impresa di cui all’art. 101 TFUE. La piena convergenza tra il piano del “*public enforcement*” e quello del “*private enforcement*” risulta, nell’opinione della Corte, suffragata anche dall’art. 1 Direttiva 2014/104/UE, da interpretarsi nel senso che “i responsabili dei danni causati da una violazione del diritto comunitario della concorrenza sono proprio le “imprese” che hanno commesso tale violazione” (*Skanska, cit.*, punto 35).

<sup>45</sup> Dopo la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso *Skanska*, nel senso che nulla osti all’estensione in sede civile anche della cosiddetta *parental liability*, i.e. dell’imputazione, in virtù della influenza determinante che la prima esercita sulla seconda, alla controllante delle infrazioni commesse dalla controllata: P. MANZINI, *op. cit.*, p. 342; W. WURMNEST, *Liability of “undertakings” in damages actions, cit.*, pp. 928 sgg. Maggiori perplessità invece emergevano con riguardo alla praticabilità di un’ulteriore estensione, precisamente nel senso di una *bottom-down liability*, che facesse rispondere dell’infrazione commessa dalla capogruppo anche tutte le controllate, ancorché non direttamente partecipanti alla violazione. In senso dubitativo: W. WURMNEST, *op. cit.*, 930; B. FREUND, *Reshaping Liability. The concept of undertaking applied to private enforcement of EU Competition Law*, «GRUR International», 2021, pp. 731 sgg.: 738.

<sup>46</sup> Corte di giustizia, *Sumal, cit.*, punto 57.

<sup>47</sup> Corte di giustizia, *Sumal, cit.*, punto 67: «l’articolo 101.1, TFUE deve essere interpretato nel senso che la vittima di una pratica anticoncorrenziale di un’impresa può proporre

Per questa via, la Corte di giustizia inaugura un'inedita, anche rispetto alla prassi amministrativa, declinazione in senso *discendente* della *single economic unit theory*<sup>48</sup>. Mentre sino ad ora la Corte di giustizia si era limitata ad avallare la prassi della Commissione, orientata a sanzionare anche o solo la capogruppo per condotte anti-competitive tenute da società controllate, sulle quali la prima eserciti una “influenza decisiva”; oggi, la Corte non solo riconosce che il controllo e l'influenza decisiva comportano anche la responsabilità civile per l'illecito della controllata, ma inoltre afferma che l'imputazione della responsabilità può seguire il percorso inverso e quindi estendersi dalla controllante, autrice materiale della condotta anti-competitiva, ad una qualunque delle controllate, purché attive nel medesimo settore economico interessato (tipicamente, si tratterà della controllata che commercializza il medesimo prodotto), indipendentemente dalla prova di una loro diretta partecipazione all'infrazione.

Si tratta palesemente di una pronuncia che attiene in primo luogo al piano sostanziale. Superando di slancio il cosiddetto “schermo societario”

un'azione di risarcimento danni indifferentemente nei confronti di una società madre che è stata sanzionata dalla Commissione europea per tale pratica in una decisione o nei confronti di una società figlia di tale società che non è oggetto di detta decisione qualora esse costituiscano insieme un'unità economica». Nel caso di specie, l'attore agiva davanti al giudice spagnolo deducendo di avere acquistato un camioncino a prezzo eccessivo in quanto alterato per effetto dell'intesa tra i principali produttori di veicoli commerciali, già sanzionata dalla Commissione, e chiedendo il risarcimento del danno nei confronti della controllata locale della società capogruppo, unica destinataria dell'accertamento amministrativo.

<sup>48</sup> Le argomentazioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella, sostanzialmente avallate dai giudici del Lussemburgo, richiamano da vicino quelle reiteratamente articolate da C. KERSTING (dell'Autore, si vedano *ex multis*: il capitolo dedicato alla Germania in *The EU Damages Directive Transposition in Member States*, a cura di B. RODGER, M. SOUSA FERRO, Oxford University Press, 2018, pp.125 sgg.: 131; ID., *Liability of sister companies and subsidiaries in the European competition law*, 27.2.2020, accessibile al sito <https://ssrn.com/abstract=3355816>; analogamente orientato: M. SOUSA FERRO, *Binding effect of public enforcement decisions*, 10 giugno 2022, accessibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4126981>, § 5). Secondo C. KERSTING, si potrebbe parlare di una responsabilità del gruppo in quanto tale, *rectius* della “singola unità economica”, idonea quindi a ricadere su tutte le articolazioni interne (in senso ascendente, discendente ed anche collaterale). Per ulteriori riferimenti al dibattito tedesco, innescato dalla ricezione della nozione di “unità economica” ai fini della responsabilità amministrativa dell'impresa (§ 81 abs. 3a GWB): N. LUND, *Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 274 sgg.; J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, 65 ss.; D. WIEGANDT, *op. cit.*, 174 ss.

<sup>49</sup>, la Corte UE amplia significativamente la platea dei corresponsabili in solido: il che, di per se, dovrebbe agevolare il ristoro dei danni a vantaggio delle vittime di illecite restrizioni della concorrenza, rafforzando l'effettività del *private enforcement* del diritto antitrust e la sua indiretta funzione deterrente.

La soluzione si profila peraltro come doppiamente innovativa. Non solo la Corte, porta a compimento l'estensione dal piano amministrativo a quello inter-privato dell'identica nozione funzionale di “impresa”; ma giunge addirittura a concepire una tutt'altro che scontata propalazione automatica della responsabilità all'interno del gruppo societario, che potenzialmente potrebbe espandersi anche in linea collaterale sino a riconoscere una “*sister-liability*”, cioè la corresponsabilità di ciascuna impresa del gruppo per l'illecito di una consorella. Si tratta peraltro di una traiettoria la cui pratica utilità appare assai meno trasparente, rispetto alla consueta tendenza a squarciare il *corporate veil*, puntando alla

<sup>49</sup> Come noto in Italia il fenomeno del gruppo societario non riceve organica disciplina, emergendo solo episodicamente a livello positivo. Perno della disciplina sono gli art. 2947 ss. c.c., frutto della riforma del diritto societario nel 2003, che tuttavia considerano il fenomeno sotto l'esclusiva lente della responsabilità della capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori delle controllate per abuso del potere di “direzione e coordinamento”; a questo nucleo, si aggiungono gli artt. 284 ss. d. lgs. 14/2019, che valorizzano la dimensione integrata del gruppo di imprese consentendo il coordinamento processuale dei procedimenti di soluzione della crisi coinvolgente un gruppo di imprese (si tratta tuttavia di un coordinamento meramente processuale, dato che l'unicità della procedura infatti non comporta confusione delle masse attive/passive: C. D'ALESSANDRO, *Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*, in *Giur. comm.* 2019, pp. 1039 sgg.). L'embrionale disciplina dei gruppi societari, sia nel codice civile che nel “codice della crisi d'impresa”, muove infatti pur sempre dall'indiscussa autonomia formale delle singole società, che pur aggregate nell'ambito del gruppo mantengono distinta personalità giuridica (M.P. FUIANO, *I gruppi di imprese*, in *Diritto della crisi di impresa*, a cura di G. TRISORIO LIUZZI, Cacucci, Bari, 2023, pp. 676 sgg., 704; e già, in ordine all'originaria versione delle disposizioni: C. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, § 5; G. SETTANNI, M. RUGGI, *Gruppi di società e oggetto sociale*, «*Giurisprudenza commerciale*», 2019, pp. 245 sgg.; F. DE GOTTARDO, *Concorrenza sleale e abuso di direzione e coordinamento nei rapporti di gruppo*, *ivi*, 2017, 305 ss.; F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, «*Contratto e impresa*», 2002, pp. 1015 sgg.). Il legislatore, se pure a determinati fini valorizza l'unitarietà del gruppo, non si spinge a prevedere espressamente una responsabilità civile unitaria e neppure la responsabilità della capogruppo per danni cagionati a terzi dalle condotte della controllata ovvero per le obbligazioni assunte da questa nei confronti di terzi (G. SETTANNI, M. RUGGI, *op. cit.*, § 3). In chiave comparatistica, sottolineando l'emergere in *specifiche aree* della rilevanza giuridica del gruppo come entità unitaria: R. BOUDERHEM, *Groups of Companies in European Comparative Law*, «*European Business Law Review*», 2021, pp. 177 sgg.; V. ULFBECK, *Vicarious Liability in Groups of Companies and in Supply Chains. Is Competition Law Leading the Way?*, «*Market and Competition Law Review*», 2019, pp. 107 sgg.

*deep pocket* della *holding*<sup>50</sup>. Nel caso preso in esame dalla pronuncia *Sumal*, “sollevare il velo societario” non serve infatti a porre in piena luce la sostanziale ascrivibilità dell’illecito alla società che esercita influenza decisiva sulle, solo apparentemente, autonome entità raggruppate sotto il suo coordinamento, in modo da impedire alle imprese coagulate in gruppi societari, tanto più se a carattere multinazionale, di abusare dello schermo offerto dalla forma societaria per eludere gravi responsabilità civili<sup>51</sup>, amministrative e penali<sup>52</sup>. Prospettiva questa, cosiddetta *bottom-up*, di cui appare in tutta evidenza l’utilità ed anzi la necessità, per scongiurare strategie elusive ed abusi.

<sup>50</sup> Sottolinea l’assenza di pregnanti giustificazioni per queste innovative traiettorie della responsabilità di gruppo: C. VIEIRA PERES, *Don’t blame the children. Why inverted and horizontal liability for antitrust infringements should be rejected*, «*Market and competition law review*», 2021, pp. 15 sgg.: 38.

<sup>51</sup> La letteratura sulla responsabilità delle imprese di gruppo (oltre il piano essenzialmente etico della “responsabilità sociale d’impresa”) e sulle condizioni per imputare giuridicamente alla *holding* gli illeciti commessi servendosi delle società controllate è sterminata (in generale, sul progressivo affermarsi, a partire dall’art. 2947 c.c., di un onere di vigilanza sulla corretta organizzazione interna di tutte le società del gruppo onde prevenire il rischio di illeciti: R. RORDORF, *L’Organismo di vigilanza nel quadro del d.lgs. n. 231/2001*, «*Le Società*», 2022, pp. 5 sgg.), in particolare con riguardo alle responsabilità in materia di illeciti ambientali e di violazione dei diritti umani (G. CARELLA, *La responsabilità civile dell’impresa transnazionale per violazioni ambientali e dei diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria ai fini di sostenibilità*, «*Freedom, Security and Justice. European legal studies*», 2022, pp. 10 sgg.; M.V. ZAMMITI, *La responsabilità della capogruppo per violazione del duty of care*, «*Rivista diritto societario*», 2021, pp. 586 sgg.). Nel settore dell’illecito ambientale, va segnalata la recente decisione della Corte d’appello dell’Aja che riconosce la responsabilità della *holding* del gruppo multinazionale anglo-danese *Royal Dutch Shell* per i danni ambientali cagionati in Niger da una controllata (in particolare facendo leva, non sulla mera posizione di direzione e controllo, ma sull’attivo coinvolgimento nelle attività locali, dal quale deriverebbe uno specifico obbligo di diligenza, *duty of care*, nei confronti dei soggetti attinti dalle condotte delle controllate: *Gerechthof den Haag, Milieudéfensie v. Royal Dutch Shell PLC*, 29 gennaio 2021). Il tema è al centro dell’attenzione del legislatore europeo che con la Proposta di direttiva della Commissione europea «*on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*» del 23 febbraio 2022 ha anche espressamente contemplato la responsabilità civile della capogruppo per violazione del dovere di diligenza e controllo sull’operato delle imprese appartenenti alla filiera.

<sup>52</sup> F. BORDIGA, *Responsabilità amministrativa degli enti e criteri di imputazione oggettiva*, «*Nuove leggi civili commentate*» 2020, 145 ss. In particolare, sull’imputabilità alla *holding* di responsabilità penale per reati di corruzione, su cui vedi *ex multis*: S. ZERBONE, *Responsabilità della capogruppo e corruzione internazionale: un’occasione di riforma?* «*Diritto penale contemporaneo*», 2022, pp. 248 sgg.

L'utilità della sopra sommariamente tratteggiata impostazione *bot-tom-down* emerge più chiaramente quando se ne evidenzino le sensibili ricadute processuali.

### **5. Le ricadute processuali della “*subsidiary liability*”. Fermenti di novità in tema di limiti soggettivi dell'efficacia vincolante delle decisioni dell'Autorità garante?**

Tra le più evidenti e che la stessa Corte non manca di evidenziare, si annoverano le conseguenze della nuova impostazione sul piano della determinazione della giurisdizione competente. L'estensione della responsabilità solidale comporta infatti che l'attore ben possa convenire tutte le società che compongono la “singola unità economica” nel luogo, da intendersi come *forum damni* ex art. 7.2 reg. 1215/2012, dove opera e pratica il prezzo “di cartello” la società controllata dalla capogruppo<sup>53</sup>; inoltre, come sottolinea nelle sue Conclusioni Avvocato Generale Pitruzzella<sup>54</sup>, consente un ulteriore guadagno, in termini di effettività della tutela ed agevolazione della posizione dell'attore, aprendo a quest'ultimo la possibilità di agire anche *solo* nei confronti della controllata domiciliata nel proprio Stato, così “evitando le complessità pratiche connesse alla notificazione all'estero dell'atto di citazione ed all'esecuzione dell'eventuale sentenza di condanna”.

Ancora, come immediatamente illuminato dai primi commenti alla decisione<sup>55</sup>, l'estensione della responsabilità solidale conduce potenzialmente ad una moltiplicazione esponenziale delle possibilità di *forum shopping*. Dalla soluzione accolta in punto di diretta imputazione della responsabilità civile alle controllate per condotte della controllante, deriva infatti che il danneggiato attore in sede civile ben potrebbe sfruttare – senza timore di sentirsi opporre obiezioni fondate sul carattere fittizio del litisconsorzio così radicato – la sede di una qualsiasi controllata che pratici le condizioni frutto dell'accordo, anche in assenza di rapporti diretti con la stessa, per ivi attrarre la capogruppo ed inoltre per concen-

<sup>53</sup> Corte di giustizia, *Sumal, cit.*, punto 65 sg. A dire il vero, anche in precedenza non si era mai dubitato che nel luogo del danno, nel caso di specie quello dell'acquisto per il tramite della controllata, sia possibile convenire il responsabile della violazione, e quindi nel nostro caso la società controllante

<sup>54</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella, *cit.*, punto 68.

<sup>55</sup> A. KADRI, S. CAMPBELL, *Subsidiary liability – The Provimi point answered?* «European Competition Law Review», 2021, pp. 686 sgg.: 690.



trare, facendo leva sull'art. 8.1 Reg. n. 1215/2012 e sulla responsabilità solidale estesa a ciascuna componente della "unità economica", le pretese – tra loro strettamente connesse – contro tutte le diverse "imprese", intese come distinte "unità economiche", partecipanti alla collusione<sup>56</sup>. Di fatto, la pronuncia suona come un'indiretta conferma della strategia processuale già a suo tempo avallata da note decisioni delle corti britanniche<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Sulla pacifica applicabilità dell'art.8.1 nel caso compartecipazione di più imprese ad un'infrazione "unica e continuata", vedi: Corte di giustizia, 21 maggio 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims*, cit., punti 24 sgg. Sul *forum connexitatis* applicato al contenzioso *antitrust*, vedi: N. LUND, *Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft*, cit., pp. 235 sgg.

<sup>57</sup> Mentre la Corte tace sul punto, l'Avvocato Generale Pitruzzella nelle sue Conclusioni in causa *Sumal* (punto 57 e nota 69) richiama espressamente gli orientamenti estensivi coltivati in talune – non incontrastate – decisioni provenienti da corti britanniche, implicitamente evocandone anche le ripercussioni sul versante della determinazione della competenza giurisdizionale. Ci si riferisce al caso *Provimi*, in cui la *High Court* riconobbe la propria giurisdizione ai sensi dell'art. 8.1 Reg. n. 1215/2012 anche nei confronti delle convenute estere, facendo leva sulla sede inglese della società controllata da una di esse, pur se l'infrazione era stata accertata solo nei confronti della capogruppo ed altresì in assenza di rapporti commerciali diretti tra l'attore e la controllata con sede nel foro, alla sola condizione che quest'ultima praticasse nel mercato inglese il prezzo di cartello [*High Court*, 2 maggio 2003, *Provimi v. Aventis*, 2003 EWHC 961 (Comm.); *High Court*, 27 ottobre 2009, *Cooper Tire & Rubber Company Europe Ltd and others*, 2009 EWHC 2609 (Comm); un approccio più cauto, esigendo che la controllata abbia attuato consciamente il programma illecito, esprime: *Sainsbury's Supermarkets Ltd. V. Mastercard Inc.*, CAT, 2016; v. anche, rilevando che la questione dell'effettiva consapevolezza in capo alla controllata non possa dirimersi de plano in sede preliminare: *High Court*, 2 maggio 2019, *Media-Saturn Holding GmbH & Ors v Toshiba InformationSystems (UK) Ltd.*, 2019 EWHC 1095 (Ch)]. Poiché, potenzialmente, la giurisdizione prescelta potrebbe essere anche quella di un mercato solo marginalmente colpito dal cartello, in ragione del minimo volume di attività della controllata operante in quella sede, ne risulterebbero altresì rilanciate le perplessità già a suo tempo emerse circa l'eccessiva latitudine degli spazi di manovra così aperti all'attore (lamenta il rischio di vanificazione della centralità del *forum rei*: D. ASHTON, *Competition damages actions in the EU*, Elgar Publishing, London, 2018, 374), pur nel formale rispetto del presupposto applicativo, i.e. la connessione ed il rischio di decisioni incompatibili, del *forum connexitatis* (sullo stato dell'arte, dando atto della sostanziale chiusura della Corte di giustizia al vaglio di abusività in concreto: S. BARIATTI, A. CUTRUPI, *Problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato nell'azione antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, cit., 525 ss.; C. FRATEA, *Cross-border damage antitrust claims and private international rules on jurisdiction*, in *Private enforcement of competition law in Europe*, a cura di R. AMARO, Bruylant, Brussels, 2021, pp. 123 sgg., 137 sgg.). Circa l'opportunità di un qualche correttivo all'art. 8.1. reg. n. 1215/2012, cfr. in senso opposto: N. LUND, *Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft*, cit., pp. 315 sgg. e M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet. Giurisdizione, competenza e onere della prova*, I, CEDAM, Milano, 2020, 158 ss., ove una radicale critica alla dottrina del litisconsorzio fittizio.

Quel che in questa sede maggiormente rileva sono tuttavia, per tornare al tema principale di queste sparse riflessioni, le ricadute processuali che l'impostazione avallata dalla Corte di giustizia proietta sulla *vis expansiva* del vincolo che promana, nell'ambito del giudizio per il risarcimento del danno, dalla decisione amministrativa emessa nel contraddittorio della sola società capogruppo.

Infatti, la Corte di giustizia – dopo avere chiarito che un eventuale ampliamento della platea dei soggetti responsabili della violazione non cozza affatto contro l'imperativo di non contraddizione posto dall'art. 16 Reg. 1/2003/UE<sup>58</sup> – si preoccupa estesamente, ma non senza qualche ambiguità, della tutela dei diritti di difesa delle società assenti<sup>59</sup>.

Da un lato, la Corte afferma che alla controllata assente dovrebbe essere consentito di sollevare in sede civile tutti gli argomenti difensivi che avrebbe potuto sollevare in sede amministrativa (punto 54); dall'altro lato, però, tale spazio difensivo finisce per risultare sensibilmente ridotto. Precisa infatti la Corte che la società controllata assente nel procedimento amministrativo resta libera di esercitare il suo diritto di difesa nel processo civile, potendo dimostrare di non essere parte della stessa unità economica nei cui confronti è rivolta la decisione della Commissione “intestata” alla capogruppo<sup>60</sup>. Tuttavia, prosegue la Corte, quella stessa società controllata non potrebbe invece contestare dinanzi al giudice civile l'esistenza dell'infrazione già attribuita alla capogruppo nel contraddittorio con la capogruppo<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Corte di giustizia, *Sumal, cit.*, punto 61, aderendo alle conclusioni dell'Avvocato Generale, il quale precisa che non viola il dovere non contraddire l'accertamento comunitario il giudice che successivamente constatati il coinvolgimento di altre imprese nella violazione, *in quanto la mancata sanzione di una impresa non equivale alla sua assoluzione da ogni addebito*.

<sup>59</sup> Corte di giustizia, *Sumal, cit.*, punto 54 ss.

<sup>60</sup> Corte di giustizia, *Sumal, cit.*, punto 67 «La società figlia interessata deve poter far valere efficacemente i propri diritti di difesa per dimostrare di non appartenere a tale impresa e, qualora non sia stata adottata alcuna decisione da parte della Commissione ai sensi dell'articolo 101 TFUE, ha anche il diritto di contestare l'esistenza stessa del presunto comportamento illecito». La controllata assente potrà quindi dimostrare di essere estranea alla attività economica cui si riferisce l'accertamento dell'infrazione ovvero di non essere parte del gruppo societario in quanto estranea alla influenza decisiva della capogruppo.

<sup>61</sup> Corte di giustizia, *Sumal, cit.*, punto 58 dove si afferma che «... il principio della responsabilità personale non osta, nelle circostanze descritte al punto 56 della presente sentenza, al carattere definitivo, nei confronti di una società figlia, dell'accertamento di una siffatta infrazione poiché, come ricordato al punto 42 della presente sentenza, spetta all'unità economica costitutiva dell'impresa che ha commesso l'infrazione di rispondere

È vero che la pronuncia *Sumal* concerne direttamente la dimensione comunitaria e quindi attiene al dovere del giudice nazionale ai sensi dell'art. 16 Reg. UE 1/2003 di non adottare decisioni in contrasto con la decisione già emessa o prefigurata dalla Commissione; ma è prevedibile che l'identica conclusione finirà fatalmente per imporsi anche sul piano interno, con riguardo al vincolo *secundum eventum* a conformarsi alla constatazione di infrazione operata in sede nazionale dall'Autorità garante <sup>62</sup>.

Ne consegue che, se il descritto orientamento si consoliderà, non potrà più dirsi che la decisione, così della Commissione, come della nostra Autorità garante della concorrenza e del mercato, vincoli unicamente l'autore dell'infrazione che sia *menzionato nel dispositivo* della decisione, in quanto destinatario dell'accertamento e delle eventuali sanzioni. Alla luce di quella impostazione, infatti, il coinvolgimento nel procedimento amministrativo della capogruppo, o anche solo di una qualsiasi altra entità appartenente alla medesima "unità economica", giustificerebbe l'estensione dell'accertamento dell'illecito anche contro ciascuna delle società consorelle non coinvolte nel procedimento amministrativo.

Ne risulta una certa compressione dei diritti di difesa a danno della società convenuta in sede civile, ma assente nel procedimento amministrativo, la quale viene privata del potere di contestare l'esistenza, l'estensione ed i caratteri dell'infrazione ai divieti *antitrust*, cioè del primo e fondamentale tassello della sua responsabilità risarcitoria.

Tale limitazione del diritto di difesa non può non suscitare perplessità, tanto più in quanto estesa, come pare inevitabile, anche alle decisioni nazionali <sup>63</sup>. L'estensione dell'efficacia della decisione di accertamento dell'infrazione, infatti, si produce a danno di soggetti che non hanno avuto la possibilità di difendersi in sede amministrativa, né di

di quest'ultima».

<sup>62</sup> In primo luogo, la Direttiva danni ed il pedissequo recepimento precisano che per "autore" di una infrazione deve intendersi la "impresa" ed è pacifico che la nozione debba leggersi alla luce dei precedenti della Corte di giustizia; inoltre, l'art. 7.1 discorre di un'infrazione accertata nei confronti del suo "autore". Il parallelismo delle soluzioni, anche con riguardo alla estensione dell'effetto vincolante della decisione amministrativa, risulta così agevolato dalla stessa formulazione letterale dell'art. 7.1 d. lgs. 3/17.

<sup>63</sup> Il vincolo alle decisioni nazionali risulta infatti ancor più problematico di quello alle decisioni della Commissione, in quanto a differenza di quello, fondato sull'esigenza di certezza del diritto e sul principio di leale collaborazione ex art. 5 TFUE (v. Corte di giustizia, 14 dicembre 2000 C-344/98, *Masterfoods*, punto 49 e 51), non è imposto dal diritto primario dell'Unione.

impugnare la relativa decisione. Una così estesa latitudine soggettiva dell’efficacia dichiarativa della decisione amministrativa risulta tanto più discutibile in quanto, come sopra rammentato, la legittimità del suo effetto vincolante in sede civile riposa essenzialmente sulla pienezza dei diritti difensivi garantiti all’impresa indagata in primo luogo nella sede amministrativa e poi in quella di ricorso giurisdizionale.

Non può rassicurare del tutto la considerazione che la società assente nel procedimento amministrativo possa comunque dimostrare liberamente di essere estranea alla “singola unità economica” già sanzionata nella persona della capogruppo, dato che a chiare lettere si afferma che l’accertamento dell’illecito, pur se effettuato nel contraddittorio di una sola, vincola tutte le società del gruppo. Né, onde legittimare simile strappo, pare sufficiente invocare l’esigenza di effettività del rimedio risarcitorio, inteso quale completamento dell’azione pubblica a tutela della concorrenza e tale quindi da dividerne il carattere prioritario<sup>64</sup>.

Se poi volessimo richiamare anche a questo proposito i principi e le norme che presiedono alla definizione dei limiti soggettivi del giudicato, l’affermazione della Corte di giustizia, secondo cui la mera appartenenza alla “singola unità economica” autrice dell’infrazione determina la corresponsabilità in solido di ciascuna società del gruppo per l’illecito commesso da una di esse, dovrebbe evocare lo schema dell’art. 1306 c.c. e con esso l’inopponibilità dell’accertamento ai condebitori assenti.

Secondo una certa lettura<sup>65</sup>, la pronuncia *Sumal* andrebbe però decisamente oltre, evocando in taluni passaggi una sorta di “entificazione” del gruppo societario. Il gruppo societario, o meglio la “unità economica” all’interno del gruppo, sembra infatti venire inteso, come emerge soprattutto dalle Conclusioni dell’Avvocato generale (punti 35 e 46) più

<sup>64</sup> Nel senso che solo l’impresa nominata possa essere vincolata dalla decisione: W. WURMNST, *op. cit.*, p. 297. *Cfr.*, diversamente orientati: A. PILETTA MASSARO, *Corte di giustizia UE: è possibile esperire un’azione antitrust contro una società controllata*, «Giurisprudenza italiana», 2022, pp.1398 sgg.: 1403, secondo cui la possibilità di contestare l’appartenenza alla “singola unità economica”, ma non l’accertamento della infrazione commessa da questa, realizzerebbe il giusto punto di equilibrio tra effettività del diritto della concorrenza e rispetto del diritto di difesa; M. SOUSA FERRO, *Binding effect of public enforcement decisions*, *cit.*, §5; C. VIEIRA PERES, *Don’t blame the children*, *cit.*, p. 45, la quale (movendo da una diversa impostazione sostanziale, che ripudia qualsiasi automatismo) reputa comunque tollerabile che la controllata non possa mettere in discussione l’ambito materiale, temporale e territoriale dell’illecito quale attribuito alla controllante.

<sup>65</sup> C. KERSTING, J. OTTO, *The civil liability of the economic unit*, 24 marzo 2022, accessibile al sito: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4032719](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4032719)

che dalla maggiormente stringata argomentazione della Corte, quale entità dotata di una parzialmente autonoma soggettività giuridica almeno ai fini della disciplina *antitrust*. In questa chiave, sul piano sostanziale il fondamento della responsabilità delle società appartenenti al gruppo non risiederebbe, come s'era sin qui ritenuto, nella soggezione all'influenza decisiva esercitata dalla capogruppo che ne etero-determina le condotte e risulta quindi anch'essa colpevole di un illecito quantomeno omissivo, ma discenderebbe invece direttamente dall'appartenenza a quella entità unitaria – definita alla luce dei vincoli economici, organizzativi e giuridici tra le varie componenti – che esercita unitariamente l'impresa in senso economico e quindi risulta unitariamente autrice e responsabile dell'infrazione<sup>66</sup>. Sul piano processuale, ne risulterebbe che la decisione assunta nel contraddittorio della capogruppo o di una qualsiasi società controllata riguarderebbe *direttamente* (giusta la qualità di ente "riassuntivo" propria della "singola unità economica") anche le altre controllate che esercitino la medesima attività economica<sup>67</sup>. Inoltre, se *Mutter- e Tochter-gesellschaft* confluiscono in un'unica entità, il diritto di difesa nel procedimento amministrativo dovrebbe considerarsi pienamente esercitato anche a vantaggio di ogni società "figlia" per il tramite della capogruppo. Sviluppando tale ragionamento ed il suo implicito presupposto, la Corte sembrerebbe così suggerire che qualsiasi società riconducibile alla unità economica possa assumere la rappresentanza processuale dell'ente complessivo ed esercitare i diritti di difesa a vantaggio di tutte le altre componenti e dell'intero insieme. In questa logica, l'accertamento contenuto nella decisione amministrativa si estenderebbe in via diretta nei confronti di tutte le componenti della unità economica.

Queste ultime considerazioni evocano questioni ben note e dibattute con riguardo alla estensione del giudicato nell'ambito di collettività

<sup>66</sup> Solo in questa logica diviene possibile predicare l'estensione della responsabilità in senso discendente, attribuendo quindi anche alla società controllata l'illecito della controllante, ed altresì immaginare l'espansione della responsabilità anche alle società "pari-ordinate" rispetto a quella che materialmente commette l'infrazione (in questo senso: C. KERSTING, *Liability of sister companies and subsidiaries in the European competition law*, cit., p. 23; per aperture in tale ultima direzione: P. WHELAN, *Private enforcement and the imputation of antitrust liability*, cit., 22).

<sup>67</sup> Corte di giustizia, *Sumal*, cit. punto 58 ss., dove si legge che «il principio della responsabilità personale non osta [...] al carattere definitivo, nei confronti di una società figlia, dell'accertamento di una siffatta infrazione poiché [...] spetta all'unità economica costitutiva dell'impresa che ha commesso l'infrazione di rispondere di quest'ultima».

organizzate. *Si parva licet componere magnis*, viene alla mente l’irrisolto *rebus* della soggettività del condominio, della sua autonomia o meno rispetto ai singoli condomini e quindi dei rapporti tra il primo, i secondi ed il processo <sup>68</sup>.

Nella pronuncia *Sumal*, la Corte, più che riconoscere autonoma soggettività alla “unità economica” (autonomia che a rigore dovrebbe esaltare l’alterità ed estraneità delle società assenti rispetto al procedimento ed alla decisione indirizzata nei confronti della sola capogruppo) <sup>69</sup>, sembra peraltro considerarla come una sorta di “ente riassuntivo”, che risulterebbe quindi presente nel procedimento amministrativo per il tramite di una qualsiasi delle sue componenti in una sorta di rappresentanza reciproca. In questa logica, però, affinché possa davvero dirsi garantito il diritto di difesa delle società assenti, ma “rappresentate” nel procedimento da altra società affiliata al medesimo gruppo, dovrebbe anche garantirsi a vantaggio delle prime il potere di impugnare il provvedimento amministrativo, che le riguarderebbe in via diretta (e non meramente riflessa) pur non essendone le destinatarie nominate <sup>70</sup>. Sul punto, tuttavia, la Corte tace del tutto.

Senza pretesa di fornire in questa sede soluzioni definitive, credo che la pronuncia qui sommariamente tratteggiata bene illustri la dimensione dei problemi processuali con cui l’interprete dovrà presto confrontarsi e, soprattutto, la prospettiva marcatamente funzionale e teleologica privilegiata dalla Corte di giustizia nell’ambito *antitrust*, nel segno di una dichiarata scelta di valore che mira ad incentivare il *private enforcement* quale irrinunciabile fattore deterrente contro le condotte restrittive della concorrenza, anche al costo di liquidare con una certa disinvoltura la tutela di quei diritti di difesa, di cui pure si afferma in linea di principio l’intangibilità.

<sup>68</sup> In argomento: A. SCARPA, *Il condominio ed i singoli condomini come parti del processo*, «Corriere giuridico», 2017, pp. 1436 sgg. Sul rapporto tra società di persone e soci illimitatamente responsabili: G. BALENA, *Sentenze contro società di persone ed effetti per il socio*, «Il giusto processo civile», 2009, pp. 110 sgg.

<sup>69</sup> Cfr. C. KERSTING, J. OTTO, *The civil liability of the economic unit*, p. 7, ove il primo autore giunge ad attribuire capacità di essere parte del processo direttamente alla unità economica in quanto tale.

<sup>70</sup> Si veda infatti M. SOUSA FERRO (*Binding effect of public enforcement decisions*, cit., §5), che argomenta la compatibilità del vincolo con i diritti di difesa proprio assumendo che il diritto di impugnare la decisione amministrativa debba riconoscersi a tutte le entità che appartengono alla “unità economica” sanzionata.

## 6. Bibliografia

- AMARO R., *Actions privées en matière de pratique anticoncurrentielles*, in *Encyclopedie Juris Classeur Concurrence-Consommation*, Fascicolo 317, LexisNexis, 2021
- AMARO R., *Transposition de la Directive Dommages en France*, «*Concurrences*», 2017, pp. 74 sgg.
- ASHTON D., *Competition damages actions in the EU*, Elgar Publishing, London, 2018
- BALENA G., *Sentenze contro società di persone ed effetti per il socio*, «*Il giusto processo civile*», 2009, pp. 110 sgg.
- BARIATTI S., CUTRUPI A., *Problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato nell'azione antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, cit., 525 ss.;
- BOUDERHEM, *Groups of Companies in European Comparative Law*, «*European Business Law Review*», 2021, pp. 177 sgg.;
- CAMILLERI E., *Private Enforcement in Italy*, in *Private Enforcement of European Competition and State Aid law*, a cura di F. WOLLESCHLÄGER, W. WURMNEST, T. MÖLLERS, Wolters Kluwer, 2020, pp. 117 sgg
- CARELLA G., *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e dei diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria ai fini di sostenibilità*, «*Freedom, Security and Justice. European legal studies*», 2022, pp. 10 sgg.;
- CINTIOLI R., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, «*Concorrenza e mercato*», 2013, p. 107
- COMOGLIO P., *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in «*Il giusto processo civile*», 2016, pp. 195 sgg.
- D'ALESSANDRO C., *Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*, in *Giur. comm. 2019*, pp. 1039 sgg
- DALFINO D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2022
- DE CRISTOFARO M., *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del Private Antitrust Enforcement*, «*Le Nuove leggi civili commentate*», 2018, p. 523
- DE GOTTARDO F., *Concorrenza sleale e abuso di direzione e coordinamento nei rapporti di gruppo*, ivi, 2017, 305 ss.;

- DE SANTIS A.D. *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, «Rivista diritto processuale», 2015, p. 1495 ss.
- DENOZZA F., *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva della disciplina dei contratti a valle di intese e abusi*, «Rivista diritto industriale», 2019, I, pp. 354 sgg.
- DENOZZA F., *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del “solo risarcimento” per le vittime di intese ed abusi*, «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2020, pp. 406 sgg.
- FABBIO P., *L’efficacia dei provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 193 ss
- FINOCCHIARO G., *La disciplina dell’esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme “antitrust” in attuazione della dir. 2014/104/UE*, «Le Nuove leggi civili commentate», 2018, p. 415
- FRANCK J-U., *Private Enforcement in Germany*, in *Private Enforcement of European Competition and State Aid law*, a cura di F. WOLLESCHLÄGER, W. WURMNEST, T. MÖLLERS, Wolters Kluwer, 2020, pp. 77 sgg
- FRATEA C., *Cross-border damage antitrust claims and private international rules on jurisdiction*, in *Private enforcement of competition law in Europe*, a cura di R. AMARO, Bruylant, Brussels, 2021, pp. 123 sgg
- FUIANO M.P., *I gruppi di imprese*, in *Diritto della crisi di impresa*, a cura di G. TRISORIO LIUZZI, Cacucci, Bari, 2023, pp. 676 sgg.
- GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, «Contratto e impresa», 2002, pp. 1015 sgg.
- GENOVESE A., *Profili di public e private enforcement dei divieti di pratiche commerciali scorrette*, «Giurisprudenza commerciale», 2022, I, 767 ss.
- GILIBERTI B., *Public e private enforcement nell’art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014. il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, «Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario», 2016, pp. 7 sgg.
- GIUSSANI A., *Direttiva e principi del processo civile italiano*, «AIDA», 2015, pp. 25 sgg.
- GOISIS F., *L’efficacia di accertamento autonomo del provvedimento Agcm: profili sostanziali e processuali*, «Diritto processuale amministrativo», 2020, pp. 45 sgg.



- GRECO G., *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, «*Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*», 2016, p. 1005.
- GRÜNBERGER M., *Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen, in Kartelldurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?*, a cura di W. MÖSCHEL, F. BIEN, Nomos, Baden Baden, 2010, p. 135 ss.
- IMGRUND J., *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der EU im Kartellrecht*, Nomos, Baden Baden, 2011, 234.
- KADRI A., CAMPBELL S., *Subsidiary liability – The Provimi point answered?* «*European Competition Law Review*», 2021, pp. 686 sgg.
- KERSTING C., in *The EU Damages Directive Transposition in Member States*, a cura di B. RODGER, M. SOUSA FERRO, Oxford University Press, 2018, pp.125 sgg.: 131;
- KERSTING C., J. OTTO, *The civil liability of the economic unit*, 24 marzo 2022, accessibile al sito: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4032719](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4032719)
- KERSTING C., *Kartellrechtliche Haftung des Unternehmens nach Art. 101 AEUV*, «*Wirtschaft und Wettbewerb*», 2019, p. 290
- KERSTING C., *Liability of sister companies and subsidiaries in the European competition law*, 27.2.2020, accessibile al sito <https://ssrn.com/abstract=3355816>
- LIBERTINI M., *Brevi note sui poteri dell'Agcm sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, «*Concorrenza e mercato*», 2018, pp. 5 sgg.
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014
- LIBERTINI M., *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, «*Nuova giur. civ. comm.*», 2020, pp. 378 sgg.
- LIBERTINI M., *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 dell'Agcm*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14/2018
- LUND N., *Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014,
- MANGANARO F., *La giustizia innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, «*Il diritto dell'economia*», 2010, pp. 23 sgg.

- MANZINI P., *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, 2° ed., CEDAM, Milano, 2020, 330 ss.
- MENCHINI S., MOTTO A., *Profili processuali dell'azione dell'Agcm ex art. 21 bis L.287/90*, «*Concorrenza e mercato*», pp. 18 sgg.
- MUSCOLO G., *Il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove*, «*Concorrenza e mercato*», 2014, pp. 287 sgg.
- NAZZINI R., *The effect of decisions by competition authorities in the EU*, «*Rivista italiana di antitrust*», 2016, pp. 68 ss.
- NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza, II, La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, G. Giappichelli, Editore, Torino, 2012
- NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, G. Giappichelli, Editore, Torino, 2006
- NEGRI M., *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni di risarcimento del danno antitrust*, in *Int'l Lis*, 2014, pp. 72 ss.
- NEGRI M., *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, «*Le nuove leggi civili commentate*», 2018, pp. 476 sgg.
- PARODI G., *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, «*Contratto e impresa*», 2021, pp. 1140 sgg.
- PICA N., *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'Agcm*, «*Diritto processuale amministrativo*», 2019, pp. 809 sgg
- PILETTA MASSARO A., *Corte di giustizia UE: è possibile esperire un'azione antitrust contro una società controllata*, «*Giurisprudenza italiana*», 2022, pp.1398 sgg
- PRIETO C., *Private damages actions before and after the implementation of the Directive-France*, «*e-Concurrences*», 2017, 40
- ROMANO A.A., *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, «*Il giusto processo civile*», 2022, 665 ss
- SCARPA A., *Il condominio ed i singoli condomini come parti del processo*, «*Corriere giuridico*», 2017, pp. 1436 sgg.
- SETTANNI G., RUGGI M., *Gruppi di società e oggetto sociale*, «*Giurisprudenza commerciale*», 2019, pp. 245 sgg.

- SOUSA FERRO M., *Binding effect of public enforcement decisions*, 10 giugno 2022, accessibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4126981>,
- ULFBECK V., *Vicarious Liability in Groups of Companies and in Supply Chains. Is Competition Law Leading the Way?*, «*Market and Competition Law Review*», 2019, pp. 107 sgg.
- ULLRICH H., *Private Enforcement of the EU Rules on Competition – Nullity Neglected*, «*International Review of Intellectual Property and Competition Law*», 2021, 606 ss.
- VALERINI F., *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di B. SASSANI, Pacini Editore, Pisa, 2019, 142
- VIEIRA PERES C., *Don't blame the children. Why inverted and horizontal liability for antitrust infringements should be rejected*, «*Market and competition law review*», 2021, pp. 15 sgg.
- VINCRE S., *La Direttiva 2014/104 sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, «*Rivista diritto processuale*», 2015, pp. 1163 sgg.
- WÄSCHLE J., *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017
- WHELAN P., *Private enforcement and the imputation of antitrust liability*, 27 aprile 2022, accessibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4080911>
- WIEGANDT D., *Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018
- WURMNEST W., *Liability of “undertakings” in damages actions for breach of Articles 101,102 TFUE*, «*Common Market Law Review*», 2020, pp. 915 sgg.

# Spunti di riflessione sul diritto costituzionale alla parità di trattamento

*Carlo Padula*

*Professore associato di Diritto costituzionale*

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. – 2. Distinzioni, disparità di trattamento, discriminazioni in senso stretto. – 3. L'art. 3, primo comma, Cost. e il diritto alla parità di trattamento. – 3.1 Argomenti a favore della configurabilità di un diritto costituzionale alla parità di trattamento. – 3.2 Obiezioni alle tesi che collegano il diritto alla parità di trattamento al c.d. nucleo duro del principio di eguaglianza o alla pari dignità sociale. – 3.3 Obiezioni alle tesi che negano in generale il diritto costituzionale alla parità di trattamento. – 4. Conclusioni; il rilievo pratico del diritto costituzionale alla parità di trattamento.

## **1. Introduzione al tema**

Il presente contributo si propone di approfondire alcune specifiche questioni all'interno del vasto tema del principio d'eguaglianza: A) l'art. 3, primo comma, Cost., oltre a sancire un limite al legislatore nella disciplina delle diverse situazioni giuridiche soggettive, rappresenta anche il fondamento di un autonomo diritto alla parità di trattamento, che può essere leso anche a prescindere da un altro diritto sottostante? B) In caso di risposta positiva, questo diritto alla parità di trattamento ha carattere generale o sussiste solo in caso di lesione della dignità o di violazione di uno degli specifici divieti posti dall'art. 3, primo comma, Cost.? C) Sempre in caso di risposta positiva, come si può far valere questo diritto?

Tali questioni non hanno ricevuto grande attenzione da parte della dottrina costituzionalistica che ha studiato il principio di eguaglianza: molti Autori non ne parlano, alcuni Autori si soffermano rapidamente sul tema, senza motivare, mentre altri prendono posizione in modo più o meno argomentato (v. *infra*, § 3). Verosimilmente, questo ridotto interesse è dovuto allo scarso rilievo pratico attribuito alla questione in esame: a prescindere dall'esistenza o meno di un autonomo diritto alla parità di trattamento, una legge lesiva del principio di eguaglianza è comunque incostituzionale. È poi da considerare che, fino alla svolta della Cassazione avvenuta nel 2003 e ribadita nel 2008<sup>1</sup>, non era concepibile un risarcimento del danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di un ipotetico diritto costituzionale alla parità di trattamento (a meno che non fosse compiuto un reato): ciò che forse ha indotto molti Autori ad approfondire altri profili dell'art. 3, primo comma, Cost.

## **2. Distinzioni, disparità di trattamento, discriminazioni in senso stretto**

La questione sopra indicata *sub B*) allude alla varietà delle situazioni in cui può venire in rilievo il principio di eguaglianza. L'art. 3, primo comma, Cost. è composto da tre parti: la pari dignità sociale, l'eguaglianza in generale e il divieto di specifiche distinzioni<sup>2</sup>.

Le differenziazioni legislative possono ledere la pari dignità sociale, se presuppongono un giudizio negativo su uno dei gruppi differenziati (in questo caso parlerei di *discriminazioni in senso stretto*<sup>3</sup>); possono ledere l'eguaglianza, se prevedono irragionevolmente un trattamento

<sup>1</sup> Sull'orientamento della Cassazione che ammette il risarcimento del danno non patrimoniale in caso di lesione di interessi costituzionali inerenti alla persona v., da ultimo, la sintesi operata nella sent. Corte cost. n. 205/2022.

<sup>2</sup> Queste sono le parti espresse; poi, come noto, un'interpretazione estensiva della Corte costituzionale ha ricavato dall'art. 3, primo comma, Cost. un generale principio di ragionevolezza.

<sup>3</sup> G. SORRENTI, "Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica". *Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in AA. VV., *Eguaglianza e discriminazioni nell'epoca contemporanea*, Napoli 2021, p. 203, evidenzia che lo *stigmatic harm* è «elemento costitutivo del trattamento discriminatorio». V. anche L. GIACOMELLI, *Ripensare l'eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Torino 2018, p. 57. Sul collegamento fra discriminazione e lesione della dignità v., ad es., G. DOLSO, *Per una definizione del concetto di dignità. Itinerari giurisprudenziali*, in G. Dolso (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Trieste 2019, pp. 51 ss.

favorevole o sfavorevole per alcuni soggetti o gruppi (in questo caso parlerei di *disparità di trattamento*); e possono violare gli specifici divieti di cui all'art. 3, primo comma, Cost.

Le violazioni possono cumularsi: una distinzione tra persone bianche e nere, che favorisca il primo gruppo, assomma tutti e tre i vizi. Ci potrebbe, però, essere una distinzione tra neri e bianchi non sfavorevole per i primi ma comunque lesiva della loro dignità. Per riprendere un celebre caso di fine '800, immaginiamo una legge che preveda l'uso di vagoni distinti nei treni per neri e bianchi ma uguali per numero e comodità: in questo caso ci sarebbe una discriminazione in senso stretto ma non una *disparità di trattamento*<sup>4</sup>.

Oppure, se una legge prevedesse l'ingresso separato di maschi e femmine nelle classi delle scuole, a distanza di 5 minuti (con precedenza agli uni e alle altre a giorni alterni), per evitare assembramenti, saremmo di fronte a una distinzione che incide su un divieto specifico fissato dall'art. 3 Cost. ma che non è sfavorevole né lede la dignità<sup>5</sup>. Un caso simile potrebbe essere quello di una legge sui convitti che prescrive di assegnare preferibilmente educatori maschi alle classi maschili e educatrici femmine alle classi femminili<sup>6</sup>.

Ancora, se una legge desse un contributo a una specifica associazione animalista, e non alle altre, saremmo di fronte ad una *disparità di trattamento* ma non ad una lesione della dignità né ad una violazione di uno dei divieti specifici posti dall'art. 3<sup>7</sup>.

In questo caleidoscopio di possibili differenziazioni, si innesta la questione oggetto del presente lavoro. Le distinzioni possono ledere una situazione giuridica sottostante oppure no, e occorre verificare se

<sup>4</sup> La previsione di carrozze distinte per bianchi e neri fu oggetto della famosa (o famigerata) decisione della Corte suprema americana *Plessy v. Ferguson* del 1896, che seguì il criterio *separate but equal*, facendo salva la disciplina discriminatoria. Tale criterio fu abbandonato con la celebre *Brown v. Board of Education* del 1954.

<sup>5</sup> L'esempio è ricavato da una vicenda realmente accaduta in una scuola media di Palermo, nel settembre 2022: v. <https://www.notizie.it/a-scuola-entrano-prima-le-femmine-e-poi-i-maschi-e-polemica-a-palermo/>.

<sup>6</sup> L'esempio è ricavato dal caso che ha condotto alla sent. Corte cost. 1/2022, che ha dichiarato inammissibile una questione sollevata dal giudice del lavoro, ai sensi degli artt. 3 e 51 Cost., in relazione al d.l. n. 255/2001.

<sup>7</sup> L'esempio è ricavato dalla vicenda oggetto della sent. Corte cost. n. 186/2022 (una norma legislativa aveva stanziato un contributo per il teatro Eliseo di Roma e ciò aveva indotto le società di gestione di altri sei teatri romani a contestare il contributo davanti al giudice amministrativo).

e quando, in questo secondo caso, si può ritenere violato un autonomo diritto costituzionale alla parità di trattamento.

Nell'esempio già fatto della legge che dà un contributo economico a una specifica associazione animalista, mi pare che sussista una disparità di trattamento a danno delle altre associazioni, in relazione ad un bene della vita, ma non la lesione di una loro situazione giuridica sottostante. Negli altri esempi sopra esposti (quello dei vagoni separati, quello dell'ingresso separato nelle classi e quello degli educatori nei convitti<sup>8</sup>), pare anche difficile individuare un bene della vita oggetto della differenziazione.

Continuando con gli esempi tratti da vicende reali, tempo fa una legge dell'Oklahoma proibì la vendita della birra di una certa gradazione alcolica ai maschi di età inferiore ai 21 anni e alle femmine di età inferiore ai 18 anni<sup>9</sup>: mi pare che in questo caso si tratti di una disparità di trattamento che non coinvolge un diritto soggettivo sottostante.

Oppure immaginiamo una legge regionale secondo la quale nei bar alcuni soggetti utilizzano le tazzine, mentre altri i bicchieri di carta. Tale norma pone alcuni soggetti in una situazione sfavorevole ma non lede una situazione giuridica sottostante. Essa può essere discriminatoria (nel senso stretto sopra indicato), ad es. se le tazzine sono destinate ai bianchi e i bicchieri di carta ai neri<sup>10</sup>, oppure no.

Un caso simile potrebbe essere quello di una legge regionale secondo la quale, nelle spiagge, gli ombrelloni delle prime file sono destinati a determinati soggetti (ad es. i residenti in regione), mentre gli altri usano quelli retrostanti.

In tutti questi casi si può ritenere leso un diritto costituzionale alla parità di trattamento? Oppure la lesione sussiste solo quando la differenziazione è discriminatoria in senso stretto o quando incide su uno dei fattori di distinzione specificamente menzionati nell'art. 3, primo comma, Cost.?

<sup>8</sup> L'esempio riguardava non una differenziazione nell'accesso al posto di lavoro ma solo nell'assegnazione ad una classe invece che a un'altra.

<sup>9</sup> V. la sentenza della Corte suprema americana *Craig v. Boren*, del 1976.

<sup>10</sup> L'esempio è ricavato da una vicenda realmente accaduta, per iniziativa di un barista padovano, che riservava un trattamento sfavorevole ai clienti di colore, che hanno poi esercitato l'azione antidiscriminazione e ottenuto un risarcimento (v. Trib. di Padova, ord. n. 1982 del 19 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, pp. 951 e ss.).

### 3. L'art. 3, primo comma, Cost. e il diritto alla parità di trattamento<sup>11</sup>

L'art. 3, primo comma, Cost., come detto, si caratterizza per la "frammentazione" del principio di eguaglianza in tre parti: riconoscimento della pari dignità sociale dei cittadini<sup>12</sup>, garanzia della loro eguaglianza davanti alla legge e divieto di distinguere in base alle caratteristiche specificamente indicate.

Dunque, da un lato l'art. 3, primo comma, Cost., non garantisce espressamente un *diritto* alla parità di trattamento (in tal senso, invece, sono formulati l'art. 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966<sup>13</sup> e il preambolo<sup>14</sup> del protocollo n. 12 della CEDU, del 2000<sup>15</sup>), dall'altro non circoscrive il principio di eguaglianza alla disciplina, da parte della legge, di diritti fondamentali (o di diritti soggettivi in generale)<sup>16</sup>. Se è vero che, anche in questo secondo caso, la questione dell'esistenza di un autonomo diritto alla parità di trattamento può mantenere rilievo (come dimostra l'applicazione dell'art. 14 CEDU<sup>17</sup>), è chiaro che

<sup>11</sup> Sul tema v., oltre agli Autori citati nelle note successive, F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova 2003, pp. 41 ss.; C. ROSSANO, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milano 1966, pp. 424 ss.; A. GUZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma 2011, pp. 196 ss.; A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni*, cit., pp. 31 ss.

<sup>12</sup> Esula dal tema qui esaminato la questione dell'estensione del principio di eguaglianza agli stranieri: su ciò v., ad es., F. CORVAJA, *Quanto eguali? Cittadini e stranieri tra principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in G.P. Dolso (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, cit., pp. 139 ss.

<sup>13</sup> Art. 26: «All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status» (enfasi aggiunta).

<sup>14</sup> «Tenuto conto del principio fondamentale, secondo il quale tutte le persone sono uguali innanzi alla legge e hanno diritto alla stessa protezione da parte della legge».

<sup>15</sup> In precedenza v. l'art. 2 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1793 (Art. 2: «Questi diritti sono l'uguaglianza, la libertà, la sicurezza, la proprietà») e l'art. 7 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* ONU del 1948 («Tutti sono uguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione»).

<sup>16</sup> Diversamente, per F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 3/2017, p. 8, «il principio di eguaglianza è [...] costruito come eguaglianza nei diritti».

<sup>17</sup> L'art. 14 CEDU impone di assicurare senza discriminazioni il «godimento dei diritti



essa acquista maggiore importanza in relazione ad una disposizione come l'art. 3, primo comma, Cost., che esclude differenziazioni irragionevoli anche al di fuori della disciplina dei diritti soggettivi.

### 3.1 Argomenti a favore della configurabilità di un diritto costituzionale alla parità di trattamento

In dottrina diversi Autori ricavano dall'art. 3, primo comma, Cost. l'esistenza di un diritto alla parità di trattamento<sup>18</sup>. Mi pare una posizione condivisibile e vorrei provare, da un lato, a fornire argomenti a suo supporto e, dall'altro, a confutare le tesi di coloro che, invece, negano l'esistenza di un diritto alla parità di trattamento.

e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione». La necessità di invocare l'art. 14 congiuntamente ad uno dei diritti "sostanziali" protetti dalla CEDU non esclude che la Corte Edu, in certi casi, verifichi in modo autonomo la lesione del diritto alla parità di trattamento: su ciò v., ad es., G. SORRENTI, *Il principio di eguaglianza nella CEDU e le sue ricadute interne*, in C. Padula (a cura di), *Gli strumenti di tutela del diritto alla parità di trattamento*, Napoli 2022, § 4. Per F. CORVAJA, *Quanto eguali?*, cit., p. 196, «la pretesa del non cittadino al pari trattamento è riconosciuta nei termini di una vera e propria posizione soggettiva dall'art. 14 della CEDU, visto che il principio di non discriminazione protegge una posizione distinta, anche se collegata, ai singoli diritti o libertà considerati negli articoli precedenti della Convenzione». V. anche A. GUZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, cit., p. 197. È poi da tener presente anche l'art. 1 del Protocollo n. 12 (non ratificato dall'Italia), che, dopo aver stabilito che «[i]l godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione» (par. 1), dispone in modo più generale che «[n]essuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per i motivi menzionati al paragrafo 1» (par. 2). Il preambolo del Protocollo n. 12 afferma che «tutte le persone sono uguali innanzi alla legge e hanno diritto alla stessa protezione da parte della legge» (enfasi aggiunta).

<sup>18</sup> Di diritto all'eguaglianza parlano G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano 1974, pp. 1093 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, pp. 42 s.; G. BRUNELLI, *Principio di eguaglianza e diritto alla parità di trattamento*, in C. Padula (a cura di), *Gli strumenti di tutela del diritto alla parità di trattamento*, cit., § 2-3; G. BRUNELLI, *Il diritto all'eguaglianza nella Costituzione*, in A. Pugiotta (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale*, Napoli 2013, pp. 151 ss.; M. CARTABIA, *Presentazione*, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni*, cit., p. 10; A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio "sconfinato"*, in AA. VV., *Eguaglianza e discriminazioni*, cit., p. 7; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 12 Cedu: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano 2012, pp. 138 s.

Come accennato (§ 2), la garanzia della pari dignità sociale e dell'eguaglianza davanti alla legge non hanno la stessa portata. La prima tutela un bene inerente alla persona, escludendo differenziazioni fondate su un pregiudizio negativo verso determinati soggetti o gruppi: ad esempio, la Corte costituzionale ha accertato la lesione della pari dignità sociale («riconosciuta dall'art. 3 Cost. alla persona in quanto tale») ad opera della norma che escludeva l'iscrizione anagrafica degli stranieri richiedenti asilo, ravvisando in questa esclusione uno «stigma sociale» (sent. 186/2020)<sup>19</sup>. Pur nella consapevolezza della varietà di definizioni del concetto di diritto soggettivo, mi pare che difficilmente si possa negare che l'art. 3, primo comma, Cost., là dove garantisce il godimento di un bene giuridico (la pari dignità sociale), è fonte di un diritto soggettivo (del *right to treatment as an equal*<sup>20</sup>), che, avendo ad oggetto un bene non esterno all'individuo, potrebbe essere inquadrato (in una prospettiva civilistica) fra i diritti della personalità<sup>21</sup>.

Nel caso dell'iscrizione anagrafica, la norma dichiarata illegittima – oltre ad incidere sulla pari dignità sociale – privava i soggetti colpiti di determinate utilità<sup>22</sup>, ma la lesione della pari dignità sociale potrebbe prescindere da un pregiudizio “concreto” (v. nel § 2 l'esempio ricavato dal caso *Plessy v. Ferguson*).

Diverso mi pare il caso del generale principio di eguaglianza. Esso garantisce ai destinatari di non essere *sfavoriti* irragionevolmente in relazione a determinate utilità (o pesi), che non necessariamente devono essere oggetto di una situazione giuridica soggettiva sottostante (v. il § 2). La garanzia prevista dall'art. 3, primo comma, Cost. ha un contenuto (la mancata differenziazione o assimilazione irragionevole) che viene “completato” nelle singole fattispecie concrete, a differenza di altre disposizioni costituzionali, che specificano l'oggetto dell'equiparazione egualitaria

<sup>19</sup> Il caso citato evidenzia la differenza tra la «pari dignità sociale» di cui all'art. 3, primo comma, Cost. e la dignità dell'uomo, che la Corte costituzionale riconduce - oltre che all'art. 3 Cost. - anche all'art. 2 Cost.: v. ad es. la sent. 19/2022 (che, a proposito del reddito di cittadinanza, riconosce il diritto di ogni individuo alla «sopravvivenza dignitosa») e l'ord. 207/2018 (sull'aiuto al suicidio).

<sup>20</sup> V. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna 2010, pp. 328 ss., ripreso, ad es., da L. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York 1988, pp. 1436 ss.

<sup>21</sup> Sull'oggetto dei diritti della personalità v., ad es., A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano 1982, pp. 32 ss.; A. BARBAZZA, *Natura, contenuto e struttura dei diritti della personalità*, in S. Ruscica (a cura di), *I diritti della personalità*, Padova 2013, pp. 71 ss.

<sup>22</sup> *In primis*, non potevano ottenere la carta d'identità.

(v. l'art. 8, primo comma, l'art. 20, l'art. 37, primo e terzo comma, l'art. 51, primo comma, Cost.).

Ciò precisato, mi pare che la formulazione dell'art. 3, primo comma, Cost., là dove afferma il principio generale di eguaglianza e pone gli specifici divieti di distinzione, possa essere intesa come fonte di un diritto costituzionale, perché garantisce ai destinatari – con norma direttamente applicabile<sup>23</sup> – il godimento di un bene della vita (la parità di trattamento con riferimento a determinati pesi o utilità, oggetto di futura disciplina).

Ciò mi sembra confermato dal fatto che le norme europee, formulate in origine e tuttora come divieti di discriminazione (ai quali si è poi aggiunto un principio generale di eguaglianza)<sup>24</sup>, hanno condotto la Corte di Giustizia ad identificare un diritto alla parità di trattamento: v. ad es., la sent. CGE, Grande sezione, 15 aprile 2021, in causa C-30/19, *Diskrimineringsombudsmannen*<sup>25</sup>, e la sent. CGE, Grande sezione, 19 aprile 2016, in causa C-441/14, *Dansk Industri*<sup>26</sup>. Del resto, il III considerando della direttiva 2000/43/CE<sup>27</sup> menziona «il diritto all'uguaglianza dinanzi alla legge e alla protezione di tutte le persone contro le discriminazioni» (simile è il IV considerando della direttiva 2000/78/CE<sup>28</sup>).

Inoltre, come accennato<sup>29</sup>, anche l'art. 14 CEDU (che pure sancisce un divieto di discriminazione limitato ai diritti riconosciuti dalla stessa CEDU) non ha impedito alla Corte Edu di individuare un autonomo di-

<sup>23</sup> V. ad es. L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, 1965, p. 531.

<sup>24</sup> V., fra gli altri, l'art. 7 dell'originario Trattato CEE, l'art. 6A (poi art. 13) del Trattato CE (norma programmatica), introdotto dal Trattato di Amsterdam del 1997, gli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti del 2000, le direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE, gli artt. 2 e 3, par. 3, TUE e gli artt. 8, 10 e 18 TFUE. Sul tema v., ad es., P. CARETTI, *Uguaglianza e diritto comunitario*, in M. Cartabia – T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano 2009, pp. 210 ss.; G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in AA. VV., *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova 1999, p. 214; F. SORRENTINO, *L'uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in AA. VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova 2002, pp. 123 ss.; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza*, cit., pp. 85 ss. e 181 ss.

<sup>25</sup> V. i punti 35, 47 e 57. Su tale pronuncia v. P. WIDMANN, *Antidiscriminazione e processo civile*, in C. Padula (a cura di), *Gli strumenti di tutela del diritto alla parità di trattamento*, cit., pp. 100 ss.

<sup>26</sup> V. il punto 36.

<sup>27</sup> Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

<sup>28</sup> Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

<sup>29</sup> V. la nota 17.

ritto alla parità di trattamento. Ancora, l'art. 1 del Protocollo n. 12 (che estende il divieto di discriminazione a «ogni diritto previsto dalla legge» e dispone in modo più generale, nel par. 2, che «[n]essuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per i motivi menzionati al paragrafo 1») è preceduto da un preambolo in cui si afferma che «tutte le persone sono uguali innanzi alla legge e *hanno diritto alla stessa protezione* da parte della legge» (enfasi aggiunta).

La tesi qui sostenuta mi pare confermata dalla giurisprudenza della Cassazione, che, nel pronunciarsi in sede di regolamento di giurisdizione sulla nota vicenda del bonus bebè del Comune di Brescia, ha osservato che le norme legislative che attribuiscono al giudice ordinario la tutela antidiscriminatoria sono «imposte dalla natura delle situazioni soggettive tutelate, di veri e propri diritti assoluti, derivanti dal fondamentale principio costituzionale (art. 3 Cost.) di parità e dalle analoghe norme sovranazionali»<sup>30</sup>; anche la sent. Cass, sez. unite, n. 26972 del 2008 ha riconosciuto un fondamento costituzionale all'art. 44 t.u. immigrazione, qualificando come «diritto inviolabile della persona» quello «a non subire discriminazioni»<sup>31</sup>. Del resto, in dottrina si è giustamente osservato che il rango costituzionale del diritto alla parità di trattamento si ricava anche dal fatto che l'azione antidiscriminazione è proponibile pure quando la discriminazione è riconducibile ad una legge<sup>32</sup>. L'ammissibilità, in casi del genere, di tale azione è confermata dal fatto che la Corte costituzionale ha deciso più volte nel merito questioni originate da azioni antidiscriminazione proposte contro atti applicativi di una norma legislativa<sup>33</sup>.

Correttamente, dunque, la Cassazione configura le norme legislative antidiscriminazione<sup>34</sup> come attuative del diritto costituzionale alla parità

<sup>30</sup> V. ord. Cass, sez. unite civili, n. 3670/2011, che in altro punto parla di «diritti individuali di rilievo costituzionale e sovranazionale». In senso conforme v. ord. Cass., sez. unite, n. 7186/2011.

<sup>31</sup> V. il punto 2.11.

<sup>32</sup> V. F. CORVAJA, *Quanto eguali?*, cit., p. 197.

<sup>33</sup> V. le sentt. 44/2020 (il giudizio *a quo* riguardava un regolamento regionale in materia di edilizia residenziale pubblica, riproduttivo della norma legislativa discriminatoria), 166/2018 (il giudizio *a quo* riguardava una delibera regionale in materia di “bonus affitti”, riproduttiva della norma legislativa discriminatoria) e 119/2015 (il giudizio *a quo* riguardava un bando in materia di servizio civile, riproduttivo della norma legislativa discriminatoria).

<sup>34</sup> Oltre agli artt. 43 e 44 t.u. immigrazione, v. il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d.lgs. 198/2006), la l. 67/2006 sulle discriminazioni dei disabili, il d.lgs. 215/2003, attuativo della direttiva per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e il d.lgs. 216/2003, attuativo della direttiva per la parità di

di trattamento, non come *fondative* del diritto. Del resto, ravvisare un diritto soggettivo là dove la legge prevede un rimedio implica un'inversione logica: il diritto soggettivo non va ricavato *a posteriori* dalla disciplina di un rimedio ma è il rimedio che dev'essere predisposto a garanzia del diritto soggettivo.

### 3.2 Obiezioni alle tesi che collegano il diritto alla parità di trattamento al c.d. nucleo duro del principio di eguaglianza o alla pari dignità sociale

Come noto, gli specifici divieti posti dall'art. 3 non hanno la funzione di limitare l'ambito del principio di eguaglianza (che ha portata generale<sup>35</sup>) ma quella di precisarlo e rafforzarlo, nel senso che le leggi che operano le distinzioni (in linea di massima) vietate sottostanno ad una presunzione di illegittimità e sono soggette ad uno *strict scrutiny* da parte della Corte costituzionale<sup>36</sup>. Se in questo si traduce la separata menzione degli specifici divieti di distinzione, pare che la soluzione della questione qui esaminata (esiste un autonomo diritto costituzionale alla parità di trattamento?) non possa essere diversa per l'ambito del principio generale di eguaglianza e per quello dei divieti specifici<sup>37</sup>, nel senso che la pre-

trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

<sup>35</sup> Il principio di eguaglianza ha portata generale anche nel senso che ha assunto carattere oggettivo: cioè, eguaglianza non solo tra cittadini (o persone) ma anche fra situazioni: v. ad es. G.U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Principio di eguaglianza e principio di legalità*, cit., p. 83; A. CERRI, *Eguaglianza giuridica e egualitarismo*, L'Aquila-Roma 1984, p. 158; F. CORVAJA, *Quanto eguali?*, cit., p. 146; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza*, cit., pp. 36 s.; S. PANIZZA – E. STRADELLA, *Il concetto di eguaglianza come principio costituzionale e come criterio generale di ragionevolezza delle scelte pubbliche*, in P. Bianchi – S. Panizza (a cura di), *Quaderni sul principio di eguaglianza*, Padova 2008, p. 8.

<sup>36</sup> V. ad es. L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, cit., p. 532; M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), ottobre 2020, p. 16; G. SILVESTRI, *L'art. 3 della Costituzione*, in [https://lamagistratura.it/commentario/lart-3-della-costituzione/#\\_ftn6](https://lamagistratura.it/commentario/lart-3-della-costituzione/#_ftn6), 3.5.2022; A. CELOTTO, *Art. 3*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, p. 73; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza*, cit., pp. 29 ss.; A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica*, cit., pp. 22 ss.

<sup>37</sup> F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano 1958, pp. 91 e 95, ricava dall'art. 3, primo comma, Cost. un «diritto soggettivo perfetto» (facendo leva sulla possibilità per il cittadino di eccepire l'incostituzionalità della legge) ma solo in relazione ai divieti specifici (senza spiegare, però, le ragioni di questa limitazione); v. anche P. BARRILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1972, pp. 424 s. Successivamente l'A. corregge l'impostazione, pur continuando ad ammettere la lesione di un diritto all'eguaglianza in

sunzione di illegittimità e lo *strict scrutiny* non incidono sull'esistenza o meno della garanzia di godimento di un bene giuridico, che può ritenersi la condizione di individuazione di un diritto soggettivo<sup>38</sup>. Se i divieti indicati nell'ultima parte dell'art. 3, primo comma, Cost. hanno la funzione di specificare e rafforzare il principio di eguaglianza, essi si saldano a questo e di ciò occorre tener conto nell'affrontare la questione in esame.

Alcuni Autori hanno identificato il fondamento costituzionale di questo diritto nel riconoscimento della «pari dignità sociale»<sup>39</sup>: ciò condurrebbe ad escludere l'esistenza di un diritto alla parità di trattamento qualora la differenziazione non incida sulla pari dignità sociale.

Anche tale tesi non mi pare convincente. La differenza tra riconoscimento della pari dignità sociale e dell'eguaglianza davanti alla legge non attiene al livello di garanzia dei due beni ma all'oggetto della garanzia: v. il § 2 (ove si sono distinte le discriminazioni in senso stretto dalla disparità di trattamento) e il § 3.1. Premesso che sul concetto di pari dignità sociale sono state formulate varie tesi<sup>40</sup>, mi pare condivisibile quella che de-

caso di violazione degli specifici divieti di distinzione: v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, pp. 78 s. Per A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1976, p. 75, il «significato più ampio del principio di eguaglianza» (cioè, come fonte di un diritto soggettivo) «vale con riferimento al solo "nucleo forte"; non anche a quegli aspetti meramente o tendenzialmente oggettivi, che nulla hanno a che fare con la libertà, la dignità del soggetto, ma solo con la coerenza, la razionalità del sistema»; v. anche A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1994, p. 4. Il collegamento del diritto soggettivo fondamentale alla pari dignità sociale emerge più chiaramente in A. CERRI, *Principio di uguaglianza*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2018. Peraltro, l'A. osserva anche che un diritto soggettivo discende pure dal principio generale di eguaglianza nella misura in cui si collega al divieto di distinguere in base a condizioni personali e sociali: in sostanza, l'A. ammette l'esistenza di un diritto soggettivo all'eguaglianza di fronte ad ogni legge che differenzi *ratione subiecti*, e non per aspetti oggettivi.

<sup>38</sup> Il fatto che la garanzia di godimento di un bene della vita concreti un diritto soggettivo mi pare coerente con il criterio seguito dalla Cassazione per distinguere tra diritto soggettivo e interesse legittimo nel regolare la giurisdizione: criterio che fa leva sul carattere vincolato o discrezionale del potere amministrativo (v. ad es. Cass., sez. unite, ord. n. 28429 del 29.9.2022, in materia di sospensione dalla professione per inadempimento dell'obbligo vaccinale: «Di fronte al potere discrezionale non vi è possibilità di ascrivere in modo immediato e diretto il vantaggio o bene della vita alla sfera giuridica del soggetto privato, ciò che caratterizza, al contrario, la struttura del diritto soggettivo»).

<sup>39</sup> V. A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, cit., p. 199; F. CORVAJA, *Quanto eguali?*, cit., p. 197.

<sup>40</sup> V. ad es. A. CELOTTO, *Art. 3*, cit., pp. 71 s.; G. SORRENTI, «Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica», cit., pp. 227 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza*, cit., pp. 32 ss.

finisce la pari dignità sociale come «eguaglianza già disponibile»<sup>41</sup>, cioè come qualcosa che il cittadino ha già, «qualunque sia la sua condizione e l'attività che svolge»<sup>42</sup>, mentre l'eguaglianza è un bene che dev'essere garantito quando la legge disciplina le diverse situazioni.

Anche i lavori preparatori dell'Assemblea costituente non avvalorano la tesi qui contestata. La pari dignità sociale (già prevista in un testo esaminato dalla I sottocommissione nella seduta dell'11 settembre 1946 e assente nel progetto presentato dalla Commissione dei 75 all'Assemblea il 31 gennaio 1947<sup>43</sup>) viene reintrodotta a seguito di un emendamento discusso e approvato nella seduta pomeridiana del 24 marzo 1947 dell'Assemblea costituente. Dall'intervento dell'on. Laconi emergono lo stretto nesso tra pari dignità sociale ed eguaglianza e la volontà di riconoscere la spettanza di un bene al cittadino<sup>44</sup>: Laconi parla espressamente di «diritti di libertà ed eguaglianza»<sup>45</sup>.

### 3.3 Obiezioni alle tesi che negano in generale il diritto costituzionale alla parità di trattamento

Secondo alcuni Autori, un autonomo diritto alla parità di trattamento non esiste<sup>46</sup>. Talora questa tesi è semplicemente affermata, senza motivazione<sup>47</sup>, altre volte è argomentata.

<sup>41</sup> Così G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, cit., p. 1098.

<sup>42</sup> Così l'on. Laconi, nella seduta del 24 marzo 1947 dell'Assemblea costituente, in [http://legislature.camera.it/\\_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed074/sed074nc.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed074/sed074nc.pdf), p. 2421. In questa prospettiva, mi pare preferibile l'impostazione che collega la pari dignità sociale non tanto al secondo comma dell'art. 3 (che indica obiettivi da raggiungere, non un bene da difendere), quanto piuttosto al divieto di distinzione in base alle «condizioni personali e sociali» (v. F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, cit., p. 17).

<sup>43</sup> V. l'art. 7 del progetto.

<sup>44</sup> V. G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, cit., p. 1096, che parla di «bene giuridico dell'equiparazione egualitaria».

<sup>45</sup> V. [http://legislature.camera.it/\\_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed074/sed074nc.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed074/sed074nc.pdf), p. 2421 s. Nella seduta dell'11 settembre 1946 della I sottocommissione l'on. Caristia parla di «diritto di eguaglianza».

<sup>46</sup> V. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, p. 1023 (secondo il quale il principio di eguaglianza non è direttamente regolativo di situazioni giuridiche soggettive ma un «criterio obiettivo che opera sulla disciplina dei rapporti»); L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano 1965, pp. 213 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova 2003, pp. 157 ss.; C. ROSSANO, *Il principio di eguaglianza*, cit., pp. 440 s.; A. AGRÒ, Art. 3, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975, pp. 123 ss. Anche A. PIZZORUSSO, *Eguaglianza. Diritto*, in *Enc. scienze sociali*, www.treccani.it, 1993, § 1, distingue il principio di eguaglianza dalle norme attributive di diritti.

<sup>47</sup> V. ad es. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Uguaglianza*, cit., p. 1089 (l'eguaglianza «non si

Una delle esposizioni più articolate è quella compiuta nel 1965 da Paladin, secondo il quale la «parità di trattamento» non costituisce «un bene per sé stante»<sup>48</sup> e, dunque, non potrebbe essere oggetto di un diritto soggettivo. Inoltre, l'Autore osserva che «l'interesse in esame non è qualificato in nessun modo, per quanto ne riguarda il contenuto»<sup>49</sup>. Ancora, la «concezione soggettiva dell'eguaglianza giuridica» sarebbe insufficiente con riferimento ai «privilegi di mero favore»<sup>50</sup>.

Simile è la posizione di Pace<sup>51</sup>, secondo il quale «un preteso “diritto all'eguaglianza”, senza alcuna specificazione in ordine al contenuto, sarebbe concettualmente inadeguato e privo della necessaria autonomia». Inoltre, «in tanto un preteso diritto all'eguaglianza potrebbe essere invocato giudizialmente, in quanto venga in considerazione una discriminazione rispetto al godimento di un dato bene della via», nel qual caso «si tratterà, più correttamente, di un “diritto al pari trattamento” con riguardo a quel dato bene; e non il diritto al rispetto del generale principio d'eguaglianza». In sostanza, la necessità dell'interesse ad agire e di un concreto pregiudizio escluderebbero l'esistenza del diritto all'eguaglianza.

Mi pare che questi argomenti non siano insuperabili. Il fatto che il bene giuridico della parità di trattamento “prenda vita” solo con riferimento a determinati pesi od utilità (che siano oggetto di una disciplina che irragionevolmente assimila o differenzia i destinatari) non implica l'impercettibilità di tale bene<sup>52</sup> o l'assenza di un contenuto dell'interesse: come già osservato (v. il § 3.1), la parità di trattamento è l'oggetto già definito del diritto, che viene “completato” nelle singole fattispecie concrete. Del resto, poiché non tutte le utilità sono oggetto di un sottostante diritto

presenta tanto come un diritto a sé stante, ma piuttosto come un motivo idoneo a far dichiarare l'illegittimità costituzionale di un determinato trattamento normativo perché sperequato rispetto a quello praticato ad altri, che si trovino nella stessa condizione»).

<sup>48</sup> V. L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., p. 215.

<sup>49</sup> V. L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., p. 216 («la sola sostanza che si possa riconoscere a tale situazione consiste nel potere di promuovere a proprio vantaggio la reazione dell'ordinamento, mediante un'eccezione d'incostituzionalità delle norme discriminatorie»).

<sup>50</sup> V. L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., pp. 217 s., nota 127.

<sup>51</sup> V. A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in AA. VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova 2002, pp. 78 s. L'A. cita a sostegno anche alcune pronunce della Corte costituzionale, che in realtà non affrontano specificamente la questione dell'esistenza di un autonomo diritto alla parità di trattamento. Alla tesi di Pace aderisce M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza e di non discriminazione*, cit., p. 4.

<sup>52</sup> L'esistenza di un bene giuridico “parità di trattamento”, oggetto di un diritto, mi pare trovare ora plastica espressione nella sezione del codice penale dedicata ai «Delitti contro l'eguaglianza», introdotta dal d.lgs. 21/2018.



soggettivo (v. § 2), ammettere l'esistenza di un diritto alla parità di trattamento solo con riferimento a una determinata utilità significa riconoscere che l'art. 3, primo comma, Cost. può fondare un diritto soggettivo. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale sopra descritta (§ 3.1) conferma che la parità di trattamento può essere l'oggetto di un diritto.

Quanto ai privilegi di mero favore, in diversi casi esistono soggetti che possono contestare la propria esclusione<sup>53</sup> e, comunque, la concezione "soggettiva" non pretende certo di essere esclusiva, cioè di coprire ogni ipotesi applicativa del principio di eguaglianza.

Un anno dopo Paladin, Rossano osserva che, poiché l'eguaglianza consiste in un rapporto tra soggetti, esso «dovrà essere fatto valere in relazione ad alcunché di determinato»; se «esso è *realizzato* attraverso una fattispecie determinata, viene ad assumere rilievo nel caso che da questa scaturiscano diritti soggettivi»<sup>54</sup>. Mi pare che a tale impostazione si possa replicare che, se è vero che l'eguaglianza viene in rilievo solo quando un atto o comportamento mette in relazione due o più soggetti (o due o più gruppi), non è detto che il bene della vita rilevante nel caso di specie sia oggetto di un diritto soggettivo (v. il § 2): nel qual caso occorrerebbe dimostrare che l'art. 3 Cost. non attribuisce un diritto all'eguaglianza in relazione a beni che non sono oggetto di situazioni giuridiche sottostanti.

Le tesi sopra esposte, poi, sembrano inidonee, in particolare, a smentire l'esistenza di un diritto alla «pari dignità sociale», che – come osservato – rappresenta un bene in sé, già "in possesso" dei destinatari della norma costituzionale, che può essere leso anche da una differenziazione non "sfavorevole"<sup>55</sup>.

#### **4. Conclusioni; il rilievo pratico del diritto costituzionale alla parità di trattamento**

L'art. 3, primo comma, Cost. è stato sottoposto ad un'interpretazione estensiva sotto tre distinti profili: in primo luogo, il principio di eguaglianza è stato considerato applicabile, entro certi limiti, agli stranieri<sup>56</sup>;

<sup>53</sup> Paladin (p. 217) fa gli esempi delle «ingiustificate esenzioni tributarie» e dei «conferimenti di prebende senza causa», ma in tali casi è agevole ipotizzare che alcuni soggetti possano lamentare la lesione del diritto alla parità di trattamento, in quanto esclusi; nel primo caso pare ravvisabile anche la lesione di un diritto patrimoniale.

<sup>54</sup> C. ROSSANO, *Il principio di eguaglianza*, cit., pp. 440 s.

<sup>55</sup> V. i § 2, 3.1 e 3.2.

<sup>56</sup> V. ad es. F. CORVAJA, *Quanto eguali?*, cit., pp. 139 ss.

in secondo luogo, esso ha assunto carattere oggettivo (cioè, eguaglianza non solo tra individui ma anche fra situazioni)<sup>57</sup>; infine, dall'art. 3, primo comma, Cost. è stato ricavato il principio di ragionevolezza.

Tali orientamenti hanno consentito al principio in esame di esprimere tutte le sue potenzialità. La tesi secondo cui esso non fonderebbe un diritto alla parità di trattamento sembra porsi in controtendenza rispetto ad essi e in contrasto con la formulazione della disposizione, che garantisce ai destinatari il bene della pari dignità sociale e della parità di trattamento<sup>58</sup>. Come visto, la giurisprudenza della CGE e della Corte Edu supportano l'opinione (accolta da parte della dottrina italiana: v. il § 3.1) secondo cui è configurabile un diritto costituzionale alla parità di trattamento.

In Italia, gli atti legislativi antidiscriminazioni<sup>59</sup>, come intesi dalla Cassazione, hanno portato alla luce questo diritto costituzionale, completando un percorso circolare, secondo il quale l'eguaglianza, nata come posizione dell'individuo, contrapposto allo Stato («davanti alla legge»), si è trasformata in un limite dell'attività statale<sup>60</sup>, per poi riaffiorare come diritto mediante la normativa antidiscriminazioni e la sua applicazione giurisprudenziale<sup>61</sup>.

Occorre ora chiedersi quale sia il rilievo pratico del riconoscimento di tale diritto fondamentale. La questione risulta complessa e il suo esame conduce al di fuori del diritto costituzionale, ragion per cui mi limiterò a offrire qualche spunto di riflessione.

Come già accennato, la Cassazione ha riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale (sussistendo gli elementi di cui all'art. 2043 c.c.) in caso di lesione di interessi costituzionali non economici, inerenti alla persona, in quanto la tutela risarcitoria è la forma minima di tutela dei diritti inviolabili e il rinvio di cui all'art. 2059 c.c. può essere riferito alle norme costituzionali che garantiscono i diritti inviolabili (così la sent. Cass. civ., sez. unite, n. 26972/2008<sup>62</sup>).

<sup>57</sup> V. sopra, la nota 35.

<sup>58</sup> Poiché l'art. 3, primo comma, Cost. è formulato in termini ampi, la tesi qui avversata presuppone una sua interpretazione restrittiva: a tal fine, però, occorrerebbe dimostrare che il testo di tale disposizione eccede la sua *ratio*.

<sup>59</sup> V. la nota 34.

<sup>60</sup> V. G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, cit., pp. 1094 ss., secondo il quale lo Stato si è appropriato del valore dell'eguaglianza, che era stato creato contro di esso, con conseguente «manipolazione» del principio e «mistificazione» del diritto.

<sup>61</sup> V. G. BRUNELLI, *Principio di eguaglianza*, cit., § 3.

<sup>62</sup> Punto 2.1.

In realtà, la forma minima di tutela dei diritti non è quella risarcitoria ma quella di accertamento. Data la problematicità di un'azione risarcitoria contro lo Stato-legislatore<sup>63</sup>, l'azione di accertamento davanti al giudice ordinario potrebbe essere, dunque, un utile canale di accesso alla Corte costituzionale di fronte alla legge lesiva del diritto costituzionale alla parità di trattamento, *prima* degli eventuali atti esecutivi, naturalmente in presenza del necessario interesse ad agire<sup>64</sup>.

Il discorso cambia di fronte a condotte private o atti amministrativi attuativi della legge lesiva del diritto in questione (al di là delle ipotesi coperte dalla normativa antidiscriminazione<sup>65</sup>). In tal caso, sulla base della giurisprudenza della Cassazione appena citata, potrebbe essere promossa un'azione di risarcimento del danno non patrimoniale davanti al giudice ordinario (salvi i casi di giurisdizione esclusiva, in relazione agli atti amministrativi). Tale giudizio risarcitorio può rappresentare il tramite per arrivare alla Corte costituzionale ma, anche in caso di accoglimento della questione, il suo esito positivo sarebbe improbabile, potendosi considerare assente l'elemento soggettivo dell'illecito in caso di attuazione di una legge (poi dichiarata) incostituzionale. In effetti, la Corte costituzionale ritiene, in generale, che l'annullamento di una legge incostituzionale non possa far sorgere retroattivamente la responsabilità civile di chi ha attuato la stessa legge ma, salva qualche discutibile eccezione<sup>66</sup>, considera nondimeno ammissibili le questioni di costituzionalità sollevate nel corso di giudizi risarcitori di questo tipo (v., ad es., la sent. 139/2022)<sup>67</sup>. In dottrina, però, si è ipotizzato che in qualche caso l'esecuzione di una

<sup>63</sup> Con riferimento specifico al tema dell'eguaglianza v. A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica*, cit., § 8. In generale, v., fra gli altri, M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza "Francovich" della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 513; V. ROPPO, *Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo*, in *Corriere giur.*, 2017, pp. 365 ss.; R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova 1999; C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile fra pubblico e privato*, Torino 2013; L. PLATANIA, *Legge provvedimento autoapplicativa, violazione del giudicato costituzionale e responsabilità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 5129 ss.

<sup>64</sup> Sul tema sia consentito il rinvio a C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, Padova 2018.

<sup>65</sup> Citata nella nota 34; v. in particolare l'art. 28 d.lgs. 150/2011.

<sup>66</sup> V. ad es. l'ord. 15/2014.

<sup>67</sup> In effetti, la questione risulta comunque rilevante perché la sentenza di accoglimento, pur senza incidere sull'esito del giudizio risarcitorio, influisce sulla motivazione della decisione del giudice *a quo*, in quanto l'annullamento della legge rende *ex tunc* antiggiuridica la condotta, ragion per cui il rigetto della domanda di risarcimento dipende solo dalla mancanza di colpevolezza.

legge (poi dichiarata) incostituzionale possa dar luogo a responsabilità, considerando la gravità del vizio della legge e anche la circostanza che l'esecuzione della legge dovrebbe comprendere pure l'esecuzione delle norme costituzionali direttamente applicabili<sup>68</sup>.

Infine, occorre esaminare i casi in cui il diritto alla parità di trattamento sia leso senza lo "schermo" di una norma legislativa (sempre al di là delle ipotesi coperte dalla normativa antidiscriminazione)<sup>69</sup>. Nel caso degli atti amministrativi, il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dall'atto "discriminatorio" (in senso lato) si aggiungerebbe a quello del danno patrimoniale derivante dalla lesione dell'interesse legittimo<sup>70</sup>: muterebbe, però, la giurisdizione, come conferma la scelta operata dall'art. 44 t.u. immigrazione<sup>71</sup>.

Quanto alle condotte private, è discusso entro quali limiti il diritto alla parità di trattamento valga anche nei rapporti privati<sup>72</sup>, prevalendo la tesi secondo cui l'autonomia negoziale è limitata solo dal divieto di discriminazioni (anche al di là del caso in cui è la stessa Costituzione a vietare una discriminazione nell'ambito del contratto: art. 37)<sup>73</sup>: in questi limiti, e fermo restando il possibile bilanciamento con altri diritti costituzionali (ad es., la libertà di associazione), da un lato la lesione del diritto alla parità di trattamento potrebbe originare un diritto al risarcimento del danno non patrimoniale anche al di là dei casi oggetto della disciplina antidiscriminazioni, dall'altro tali norme dovrebbero considerarsi attuative di un diritto costituzionale e non frutto di scelte discrezionali<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> V. A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica*, cit., § 8.

<sup>69</sup> Sulla questione del risarcimento del danno in caso di violazione del principio di eguaglianza v., ad es., E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione Giustizia*, 1/2020, § 4. A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, cit., pp. 202 ss., ipotizza l'estensione del risarcimento ai "danni punitivi".

<sup>70</sup> È pacifico che l'atto amministrativo discriminatorio (in senso lato) sia annullabile per violazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. e all'art. 1, co. 1, l. 241/1990.

<sup>71</sup> Sul tema della giurisdizione e della situazione giuridica soggettiva di fronte agli atti amministrativi discriminatori v. F. CORVAJA, *Quando a discriminare è l'amministrazione: la tutela antidiscriminatoria contro la pubblica amministrazione*, in C. Padula (a cura di), *Gli strumenti di tutela del diritto alla parità di trattamento*, Napoli 2022, pp. 147 ss.

<sup>72</sup> Secondo L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, cit., p. 532, il principio della pari dignità sociale limita l'autonomia privata; secondo A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, cit., p. 4, il "nucleo forte" dell'eguaglianza dispiega effetto anche nei rapporti interpretati, nel senso di render nulla qualsiasi clausola discriminatoria. Fra i civilisti v., ad es., E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civile*, 2014, 547 ss.

<sup>73</sup> V. E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, cit., § 3.

<sup>74</sup> V. A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica*, cit., p. 33.



# **La moneta sovrana nella rivoluzione permanente delle nuove tecnologie: aspettando l' «euro digitale»**

*Carola Pagliarin*

*Professoressa associata di Diritto amministrativo*

SOMMARIO: 1. La moneta sovrana tra crisi dello Stato e rivoluzione digitale. – 2. Le criptovalute: tra tentativi qualificatori e dinamiche speculative. – 3. Moneta sovrana in forma elettronica e criptovalute. – 4. Il progetto dell'euro digitale. – 5. L'euro digitale nel contesto della politica monetaria europea. – 6. Digitalizzazione delle valute e ruolo della moneta

## **1. La moneta sovrana tra crisi dello Stato e rivoluzione digitale**

Il forte impatto prodotto dalla rivoluzione tecnologica su ogni aspetto della nostra vita è noto a tutti ed è oggetto di studi e analisi innumerevoli. Allo stesso tempo è largamente riconosciuto che tale rivoluzione - e segnatamente quella digitale - abbia inciso significativamente sulle dinamiche istituzionali, fino a toccare le definizioni, di per sé stesse sfuggenti, di Stato e democrazia, rimarcandone i profili critici<sup>1</sup>.

In particolare, le nuove tecnologie mettono ancora più in crisi la sovranità degli Stati, già provata dall'affermazione di regole e mercati glo-

<sup>1</sup> Gli studi e le analisi sul punto sono amplissimi e in continuo aumento, ci si limita qui a rinviare a L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Mondadori, Milano, 2020 e S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2018, in particolare 111 s. Inevitabile poi il rinvio alle opere e al pensiero di P. GROSSI, cfr., da ultima, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari, 2017.

bali, al punto di intaccare uno dei suoi profili fondanti, quello monetario. Proprio per conservare il ruolo centrale della moneta sovrana si registrano delle iniziative istituzionali, anche a livello europeo, che meritano di essere oggetto di una riflessione - per quanto prospettica e generale - considerandone in questa sede le implicazioni in termini di forma di Stato. Nel contesto dei mercati globali e dell'inarrestabile sviluppo tecnologico, infatti, si staglia la prospettiva dell'imminente realizzazione di una moneta sovrana in forma elettronica. Essa dovrebbe essere destinata - nella visione, in particolare, di Cina, Stati Uniti e Unione europea - a costituire un mezzo di pagamento efficiente nei mercati digitali, tanto da arrestare la corsa delle cosiddette criptovalute gestite da soggetti privati e non garantite da un'istituzione pubblica.

Le future monete digitali, intese nel senso ora precisato, vanno però distinte da quest'ultimo fenomeno economico generato nel contesto delle attività imprenditoriali e finanziarie legate alle tecnologie informatiche, di incerta qualificazione giuridica. Un fenomeno che si è imposto progressivamente all'attenzione della comunità sociale nel suo complesso, dei legislatori e dei giuristi.

La rivoluzione digitale, l'affermarsi di internet su scala mondiale e la globalizzazione sono i fattori che negli ultimi vent'anni hanno fatto nascere una domanda che nel Novecento non esisteva: uno strumento di pagamento semplice, veloce, virtuale, globale che possa essere usato da chiunque, anche da chi è sprovvisto di un conto corrente bancario, per vendere e acquistare sulla rete senza dover sottostare a procedure, controlli e costi.

Questo bisogno peraltro subisce continue evoluzioni. Da ultimo la costruzione del Metaverso richiederà un portafoglio spendibile in ogni suo «ambiente», con sistemi di cambio consolidati e condivisi, proprio perché questo spazio virtuale si propone di superare la parcellizzazione del mercato.

Le monete sovrane rischiano di essere inadeguate rispetto alle richieste del mercato e della società ora sommariamente evocate. Questa incapacità di risposta ha però delle ricadute che vanno al cuore del ruolo degli Stati e, nel nostro specifico orizzonte, dell'Unione europea. Ancor più, la diffusione della moneta sovrana, il suo utilizzo e il suo rilievo, anche nel nuovo contesto economico costituisce un importante presidio per il ruolo degli Stati e, di conseguenza, per la tutela dei valori propri degli Stati democratici.

Si intende, quindi, svolgere qualche spunto introduttivo di riflessione sullo sviluppo delle monete sovrane in forma digitale – e sull'euro digitale, in particolare – nella prospettiva dell'impatto sulla forma di Stato.

## **2. Le criptovalute: tra tentativi qualificatori e dinamiche speculative**

Il punto di partenza delle riflessioni che si intendono svolgere è necessariamente dato dal variegato - e cangiante - mondo delle criptovalute che emergono come risposta alla domanda del mercato globalizzato e tecnologico.

Le valute digitali invero costituiscono un insieme tutt'altro che omogeneo, tuttavia è utile darne qualche cenno descrittivo, tratto dalla dottrina, al solo fine di comprenderne la differenza rispetto alla moneta sovrana in forma elettronica, con i limiti della intrinseca impossibilità di delineare un fenomeno vario, mutevole e tecnicamente complesso.

La criptovaluta è stata descritta<sup>2</sup> come un documento digitale esprime un segno convenzionale, che viene associato ad un individuo determinato per il tramite di codici informatici; la tecnologia applicata rende il segno irriproducibile e l'attribuzione all'individuo esclusiva. In altre parole, la tecnologia sopperisce all'assenza di un supporto documentale fisico mobile, replicando nell'ambiente digitale l'unicità della documentazione e una forma di apprensione esclusiva.

Tale segno è destinato ad essere movimentato. Anche sotto questo profilo, in luogo dello spostamento e della consegna materiali si realizza una traslazione digitale consistente nella cancellazione del segno originario e nella sua riproduzione con associazione al destinatario (o in una operazione simile), che attraverso la tecnica della blockchain assicura l'esclusività della correlazione con quest'ultimo<sup>3</sup>.

Vi sono criptovalute a struttura accentrata, nelle quali l'emissione e la gestione dei portafogli siano di competenza di un soggetto predeterminato, ma il profilo più innovativo si riscontra nelle valute a emissione diffusa, dove non si rinviene un «gestore della rete».

<sup>2</sup> Cfr. M. CIAN, *La criptovaluta: alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, «Banca Borsa Titoli di credito», 2019, III, 315 s.

<sup>3</sup> Sugli effetti dello sviluppo della tecnologia *blockchain* sulle questioni giuridiche inerenti ai nuovi moduli di finanziamento in forma elettronica, con particolare riferimento all'*Initial Coin Offering* (ICO), cfr. C. SANDEI, *L'offerta iniziale di cripto-attività*, Giappichelli, Torino, 2022.



Anzi, come è stato notato<sup>4</sup>, la realtà delle criptovalute si manifesta, nella sua forma più genuinamente innovativa, nelle valute aperte a struttura decentrata, che cioè si fondano su meccanismi di emissione distribuiti all'interno della rete e delle quali è prevista la convertibilità da e verso forme di ricchezza tradizionali e, in particolare, da e verso valute aventi corso legale.

Ferma la rilevanza di questi fenomeni economici e tecnologici, la dottrina è concorde nell'evidenziare la difficoltà a qualificarli in termini giuridici. Una difficoltà che nasce dalla innegabile circostanza che tutti gli strumenti concettuali che noi oggi utilizziamo sono basati su di un modello di economia monetaria che si è sviluppato in secoli di storia, ma distante dal panorama in cui sono inserite le criptovalute e dal fatto che il concetto stesso di denaro è oggetto di ricostruzioni diverse e non piane<sup>5</sup>.

Come si è notato in dottrina<sup>6</sup>, il profilo di maggiore novità è dato dalla spontaneità e dalla diffusività che caratterizza il momento genetico delle principali fra queste «valute». Si assiste, infatti, a realtà in cui non esiste un'entità emittente e la «moneta» si genera grazie all'operatività di *software* installati su una pluralità di terminali e tra loro interconnessi, secondo le regole codificate *ex ante* nel *software* stesso.

In questi termini si è rilevato che la contrapposizione rispetto ai sistemi fondati sul principio della sovranità monetaria degli Stati nazionali è evidentemente comune a tutte le monete complementari. Le monete complementari consuete, tuttavia, presentano una struttura indeclinabilmente accentrata. La presenza di un'entità emittente, appare necessaria al fine di garantire il corso fiduciario della moneta stessa, assicurandone l'irriproducibilità e, per questa via, la scarsità. Una moneta generabile da chiunque senza limiti di quantità non può assolvere ad una funzione monetaria neppure su basi fiduciarie. Le criptovalute, nella loro manifestazione più estrema ed originale, mancano invece per l'appunto di un emittente. La funzione monetaria è assicurata allora non già dalla fiducia riposta dalla

<sup>4</sup> Da M. CIAN, *La criptovaluta*, cit., 315 s.

<sup>5</sup> T. ASCARELLI, *La moneta*, Cedam, Padova, 1928; ID, *Studi giuridici sulla moneta*, Giuffrè, Milano, 1952; A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, «Enciclopedia del diritto», 1979, XIX, p. 222; ID., *Le obbligazioni pecuniarie*, Giappichelli, Torino, 1996; B. INZITARI, *Moneta*, «Digesto delle Discipline Civilistiche», XI, 1994; T. PADOA SCHIOPPA, *la moneta e il sistema dei pagamenti*, Il Mulino, Bologna, 1992; F. CAPRIGLIONE, *Moneta*, «Enciclopedia del Diritto: Aggiornamento», 1999, III. Sulla relazione tra i concetti di «moneta», «denaro» e «valuta» si veda P. DE VECCHIS, *Moneta e carte valori – Profili generali e di diritto privato*, «Enciclopedia Giuridica», 1990, XXII, p. 2.

<sup>6</sup> M. CIAN, *La criptovaluta*, cit.

comunità dei consociati in un soggetto emittente, ma dalla fiducia nelle modalità tecniche di un'emissione, che risulta «acefala», ma predefinita.

La sua novità si esprime in definitiva nell'opportunità, offerta dal ricorso agli strumenti elettronici, di coniugare il carattere di moneta-segno, proprio del documento digitale, con la struttura non accentrata dell'emissione<sup>7</sup>.

La tecnologia introduce in questo contesto un elemento senza dubbio nuovo, consentendo di perimetrare l'attività generatrice del segno, in ambiente digitale, pur con modalità di elaborazione del relativo dato diffuse tra i terminali.

Le criptovalute, inoltre, hanno da subito manifestato la caratteristica la caratteristica di avere una forte fluttuazione di valore. Per questo, ad esempio il *bitcoin* è stato oggetto di investimenti speculativi, ma è risultato poco funzionale all'utilizzo come mezzo di pagamento.

Per ovviare al limite ora citato, si sono affermate sul mercato le cosiddette *stablecoin*, basate su *token* e caratterizzate da tendenziale stabilità. Un requisito ottenuto grazie all'«ancoraggio» ad un bene di cui costituiscono la rappresentazione digitale, seguendone anche le variazioni. Tali beni, di regola, sono a loro volta beni di scambio, il cui valore è controllato da una struttura a livello centrale. Le oscillazioni di valore possono dunque verificarsi, ma dovrebbero risultare sostanzialmente contenute. La stessa galassia delle *stablecoin* è composita, in realtà: alcune sono ancorate a valute a corso legale o ad altri *asset*, quali materia prime e metalli preziosi (*stablecoin fiat*); altre sono ancorate a loro volta a criptovalute ed altre, infine, vengono definite algoritmiche. Nonostante la tendenziale stabilità, anche per queste valute virtuali si sono registrati fenomeni di crollo del valore anche molto significativo, come nel caso di *Terra Usd*.

Nel 2022 sia le criptovalute che le piattaforme di scambio sono state oggetto di speculazioni e travolte da gravi crisi – come nel caso di *Ftx*, *Celsius*, *Voyager* e *Three Arrows Capital* - a seguito della perdita di fiducia degli operatori rispetto a realtà sostanzialmente prive di regolamentazione.

### 3. Moneta sovrana in forma elettronica e criptovalute

Alla luce di quanto si è ora evidenziato, ai fini delle presenti riflessioni, è possibile dare una prima risposta alla questione relativa alla riconducibilità di queste valute virtuali al fenomeno monetario.

<sup>7</sup> Cfr. M. CIAN, *La criptovaluta*, cit.

La definizione della moneta è di certo giuridicamente sfuggente, ma, come si è già detto, a livello generale, si può affermare che la sua definizione funzionale risulta essere quella più diffusa e accolta. Vengono, infatti, individuate tre funzioni della moneta, che deve essere unità di conto, mezzo di pagamento e riserva di valore. La ripartizione si deve ancora ad Aristotele, nell'*Etica Nicomachea*, e, ripresa da Tommaso d'Aquino, è rimasta poi sostanzialmente inalterata<sup>8</sup>.

A causa dei fenomeni di forte fluttuazione del loro valore, alcuni dubitano che le criptovalute possano assolvere a quella funzione tradizionale della moneta che è quella di essere strumento di intermediazione degli scambi. Al contrario, questa medesima caratteristica ne avrebbe enfatizzato la funzione di investimento<sup>9</sup>.

Parte della dottrina però ritiene che esse siano comunque un mezzo di scambio poiché quando esse vengono accettate quale mezzo di pagamento di beni e servizi, esse veicolano permanentemente un potere d'acquisto; in questo modo, nel contesto della circolazione dei beni medesimi, esse assumono il ruolo tipico della moneta, consentendo al loro titolare di negoziarli in cambio dell'aspettativa al conseguimento futuro di altri beni entro la comunità che convenzionalmente la riconosce<sup>10</sup>. Due condizioni debbono però sussistere: il bene deve essere suscettibile di movimentazione tra due o più individui e, in secondo luogo, non deve esaurire il proprio potere di acquisto in occasione dello scambio.

Costituisce un dato di fatto, comunque, che alcune valute digitali, in ragione del vertiginoso incremento di valore di cui hanno beneficiato nel cambio con le monete aventi corso legale (quando esse siano convertibili da e verso queste ultime), sono divenute altresì strumento di accumulazione della ricchezza. La seconda funzione tradizionalmente ascritta alla moneta è in effetti registrabile anche nell'ambiente digitale. Va osservato che tale carattere (di bene-ricchezza) è di regola, ma non necessariamente scaturente dalla natura del bene medesimo quale mezzo di scambio. La regola deriva dal fatto che, se il bene veicola un potere d'acquisto, si presta altresì alla formazione di una riserva di tale potere per mezzo del suo ammassamento. Il bene digitale rappresenta quanto di più facilmente

<sup>8</sup> Sulle origini delle tre funzioni della moneta cfr. V. DE STASIO, *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento*, «Banca Borsa Titoli di credito», 2018, VI, 747 s.

<sup>9</sup> E. GIRINO, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, «Rivista di diritto bancario», 2018, IV, *rivista.dirittobancario.it*.

<sup>10</sup> M. CIAN, *La criptovaluta*, cit., p. 315 s.

stoccabile possa venire immaginato, nel momento in cui il dato elettronico viene tecnicamente protetto dalle intrusioni.

La funzione della moneta quale unità di misura del valore dei beni e dei servizi non sembra invece tendenzialmente propria delle criptovalute o almeno di quelle principali. In linea di massima, anche chi accetta monete digitali a pagamento dei propri beni o servizi stabilisce il prezzo in moneta legale: è sempre quest'ultima, conseguentemente, a rappresentare l'unità-base di conto, mentre la determinazione del corrispettivo in valuta alternativa segue il corso di cambio, potendo così oscillare indipendentemente dall'eventuale oscillazione del valore del bene.

Le monete digitali, dunque, sul piano dell'emissione, della circolazione e del contenuto, condividono solo alcuni caratteri della «moneta», ma anche della valuta, degli strumenti finanziari ovvero dei «beni immateriali», cui, da ultimo, la giurisprudenza li ha ricondotti.

A questo fenomeno il legislatore italiano – congiuntamente a quello europeo – ha guardato in una prospettiva di adeguata protezione dei consumatori e di contrasto a pericolose attività illecite.

Costituisce un elemento rilevante che la definizione di valuta virtuale come «rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente» sia stata inserita, dall'art. 1 del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, nell'art. 1, comma 2, lett. *qq* del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, contenente la legislazione antiriciclaggio e di contrasto al terrorismo<sup>11</sup>. Una normativa, evidentemente, che individua e punisce condotte penalmente rilevanti.

Allo stesso modo, non si può trascurare che anche l'individuazione dei «prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale» sia stata rimessa alla medesima normativa antiriciclaggio anziché a una disciplina più direttamente correlata alla tutela del risparmio.

Ugualmente, il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 184, di «Attuazione della direttiva (UE) 2019/713 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti e che sostituisce la decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio», sempre agli effetti della disciplina penale, ha ribadito la definizione di «valuta virtuale»: «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un

<sup>11</sup> M. TOLA, *Valute virtuali tra sovranità monetaria e tutela costituzionale del risparmio*, «Le Nuove Leggi Civili Commentate», 2021, p. 1375 s.

ente pubblico, non è legata necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente»<sup>12</sup>.

Per il medesimo decreto<sup>13</sup> «mezzo di scambio digitale» è «qualsiasi moneta elettronica definita all'articolo 1, comma 2, lettera h-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e la valuta virtuale»<sup>14</sup>.

Mentre, «strumento di pagamento diverso dai contanti» è «un dispositivo, oggetto o record protetto immateriale o materiale, o una loro combinazione, diverso dalla moneta a corso legale, che, da solo o unitamente a una procedura o a una serie di procedure, permette al titolare o all'utente di trasferire denaro o valore monetario, anche attraverso mezzi di scambio digitali»<sup>15</sup>.

Del resto, un certo paradosso già era dovuto alla disciplina europea di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo e, in particolare, alla direttiva 2018/843/UE del 30 maggio 2018, che ha introdotto all'art. 3, n. 18, dir. 2015/849/UE del 20 maggio 2015, la definizione di valute virtuali negandone, al contempo, «lo stato giuridico di valuta o moneta»: esempio lampante, da una parte di antitesi legislativa, insita nel definire «valuta» una fattispecie che lo stesso provvedimento non intende però regolare come tale sul piano giuridico; dall'altra, di ostentazione di distacco verso il fenomeno, nel presumibile timore che il riconoscimento di una «valuta» generata dall'autonomia dei privati e la sua recezione su un piano di politica monetaria possa, in certo qual modo, implicare una resa della sovranità sulla moneta.

Come è stato evidenziato in dottrina, gli interventi adottati si sono proposti come «soluzioni tampone» di un problema che, per via della

<sup>12</sup> Art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. 8 novembre 2021, n. 184.

<sup>13</sup> Art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. 8 novembre 2021, n. 184.

<sup>14</sup> Ai sensi del citato art. 1, co. 2, lett. h-ter, del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», la «moneta elettronica» è «il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso per effettuare operazioni di pagamento come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, e che sia accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente. Non costituisce moneta elettronica:

<sup>1</sup> il valore monetario memorizzato sugli strumenti previsti dall'articolo 2, comma 2, lettera m), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11;

<sup>2</sup> il valore monetario utilizzato per le operazioni di pagamento previste dall'articolo 2, comma 2, lettera n), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11».

<sup>15</sup> Art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 8 novembre 2021, n. 184.

diffusione globale e del «polimorfismo» delle valute virtuali, sembra ancora ben lungi da trovare una composizione adeguata<sup>16</sup>. In particolare, si sono manifestate perplessità in ordine ad un approccio regolatorio di tal genere per un'attività che, a prescindere da ogni questione classificatoria, interseca interessi costituzionalmente rilevanti, come la tutela del risparmio, prevista dall'art. 47 Cost., e, al contempo, tocca le medesime ragioni di interesse pubblico che presidiano l'efficienza del sistema dei pagamenti e che vengono risolte attraverso la previsione di riserve di attività a favore di banche e imprese finanziarie, oltre che mediante regole tese a mantenere le condizioni di generalizzata fiducia sull'efficacia solutoria degli strumenti alternativi alla moneta legale.

Il rilevato atteggiamento di rassegnazione tenuto dal legislatore europeo e italiano verso il fenomeno delle valute virtuali è certamente determinato dal realismo nascente dal polimorfismo che lo caratterizza, ma è dovuto anche all'importante attenuazione della sovranità statale in campo monetario e al determinarsi di un sistema nuovo di governo della moneta.

#### 4. Il progetto dell'euro digitale

Come si è detto, le questioni sottese alle valute digitali si muovono nel contesto della *net economy* e costituiscono uno dei precipitati della tensione tra il fenomeno della globalizzazione e le dinamiche dello Stato contemporaneo.

Il governo della moneta, funzione tipica dello Stato sovrano, sappiamo, è stato toccato dal processo più incisivo di cessione di sovranità funzionale alla creazione dell'architettura dell'Unione europea: l'introduzione della moneta unica.

A lato di questo processo si è via via determinato l'affermarsi delle valute virtuali o criptovalute, frutto del progresso tecnologico che sta modificando l'economia globale, incidendo sensibilmente sulle modalità di scambio di beni e servizi. Sembrerebbe questo un tipico esempio di «dominio dell'economia sullo Stato», essendo costretto quest'ultimo a dover sempre tener conto del mercato e «adattarsi alle sue modalità di svolgimento» nell'esercizio della potestà regolatoria<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> M. TOLA, *Valute virtuali*, cit.

<sup>17</sup> M. TOLA, *Valute virtuali*, cit., p. 1375 s.

Le valute virtuali sono per molti versi fenomeni ancora oggi sospesi tra diritto pubblico e costituzionale (il governo della moneta) e diritto privato delle obbligazioni, la cui natura giuridica risulta incerta.

Ad ogni modo, la presenza di queste «valute» ha sicuramente inciso significativamente nel mercato monetario, segnato dalla recessione dell'uso del contante poiché la crescente parte delle transazioni si sono spostate sul mercato digitale. Il che ha inciso sull'equilibrio basato sulla complementarità della «moneta» pubblica e privata<sup>18</sup>.

Tuttavia, si può dire che ora sia in atto una nuova competizione: una «guerra» tra valute digitali, destinata a durare a lungo, che da un lato vede le nuove valute private, attuali e future, assaltare quelle tradizionali pubbliche (dollaro, euro, yuan) e quelle tradizionali pubbliche darsi battaglia per «colonizzare» il nuovo mondo digitale e rubare spazio le une alle altre.

In questo contesto nasce il progetto di realizzare l'euro digitale: una moneta in forma elettronica che dovrebbe affiancare gli attuali metodi di pagamento. Leggendo il comunicato stampa della Banca Centrale Europea del 14 luglio 2021 si apprende che l'euro digitale si affiancherebbe al contante, senza sostituirlo, nel contesto di una strategia complessiva europea per i pagamenti nell'era digitale, finalizzata a soddisfare la sempre maggiore richiesta proveniente dal mercato.

Il progetto è dichiaratamente varato per garantire la sovranità dell'Unione europea a fronte di mezzi di pagamento elettronici sempre più diffusi quali le criptovalute.

L'euro digitale risulta comunque completamente diverso come natura e struttura operativa dal meccanismo e dalla sostanza propria delle cripto-valute gestite da soggetti privati, non garantite da una istituzione pubblica e con un prezzo volatile. Esso rappresenterebbe invece un credito nei confronti della Banca centrale, privo, dunque, di rischio – di liquidità, di credito o di mercato.

<sup>18</sup> Come nota F. PANETTA, *Public money for the digital era: towards a digital euro*, *Keynote speech by Fabio Panetta, Member of the Executive Board of the ECB, at the National College of Ireland* in <https://www.ecb.eu> al link relativo, «Our monetary system is based on the complementarity of public and private money. Central banks provide a trusted and stable monetary base on which intermediaries such as banks build new payment and financial services. This coexistence has been a powerful driver of stability and innovation. But digital disruption and the declining use of the cash – the only form of sovereign money currently available to the public – are threatening to upend this balance. Consumers are increasingly turning towards non cash payments. Only 20% of the cash stock is now used for payments, down, from 35% fifteen years ago».

L'euro digitale dovrebbe essere, quindi, effettivamente non tanto una forma di investimento quanto un vero e proprio mezzo di pagamento.

Coerentemente a questo impianto si stanno studiando limitazioni all'ammontare di euro digitali che un individuo può detenere o l'introduzione di una remunerazione penalizzante per depositi in euro digitali superiori ad una certa soglia<sup>19</sup>.

In particolare, risultano in corso di approfondimento: le modalità operative (al momento la BCE non rileva particolari limitazioni tecnologiche all'emissione di un euro digitale sulla base delle prime sperimentazioni); l'infrastruttura di gestione dell'euro digitale; la distribuzione; gli impatti sul mercato; le modifiche da apportare alla legislazione europea in materia.

La fase istruttoria è iniziata a ottobre 2021 e durerà circa due anni, per concludersi a ottobre 2023. Dopo il completamento della fase istruttoria la BCE deciderà se dare il via allo sviluppo di un euro digitale.

Gli esperti della BCE e delle banche centrali nazionali hanno stilato un elenco di requisiti fondamentali per un euro digitale: facoltà di accesso, solidità, sicurezza, efficienza, rispetto della privacy e aderenza alla normativa.

Si vuole assicurare che il valore della moneta sia preservato, salvaguardato e regolamentato dalla banca centrale. Si intende soddisfare la domanda dei consumatori, ma anche – e soprattutto – preservare la sovranità europea.

Un euro digitale sarebbe integrabile con mezzi di pagamento forniti da operatori privati, stimolando l'offerta di soluzioni paneuropee e servizi aggiuntivi per i consumatori.

L'impiego possibile è ampio: pagamenti online, in punti vendita fisici, da persona a persona e, in futuro, altro (ad esempio, *machine-to-machine*: pagamenti automatizzati tra macchine, i veicoli autonomi o altre macchine industriali potrebbero eseguire pagamenti per l'energia, la manutenzione o l'assicurazione e accettare pagamenti per i servizi che prestano)<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Che sarà probabilmente di € 3000.

<sup>20</sup> Bancomat S.p.A. - che gestisce i circuiti di pagamento e prelievo più diffusi in Italia e dal 2019 ha istituito il circuito per i pagamenti digitali - ha avviato uno studio di fattibilità per valutare, nell'ambito del progetto sull'euro digitale, un servizio alle banche e agli utenti finali per garantire all'Italia una rapida adozione della «Central bank digital currency» europea. La società vuole, quindi, proporsi come facilitatore per la diffusione dell'euro digitale (cfr. *Euro Digitale BANCOMAT S.p.A. capofila per la sperimentazione*, in [www.bancomat.it](http://www.bancomat.it)).



I pagamenti ora sono dominati da operatori e tecnologie non europei. Gli operatori esteri gestiscono circa il 70 % dei pagamenti con carte in Europa<sup>21</sup>. Inoltre, le soluzioni internazionali di pagamento elettronico stanno guadagnando terreno.

Naturalmente, sarà rilevante il quadro normativo che si adotterà e, in particolare, l'attribuzione del corso legale, che, a tacer d'altro, dal punto di vista pratico consentirà un impiego sostanzialmente universale del pagamento. Il quadro giuridico sarà fondamentale anche al fine di tutelare la *privacy* degli utilizzatori, uno degli aspetti ritenuto più importanti nella progettazione dell'euro digitale. Infatti, i pagamenti digitali sono più tracciabili e questo può comportare che i dati relativi siano utilizzati a fini commerciali da società private.

La tutela della *privacy* va inoltre inserita nel contesto della lotta al riciclaggio (AML) e del contrasto al finanziamento del terrorismo (CFT) con la prevedibile conseguenza che l'Eurosistema – o qualunque altro soggetto pubblico – dovrebbe accedere ai dati sulle transazioni solo nella misura strettamente necessaria all'assolvimento delle proprie funzioni.

La Cina sta portando avanti con estrema determinazione il progetto della moneta sovrana in forma elettronica. La prospettiva è di coniare, prima al mondo tra le economie di peso, uno *e-yuan*, banconota digitale che dovrebbe sia contrastare le valute digitali private sia porsi in competizione con le *currency* tradizionali più utilizzate per gli scambi commerciali e che per ora hanno progetti digitali ancora in fase di studio, come euro e dollaro. Il fine ultimo sembrerebbe essere quello di imporre agli altri la propria moneta come mezzo di pagamento internazionale, condizionare gli scambi commerciali e quindi prendere potere a discapito degli altri Stati, condizionandone, in qualche modo, la sovranità.

La Cina ha annunciato, dunque, tempi molto più brevi rispetto all'Europa nella creazione della propria moneta digitale.

Imporre la propria moneta come *standard* di pagamento internazionale negli scambi commerciali è uno dei modi più antichi per ribadire il proprio potere e per condizionare le economie dei paesi costretti ad adeguarsi. L'Occidente potenzialmente rischia di perdere una parte consistente di sovranità monetaria, che poi, alla prova dei fatti, significa sovranità *tout court*. E perdere sovranità a favore di uno Stato che ha una forma di Stato differente può tradursi in un pericolo concreto di rispetto dei valori costituzionalmente tutelati.

<sup>21</sup> Cfr. BCE (2019), *Card payments in Europe*, aprile

La stabilità della moneta è strumento, indiretto ma essenziale, della tutela delle libertà e dei diritti, tra questi, non solo la tutela del risparmio, ma l'equità fiscale e, infine, i diritti sociali.

## **5. L'euro digitale nel contesto della politica monetaria europea**

Per poter comprendere il ruolo del futuro euro digitale è essenziale rammentare la genesi e l'evoluzione della politica monetaria europea almeno per sommi capi, essendo ovviamente impossibile qui tracciarne la traiettoria e rappresentarne l'accelerazione in modo completo. Tuttavia, appunto, un cenno alle vicende del governo della moneta unica europea si rende indispensabile per comprendere uno scenario unico nel panorama delle monete sovrane.

E' noto che il sistema monetario europeo è stato realizzato nel contesto del processo di integrazione anche in riferimento alla sua influenza sulla libertà di circolazione e, in particolare, sulla libera circolazione dei capitali, pur essendo chiaro a tutti che la sua creazione avrebbe portato a conseguenze di ben più vasta portata istituzionale. Ed è altresì noto che la conseguenza indefettibile della creazione di una moneta comune dovrebbe essere un sostanziale coordinamento delle politiche di bilancio ed economiche. Una valuta unica non è idonea a sorreggere sistemi di bilancio troppo differenti negli elementi principalmente rappresentativi (rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo, deficit pubblico, tasso di inflazione). L'Unione Economica e Monetaria è nata, però, con intrinseci limiti, dato che prevedeva un'unione monetaria, ma lasciava agli Stati la politica economica, nonostante in molti avessero sottolineato la criticità di una scelta di questo genere<sup>22</sup>. Proprio in ragione di questa asimmetria, il trattato di Maastricht ha introdotto una serie di vincoli finalizzati a prevenire situazioni di azzardo morale e rischi di esternalità negativa tra Stati membri, primi fra tutti i vincoli alle finanze pubbliche degli Stati, in termini di deficit e di debito, vincoli che sono stati via via poi resi più stringenti a seguito delle crisi finanziarie, temporaneamente sospesi per il periodo pandemico ed ora in corso di ridefinizione<sup>23</sup>. Inoltre,

<sup>22</sup> Ci si limita qui a rinviare al quadro svolto sul punto da F. FABBRINI, *La nuova governance economica europea post-pandemia*, «Il diritto dell'Unione europea», 2020, IV, p. 771 s.

<sup>23</sup> Il nuovo sistema proposto dalla Commissione prevede la rinuncia ad un quadro unico di regole valido per tutti gli Stati membri e il passaggio al principio di percorsi di aggiustamento definiti per ciascun paese sulla base di una interlocuzione fra Commissione e sin-

per rendere effettivi questi vincoli, il trattato di Maastricht ha introdotto una proibizione del finanziamento monetario e della mutualizzazione dei debiti di Stati in condizione di difficoltà finanziaria.

L'art. 127, par. 1, del TFUE stabilisce, infatti, che «l'obiettivo principale del Sistema europeo di banche centrali (...) è il mantenimento della stabilità dei prezzi» e gli artt. 123 e 125 prevedono regole atte a precludere l'espansione del debito. L'insieme delle norme richiamate sembravano determinare l'impossibilità per le istituzioni europee di finanziare il debito degli Stati membri (con il cosiddetto «prestito di ultima istanza») anche per politiche di investimento ovvero per riforme strutturali destinate a rimediare a cicli economici avversi.

Di conseguenza la Banca Centrale Europea è stata posta a guida del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC), con lo scopo principale di definire e governare le politiche monetarie, che da quel momento sono state sottratte alla tradizionale e assoluta sovranità degli Stati<sup>24</sup>, secondo logiche in parte inedite. Tra le tradizionali funzioni di governo della moneta, tipiche delle banche centrali nazionali, infatti, ne mancavano due fondamentali: la concessione di scoperti di conto nonché l'acquisto diretto dei titoli di debito statali<sup>25</sup>. Pur trattandosi di funzioni oggi espressamente vietate dall'art. 123, nonché altresì dagli articoli 124, 125 del

goli governi. Per un'analisi dei vincoli europei di finanza pubblica in relazione all'unione monetaria cfr. O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, p. 369 s. e p. 395 s.

<sup>24</sup> Il governo della moneta nell'Eurosistema include alcune delle tradizionali competenze legate a tale ambito, un tempo di esclusiva competenza nazionale Cfr. T. PADOA-SCHIOPPA, *L'euro e la sua banca centrale*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 49 s. Tra queste, anzitutto: il potere di emettere la moneta, autorizzando le banche centrali dei Paesi dell'area dell'euro a stampare banconote in euro; definire la liquidità, attraverso la fissazione dei tassi d'interesse di riferimento per l'area dell'euro nonché controllare la massa monetaria. Ma ancora: gestire le riserve in valuta estera dell'area dell'euro e comprare o vendere valute quando si presenti la necessità di mantenere un equilibrio tra i tassi di cambio; accertarsi che le istituzioni e i mercati finanziari siano adeguatamente controllati dalle autorità nazionali, e che i sistemi di pagamento funzionino correttamente; monitorare le tendenze dei prezzi valutando il rischio che ne deriva per la stabilità dei prezzi nell'area euro. In tema e in particolare, sull'evoluzione delle politiche monetarie dell'Eurozona e le politiche di bilancio delle unioni monetarie si veda P. DE GRAUWE, *Economia dell'unione monetaria*, Il Mulino, Bologna, 2019. Sin da quando il Trattato di Maastricht ha istituito la BCE, essa è apparsa come un organo comunitario *sui generis*, non menzionato tra le Istituzioni europee (lo diverrà espressamente solo con il Trattato di Lisbona e il novellato art. 13 TFUE). Per un quadro generale dell'istituzione in discorso si rinvia a R. IBRIDO, *Banca Centrale Europea*, «Digesto delle discipline pubblicistiche», 2017.

<sup>25</sup> Cfr. F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 67 s.

TFUE, esse avevano caratterizzato in passato le politiche monetarie di molti Stati europei che poi hanno aderito all'Unione monetaria e, tuttora, caratterizzano il ruolo degli Istituti centrali come la statunitense *Federal reserve*. Tali competenze vennero deliberatamente escluse dalle funzioni della BCE proprio per assicurare il raggiungimento del fine della stabilità dei prezzi, espressamente previsto nei Trattati – di Maastricht, prima, e di Lisbona, dopo – e nello statuto dell'Istituto di Francoforte<sup>26</sup>. Come si è ricordato, l'art. 127 TFUE, prevede che l' «obiettivo principale del SEBC è il mantenimento della stabilità dei prezzi» e «fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nella Comunità».

La conseguenza principale di tale disposizione è quella di indirizzare il Sistema Europeo delle Banche Centrali affinché il suo interesse principale non sia quello di perseguire vantaggi per un singolo Stato, ma tutelare la moneta dall'inflazione e dalle svalutazioni per raggiungere la citata stabilità dei prezzi e supportare «le politiche economiche generali» dell'Unione, senza altresì alcun reale coordinamento con le politiche economiche nazionali e di quest'ultima.

Al fine di evitare le interferenze degli Stati nelle politiche monetarie l'Eurosistema, così come istituito dal Trattato di Maastricht, e di fatto continuato da quello di Lisbona, mantiene una – per quanto possibile – assoluta indipendenza e terzietà dalle Istituzioni politiche nazionali ed europee. Per tale ragione, tanto la BCE, quanto le Banche centrali nazionali sono istituite ed esercitano le loro funzioni assicurando la maggiore indipendenza possibile dalla «politica» (articolo 130 TFUE, ex articolo 108 del TCE)<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Un vero *unicum* tra le Banche centrali come dimostrato da O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., p. 112 s.

<sup>27</sup> In tema, con una particolare attenzione all'indipendenza della BCE, tra i molti studi, si vedano F. MERUSI, *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, «Il Diritto dell'Unione Europea», 1997, I-II, p. 89 s.; S. BARONCELLI, *La Banca centrale europea: profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, European Press Academic Publishing, Firenze, 2000; F. SUCAMELI, *L'indipendenza della Banca centrale europea tra separazione ed equilibrio istituzionale*, «Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», 2004, II, p. 694 s.; L. CHIEFFI, *Banca centrale e sviluppi della governance europea*, «Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», 2005, II-IV, p. 1085 s.; S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, Torino, 2013; F. MOROSINI, *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca Centrale Europea (BCE)*, Edizioni ETS, Pisa, 2014; O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit.

Come è noto, però, la concreta operatività delle regole atte a precludere l'espansione del debito di cui ai citati artt. 123 e 125 TFUE è stata fortemente attenuata dagli interventi intrapresi nella fase dell'architettura costituzionale europea determinata dalla crisi dei debiti sovrani. Si fa riferimento, in particolare, ai programmi della BCE: LTRO *long term refinancing operation* (piano di rifinanziamento a lungo termine: attraverso prestiti alle banche) e OMT *outright monetary transactions* (operazioni definitive monetarie: programmi di acquisto di titoli di Stato). Di particolare rilievo il Public Sector Purchase Programme (PSPP), strumento con cui la BCE ha acquistato sui mercati secondari, e acquista tutt'ora, titoli di Stato dell'Eurozona<sup>28</sup>.

Con riferimento alle iniziative intraprese sono intervenute una serie di pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in seguito ai ricorsi in via pregiudiziale avanzati da parte del *Bundesverfassungsgericht* in merito alla conformità, o meno, dei principali strumenti utilizzati dalla Banca centrale<sup>29</sup>.

Inoltre, la crisi pandemica di Covid-19 ha spinto l'Europa ad un intervento economico senza precedenti. Con il *Next Generation EU*<sup>30</sup> l'UE, per

<sup>28</sup> Il programma citato è parte dell'*Asset Purchase Programme* (APP) ed anzi ne è il cuore, dato che circa l'80% dei fondi dell'APP è assorbito dal PSPP. In tema si veda il sito istituzionale della Banca Centrale Europea.

<sup>29</sup> Si vedano la sentenza riguardante le *Outright Monetary Transactions* (Causa C-62/14, Gauweiler et alii c. Governo federale tedesco) e la sentenza relativa al *Public Sector Purchase Programme* (causa C-493/17, Weiss, 11 dicembre 2018). Sul primo tema F. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, «Diritti comparati», 2016, I; sul secondo si veda G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, «Osservatorio europeo: Il Diritto dell'Unione Europea», 11 maggio 2020; M. BURSI, *La sentenza del BVerfG sul Public Sector Purchase Programme: un'Europa sempre più difficile*, «Consulta Online», 2020, II, p. 385 s.; F. PENNESI, *Nel nome della stabilità dei prezzi? La Corte di Giustizia approva il Quantitative Easing della Banca Centrale Europea (Nota a sentenza C-493/17, Weiss e a.)*, «Diritti Comparati», 20 dicembre 2018. Il Tribunale costituzionale tedesco ha successivamente giudicato sulla legittimità costituzionale del cosiddetto *Quantitative Easing*, ponendo ulteriori dubbi sulle funzioni della BCE, nella sentenza 5 maggio 2020 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, in [www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20200505\\_2bvr085915.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20200505_2bvr085915.html). Vedi anche comunicato stampa n. 32/2020 del 5 maggio 2020. La pronuncia ha generato un ampio dibattito che non è possibile qui riportare, ci si limita pertanto a rinviare a E. C. RAFFIOTTA, *La Banca centrale europea a dieci anni dal Trattato di Lisbona tra emergenze e la ricerca di un'identità*, «Federalismi.it», 2020, IXX, p. 345 s., in particolare p. 359 s.

<sup>30</sup> Per un quadro generale sulla struttura del *Next Generation EU* ci si limita qui a rinviare a F. FABBRINI, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Il Mulino, Bologna, 2022.

la prima volta nella propria storia, si è impegnata ad emettere strumenti di debito comune per finanziare spese nazionali seguendo una logica perequativa. Il potere conferito alla Commissione di emettere debito comune per finanziare NGEU è specificamente attribuito nella decisione sulle risorse proprie dell'UE<sup>31</sup> - la quale consente simultaneamente anche il finanziamento dell'intero quadro finanziario pluriennale 2021-2027<sup>32</sup>. La Decisione sulle risorse proprie prevede al suo articolo 6 un incremento straordinario e temporaneo dei massimali di spesa dell'UE ai fini dell'attribuzione delle risorse necessarie per far fronte alle conseguenze della crisi di covid-19, e all'articolo 5 autorizza la Commissione a «contrarre sui mercati dei capitali prestati per conto dell'[UE]» per un valore di 750 miliardi di euro. La stessa disposizione, inoltre, stabilisce che «il rimborso del capitale e il pagamento dei relativi interessi sono a carico del bilancio dell'[UE]» e devono essere ripagati al più tardi entro il 31 dicembre 2058. Ciò conferma che l'UE dovrà dotarsi di nuove risorse proprie per ripagare capitale e interessi dei debiti incorsi per finanziare NGEU. Infatti, le istituzioni europee si sono impegnate in un accordo inter-istituzionale<sup>33</sup>, sottoscritto contemporaneamente alla Decisione sulle risorse proprie, a lavorare ad una riforma del sistema delle entrate del bilancio UE, prevedendo un preciso cronoprogramma per l'introduzione di nuove tasse a partire dal 2021 - tra cui una tassa sulla plastica non riciclata, una tassa sul carbonio alla frontiera (in inglese: *carbon border adjustment tax*), una tassa sulle transazioni finanziarie, e potenzialmente anche una tassa digitale o societaria<sup>34</sup>.

Inoltre, sulla scia dei precedenti piani di acquisto di titoli di Stato e con qualche ampliamento, la Banca Centrale Europea ha varato il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP)<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom, GUUE 2020 L 424/1.

<sup>32</sup> Regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consiglio, del 17 dicembre 2020, che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, GUUE 2020 L 433 I/11.

<sup>33</sup> Accordo Interistituzionale del 16 dicembre 2020 tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea sulla disciplina di bilancio, sulla cooperazione in materia di bilancio e sulla sana gestione finanziaria, nonché su nuove risorse proprie, compresa una tabella di marcia verso l'introduzione di nuove risorse proprie, GUUE 2020 L 433 I/28.

<sup>34</sup> Sul punto si veda F. FABBRINI, *Next Generation Eu*, cit., p. 87 s.

<sup>35</sup> Decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea, del 24 marzo 2020, su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17). Con il *Pandemic Emergency Purchase Programme* la BCE, fra le varie cose, si è riservata la possibilità

Ancora, dopo lo scoppio della guerra in Ucraina e la minaccia determinata dalla cosiddetta stagflazione, la BCE, quale Banca centrale, ha ripreso ad intervenire<sup>36</sup>.

Di fronte ai dati sull'inflazione le prime reazioni della BCE sono state segnate dalla «chiusura» dei programmi di acquisto di titoli avviati durante l'emergenza pandemica (cosiddetto *tapering*) e con il rialzo dei tassi di interesse. In particolare, la Banca centrale europea a fine luglio 2022 ha deciso per l'ipotesi più aggressiva nella lotta all'inflazione e per la prima volta dopo undici anni ha annunciato un significativo rialzo del costo del denaro. Altri aumenti sono stati poi stabiliti, seguendo la medesima strategia di contrasto e altri ancora sono in previsione. Alla prima stretta sui tassi che ha chiuso definitivamente il lungo decennio delle politiche espansive si è aggiunta la definizione del nuovo scudo *anti spread*, chiamato *Transmission Protection Instrument* (TPI), Strumento di trasmissione della protezione (della politica monetaria), pensato per tutelare i paesi ad alto debito.

La politica monetaria in Europa, dunque, è stata ed è centrale nell'affrontare le continue crisi inedite, che sfidano il Vecchio Continente ed incidono sui rapporti con le altre potenze mondiali nello scacchiere geopolitico.

## 6. Digitalizzazione delle valute e ruolo della moneta

Nell'ultimo decennio, forse inevitabilmente, la Banca Centrale Europea è evoluta in maniera notevole, adottando strumenti innovativi al fine di sostenere un'area monetaria interessata da rilevanti crisi. Come si è visto, anche l'emergenza sanitaria ha presupposto un governo politico dell'euro oltre i rigidi schemi originariamente conati, sulla scia di quanto avvenuto a seguito della crisi finanziaria. Oggi all'orizzonte si profilano difficoltà probabilmente ancora maggiori, generate dal costo delle fonti energetiche e delle materie prime, dalle conseguenze del conflitto russo-ucraino, dagli effetti dei cambiamenti climatici e da una moltitudine di altri elementi di *stress* che hanno portato a definire la situazione attuale

di deviare dalla regola della *capital key* al fine di favorire alcuni Paesi più in difficoltà di altri, di acquistare anche titoli greci (esclusi dal PSPP per via del loro *rating*) e di adottare un approccio più «elastico» ai limiti di detenzione. Cfr. [www.ecb.europa.eu/mopo/implementation/pepp](http://www.ecb.europa.eu/mopo/implementation/pepp).

<sup>36</sup> In tema M. BURSI, *Il rischio stagflazione: un nuovo incentivo a riformare la BCE*, «Federalismi.it», 2022, XVI, p. 27 s.

come una «policrisi»<sup>37</sup>. La prospettiva, in questo scenario, a dir poco complesso, sembra essere data da nuove politiche comuni a livello europeo, necessariamente anche monetarie.

Il prepotente affermarsi del fenomeno inflazionistico, in un contesto che non consente previsioni di stabilità nel breve periodo, combinato con il timore di una recessione indotta dalle politiche monetarie restrittive, amplia le questioni relative al mandato della Banca Centrale Europea, già evidenti nel quadro del Trattato di Maastricht. Tutto ciò inevitabilmente pone rinnovati interrogativi circa il ruolo essenzialmente tecnico dell'Istituto, alla luce di decisioni assunte dal forte impatto sull'economia e sulla sorte dei cittadini europei<sup>38</sup>.

Se la «neutralità della decisione monetaria», dunque, a fronte di questi dati di realtà, può essere solo data per presupposta si deve ammettere che le questioni relative alla moneta sono inevitabilmente intrecciate a quelle dell'indirizzo politico. La politica, del resto, traduce un sistema di valori e di principi che, nel nostro caso, sono quelli dello Stato sociale di diritto<sup>39</sup>.

La digitalizzazione delle valute e la diffusione sempre più capillare delle criptovalute incidono potenzialmente in modo non irrilevante sul ruolo della moneta. Possono, dunque, finire per influire sulle politiche monetarie e, infine, sugli indirizzi di fondo delle scelte economiche e sociali. A tutto ciò si uniscono le già avvertite preoccupazioni in termini di contrasto ai fenomeni illeciti, alla tutela della riservatezza e del risparmio.

<sup>37</sup> Il *World Economic Forum* nel suo *Global Risks Report 2023* (in <http://weforum.org> al link relativo) ha messo in evidenza come i rischi globali non siano mai stati così tanti e individua la crisi climatica come la più grande minaccia a lungo termine e l'aumento del costo della vita come il rischio più immediato per l'economia globale.

<sup>38</sup> Nota M. BURSI, *Il rischio stagflazione*, cit., p. 45, che l'allontanamento dal modello tracciato da Maastricht, attuato dalla BCE, in particolare, con il *Quantitative Easing*, pur avendo fatto sorgere dubbi di legittimità non ha destato ferme reazioni per la condizione di bassissima inflazione allora esistente. Infatti, una politica monetaria espansiva, tesa implicitamente a sostenere una economia reale «poco dinamica», poteva essere giustificata dal tentativo di portare la crescita dei prezzi verso l'obiettivo del 2%, mettendo da parte i dubbi relativi ad un eventuale sviamento di potere. Il quadro ora è ben diverso, come si è già sottolineato: «con la crescita dei prezzi che torna prepotentemente al centro della scena, diviene impossibile prescindere da un'analisi relativa ai compiti affidati alla Banca Centrale, visto che seguire rigidamente la lotta all'inflazione (come i Trattati indicano) significherebbe colpire un'economia ancora convalescente dalla pandemia da Covid-19».

<sup>39</sup> Nota M. BERTOLISSI, *Prefazione*, in F. MOROSINI, *Banche centrali*, cit., 13, che «blocco dell'inflazione e stabilità dei prezzi consentono di realizzare una stabilità monetaria che è strumento, indiretto ma essenziale, della tutela delle libertà e dei diritti previsti e garantiti dalla Costituzione».



Nei fatti, però, le capacità tecnologiche e istituzionali coinvolte nel varo tempestivo della divisa europea digitale, maggiormente spendibile nella *net economy*, finiscono per essere determinanti rispetto ad iniziative con così forti ricadute sostanziali sotto il profilo della forma di Stato.

Del resto, la diffusione della moneta e il ruolo centrale o, viceversa, marginale che essa può avere negli scambi globalizzati ed interni è determinante sul perimetro e sul valore effettivo della sovranità. Nello stesso tempo, ciò che rende una moneta conforme ai bisogni del mercato oggi presuppone dei cambiamenti, che possono anche consistere in riduzione di presidi rispetto a diritti e regole di matrice pubblicistica. Qualsiasi iniziativa istituzionale, comunque, non potrà che partire dal presupposto che «nessun governo, neppure il più totalitario, è stato in grado di arrestare il flusso o di resistere alla tendenza a spingere nel dominio digitale un numero sempre maggiore delle sue operazioni»<sup>40</sup>.

La questione relativa a quanta parte della regolazione dei fenomeni di cui stiamo discorrendo lo Stato dovrà rinunciare per essere competitivo nel mercato anche nei confronti di divise estere, oltre che dei privati, e quanta parte di questa medesima regolazione andrà difesa per non snaturare sé stesso finisce per essere uno dei tasselli di un conflitto che non è più solo una contrapposizione tra gli Stati, da una parte, e i grandi aggregati economici, dall'altra, ma che vede fronteggiarsi gli Stati stessi o, meglio, i blocchi contrapposti tra i medesimi.

La digitalizzazione delle monete è, dunque, una delle frontiere di evoluzione della sovranità e di sviluppo del processo di integrazione europea su cui probabilmente i giuristi avranno molto da riflettere nei tempi a venire.

<sup>40</sup> H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, Mondadori, Milano, 2015, p. 340.

# L'azione di danno temuto promossa dal custode giudiziario\*

Monica Pilloni

Professoressa associata di Diritto processuale civile

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legittimazione processuale del custode giudiziario a promuovere le azioni che spetterebbero al debitore esecutato. – 3. L'azione di danno temuto: profili processuali. – 4. Rilievi conclusivi: la possibile concorrente legittimazione del debitore e la necessità di previa autorizzazione giudiziale all'azione.

## 1. Premessa

Il presente contributo concerne un'eventualità (l'esercizio dell'azione di danno temuto da parte del custode giudiziario) che nella realtà quotidiana non costituisce certo occasione frequente, se rapportata alla serie di altre iniziative che il custode giudiziario è chiamato a porre in essere nell'espletamento delle sue funzioni.

Si rammenta *in limine*, profilo importante anche per il tema in commento, che l'esercizio di tali funzioni è stato anticipato con l'ultima riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022: infatti il novellato comma 2 dell'art. 559 c.p.c.<sup>1</sup> prevede che la nomina del custode debba avvenire al più tardi entro

\* Il contributo riproduce, con alcune modifiche e l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta a Pisa in data 27 maggio 2022 al convegno dal titolo "L'istituto vendite giudiziarie e la custodia nell'esecuzione civile immobiliare", organizzato dall'Istituto vendite giudiziarie di Pisa, Livorno e Grosseto, dall'Associazione nazionale IVG, dall'Ordine dei Dottori commercialisti ed esperti contabili di Pisa, Livorno e Grosseto, nonché dall'Università di Pisa.

<sup>1</sup> Come modificato dal comma 38 lett. a) dell'art. 3 del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in at-

quindici giorni dal deposito della documentazione ipocatastale<sup>2</sup> e contestualmente alla nomina dell'esperto di cui all'art. 569 c.p.c., siglandosi in tal modo un rapporto di doverosa collaborazione tra questi due ausiliari del giudice.

Ciò non stupisce, perché negli anni si è assistito ad un incremento esponenziale dei compiti affidati al custode (funzionali a propiziare "la miglior vendita" del bene pignorato), tale da aver fatto di lui – come è stato efficacemente osservato in dottrina, ricordando l'opera *Il Barbiere di Siviglia* – il «*factotum* della città ... e così controllore, riscossore, agente immobiliare, accompagnatore nelle visite ai beni immobili subastati, esecutore degli ordini del giudice, ufficiale giudiziario, e chi più ne ha più ne metta»<sup>3</sup> ... e – perché no? – anche promotore di un'azione di danno temuto: laddove, per esempio, l'immobile pignorato (si pensi ad un bene inserito in un complesso condominiale) sia destinatario di infiltrazioni d'acqua provenienti da un appartamento limitrofo o dal lastrico di copertura del condominio, foriere di danni imminenti e gravi al bene oggetto della custodia ed al suo valore prospettico nell'interesse dei creditori precedente ed eventuali intervenuti.

## **2. La legittimazione processuale del custode giudiziario a promuovere le azioni che spetterebbero al debitore esecutato**

Certo discorrere di un'azione come quella di nunciazione ai sensi degli artt. 1172 c.c. e 688 c.p.c. – normalmente esercitata dal proprietario del bene esposto al pericolo di danno – dovrebbe anzitutto stimolare un interrogativo in ordine alla legittimazione processuale del custode e dei

tuazione della legge delega 16 novembre 2021, n. 206. In arg., prima dell'entrata in vigore della riforma Cartabia alla luce della legge delega, *si vis*, v. M. PILLONI, *L'esecuzione forzata nell'epoca della riforma perenne: le innovazioni prospettate dalla legge delega n. 206/2021*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Cfr. altresì A. AULETTA, *Nomina, funzioni del custode e liberazione dell'immobile pignorato nell'attuazione della legge n. 206 del 2021*, in [www.inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it). Più recentemente sul tema v. M. FILIPPINI, *La custodia dei beni pignorati, l'ordine di liberazione e la sua attuazione*, in AA. VV., *Il nuovo processo di esecuzione. Aggiornato al D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, curato da M. Di Benedetto e M. Filippini, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 55 ss.

<sup>2</sup> Documentazione che, con l'entrata in vigore della riforma, deve essere depositata entro 45 giorni decorrenti dal perfezionamento del pignoramento (v. art. 567 c.p.c.): in tal modo venendo a coincidere con il termine per il deposito dell'istanza di vendita.

<sup>3</sup> Così espressamente A. TEDOLDI, *Gli emendamenti in materia di esecuzione forzata al d.d.l. delega AS 1662/XVIII*, in [www.giustiziansieme.it](http://www.giustiziansieme.it).

limiti entro i quali può essere esercitata, in difetto di chiari indici normativi.

È noto che, con il pignoramento, il debitore esecutato non perde la proprietà del bene staggito, che resta saldamente nel suo patrimonio finché non venga liquidato, dovendosi far carico – a prescindere dal suo essere custode *ex lege* (fino a quando non venga sostituito) – di obblighi di conservazione del bene funzionali a preservarne il valore economico ai sensi degli artt. 65 e 560 c.p.c. Del pari sono note le variegate tesi che si sono susseguite nel tempo quanto all'inquadramento giuridico della custodia (nell'ambito dei beni assoggettati sia a sequestro che a pignoramento), spaziandosi dalle teorie privatistiche (e, quindi, facendo appello alla *negotiorum gestio* o alla rappresentanza, alla sostituzione processuale, ecc.) sino alle teorie pubblicistiche, che hanno avuto maggior seguito<sup>4</sup>. Non è ovviamente mia intenzione soffermarmi su questi profili, visto che

<sup>4</sup> Sulla figura del custode giudiziale, si vedano, *ex multis*: G. CESAREO CONSOLO, *Trattato della espropriazione contro il debitore*, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1896, III, pp. 454 ss., il quale, con riguardo alla figura del sequestratario giudiziale, afferma che non può essere considerato un mandatario dei creditori, né del debitore, poiché «egli non fa le veci di alcuno, non è avente causa di alcuno, nemmeno del debitore espropriato»: «riceve invece un mandato dall'autorità giudiziaria, e lo svolge esercitando i diritti ed assumendo gli obblighi determinati dalla legge»; A. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Giuffrè, Milano, 1942, pp. 182 ss., il quale ritiene che il sequestratario eserciti un proprio potere di azione (in nome proprio) quale sostituto processuale «di colui a cui i beni ritorneranno»; A. SCAGLIONI, *Il sequestro nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 236 ss., 278 ss., ad avviso del quale il custode è titolare di un ufficio pubblico; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 64 ss., 221 ss., 258 ss.; F. CARNELUTTI, *Rappresentanza del sequestratario*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, pp. 283 ss., il quale considera il custode sequestratario quale rappresentante giudiziale del debitore (per un'efficace critica alle tesi della rappresentanza v. E. PROTETTI, *Il sequestro civile*, Jovene, Napoli, 1982, pp. 109 ss., nonché A. CASTOLDI, *La legittimazione processuale del custode*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1987, pp. 488 ss., spec. pp. 491 ss., la quale ritiene che il custode non può ritenersi né rappresentante né sostituto processuale della parte a vantaggio o a danno della quale si produrranno gli effetti dell'espropriazione o del sequestro, bensì agisce «quale *longa manus* degli organi giudiziari e solo indirettamente per la tutela degli interessi dei creditori o del debitore»). Più recentemente v. L. BERNARDINI, in L. BERNARDINI-F. RICCIARDI-A. SCANO-B. STANCHI-R. TARTAGLIA, *I custodi giudiziari e i delegati alla vendita*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 17, ad avviso del quale il custode deve essere considerato «un sostituto processuale che agisce a tutela della conservazione del valore del patrimonio ad esso affidato». Per una disamina delle varie posizioni v. A. SCAGLIONI, *Il sequestro nel processo civile*, cit., pp. 243 ss.; S. COSTA, voce *Custodia di beni pignorati o sequestrati (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 564 ss. Sulla natura della custodia v. altresì M. BATTAGLIESE, *La natura giuridica della custodia e la figura del custode giudiziario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

è ormai saldamente affermato in giurisprudenza<sup>5</sup> che il custode opera come «rappresentante di ufficio, nella sua qualità di ausiliario del giudice, di un patrimonio separato, costituente centro di imputazione di rapporti giuridici attivi e passivi», rispondendo direttamente degli atti compiuti in siffatta veste, quand'anche in esecuzione di provvedimenti del giudice<sup>6</sup>.

Piuttosto preme evidenziare il collegamento tra ruolo-compiti del custode e correlati poteri di azione, perché l'esatta delineazione dei primi (in connessione con lo scopo del processo esecutivo) segna i limiti di esercizio dei secondi, anche nell'ottica di proposizione delle stesse azioni nunciative.

I doveri che spettano al custode sono chiari. Si tratta di compiti che emergono dalla lettura degli artt. 65 e 560 c.p.c., alcuni dei quali tipizzati al c. 2 dell'art. 2 del d.m. 15 maggio 2009, n. 80, recante «Regolamento in materia di determinazione dei compensi spettanti ai custodi dei beni pignorati». Per converso, i correlati poteri di azione non risultano affatto scontati, difettando in materia di processo esecutivo una norma omologa all'art. 143 CCII (ed al previgente art. 43 l. fall.) dettata per l'esecuzione concorsuale: norma che prescrive che nelle controversie che riguardano rapporti di diritto patrimoniale inclusi nella procedura sta in giudi-

<sup>5</sup> Ancorché si tratti di pronunce per lo più rese in materia custodia *ex art.* 676 c.p.c., ma che muovono da statuizioni da cui possono trarsi principi generali con riguardo anche alla custodia giudiziale di beni immobili staggiti.

<sup>6</sup> La teoria pubblicistica è stata recepita in giurisprudenza, ove si afferma che il custode è un ausiliario del giudice e non un mandatario o un rappresentante legale del debitore. Cfr., *ex multis*, 14 giugno 2019, n. 16057; Cass. 8 aprile 2013, n. 8483; Cass. 16 gennaio 2013, n. 924, nella quale si legge che il custode autorizzato agisce come ausiliario del giudice, quale organo pubblico della procedura esecutiva, per raggiungere le finalità di conservazione e amministrazione e assicurare il buon esito dell'esecuzione con la vendita dei beni; Cass. 24 maggio 2011, n. 11377, nella quale si è statuito che il custode dei beni oggetto di sequestro giudiziario è legittimato ad agire o resistere nei soli giudizi concernenti l'amministrazione di tali beni o la loro conservazione in relazione ai rapporti da lui posti in essere o che attengano a circostanze verificatesi in pendenza della custodia cautelare, con ciò chiarendosi che, pertanto, non è legittimato ad agire per l'annullamento di un contratto di locazione delle cose sequestrate (nella specie, perché concluso dal rappresentante in conflitto di interessi), stipulato prima del sequestro, trattandosi di azione preesistente alla custodia; Cass. 15 luglio 2002, n. 10252. Secondo Cass. 31 marzo 2006, n. 7693, la posizione processuale del custode dei beni sottoposti a sequestro giudiziario, il quale agisca a tutela della conservazione del valore del patrimonio affidatogli, equivale a quella di un sostituto processuale, con il corollario che l'eventuale cessazione del suo potere di stare in giudizio per conto di altri non fa venir meno automaticamente la legittimazione sostitutiva, né, conseguentemente, i relativi poteri d'impulso processuale conferiti al suo difensore, ove (come accade nel giudizio di cassazione) non sia possibile attuare un idoneo meccanismo d'interruzione e riassunzione del giudizio in capo al nuovo legittimato processuale.

zio il curatore, con ciò spogliando della capacità processuale il debitore imprenditore (*olim* fallito, oggi) assoggettato a liquidazione giudiziale. Certo, nella formulazione *ante* modifiche del 2019<sup>7</sup>, l'art. 560 c.p.c. prevedeva, con riguardo all'immobile oggetto di pignoramento, che, previa autorizzazione del g.e., il custode solamente «esercita le azioni previste dalla legge e occorrenti per conseguirne la disponibilità», e tale previsione è stata opportunamente reinserita nel disposto in esame dalla recente riforma Cartabia<sup>8</sup>, segnandosi così un ritorno al passato che consente di superare alcune incertezze ingenerate dal testo normativo in vigore dal 2019.

Nondimeno, questa lacuna non è stata sino ad oggi di ostacolo a riconoscere in capo al custode il potere di agire in giudizio per l'esercizio di quelle azioni che sono il riflesso processuale dei suoi compiti di amministrazione e conservazione ai sensi dell'art. 65 c.p.c.<sup>9</sup>, non potendo diversamente esercitare la custodia: sul rilievo che, ad es., sarebbe inutile riconoscere al custode il potere-dovere di riscuotere i canoni della locazione del bene staggito, «se poi non gli si desse il correlativo potere di esigerli giudizialmente»<sup>10</sup> nei confronti del conduttore moroso. Così, in ossequio al principio di elaborazione giurisprudenziale secondo cui al custode spetta la legittimazione per tutte le azioni relative ai suoi compiti istituzionali, il custode è senz'altro ritenuto legittimato ad agire per ottenere la condanna al pagamento dei canoni di locazione maturati successivamente al pignoramento<sup>11</sup> e, più in generale, per riscuotere rendite, per ottenere la

<sup>7</sup> Ossia prima delle innovazioni apportate dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12 di conversione del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135: innovazioni che avevano stimolato il quesito sul se, in generale, fosse ancora necessaria l'autorizzazione giudiziale per l'esercizio delle azioni di spettanza del custode.

<sup>8</sup> La cui entrata in vigore era inizialmente fissata per il 30 giugno 2023, poi anticipata dal comma 380 dell'art. 1 della legge di bilancio 2023 (l. 29 dicembre 2022, n. 197 del 2022). In esso è, infatti, previsto che le disposizioni del d.lgs. n. 149/2022 «salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data», mentre ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti.

<sup>9</sup> In dottrina, R. BELLÈ-A. CARDINO, *La custodia giudiziale*, in *Trattati* a cura di P. Cendon, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 431 ss.; M. VELLANI, voce *Custode*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1964, p. 89; S. COSTA, voce *Custodia dei beni pignorati o sequestrati (dir. proc. civ.)*, cit., pp. 570 ss., secondo cui il custode è legittimato ad agire in quanto titolare dell'ufficio di custodia, rimarcando che «non è quindi né rappresentante della parte, né sostituto, ed ha la piena legittimazione ad agire come rappresentante dell'ufficio di custodia, quale ad esempio il curatore del fallimento o il curatore dell'eredità giacente».

<sup>10</sup> Così S. COSTA, voce *Custodia dei beni pignorati o sequestrati (dir. proc. civ.)*, cit., p. 571.

<sup>11</sup> Rientranti nella nozione di frutti del bene ipotecato, ai sensi dell'art. 2912 c.c. V. Cass. 29

convalida di sfratto per morosità o la licenza per finita locazione<sup>12</sup>, come pure la condanna al risarcimento del danno da ritardata restituzione del bene da parte del conduttore ex art. 1591 c.c.<sup>13</sup>, a richiedere la corresponsione della penale laddove sia stata pattuita<sup>14</sup>, nonché ad agire e resistere in ordine a molestie possessorie<sup>15</sup>, ecc.

Si tratta di azioni ammesse nella prassi degli uffici e riconosciute dalla stessa giurisprudenza perché espressione di quella «reinterpretazione della funzione stessa del custode», chiamato a provvedere alla «gestione attiva» della collocazione del bene sul mercato<sup>16</sup>, tale da presentare evidenti similitudini con le attività del curatore concorsuale<sup>17</sup>: restando escluse, ovviamente, le sole azioni petitorie<sup>18</sup>, perché fuoriescono dal

settembre 2016, n. 19264, che precisa essere di sua spettanza la legittimazione ad agire anche nei casi di locazione non autorizzata; Cass. 27 giugno 2016, n. 13216. Cfr. altresì Cass. 28 marzo 2018, n. 7748, per l'affermazione che, dopo il pignoramento di un immobile già dato in locazione, il locatore-proprietario perde la legittimazione sostanziale sia a richiedere al conduttore il pagamento dei canoni, sia ad accettarli, spettando tale legittimazione in via esclusiva al custode, fino al decreto di trasferimento del bene.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. 13 dicembre 2007, n. 26238.

<sup>13</sup> Essendo il risarcimento del danno equiparato ad un "frutto" a cui si estende il pignoramento ai sensi dell'art. 2912 c.c. Cfr. Cass. 7 gennaio 2011, n. 267. Cfr. Cass. 16 gennaio 2013, n. 924, nella quale si è statuito che, nell'ipotesi di detenzione di un immobile pignorato in forza di titolo non opponibile alla procedura esecutiva, ai sensi dell'art. 2913 c.c. (nella specie preliminare di vendita successivo alla trascrizione del pignoramento del bene), è configurabile, in favore del custode giudiziario autorizzato ad agire in giudizio – quale organo pubblico della procedura esecutiva, ausiliare del giudice – un danno risarcibile, che deriva dall'impossibilità di una proficua utilizzazione del bene pignorato e dalla difficoltà a che il bene sia venduto, quanto prima, al suo effettivo valore di mercato: risarcimento sul quale si estende il pignoramento quale frutto.

<sup>14</sup> V. Cass. 12 novembre 1999, n. 12556, nella quale si afferma che, sottoposto a pignoramento un immobile che era stato già dato in locazione, sopravvenuta la scadenza del contratto mentre è in corso il processo d'esecuzione e mancata la tempestiva riconsegna, il custode dell'immobile stesso è legittimato ad agire in giudizio per ottenere la condanna del conduttore al risarcimento del danno da ritardata restituzione, nonché la penale al riguardo stabilita nel contratto di locazione.

<sup>15</sup> V. Cass. 19 marzo 1984, n. 1877.

<sup>16</sup> In arg. v. M. MONTANARO, *Commento agli artt. 559 e 560 c.p.c.*, in AA. Vv., *Commentario alle riforme del processo civile. II. Il processo esecutivo*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Cedam, Padova, 2007, pp. 261 ss. Cfr. altresì A. SALETTI, *La custodia dei beni pignorati nell'espropriazione immobiliare*, in *Riv. esec. forz.*, 2006, pp. 66 ss., spec. p. 76, secondo cui la custodia sarebbe mutata da attività meramente gestoria ad attività anche liquidativa.

<sup>17</sup> Così Cass. 16 gennaio 2013, n. 924. Cfr. A. MEREU, *Il custode giudiziario nelle procedure esecutive immobiliari*, in *www.inexecutivis.it*, che discorre di «mini-curatore che si differenzia dal curatore concorsuale soprattutto per la mancata perdita della legittimazione processuale da parte del debitore esecutato».

<sup>18</sup> Per l'esclusione delle azioni concernenti il diritto di proprietà o altri diritti reali v.: Cass.

concetto di conservazione e gestione, essendo, secondo la giurisprudenza, di esclusiva legittimazione del titolare del bene ancorché pignorato<sup>19</sup>.

### 3. L'azione di danno temuto: profili processuali

È in questo contesto che va inserita pure l'azione di danno temuto, la quale, rispetto alla più moderna nozione di custodia ormai invalsa, trae linfa ancora dal concetto tradizionale, come obbligo di conservazione dell'integrità materiale del bene, affinché, per quanto possibile, l'immobile giunga un domani all'acquirente in vendita forzata nello stesso stato di fatto in cui versava all'atto del pignoramento: ovvero conformemente alla descrizione contenuta nella relazione del perito, scongiurandosi possibili danni. Il custode è, dunque, tenuto a vigilare sullo stato del bene anche per prevenire danni gravi causati da cose, alberi o immobili altrui, verificando lo stato dell'immobile pignorato sia al primo accesso-sopralluogo

12 agosto 1987, n. 6898, ove si afferma che, a seguito del sequestro conservativo, come del pignoramento, si verifica la coesistenza di due relazioni dirette con il bene, oggetto della cautela, l'uno facente capo al soggetto destinatario del sequestro ed esprimendosi nel diritto di proprietà e l'altra riguardante il sequestrante e consistente nel potere di assicurare al bene la sua destinazione alla soddisfazione esecutiva, non conseguibile in difetto della disposta cautela: onde il sequestrato, analogamente al debitore pignorato, può esperire, nei confronti dei terzi, tutte le azioni dirette all'accertamento o all'acquisizione del bene, su cui cada la cautela, non essendo, con il sequestro, intervenuta alcuna modificazione né nella capacità del soggetto destinatario del provvedimento né della situazione giuridica del bene oggetto del provvedimento cautelare; conf. Cass. 21 maggio 1984, n. 3127, ove si legge che il custode dei beni oggetto di sequestro giudiziario può stare in giudizio come attore o convenuto nelle controversie concernenti l'amministrazione dei beni, ma non in quelle che attengono alla proprietà od altro diritto reale degli stessi, con ciò concludendo che il custode dei beni ereditari non ha legittimazione in controversia con la quale terze persone, assumendo la loro qualità di legittimari, facciano valere pretese sui beni stessi, incidendo siffatte pretese sulla titolarità di diritti reali, senza riferimento ai compiti di conservazione e di amministrazione del custode. Del pari è esclusa la legittimazione del custode a promuovere opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi in relazione al processo in cui sia stato nominato custode (cfr. Cass. 8 febbraio 1974, n. 381, in *Rep. Giust. civ.*, voce *Esecuzione forzata*, 2; Cass. 20 luglio 1979, n. 4348, in *Rep. Giust. civ.*, voce *Sequestro conservativo, giudiziario e convenzionale*, 4). V. sul punto per tutti A. CASTOLDI, *La legittimazione processuale del custode*, cit., p. 499, la quale rileva che la proposizione di siffatte azioni concreta un'attività «che compete puramente e semplicemente al soggetto che ha subito l'espropriazione e non al custode (che non può considerarsi né soggetto passivo e neppure terzo rispetto all'esecuzione), tanto più che tale attività non incide minimamente sulla amministrazione o eventuale conservazione dei beni oggetto dell'espropriazione».

<sup>19</sup> Cfr. E. ASTUNI, *Pignoramento e custodia dell'immobile*, in AA. VV., *Il nuovo rito civile. Volume III - Le esecuzioni*, a cura di P.G. Demarchi, Giuffrè, Milano, 2006, p. 327.



sia in quelli successivi e riferendo, se dal caso, al g.e. È qui, dunque, che potrebbe entrare in gioco l'azione di danno temuto, il cui scopo coincide con la rimozione della riscontrata situazione di incombente pericolo<sup>20</sup>.

Difettano pronunce giurisprudenziali specifiche su questa tipologia di azione, allorquando sia proposta dal custode dell'immobile pignorato<sup>21</sup>. V'è un precedente del Tribunale di Pisa, (ord.) 10 aprile 2018<sup>22</sup>, che muove appunto da un caso di infiltrazioni di notevoli entità provenienti da un appartamento sovrastante a quello pignorato, rispetto alle quali il giudice pisano accolse il ricorso *ex art.* 1172 c.c. promosso dal custode, ritenendo integrati i presupposti del danno temuto: ordinando al proprietario di eseguire presso il proprio immobile le riparazioni necessarie per rimuovere la causa delle infiltrazioni d'acqua.

Allorquando sussista un pericolo di danno «grave» e «prossimo» all'immobile staggito derivante da altra cosa-immobile non oggetto della procedura espropriativa – per lo più dovuto a un comportamento omisivo del proprietario<sup>23</sup> o di chi, più in generale, ha la disponibilità e responsabilità del bene da cui «sovrasta» il pericolo di danno<sup>24</sup> – risulterà

<sup>20</sup> In generale, sull'azione di danno temuto, tra i principali contributi si vedano: G. BASILICO, voce *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, pp. 1 ss.; ID., *La denuncia di danno temuto: contributo allo studio della tutela preventiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 39 ss., ID., *La denuncia di danno temuto: il procedimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, pp. 297 ss.; L. CABELLA PISU, voce *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Dig. (disc. priv. – sez. civ.)*, V, Torino, 1989, pp. 192 ss.; G. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Cedam, Padova, 1968, *passim*; F. JANNUZZI, voce *Denuncia di nuova opera. b) Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 168 ss.

<sup>21</sup> In dottrina ammettono che possa essere esperita dal custode, tra gli altri: A. CASTOLDI, *La legittimazione processuale del custode*, cit., p. 501, rimarcando come il suo esercizio sia correlato allo scopo di mantenere l'integrità del bene; G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in AA. Vv., *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, libro VI, *Tutela dei diritti*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1969, p. 35; M.C. VANZ, *L'espropriazione dell'immobile locato*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 90; A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Cedam, Padova, 2022, p. 1851; G. ARIETA-F. DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, in L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 2007, p. 1200; R. BELLÈ-A. CARDINO, *La custodia giudiziale*, cit., 432, ad avviso dei quali la ragione riposa nell'evidente funzione di conservazione dell'integrità materiale che queste azioni rivestono; R. FONTANA, *La gestione attiva del compendio immobiliare pignorato*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, p. 600.

<sup>22</sup> Commentata in *Riv. trim. dir. proc.*, 2020, pp. 343 ss., da M. CANTATORE, *Legittimazione del custode giudiziario a proporre l'azione di danno temuto*.

<sup>23</sup> Esposto, peraltro, anche a responsabilità penale ai sensi dell'art. 677 c.p. rubricato «Omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina».

<sup>24</sup> Cfr. sul punto G. BASILICO, *Tutela possessoria e azioni nunciative*, in AA. Vv., *I procedimenti possessori*, opera diretta da A. Carratta, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 588.

dunque senz'altro integrato il presupposto per promuovere siffatta azione. Al di là della fattispecie oggetto del provvedimento del giudice pisano, a titolo indicativo, il custode potrà senz'altro attivarsi in tutti quei casi in cui venga in rilievo anche la stessa vetustà dell'immobile altrui, soggetto a imminente crollo se non messo subito in sicurezza (e così, per esempio, se non debitamente puntellato), oppure quando l'albero nel giardino confinante stia per abbattersi contro il muro di cinta del bene staggito. Peraltro, il rischio di danno potrebbe derivare anche da nuove opere ormai compiute dalle quali derivi, per l'appunto, il denunciato pericolo: così la realizzazione di scavi di sbancamento sul proprio suolo da parte di vicini confinanti con l'immobile pignorato (insistente su fondo che, rispetto a quello dei vicini, si trova posto a dislivello sovrastante), scavi tali da aver messo a rischio, per l'eccessivo declivio a confine venutosi a creare, la staticità dell'immobile staggito.

In questi casi, trattandosi di cosa o immobile altrui, il custode non è certamente nelle condizioni di poter intervenire direttamente. Dovrà, pertanto, promuovere l'azione di denuncia di danno temuto<sup>25</sup> onde ottenere da parte del giudice (del luogo ove è situato l'immobile, dal quale proviene il pericolo alla consistenza ed al valore del bene staggito) un'ordinanza<sup>26</sup> il cui contenuto (atipico) verrà deciso caso per caso e dipenderà dalle circostanze concrete, dal pericolo che di volta in volta dovrà essere scongiurato, potendosi imporre l'adozione di ogni utile rimedio idoneo ad eliminarlo<sup>27</sup>. Si tratterà tendenzialmente di ordini aventi ad oggetto obblighi di fare fungibili (pertanto – in difetto di adempimento spontaneo – eseguibili attraverso la “più snella” esecuzione in via breve *ex art. 669 duodecies c.p.c.*, davanti allo stesso giudice che ha emesso la misura<sup>28</sup>, che ne determinerà le modalità attuative<sup>29</sup>), non escludendosi,

<sup>25</sup> Che seguirà il rito cautelare uniforme ai sensi dell'art. 669 *quaterdecies c.p.c.*, pur essendo, nella sostanza, una sorta di azione di cognizione semplificata «non sommaria ma nemmeno cautelare». Così espressamente C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 274 ss.

<sup>26</sup> Non escludendosi che, laddove vi siano serie ragioni d'urgenza, il giudice, se richiesto, provveda con decreto *inaudita altera parte*, salva sua conferma-revoca-modifica in contraddittorio *ex art. 669 sexies, co. 2, c.p.c.*

<sup>27</sup> Potranno ordinarsi demolizioni, il ripristino dello *status quo ante* al compimento di un'opera che abbia provocato il pericolo denunciato, opere di impermeabilizzazione, puntellamento, consolidamento, ecc.

<sup>28</sup> Cfr. A. PATELLI, *I procedimenti nunciativi*, in AA. Vv., *I procedimenti cautelari*, a cura di G. Tarzia, Cedam, Padova, 2004, pp. 124 ss.

<sup>29</sup> Afferma M. CANTATORE, *op. cit.*, p. 354, «è presumibile che, vista la particolare funzione rivestita dal denunciante, il giudice indicherà allo stesso di provvedere a propria cura,

tuttavia, che tali obbligazioni possano essere infungibili e, così, attuabili dal solo soggetto denunciato: nel qual caso risulterà utile che il custode, nello stesso ricorso, richieda al giudice l'emissione di una misura coercitiva ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c.<sup>30</sup> a carico del resistente.

Peraltro, trattandosi di misure soggette al regime della c.d. strumentalità attenuata e, quindi, di per sé in grado di fornire un'utilità autosufficiente, *ex art. 669 octies*, c. 6, c.p.c. il custode non sarà tenuto, una volta ottenuto il provvedimento giudiziale, ad introdurre il giudizio di merito per conservarne l'efficacia, contenendo in tal modo i costi processuali<sup>31</sup>.

#### **4. Rilievi conclusivi: la possibile concorrente legittimazione del debitore e la necessità di previa autorizzazione giudiziale all'azione**

L'esercizio dell'azione di danno temuto integra, dunque, un potere-dovere che fa capo al custode per non incorrere in quelle responsabilità connesse all'esercizio del suo *munus publicum*, da promuoversi nell'interesse degli stessi creditori e del futuro aggiudicatario.

Sulla base di quanto testé osservato, si impongono, però, due rapide riflessioni. Anzitutto, secondo un orientamento giurisprudenziale maturato in relazione al tema delle azioni giudiziarie esercitabili dal custode, la legittimazione di quest'ultimo non escluderebbe del tutto una possibile legittimazione concorrente del debitore esecutato. È vero che non è detto

tramite un soggetto specializzato, con anticipo dei relativi costi a carico del creditore procedente di cui alla esecuzione immobiliare originaria».

<sup>30</sup> Fermo restando che l'infungibilità non è più presupposto applicativo della misura coercitiva in esame, a seguito della riforma del 2015. Cfr. Trib. Terni ord. 6 agosto 2009, in *Foro it.*, 2011, I, cc. 287 ss., nonché in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), nella quale si è statuito che «l'ordine giudiziale di demolizione di un muro pericolante nell'ambito di un giudizio di danno temuto *ex art. 1172 c.c.* va munito della comminatoria di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. consistente nel caso di specie in una somma di danaro di euro cento per ogni giorno di ritardo a partire dal ventunesimo giorno successivo alla sua notifica oltre agli interessi legali, e ciò in quanto la misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. è applicabile non solo alle sentenze di condanna a seguito di cognizione piena ma anche ai provvedimenti anticipatori»: trattasi di uno dei primi provvedimenti applicativi della misura coercitiva introdotta dal legislatore nel 2009.

<sup>31</sup> V. M. CANTATORE, *op. cit.*, p. 348. In ordine all'oggetto del successivo giudizio di merito – eventualmente instaurato dal destinatario della misura – si rinvia alle acute riflessioni di G. BASILICO, voce *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Enc. Treccani-Diritto on line* (2012).

che il debitore si attivi *sua sponte* per la tutela del bene staggito<sup>32</sup>, avendo già altri pensieri. Nondimeno l'esecutato che occupa l'immobile pignorato potrebbe promuovere l'azione di danno temuto, segnatamente se il custode trascuri di farlo, considerato, del resto, che con il pignoramento il debitore non perde in assoluto la disponibilità giuridica del bene<sup>33</sup>.

In secondo luogo, si è chiarito che il presupposto fondamentale per l'esercizio dell'azione in esame è il ragionevole *periculum* di danno grave e prossimo, ovvero che sia altamente probabile che si realizzi nell'immediato un danno in misura tale da alterare, da compromettere o da distruggere il bene pignorato (situazione di cui sarà onere del custode dare atto nell'atto introduttivo, unitamente alla propria legittimazione). Tuttavia, pur avendo la funzione di "rispondere" a situazioni d'urgenza, l'azione *de qua* dovrà comunque essere previamente autorizzata dal g.e.<sup>34</sup>: ciò non solo in ragione delle modifiche normative, frutto della riforma Cartabia, che hanno inciso sull'art. 560 c.p.c. ripristinando l'obbligo del previo rilascio dell'autorizzazione giudiziaria per l'esercizio delle azioni previste dalla legge<sup>35</sup>, ma anche (e soprattutto) perché la scelta di radicare un procedimento implica il sorgere di spese che graveranno sulla procedura esecutiva.

Rispetto a tali spese<sup>36</sup> dovrà, dunque, effettuarsi un'attenta valutazione del rapporto costi-benefici, vieppiù considerato che talora i beni pi-

<sup>32</sup> Peraltro, ai sensi dell'art. 560 c.p.c., il debitore che occupa il bene pignorato è comunque onerato a tutelare l'immobile e, quindi, ad attivarsi per mantenerlo in buono stato di conservazione, stante il rischio di vedersi altrimenti destinatario di un ordine di liberazione anticipato.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. 7 gennaio 2011, n. 267, ove si afferma che, nel caso in cui un immobile sia stato pignorato dopo la stipula della locazione, la legittimazione ad agire nei confronti del conduttore per il risarcimento del danno da ritardata restituzione spetta sia al custode, sia, quando il titolare dell'ufficio pubblico preposto all'amministrazione del bene tralasci di farlo, al locatore-esecutato, atteso che, per quest'ultimo, la perdita della disponibilità giuridica del proprio bene non è assoluta, ma *relativa*, essendo essa ordinata a protezione dei creditori, rispetto ai quali sono resi inefficaci gli atti del debitore dai quali possa loro derivare un pregiudizio.

<sup>34</sup> Un'autorizzazione che è conferita all'organo, non al professionista in sé, senza dunque che possa prospettarsi una interruzione del procedimento in corso, laddove quest'ultimo sia sostituito.

<sup>35</sup> Il c. 5 dell'art. 560 c.p.c. reca che «il custode giudiziario provvede altresì, previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione, alla amministrazione e alla gestione dell'immobile pignorato ed esercita le azioni previste dalla legge e occorrenti per conseguirne la disponibilità».

<sup>36</sup> Che non è sempre detto che siano recuperate o rifeuse, quand'anche in caso di vittoria, nell'alea che la controparte sia solvibile.

gnorati sono immobili o terreni che non presentano affatto prospettive di rapido e soddisfacente realizzo e, pertanto, la stessa proposizione dell'azione potrebbe rivelarsi antieconomica<sup>37</sup>: onde l'opportunità dell'innovazione normativa, laddove è contemplato un "ritorno al passato" con riguardo a questo profilo.

<sup>37</sup> Cfr. A. CANTATORE, *op. cit.*, p. 355, ad avviso del quale «il g.e. potrà autorizzare l'avvio di tale procedimento soltanto nei casi in cui si tratti di un immobile per il quale sia presumibile una vendita tempestiva e realmente soddisfacente per il creditore precedente. Altrimenti dovrà desistere da tale autorizzazione»: con ciò osservando che il rischio che si annida alle spalle di un'autorizzazione non ponderata è quello connesso alla prospettiva di infruttuosità della procedura esecutiva immobiliare ai sensi dell'art. 164 *bis* disp. att. c.p.c., e quindi alla relativa estinzione anticipata, rimarcando che «la possibilità di recupero delle spese creditorie costituisce uno dei criteri sulla base dei quali dev'essere formulato il giudizio sulla infruttuosità della procedura esecutiva immobiliare, e sulla conseguente possibilità di disporne o meno la chiusura anticipata».

# The (In)evitability of Precedent

*Andrea Pin*

*Professore ordinario di Diritto pubblico comparato*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Defining Precedent and its Status. – 3. The Benefits of Precedent. – 4. The Problems with Precedent and the Place for Overruling. – 5. The Prerequisites for a Precedent-Bound Judicial Reasoning. – 6. The Interests Driving the Precedent-Based Adjudication. – 7. Conclusion

## 1. Introduction

Inaugurating the generations-long debate on the rule of law, Dicey stated that precedent is quintessential to the rule of law as understood in England. In other legal systems, he reasoned, courts do not use precedents to adjudicate cases.<sup>1</sup>

Dicey was wrong. Although legal orders treat precedent differently, it is now common knowledge that earlier rulings are extremely important in deciding cases regardless of the specific role that a legal system formally assigns to them.<sup>2</sup> Everywhere, courts employ and deploy precedents in their judicial opinions. When they are not the main compass for deciding cases, they are nonetheless highly valued, as they help courts guess whether and to what extent their rulings are in keeping with a country's tradition and societal expectations.

Precedent is not relevant just to State jurisdictions. The institutional reliance on precedent – and lack thereof – is an important aspect of ad-

<sup>1</sup> DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., London, 1915, p. 115-116.

<sup>2</sup> CROSS and HARRIS, *Precedent in English Law*, 4th ed., 1991, Oxford, p. 3.

judication everywhere. Where there is a judicial activity, it is probable to find some level of reliance on precedent.

This article provides an intellectual framework to situate the importance of precedents within the legal sphere. It first defines precedent and its status in the context of judge-made law as well as of statutory and constitutional interpretation. Then, it enlists a series of benefits that stem from its utilization, as well as the drawbacks that a precedent-bound legal reasoning needs to face. It finally focuses on the legal and institutional prerequisites for a sound application of precedent, thereby explaining why some courts are more apt than others to utilize precedents and to give it dispositive nature. It concludes with some observations about the most recent approaches to precedent in arbitration and in specialized areas such as the Internet, which seem to have developed some degree of hostility to precedent.

Although the article's main ideas apply to civil law as well as common law systems, it primarily focuses on the common law. The common law, in fact, is not just the modern ancestor of precedent-based adjudication: English law and New York law still play a major role in judicial activities, since they are the most utilized legal frameworks in commercial arbitration.

## 2. Defining Precedent and its Status

The content and the limits of precedent have been subject to intense analysis. Broadly defined, a precedent in the common law is a rule that is contained in an earlier judicial decision. In itself, the precedent thus does not cover the entire judicial decision, but just the basis of the reasoning and the rationale of the judgment.

Such a broad statement about precedent requires qualification at least from three points of view: the identification of a precedent, its normative value, and its applicability.

As to its identification, a precedent in the common law does not coincide with the exact wording of the ruling that contains the precedent itself. In fact, words only convey what English common law calls *ratio decidendi* – and which is the *holding* in U.S. legalese. Only the *ratio* (or *holding*) can be treated as a rule, or is at least worthy of consideration. Anything that accompanies the *ratio* are mere *dicta* – the way a court expresses itself. *Dicta* lack the normative value of the *ratio*.

Since a judicial rule does not coincide with the words of a ruling, judges looking for precedents will need to extrapolate the substance of the rule from the wording, and ponder whether it applies to the case at stake. They will therefore first reason by analogy, contrast the substance of the rule and the facts it regulates with the case at stake, and then eventually re-apply the rule to it.<sup>3</sup> Such an approach, which starts by identifying the relevant facts of an earlier case and what rule applied to them, is distant from the deductive approach that characterizes the interpretation of written laws, which requires judges to apply abstract rules to the facts of the case.

This methodology of looking for earlier cases, comparing the relevant facts, and extrapolating the specific rule that should apply to a new controversy has not been universally and consistently observed throughout the centuries. This case-focused approach is actually the most frequent approach in common law countries of late modernity, but slowly developed in England, the birthplace of the common law. For centuries, courts did not look for specific cases to draw on and to cite explicitly. They rather looked for more general trends, from which they could infer sufficiently precise rules of thumb.<sup>4</sup> They often needed to satisfy themselves with an approximate rule because they lacked specific information about the facts and rulings of earlier cases.<sup>5</sup> Judges just gave oral rulings, of which bystanders took rough notes that were only of limited guidance to courts. It was just in the 19th century, after judges started writing their own opinions, which were collected and gave a much more reliable basis for judicial research, that courts could be more specific with the precedent they relied upon.<sup>6</sup>

The late 19th century cemented the role of precedent in the common law. Economic liberalism, which valued near-absolute certainty about the legal consequences of conduct for the sake of business, compelled judges and judicial parties to focus on the specific cases, rather than general trends. The prevailing legal philosophy of those days provided an additional rationale for identifying and drawing on specific cases: the great positivists Bentham<sup>7</sup> and Austin may not have won their case for the codification of law in England, but their insistence on predictability and

<sup>3</sup> PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, Milano, 2017, p. 35.

<sup>4</sup> COHEN, "When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach", *Washington & Lee Law Review*, 2015, p. 483 ff., p. 487.

<sup>5</sup> DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008, p. 32-34.

<sup>6</sup> DAWSON, *The Oracles of the Law*, Westport, 1968, p. 81-82.

<sup>7</sup> MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 468.



the need to consolidate the common law was highly influential.<sup>8</sup> The doctrine of precedent thus crystallized under the pressure of economic liberalism, legal positivism, and the institutional developments within the judiciary.

As for the normative value of precedent, justifications have changed over time. The oldest rationale for the normative value of precedent goes under the name of “declaratory theory”.<sup>9</sup> According to this multi-centenary theory, courts’ judgments simply reflect social customs and make them consistent, stable, and explicit. Judicial rules – the argument goes – derive their normative value from the social customs they distill through judicial rumination.

Although the declaratory theory has been in steady decline at least for decades now, the rule of precedent has remained firm in several common law countries, as it found other solid bases. Particularly influential has been Hart’s theory of law. According to Hart, a legal system is centered around a “rule of recognition” – a proviso that identifies the legal norms in a given legal system.<sup>10</sup> Within Hart’s framework, precedents have normative values in common law countries because it is the common law itself that recognizes them as rules. As a result, courts’ judgments have remained the engine of the common law although the underpinning theories have changed substantially.

What has changed over time has been the normative force of precedent. When they were only general indications of judicial trends, their role was milder than later, when the pressure of economic liberalism and legal positivism reinforced their normative value. It was in the late 19th century’s England that precedent adhered to the most rigid doctrine of *stare decisis* (*et non quieta movere*) – the Latin phrase that recommends not to unsettle rules of conduct once they have been defined. The apex of this process was the 1898 House of Lords’ Judicial Committee ruling that it would not reconsider any of its precedents for any reason: only the Parliament could change the law or even fix an erroneous precedent.<sup>11</sup> However, such an extreme version of precedent did not spread throughout the common law world: the United States adhered to the logic of precedent, but never embraced such a rigid understanding of it.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 949.

<sup>9</sup> FINNIS, “Judicial Power: Past, Present and Future”, Gray’s Inn Hall - Judicial Power Project, 20 October 2015, available at <<http://judicialpowerproject.org.uk/john-finnis-judicial-power-past-present-and-future/>>, p. 11.

<sup>10</sup> HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, 1994, p. 101.

<sup>11</sup> *London Tramways v. London City Council*, 1898, AC 375.

Prominent expounders of liberalism of the 20th century, such as Friedrich von Hayek, emphasized the importance that laws must be predictable, thus reiterating the importance of having stable precedent.<sup>12</sup> But the extreme version of binding precedent that surfaced in the late 19th century's England did not resist for a long time, after all. The rule itself reflected the needs of economic liberalism, and subsided with it. On a practical level, the rule's limits became clear soon: as judges realized that a precedent was obsolete or unjust, they eagerly looked for differentiating factors that allowed them to artificially distinguish a new case from a precedent, in order not to be bound by it.<sup>13</sup> As a result, although the English common law formally adhered to an extreme version of *stare decisis* for the sake of predictability, certainty, and clarity, it was becoming populated with precedents whose contours were blurred.

In 1966, after some prominent scholars had expressed their dissatisfaction with such a rigid *stare decisis* and the stealth changes in the case law that it prompted, the House of Lords' Judicial Committee rolled back its extreme version of *stare decisis*.<sup>14</sup> In an extra-judicial Practice Statement that was published in the newspapers, the Committee reaffirmed the importance of precedent but stated that it would reconsider its case law if and when needed.

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and

<sup>12</sup> HAYEK, *The Road to Serfdom*, London, 1962, p. 54-56.

<sup>13</sup> PIN, *cit. supra* note 3, p. 50.

<sup>14</sup> LLOYD, "Precedent, Legislation and Codification", in KEETON and LLOYD (eds.), *The United Kingdom. The Development of its Laws and Constitutions*, London, 1955, p. 20 ff., p. 20.

fiscal arrangements have been entered into and also the special need for certainty as to the criminal law.<sup>15</sup>

The *Practice Statement* broke with the absolute rigidity of *stare decisis*; it did not revolutionize the normative value of precedent in England and Wales, however. As a matter of fact, the reliance on precedent in what has meanwhile become the Supreme Court of the United Kingdom has remained quite high, as overruling is still very infrequent.<sup>16</sup>

A similar consideration of precedent is visible throughout the common law world. The practice of drawing from earlier decisions has remained an important part of this legal culture. Reliance on precedent has proved to be an extremely important element of adjudication and a permanent component of the judicial philosophy of the English common law and of its global progeny.

The scenario and the dynamics change, however, if one looks at the precedent in the field of written laws. Given the expansive role of statutes in the late twenty-century's policies, the survival of a precedent-centered logic has been one of the dominant preoccupations in common law countries for decades. Some have persuasively argued that jurists should come to terms with the fact that this is "the age of statutes," and make the common law evolve accordingly.<sup>17</sup>

Although the common law has certainly passed the test of time, statutory legislation and written constitutions affect the treatment of precedent. Within the field of written laws, precedents do not discharge the same role and therefore do not have the same value. Although how a written rule has been interpreted in the past certainly carries considerable weight, within this framework the *ratio decidendi* is not a precedent but the written rule itself.<sup>18</sup> In fact, heated debates have characterized the standing and importance of the wording of a statute or of a constitution in common law countries. Broadly speaking, common law thinkers and judges share the view that the words of written rules are the controlling factor in interpreting statutes and constitutional texts.<sup>19</sup> As a consequence, adjudication is expected to reflect the written law's will.

<sup>15</sup> *Practice Statement* 3 All ER 77.

<sup>16</sup> ANDREWS, "The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgments", University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 2014, 1 ff., p. 5.

<sup>17</sup> CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.), 1985.

<sup>18</sup> PIN, "Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online*, 2021, p. 67 ff., p. 111.

<sup>19</sup> CRAWFORD and MEAGER, "Statutory Precedents under the 'Modern Approach' to Statutory Interpretation", *Sidney Law Review*, 2020, p. 209 ff., p. 212.

Precedents still play a pivotal role in the context of statutory and constitutional interpretation, as judicial rulings can clarify and stabilize the legal interpretation of written norms. The society at large is also likely to build its own practices around the judicial interpretation of a written rule. The centrality of the lawmaker's will, however, allows a reconsideration of a written rule's meaning and therefore justifies overruling a precedent that has departed from the true meaning of the legal provision as it was written.<sup>20</sup>

The status of precedent, however, takes different forms if it applies to constitutional or statutory texts. Common law jurisdictions often draw lines between the two, and the U.S. scholarship has been especially attentive to this aspect. As a constitution is usually more difficult to change than a statute, precedents on constitutional texts are often understood as being less resilient. In fact, courts are more prone to revisit a constitutional precedent that they find incompatible with the text itself, to resurrect its meaning, while statutory precedents are often understood as stronger and less malleable, as lawmakers can simply reform statutes if they disagree with the judicial precedents that attach to them.<sup>21</sup> *Dobbs*, the widely discussed U.S. Supreme Court's 2022 reversal of course on abortion, showcased the extent to which a precedent can be revisited if and when the majority believes that it is betraying the meaning of the constitution.<sup>22</sup>

The American legal academia and judiciary have traditionally carved out a special place for a series of constitutional precedents, which usually go under the name of "supreprecedents." The category of superprecedent stems from the belief that some constitutional cases are of such paramount importance and so critical to the survival of the U.S. that it would be unthinkable that the U.S. Supreme Court would overrule them, even if it was just to restore what it believes to be the true meaning of the Constitution itself.<sup>23</sup> The list of such case-law varies, but it usually includes *Marbury v. Madison*, which fleshed out the Supreme Court's power to review the constitutionality of legislation;<sup>24</sup> *McCulloch v. Maryland*, which

<sup>20</sup> *Re Spectrum Plus Ltd* [2005] UKHL 41.

<sup>21</sup> BARRETT, "Precedent and Jurisprudential Disagreement", *Texas Law Review*, 2013, p. 1711 ff., p. 1713.

<sup>22</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. \_\_\_\_ (2022).

<sup>23</sup> GERHARDT, "Super Precedent", *Minnesota Law Review*, 2006, p. 1204 ff., p. 1205.

<sup>24</sup> 5 U.S. 137 (1803).

ruled on the Congress's power to set up a bank;<sup>25</sup> and *The Legal Tender Cases*, which addressed the constitutionality of governmental notes.<sup>26</sup>

### 3. The Benefits of Precedent

As seen above, exploiting precedent is staple in judicial activity throughout the globe. Theoretical, legal, and institutional reasons make at least some level of reliance on precedent indispensable, regardless of the specific legal status that a legal order accords to earlier rulings.

From a theoretical perspective, the respect of precedent indicates the equal treatment of cases and parties in courtrooms. Re-applying precedents, or at least considering them while adjudicating, is an incarnation of the principle of equality on a diachronic dimension: the respect of precedent ensures that cases alike are treated alike.<sup>27</sup>

Respecting precedent also has many beneficial ramifications. First, keeping up with precedents respects the social need for legal continuity. A thorough consideration of precedent ensures that the society at large follows the same rules, until the political body itself makes the explicit decision to change them.

In legal environments within which precedents are respected, individuals and groups also enjoy the benefit of predictability – a core value of the rule of law since Dicey first coined this expression. Citizens know their rights and duties, and they can reasonably anticipate the legal effects of their conducts. They can organize their lives, run their businesses, and make other fundamental decisions about their lives with a substantial degree of knowledge of what awaits them. Respecting precedents thus boosts individual and collective autonomy, as it allows people to make short and long-term plans for their lives.

Such predictability is welcome in any social, political, and economic field, but – as the House of Lords' *Practice Statement* made clear – criminal liability and business planning are especially sensitive areas. As to criminal law, not being prosecuted for having committed something that was lawful when it happened has long been understood as being a litmus test for decent legal civilizations. As to business, the respect of precedent allows one to make strategic economic decisions – a key factor for economic liberalism as well as for the economy at large.

<sup>25</sup> 17 U.S. 316 (1819).

<sup>26</sup> 79 U.S. 457 (1871).

<sup>27</sup> CROSS and HARRIS, *supra* note 2, p. 3

Reliance on precedent also has the benefit of reinforcing the institutional respect and the reputation of the judiciary. If judges respect and reaffirm previous holdings, they show that they do not ground their reasonings on their personal preferences, inclinations, or even their own specific understanding of justice.<sup>28</sup> Reliance on precedent thus mirrors and protects a healthy distance between the institution that delivers judgments and the specific individuals who happen to be sitting on the court when a judgment is delivered.

Finally, the reliance on precedent has the positive effect of distinguishing between law-making and adjudication: a concern that has grown through the centuries. The roots of the common law in England stretch back well before modernity, when the Parliament did not legislate copiously and much of the existing rules were the offspring of judicial activity. After the Parliament became the engine of social and political change by enacting statutes on an ordinary basis, the judiciary could confine itself to adjudicating disputes on the basis of the then existing laws, instead of implementing new ones. This division of labor evidently redirects the calls for legal innovation toward the legislative branch and democratically elected bodies, while judges may discharge their duties on the basis of their professional skills and in a non-political fashion.<sup>29</sup>

#### 4. The Problems with Precedent and the Place for Overruling

Despite its several benefits, *stare decisis* is not a bed of roses. Respect for precedent raises several issues that often suggest its mitigation. Each jurisdiction has found its own way to navigate between respect and departure from precedent; because of the centrality of case law, however, the most articulated reflections on the value of precedents are found in common law regimes and within common law scholarship.

Respect for precedent may entail the perpetuation of injustice. Pure reliance on precedent urges judges to follow earlier decisions simply because they exist and apply to the case at stake. This approach is the underpinning element of the whole phenomenon of *stare decisis*, after all. In fact, in modern theories – such as Hart’s rule of recognition – the normativity of precedent itself lies in its authority, not in its fairness: a

<sup>28</sup> KOZEL, “Stare Decisis as Authority and Aspiration”, *Notre Dame Law Review*, 2021, p. 1971 ff., p. 1974.

<sup>29</sup> WALDRON, “Separation of Powers in Thought and Practice?”, *Boston College Law Review*, 2013, p. 433 ff., p. 462.

precedent controls a case because it is applicable, not because it is just.<sup>30</sup> If it was only a matter of fairness, judges would not need precedent, as they could adjudicate new cases only using their sense of justice as the controlling criterion.

As seen above, the *Practice Statement* made the possibility of overruling precedent official. This novelty discouraged stratagems, such as mitigating or circumventing precedents without overruling them explicitly, which judges had deployed to balance the most granitic *stare decisis* doctrine of the late 19th century. When the *House of Lords* resurrected the possibility of explicitly overturning a precedent, however, a new problem came to the fore: on which grounds could a precedent be overruled?

In common law countries, the reasons that are needed to overrule a precedent are generally believed to be quite grave. In such jurisdictions the legal mentality usually sides in favour of precedent and generates a presumption of continuity: it is those who challenge a precedent who must persuade a court to overrule it. The parties that argue in favour of a precedent thus are at institutional advantage.<sup>31</sup>

Within the general assumption in favour of precedents, in common law countries the reasons to overrule them span between two extremes. At one end of the spectrum, an overruling can be justified because the precedent is seen as inherently wrong; at the other end, a precedent may be worth of overruling simply because it is now perceived to *have become* wrong or simply inopportune. But even when a precedent is found wrong, it is seldom overruled because of its intrinsic unfairness. Especially in the English common law, a precedent is overruled when it is said to have been given *per incuriam*: in other words, because it departed from an earlier precedent.<sup>32</sup> This logic emphasizes that overruling is not legal innovation, but rather legal restoration: the removal of the precedent resuscitates the earlier rule that was wrongly rejected in the past. This strategy is particularly apt for pluralistic societies, where conceptions of justice coexist, differ, and often conflict to a substantial degree: the overruling of a precedent on the basis of its sheer unfairness is almost unavoidably prone to generate controversy in such contexts. An overruling *per incuriam* assuages the legal field because it purports to restore

<sup>30</sup> BRONAUGH, "Persuasive Precedent", in GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, 1987, p. 222 ff., p. 223.

<sup>31</sup> BARRETT, *cit. supra* note 21, p. 1723.

<sup>32</sup> FINNIS, *cit. supra* note 9.

the genuine line of case law, without touching upon issues of justice or fairness.

The most explicit statement of reasons that justify overruling a precedent is probably *Planned Parenthood v. Casey*, which the U.S. Supreme Court decided in 1992.<sup>33</sup> The Court's opinion then enlisted various reasons for striking down a precedent. For each reason, however, the Court emphasized that a proper consideration should be given to the default rule of respecting precedent. Although the list of reasons that justify an overruling is broad, *Planned Parenthood* after all confirms the centrality of precedent:

[W]hen this Court re-examines a prior holding, its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of overruling a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and overruling a prior case. Thus, for example, we may ask whether the rule has proved to be intolerable simply in defying practical workability [...]; whether the rule is subject to a kind of reliance that would lend a special hardship to the consequences of overruling and add inequity to the cost of repudiation [...]; whether related principles of law have so far developed as to have left the old rule no more than a remnant of abandoned doctrine, [...]; or whether facts have so changed or come to be seen so differently, as to have robbed the old rule of significant application or justification.<sup>34</sup>

The attempts to carve out room for overruling without endangering the general stability of precedent are understandable. Overruling a precedent has powerful consequences, after all. An overruling belies the social reliance on precedent that the very theory of precedent most cherishes. It does so in a very dramatic way, as it changes the applicable law to the case within which it is decided – it changes the law retrospectively. When a court declares an overruling, it may give victory to the party that was supposed to lose when the case started.

A quite natural judicial stratagem to overrule earlier judgments without disrupting social reliance and predictability consists in declaring a prospective overruling: a judicial decision that mitigates the effect of the overruling by limiting its applicability only to future cases.<sup>35</sup> Such a bal-

<sup>33</sup> Supreme Court of the United States (USA), *Planned Parenthood v. Casey*, Judgment of 29 June 1992, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 854.

<sup>35</sup> PIN, *cit. supra* note 18, p. 123.



ance, however, is hardly followed in common law courts, which are largely sceptical of it for two different reasons.

On the one hand, a prospective overruling technically declares that a rule should not exist, but it keeps it temporarily alive. In other words, it admits to the existence of an unlawful rule and even applies it.<sup>36</sup> On the other hand, the availability of prospective overruling can instigate judges to become lawmakers. One of the defining characteristics of lawmaking in common law theory is that lawmakers are capable of making law for the future, while judges address issues of justice according to the applicable law at the time of the events at stake. The prospective overruling would encourage judges to overrule more freely, as the consequences of their rulings would not disrupt the past. Moreover, allowing judges to decide when to overrule prospectively would be dangerously selective: judicial evaluations on the pros and cons of overruling retroactively on a case-by-case basis would be flawed and would inevitably harm somebody.<sup>37</sup>

Although the option of a prospective overruling has failed to persuade judges in several common law regimes, the debate is still alive. Those advocating the recourse to prospective overruling argue that this tool would enable judges to correct judicial mistakes while protecting the interests of those who regulated their conducts according to those erroneous rulings.<sup>38</sup> Some believe that a prospective overruling would actually be justified in terms of predictability—one of the core concerns of the respect of precedent. A retrospective overruling, in fact, frustrates the expectations of those who complied with the earlier rulings – i.e., who did exactly what the then-applicable law expected from them – and the society at large. It is not by chance, then, that the U.S. Supreme Court ruling *Dobbs* overruled *Roe v. Wade* and its progeny only after assessing whether a widespread social reliance had developed around the latter.<sup>39</sup>

While most of the problems discussed above have particularly characterized the development of common law regimes, one issue is a common denominator across legal systems. In civil law and common law regimes, in fact, judges can leverage the power of precedent to persuade their readers and the society at large that their decisions are justified and

<sup>36</sup> CURRIER, “Time and Change in Judge-Made Law: Prospective Overruling”, *Virginia Law Review*, 1965, p. 201 ff., p. 201.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> PIN, *cit. supra* note 18, p. 123.

<sup>39</sup> Supreme Court of the United States (USA), *Roe v. Wade*, Judgment of 22 January 1973, 410 U.S. 113 (1973).

reasoned. In other words, precedents can have a rhetorical value rather than a normative one.

Precedents can be weaponized to dilute a judicial novelty, give the readership the impression that a preordained judicial policy is the obvious and unescapable ramification of earlier decisions that bind the court, or that it reflects broader judicial trends. In other words, precedents can provide partisan adjudication with a veneer of neutrality and authoritativeness.

Such a use of precedent is inevitably selective and often manipulative. It is distant from an authentic usage of precedent. But it is nevertheless well documented in the controversial increase in judicial citations of foreign precedents across the globe in the late 20th century: a practice that has often consisted of taking out of context and misusing precedents decided in different legal orders.<sup>40</sup> This judicial policy is not new, however. It was even used for the sake of justice in very substantial matters. In the U.S., the Supreme Court strategically scheduled the release of key judgments to create precedents that it later exploited to reinforce its arguments and defuse tensions when it proceeded to desegregate schools in the South.<sup>41</sup>

## 5. The Prerequisites for a Precedent-Bound Judicial Reasoning

The normative value of precedent resides primarily in the self-constraint of courts that rely on their earlier rulings, encouraging the parties to argue considering precedents. For such an environment to effectively operate, there are a series of institutional and deontological requisites that a system must effectively implement and ensure.

Historically speaking, the rule of *stare decisis* became settled in England and Wales in the early modernity when the judicial system absorbed several distinct features. First, as seen above, rulings must be written and made fully available to the public. The *ratio decidendi* is not simply a general maxim: on the contrary, it is the rule that applies to a specific series of controversies, and therefore the facts from which the case arose must be known in order for later judges to assess whether a

<sup>40</sup> Among many, see GELTER and SIEMS, "Citations to Foreign Courts—Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe", *The American Journal of Comparative Law*, 2014, p. 35 ff.

<sup>41</sup> PIN, *cit. supra* note 18, p. 127.

precedent is binding on them, as well as for people to conduct their lives accordingly.

Second, the system of appellate courts must be in a rather coherent shape for the precedent to have a significant role. The appellate system is necessary because it allows to distinguish between the vertical and the horizontal dimension of precedent. The notion of vertical precedents encompasses the binding effect of higher courts' rulings on lower courts, while a precedent that applies horizontally requires that a court follow its own earlier rulings.

Third, the claims must be precise and well defined in advance before the judicial proceeding begins. For a long while, in England and Wales claims were continuously negotiated among parties during the trial, to the extent that the ruling hardly addressed the initial complaint, and therefore had just a loose normative meaning.<sup>42</sup>

Fourth, a feature of extreme importance for the survival of a precedent-based system is a moderate level of litigiousness. Too many cases and/or too many appeals often make it impossible for judges to keep track of precedent and avoid conflicting judgments. It is not by chance that common law systems often filter appeal requests to cap the number of controversies in the docket.<sup>43</sup>

Fifth, the duty to keep the slate clean and cap the number of potentially applicable precedents in common law systems does not follow just on the shoulders of judges. Common law regimes spread this preoccupation with the legal profession at large through specific ethical obligations. In several common law countries, barristers and attorneys must provide the judge with an accurate depiction of the existing case law on a certain subject.<sup>44</sup> Although some slight variations exist among jurisdictions as to which specific precedents should be mentioned by the parties, it is unquestionable that common law lawyers are expected to feed courts with very specific information about relevant precedents.

This rule echoes the largely passive role that the common law gives to judges, especially if compared with the more proactive approach to adjudication in civil law countries. The rule itself, however, has a lot of potential ramifications for the judicial environment at large.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>43</sup> ANTONIOLLI DEFLORIAN, "Il precedente giudiziario nel common law nel common law inglese," in VINCENTI (ed.), *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998, p. 195 ff., p. 195.

<sup>44</sup> PIN and GENOVA, "The Duty to Disclose Adverse Precedents: The Spirit of the Common Law and Its Enemies", *Yale Journal of International Law*, 2019, p. 239 ff.

As common law practitioners must cite precedents, they will probably articulate their submissions on the basis of earlier rulings<sup>45</sup>. In other words, such an ethical rule gives birth to an unavoidably precedent-bound type of reasoning. Moreover, as practicing lawyers must cite potentially relevant precedents, they will likely seek that a court explicitly overrule the earlier cases it departs from. In fact, unless a precedent is overruled, a practicing lawyer may be expected to cite and address it, whereas an explicit overruling makes the job of lawyers much easier and safer. As a result, judges and lawyers alike develop a specific interest in keeping up with the earlier case-law and in maintaining the chain of precedent clear and as simple as possible.<sup>46</sup>

## 6. The Interests Driving the Precedent-Based Adjudication

As seen above, the doctrine of precedent requires a shared ethos. It requires judges and legal practitioners to address earlier decisions, ponder whether they apply to analogous facts and if they have survived societal and legal changes. In itself, treating precedents as authorities from a practical perspective is largely dependent upon a variety of factors, without which earlier decisions can at best provide only some general guidance, or, at the worst, can be selectively picked to justify certain judicial outcomes.

Economic liberalism was one of the drivers that solidified precedent in English common law. Its need for certainty and foreseeability boosted *stare decisis*. Interestingly enough, the globalization of markets of the late 20th-early 21st centuries has not always valued precedent in the same way. Although English law and English legal culture are almost always chosen to govern international business negotiations and contracts, such negotiations do not always aim for a consistent application of precedent.<sup>47</sup>

As a matter of fact, many agreements include arbitration clauses. Most of such clauses foresee that English law is applicable, but critically diverge from the average common law court. In fact, such arbitration courts often operate treatment of precedent in a duty of confidentiality. This means that they cannot create precedent, their reasoning can be concealed, and therefore later arbitration courts can take very different

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 277-278.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> PISTOR, *The Code of Capital*, Princeton-Oxford, 2019, p. 168 and p. 178.

paths. Although exploiting the common law but refusing the authoritativeness of precedent may sound paradoxical, this practice finds an explanation in the circumstance that confidential business relationships ending in nondisclosed judgments allow companies to experiment with their business models without suffering too many losses in case they lose an arbitration case.

A de-emphasis on the authoritative role of precedent is clear also in the early stages of activity of the Meta Oversight Board. *Meta* (the company once called Facebook) set up this board for various purposes, but mainly to review the vetting process of Facebook and Instagram. The board of independent experts that Meta pulled together from various backgrounds and territorial proveniences has started issuing judgments on Facebook and Instagram decisions on published posts that do not follow the average doctrine of precedent. Interestingly enough, at the moment the Oversight Board prefers to make contextual analyses of the single cases at stake rather than develop consistent judicial trends and clear precedent. This approach is unlikely to create clear patterns that Facebook and Instagram can easily follow.<sup>48</sup>

Meta Oversight Board moves in an uncharted territory. Born as a check on a big tech superpower's capacity to censor information, it is a pioneering attempt of the infosphere to regulate itself. It is therefore quite significant that it does not seem interested in developing clear precedents that would set the tune for future Meta's vetting policies, but rather prefers making judgments on a case-by-case basis. This judicial policy inevitably keeps the Oversight Board much more at the center stage than a sound and strong precedent-based judicial approach, which would help define the boundaries of Meta's policies and discourage applications that are similar to those that have already been rejected.

## 7. Conclusion

A certain degree of respect of precedent is grounded in several legal values that cut across jurisdictions and cultures. Fairness requires that similar cases are treated alike; reliance on precedent respects the societal need that law is foreseeable; a sense of institutional humility expects judges to rely on their predecessors' patterns of judgment; consistency

<sup>48</sup> GOPAL, "Facebook Oversight Board & the Rule of Law: The Importance of Being Earnest", *Business Law Today*, 12 October 2021, available at <https://businesslawtoday.org/2021/10/facebooks-oversight-board-the-rule-of-law-the-importance-of-being-earnest/>.

in adjudication disincentivizes unnecessary litigation on issues that have already been addressed by the judiciary. Albeit to a different degree, all these aspects are related to basic rule of law principles, and it is therefore quite natural that, with the development of rule-of-law frameworks beyond the State in the late 20th century, the respect of precedent has become one of the most important aspects of litigation also outside national jurisdictions.

Admittedly, however, a strong respect for precedents has its own prerequisites and ramifications. Precedent-based reasoning works by analogy; it emphasizes the similarities among facts; it generates a proclivity to rely on earlier decisions; it prioritizes predictability and consistency over time, which are particularly valued for business. A precedent-bound judicial reasoning might not be the best option for jurisdictions that aim for context-dependent assessments or are concerned with making the law evolve.



# Le Case della Comunità e il rapporto tra città e salute\*

*Filippo Pizzolato*

*Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico*

SOMMARIO: 1. Salute e città dilatate. 2. Salute ed autonomie territoriali, il contesto costituzionale e l'attuazione. 3. Le Case della Comunità, un nuovo rilancio? 4. Prospettive e problematiche attuative.

## 1. Salute e città dilatate

Il rapporto tra città e salute conosce una nuova primavera, benché non si possa dire se si tratti di una stagione effimera o di un passaggio destinato a lasciare tracce durevoli. Il cambiamento atteso nasce dal ripensamento di entrambi i termini del rapporto: *città*, lemma sempre più spesso usato, anche tra i giuristi, in luogo di Comune; e *salute*, termine preferito e non sovrapponibile a quello di sanità. La combinazione di questo doppio scartamento - tra città e Comune e tra salute e sanità - produce un effetto ulteriore. Questo doppio slittamento semantico favorisce infatti l'incontro tra città e salute e apre alla promessa di una stagione di fioritura di interesse per questo rapporto.

L'ampliamento della nozione di salute è ricondotto comunemente alla ormai risalente definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, per la quale la salute è «uno stato di totale benessere fisico, mentale e

\* Il presente contributo riproduce, con qualche adattamento meramente editoriale, il testo di un articolo, dallo stesso titolo, pubblicato su «dirittifondamentali.it», 2022, I, pp. 421-446. Si ringraziano la direzione e l'editore della rivista per aver consentito la riproduzione in questa sede.



sociale», e non semplicemente «assenza di malattie o infermità»<sup>49</sup>. Su queste basi, la salute è concettualmente distinguibile dalla sanità, che è un sistema organizzato attorno alla prevenzione, cura e riabilitazione degli stati morbosi. La sanità insomma riguarda una parte della tutela della salute, quella interessata da trattamenti di tipo medico.

È evidente come l'allargamento insito nel concetto di salute vada a toccare un'idea di ben-vivere che incrocia la politicità nel suo complesso – e non un settore – e perfino la qualità delle relazioni sociali. All'interno di questa accezione, la qualità della vita e, in particolare, della vita urbana diventa una questione rilevante anche dal punto di vista della salute<sup>50</sup>. È stato recentemente usato, al riguardo, un termine piuttosto eloquente, quello di «precursori della salute» o, in modo ancora più deciso, di «determinanti sociali»<sup>51</sup>: «ricerche, riflessioni e indirizzi a livello internazionale vanno infatti tutti nella stessa direzione, mostrando la rilevanza, per una crescita di salute, che questa sia inserita in *tutte le politiche* (OMS, 2013). La salute di un individuo si collega e sviluppa soprattutto grazie a contesti che possono essere *salutogenici* o, al contrario, *patogenici*. (...) Non si tratta solo di eliminare (opera comunque importante e rilevante) fattori negativi come inquinamento, barriere ad una mobilità sostenibile, ma di ricercare anche fattori che possano influire positivamente su quei “precursori di salute” la cui rilevanza è forse meno evidente, ma, alla prova dei numeri sembra essere fondamentale»<sup>52</sup>.

La stessa Organizzazione Mondiale della Sanità ha in effetti, coerentemente con queste premesse, provato ad ingaggiare le città nella promo-

<sup>49</sup> Analoghi, e ancora più accentuati, elementi in tal senso nella *Ottawa Charter for Health Promotion* del 1986.

<sup>50</sup> G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Maggioli, Sant'Arcangelo di R. na 2019, pp. 118-119, richiama la rilevanza per gli obiettivi di salute così intesi delle politiche in materia di urbanistica, ambiente, trasporti, educazione sanitaria e, quale esempio di potestà regolamentare degli enti locali rilevante, i regolamenti di igiene comunale; sul tema, v. anche il Rapporto IFEL, ANCI, Federsanità, *Sanità e territorio. I servizi socio-sanitari dei Comuni italiani*, 2021, consultabile nel sito [www.fondazioneifel.it](http://www.fondazioneifel.it), p. 20.

<sup>51</sup> La definizione viene, ancora una volta, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. Si v. il rapporto, significativo fin dal titolo, del WORLD ECONOMIC FORUM, *Time to Act: Investing in Addressing Social Determinants to Improve Health*, October 2021. In dottrina: v. L. BUSATTA, *Partecipazione, inclusione e interoperability: l'ottimizzazione dei servizi alla persona nella smart city sostenibile*, in *Le smart cities al tempo della resilienza*, a cura di G.F. Ferrari, Mimesis, Milano-Udine 2021, p. 592 ss..

<sup>52</sup> S. CAMPOSTRINI, *Un mondo in rapido cambiamento: alcuni elementi di scenario con cui i comuni italiani devono confrontarsi. I numeri del cambiamento*, in *Rapporto Ca' Foscari sui comuni 2021 La risposta dei comuni alla crisi pandemica*, a cura di M. Degni, Castelvecchi, Roma 2021, p. 262.

zione di stili di vita salutari e sostenibili. Essa ha promosso la costituzione e poi governato il funzionamento della rete delle cosiddette Città sane. *Healthy Cities* è il nome del network mondiale attivato su iniziativa progettuale dell'OMS, nel contesto del programma *Health for All in the 21st Century* (1998). L'obiettivo dell'iniziativa è quello di supportare la promozione della concezione e della consapevolezza della salute pubblica, sviluppando e premiando politiche locali e programmi sanitari che consentano di prevenire e limitare le minacce ed i rischi per la salute medesima. Nel contesto di questa rete, l'organizzazione internazionale può entrare in rapporto con le amministrazioni locali, cercando di orientare, attraverso uno stile partecipativo che coinvolge enti locali e cittadini, quelle scelte amministrative che influiscono sulla qualità e sostenibilità della vita e, per questa via mediata, sulla salute delle persone.

La salute è in questo modo sempre più un intreccio (almeno) socio-sanitario<sup>53</sup>. A questa consapevolezza teorica, ormai acquisita, non seguono però, a livello nazionale, complessive soluzioni organizzative coerenti.

Parallelamente, si allarga anche la considerazione della città, non ridotta alla dimensione istituzionale del Comune, ma vista piuttosto come spazio socio-economico e politico unitario<sup>54</sup>. Di riflesso, la cittadinanza stessa non è appartenenza conchiusa e identitaria, ma abbraccia posizioni soggettive diverse, i cui interessi talora semplicemente incrociano o attraversano la città stessa. Il *diritto della città* è un ambito, ormai sviluppato, di riflessione giuridica che è irriducibile al più tradizionale diritto degli enti locali<sup>55</sup>. A favorire questa estensione, oltre alla crescita impetuosa della realtà urbana, è la crisi della statualità, la cui affermazione storicamente era avvenuta a discapito delle autonomie comunali e la cui capacità di governare i processi urbani appare ridotta.

Non si deve però pensare che una tale prospettiva evolutiva, anche di analisi e studio, porti automaticamente a riconoscere un protagonismo

<sup>53</sup> E. ROSSI, *Le "Case della comunità" del PNRR: alcune considerazioni su un'innovazione che merita di essere valorizzata*, «Corti supreme e salute», 2021, II, p. 362.

<sup>54</sup> A seguire la definizione proposta da E. ARBAN, *Constitutional Law, Federalism and the City as a Unique Socio-economic and Political Space*, in *European Yearbook of Constitutional Law 2020. The City in Constitutional Law*, Springer, Berlin 2021, pp. 326-332.

<sup>55</sup> F. GIGLIONI, *Verso un diritto delle città. Le città oltre il comune*, in E. Carloni-F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 267 ss.; F. CORTESE, *Il nuovo diritto delle città: alla ricerca di un legittimo spazio operativo*, in *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, a cura di G.F. Ferrari, Mimesis, Milano-Udine 2020, p. 82. Seminale il contributo di J.B. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Lexis Nexis, Paris 2016.

alle città sulla scena politica e su quella, qui affrontata, sanitaria. Anzi, l'esito potrebbe essere perfino l'opposto. La città rischia infatti di essere scenario in cui avvengono le trasformazioni, anziché la soggettività autoriflessiva che le progetta. Il diritto *della* città non equivale a un diritto *alla* città che pure vi è ricompreso.

Possiamo dire che la *smart city* sia il concetto dilatato di città che della città fisica non ha più molto. Esso investe anche la salute, con il ruolo trainante delle tecnologie<sup>56</sup>. L'*e-Health*, secondo una narrazione un po' trionfalistica, muta anche il concetto di paziente, che «non può più considerarsi un paziente che segue passivamente le indicazioni del medico, ma è sempre più un paziente informato sul proprio stato di salute, sul proprio stile di vita, sulle proprie abitudini alimentari, etc. È un paziente che spesso utilizza dispositivi “wearable” per monitorare alcuni dei suoi parametri vitali, che poi registra e conserva (attraverso applicazioni per smartphone o personal computer)»<sup>57</sup>.

## 2. Salute ed autonomie territoriali, il contesto costituzionale e l'attuazione

Già la Costituzione promuove l'incontro tra cura della salute ed autonomie (territoriali e sociali). Questo legame non è ricostruibile solo a partire dalle vicende del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, ma, prima ancora, come riflesso del principio personalistico che sovrintende all'intero impianto costituzionale. È infatti a partire dalla visione della *persona*, come essere situato, che si ricava un criterio di natura organizzativa, e cioè la necessità costituzionale che i servizi alla persona, appunto, siano riconosciuti ed “erogati” in un contesto che rispetti il pluralismo delle concezioni e delle condizioni etico-sociali del beneficiario<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Si v., ad esempio, M. TOMASI, *Il volto umano della salute digitale nelle città intelligenti, in Le smart cities al tempo della resilienza*, a cura di G.F. Ferrari, Mimesis, Milano-Udine 2021, p. 519 ss..

<sup>57</sup> F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, Paper della Fondazione 2021, II, Fondazione Italia in Salute, p. 10. Più in generale, questo approccio ottimistico è ben interpretato da C. RATTI CON M. CLAUDEL, *La città di domani. Come le reti stanno cambiando il futuro urbano*, Einaudi, Torino 2017. Un inquadramento giuridico rigoroso dell'*e-Health*, presentato nella varietà delle fonti, in M. CAMPAGNA, *Linee guida per la Telemedicina: considerazioni alla luce dell'emergenza Covid-19*, «Corti supreme e salute», 2020, III, p. 602 ss..

<sup>58</sup> A. MATTIONI, *Iniziativa pubblica e iniziativa privata nell'attuazione del servizio sanitario nazionale*, 1977, ora in Id., *Società e istituzioni. Una raccolta di scritti*, Jovene, Napoli 2005, p. 75. Un'equilibrata considerazione del rapporto tra tutela delle autonomie ed esigenze di

Il pluralismo è un corollario del personalismo e, in contesto di salute, esige che la cura introietti – per quanto è possibile – il contesto relazionale entro cui la persona medesima svolge la sua personalità.

Questo pluralismo è sia sociale, sia istituzionale e anzi questo secondo profilo è una dimensione servente al primo, così come la sussidiarietà verticale supporta quella orizzontale.

Sul piano attuativo e organizzativo, tuttavia, l'evoluzione normativa non ha proceduto sempre nella direzione del riconoscimento e della promozione di un ruolo privilegiato per le autonomie, tantomeno per quelle locali. Si tratta di vicende ben note e che possono qui essere ricostruite solo per passaggi schematici. Le trasformazioni della sanità e le sue riforme organizzative risentono indubbiamente del clima politico e culturale complessivo. Ne sono una sorta di cartina al tornasole. La legge 833 del 1978, infatti, che riconosceva centralità alle autonomie locali, era uno dei frutti più maturi di una vivace stagione politico-sociale orientata alla promozione della partecipazione. All'esito di quella stagione, le funzioni sanitarie erano allocate alle Unità Sanitarie Locali, che però erano strutture operative dei Comuni singoli o associati e delle comunità montane (artt. 10 e 15 della l. 833/1978). Vi era una stretta compenetrazione tra organi dell'USL e organi comunali. In particolare, per l'art. 15 della l. 833, l'assemblea generale dell'USL «è costituita: a) dal consiglio comunale se l'ambito territoriale dell'unità sanitaria locale coincide con quello del comune o di parte di esso; b) dall'assemblea generale dell'associazione dei comuni (...), se l'ambito territoriale dell'unità sanitaria locale corrisponde a quello complessivo dei comuni associati; c) dall'assemblea generale della comunità montana se il suo ambito territoriale coincide con quello dell'unità sanitaria locale».

La prossimità tra politica locale e gestione sanitaria era così stretta che, in una stagione successiva, segnata questa volta dalla diffidenza verso l'invadenza della politica e da una reattiva – ma forse ingenua – fiducia verso stili di governo manageriali e il mercato *tout court*, si arrivò nel 1992 all'approvazione della legge di delega 421, cui seguì il d.lgs. 502, modificato poi dal d.lgs. 517/1993, che determinarono la cosiddetta “aziendalizzazione” sanitaria e, al contempo, condussero alla sostanziale e perdurante estromissione dei Comuni dalla gestione dei servizi sanitari. Come è stato efficacemente sintetizzato, «regionalizzazione ed aziendalizzazione hanno (...) comportato un sostanziale svuotamento delle funzioni comunali

uniformità repubblicana in V. SATTA, *Profili evolutivi dello Stato sociale e processo autonomistico nell'ordinamento italiano*, Jovene, Napoli 2012, p. 91 ss..

in sanità, ma se era in certo senso scontato che la scelta tecnocratica fosse la necessaria risposta alle inefficienze delle Usl, non era altrettanto ovvio che alla stessa si accompagnasse una ridefinizione delle funzioni amministrative allocate ai diversi livelli territoriali, ben potendo immaginarsi un modello di governo aziendale che poggiasse sullo stesso impianto di competenze disegnato dal legislatore del 1978»<sup>59</sup>. Sulla stessa linea critica, si è parlato di «espropriazione» dei Comuni delle competenze gestionali, dopo il d. lgs. 502<sup>60</sup>, e di una conseguente tensione.

Come è apparso poi chiaro, l'aziendalizzazione non avrebbe portato a una vera – e comunque discutibile – estromissione della politica, ma allo slittamento verso un'influenza di livello regionale. Le aziende sanitarie sono infatti ora configurate come enti strumentali della Regione, dotati di personalità giuridica pubblica, di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica. Tali aziende sono gestite da un organo monocratico, il direttore generale, che è nominato dalla Regione e che alla Regione risponde (art. 3 del D.Lgs. 502/92).

Il d. lgs 502, come si è detto, ridimensiona fortemente il ruolo dei Comuni. L'articolo 3.1 mantiene però «fermo (...) il diritto-dovere degli organi rappresentativi di esprimere il bisogno socio-sanitario delle comunità locali». Il Sindaco, o la conferenza dei Sindaci, definiscono nell'ambito della programmazione regionale, linee di indirizzo per l'impostazione programmatica dell'attività; esaminano i bilanci; verificano l'andamento generale dell'attività. Le loro eventuali osservazioni in merito vanno trasmesse al direttore generale e alla Regione (art. 3.14). Le nuove aziende sanitarie hanno però una dimensione territoriale di scala provinciale, ciò che complica le possibilità per i Comuni di esercitare una qualche influenza significativa.

La tappa successiva è sintetizzabile in termini complessivi di riequilibrio ed è rappresentata dalla legge 419/98 di delega al Governo per la razionalizzazione del SSN e nel relativo decreto legislativo (229/1999). Si può parlare di un riequilibrio, perché la riforma, pur senza mettere in discussione la responsabilità delle Regioni e delle direzioni aziendali nella gestione dei servizi sanitari, mira ciò nondimeno a un suo esercizio più partecipato. Il passaggio è verso una programmazione partecipata, che confida in rapporti dialogici e nell'autenticità del confronto fra Regione, aziende sanitarie e, appunto, le autonomie locali.

<sup>59</sup> F. SAITTA, *Autonomie territoriali e governo della sanità*, «Istituzioni del Federalismo», 2018, III-IV, p. 795.

<sup>60</sup> G. CILIONE, *Diritto sanitario*, cit., p. 113.

Insomma, il d. lgs. 229/1999 non reca con sé il recupero per il Comune di funzioni gestionali, ma rafforza quelle consultive e propositive nella programmazione: il Piano sanitario nazionale è adottato d'intesa con la Conferenza unificata e il Piano regionale è sottoposto alla Conferenza permanente per la programmazione socio-sanitaria regionale e poi vi sono i piani attuativi locali<sup>61</sup>. I sindaci sono presenti nei Comitati di distretto e nelle Conferenze dei sindaci in ogni territorio delle aziende Usl. Il coordinamento tra Comuni e Aziende Usl è finalizzato all'integrazione fra servizi sociali e sanitari e coinvolge i primi nella valutazione e nel controllo<sup>62</sup>.

Lo strumento operativo principale di questo ruolo co-programmatore è individuabile nella costituzione, con legge regionale, di una Conferenza permanente per la programmazione sanitaria e socio sanitaria regionale (d.lgs. 229/99, art. 2, c. 1, 2 bis, 2 ter), entro cui è assicurata l'interlocuzione o la rappresentanza delle autonomie locali<sup>63</sup>. L'art. 2, c. 1, 2 quinquies impegna la legislazione regionale a disciplinare il rapporto fra programmazione regionale e programmazione attuativa locale, definendo le modalità di partecipazione ad essa degli enti locali interessati.

Coerentemente, il d.lgs. 229/99 valorizza il livello distrettuale come articolazione organizzativa dell'azienda, dotata di un budget e di un'autonomia tecnico-gestionale ed economico-finanziaria, e le sue funzioni programmatiche delle attività territoriali. Il distretto è sede qualificata di rapporti inter-istituzionali, grazie alla costituzione del comitato dei sindaci e all'integrazione con i servizi socio sanitari (art. 3, quater, quinquies e sexies). L'assistenza distrettuale comprende infatti quelle numerose ed eterogenee attività che hanno in comune la caratteristica di essere svolte ed erogate "sul territorio" e non in regime di ricovero ospedaliero<sup>64</sup>. Il direttore di distretto predispose il programma delle attività territoriali e, previo parere del Comitato dei sindaci di distretto, lo propone al direttore

<sup>61</sup> G. CILIONE, *Diritto sanitario*, cit., p. 114; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 103-104.

<sup>62</sup> G. CILIONE, *Diritto sanitario*, cit., p. 115.

<sup>63</sup> «Fanno, comunque, parte della Conferenza: il sindaco del comune nel caso in cui l'ambito territoriale dell'Azienda unità sanitaria locale coincida con quella del comune; il presidente della Conferenza dei sindaci, ovvero il sindaco o i presidenti di circoscrizione nei casi in cui l'ambito territoriale dell'unità sanitaria locale sia rispettivamente superiore o inferiore al territorio del Comune; rappresentanti delle associazioni regionali delle autonomie locali» (art. 2 bis).

<sup>64</sup> F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 5.

generale che lo approva. Per le attività socio-sanitarie il direttore deve ricercare l'intesa con il comitato dei sindaci.

Un ulteriore livello di coinvolgimento degli enti locali riguarda (art. 9) la disciplina dei fondi integrativi, che, peraltro, con disposizione interessante e poco sviluppata, sono autogestiti (art. 9.7); possono esser affidati in gestione mediante convenzione a istituzioni pubbliche e private che operano nel settore sanitario o socio-sanitario da almeno cinque anni; e Regioni ed enti locali, in forma singola o associata, possono partecipare alla gestione di questi fondi. Tale strumento renderebbe possibile ai Comuni assicurare ai cittadini appartenenti al proprio territorio livelli più elevati di servizi sanitari e socio-sanitari.

Un successivo riordino dell'assistenza sanitaria territoriale è stato l'obiettivo del c.d. decreto Balduzzi (d.l. 158 /2012, convertito in l. 189/2012), il cui art. 1. impegna le Regioni a definire «l'organizzazione dei servizi territoriali di assistenza primaria promuovendo l'integrazione con il sociale, anche con riferimento all'assistenza domiciliare, e i servizi ospedalieri, al fine di migliorare il livello di efficienza e di capacità di presa in carico dei cittadini, secondo modalità operative che prevedono forme organizzative monoprofessionali, denominate aggregazioni funzionali territoriali, (...) nonché forme organizzative multiprofessionali, denominate unità complesse di cure primarie, che erogano, in coerenza con la programmazione regionale, prestazioni assistenziali tramite il coordinamento e l'integrazione dei medici, delle altre professionalità convenzionate con il Servizio sanitario nazionale, degli infermieri, delle professionalità ostetrica, tecniche, della riabilitazione, della prevenzione e del sociale a rilevanza sanitaria». L'obiettivo del riordino è una migliore integrazione socio-sanitaria, ma l'interlocuzione e il ruolo degli enti locali restano, per così dire, sullo sfondo, in quanto rimessi alla definizione da parte delle Regioni. Vero è però che il decreto mira a riorganizzare il sistema attraverso modelli idonei a potenziare l'assistenza territoriale, al fine di ridurre la necessità di ricorso all'ospedalizzazione<sup>65</sup>.

Come questa sintetica rassegna ha evidenziato, il rapporto tra salute ed enti locali si gioca anzitutto sul terreno dell'integrazione socio-sanitaria. Anche con la regionalizzazione della gestione sanitaria, il legame con il

<sup>65</sup> F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 6: «La Riforma prevedeva dunque che le AFT avessero il compito di assicurare l'assistenza primaria, attraverso i medici di medicina generale, i pediatri di libera scelta e gli specialisti ambulatoriali, mentre le UCCP - disponendo di strumentazione diagnostica di base e garantendo l'apertura 24 ore su 24 e 7 giorni su 7 - operassero per ridurre l'accesso alle strutture ospedaliere pur rimanendo in stretto contatto con esse».

territorio e con gli enti locali riguarda soprattutto l'area dell'integrazione, in cui competenze sanitarie e sociali, ruolo delle aziende sanitarie e degli enti locali si sono fisiologicamente – anche se non sempre virtuosamente – intrecciati. L'esigenza di questo intreccio è accresciuta indubbiamente con l'invecchiamento della popolazione, che è un fenomeno sociale che impatta sanitarmente ed esige un'elevata integrazione delle prestazioni. Non a caso, come si dirà, cronicizzazione e de-ospedalizzazione sono una causa e un obiettivo dell'attesa istituzione delle Case della Comunità. La crisi pandemica ha indubbiamente rafforzato questa esigenza e infatti la sperimentazione delle strutture di prossimità, prevista dall'art. 1, commi 3, 4 e 4-bis del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. nella l. 17 luglio 2020, n. 77, aveva proprio il fine di assicurare «il massimo livello di assistenza» a favore dei soggetti contagiati dal virus SARS-CoV-2 e di tutte le persone fragili la cui condizione risultava aggravata dall'emergenza in corso; nonché di «implementare le attività di assistenza domiciliare integrata o equivalenti» per i pazienti in isolamento. La sperimentazione, coordinata dal Ministero della salute sulla base di un'intesa in sede di Conferenza Stato-regioni, si ispirava «al principio della piena integrazione socio-sanitaria, con il coinvolgimento delle istituzioni presenti nel territorio, del volontariato locale e degli enti del Terzo settore senza scopo di lucro»<sup>66</sup>.

L'integrazione socio-sanitaria può essere definita come quel «complesso articolato sistema di servizi ed interventi finalizzato a configurare una risposta a un bisogno di salute contestualmente ad un bisogno assistenziale, il primo relativo ad una situazione patologica o d'acuzie, il secondo concernente una situazione relazionale»<sup>67</sup>. Non si tratta di ipotesi marginali; e infatti è matura la consapevolezza del carattere strutturalmente, e non occasionalmente, intrecciato di questi ambiti di cura. Questa consapevolezza rappresenta una conferma della perdurante validità del modello costituzionale, personalistico e pluralistico<sup>68</sup>.

In effetti, la competenza dei Comuni era inizialmente generale, salvo poi il trasferimento delle competenze sanitarie, dapprima a enti mutualistico-previdenziali. La l. 730/1983 consentiva a Comuni di avvalersi, per le prestazioni assistenziali, delle USL, tenendosi però il relativo carico finanziario. Nessuna componente assistenziale doveva gravare sul fondo

<sup>66</sup> R. BALDUZZI, *Il diritto alla salute durante e dopo la pandemia. Milestones per un confronto*, «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 2021, IV, p. 50.

<sup>67</sup> L. DEGANI-R. MOZZANICA, *L'integrazione socio-sanitaria: le ragioni, le regioni, gli interventi*, Maggioli, Sant'Arcangelo di R. 2009, p. 9.

<sup>68</sup> A. PIOGGIA, *Diritto sanitario*, cit., pp. 207-209.



sanitario. Il D.P.C.M. 8.8.1985 si poneva l'obiettivo di completare il disegno della l. 730/1983, fornendo i criteri per stabilire quali fossero le attività di rilievo sanitario connesse con quelle socio-assistenziali.

Con il d.lgs. 502/92, l'integrazione socio-sanitaria affidata all'ASL determinava una sorta di frattura nel rapporto con il Comune, relegato ormai all'ambito assistenziale. Con il d.lgs. 229/1999 si tentava di ricomporre parzialmente questa frattura, attraverso criteri per individuare prestazioni al confine tra sociale e sanitario. Si tratta delle prestazioni socio-sanitarie, e cioè le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona umana che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione. Tali prestazioni comprendono prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, cioè le attività finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite e acquisite; e prestazioni sociali a rilevanza sanitaria, cioè tutte le attività del sistema sociale che hanno l'obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute.

Il D.P.C.M. 14.2.2001, «Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie», in via attuativa, individua, sulla base dello stato di bisogno, quali prestazioni competano ai comuni e quali alle ASL con i relativi oneri. A questa integrazione ne corrisponde una istituzionale: il diritto-dovere degli organi rappresentativi della comunità locale di esprimere il bisogno socio-sanitario della popolazione; la possibile delega all'ASL, da parte dei Comuni, dei servizi socio-assistenziali (con oneri a carico dei Comuni, con possibile partecipazione alla spesa da parte dei cittadini).

All'integrazione socio-sanitaria si riferisce anche la l. 328/2000 (agli artt. 8.1. e 22.1), ove però sostanzialmente si rinvia alle disposizioni della riforma sanitaria (art. 3-septies d. lgs. 229/1999 e D.P.C.M. 14.2.2001, riprese poi dal D.P.C.M. 29 novembre 2001 sui LEA). L'integrazione conserva quindi, con la legge 328/2000, una regolamentazione entro una sede prettamente sanitaria. Ciò rivela una sorta di persistente sudditanza del comparto dei servizi sociali rispetto a quelli sanitari, in connessione con la sproporzione dei rispettivi investimenti finanziari.

### 3. Le Case della Comunità, un nuovo rilancio?

Potrebbe superficialmente apparire paradossale che il quadro dei rapporti tra organizzazione sanitaria e Comuni si sia riaperto a margine e in risposta dell'esperienza recente della pandemia. Vero è che la pandemia, per la radicalità del suo impatto e delle reazioni che ha generato, pone la questione di «istituire di nuovo la vita o, più ambiziosamente, di istituire una vita nuova. Si tratta di un'urgenza che precede ogni altra necessità di tipo economico, sociale, politico, perché costituisce l'orizzonte, materiale e simbolico, da cui tutte le altre traggono senso»<sup>69</sup>. Questa valenza istituente opera, anzitutto, proprio sul terreno immediatamente sanitario, che si colloca «all'incrocio inquietante tra politicizzazione della medicina e medicalizzazione della politica»<sup>70</sup>. La questione mantiene tuttavia, dal punto di vista qui adottato, una certa paradossalità, perché, come spesso avviene per le situazioni emergenziali, anche la pandemia ha operato per lo più come fattore di ri-accentramento delle competenze in capo allo Stato e, in particolare, al Governo.

Ciò nondimeno, proprio e soprattutto le prime, drammatiche, fasi della pandemia hanno mostrato la sofferenza della medicina territoriale e sollecitato un'urgente riapertura di interesse per questa tematica<sup>71</sup>. Nella fase più convulsa, proprio i sindaci sono stati, ben oltre le loro attribuzioni formali, elementi di collegamento e di integrazione tra bisogni sociali e sanitari della comunità di riferimento<sup>72</sup>. Un problema rilevante – non l'unico – è stata la gestione del sovraffollamento in pronto soccorso e degli accessi ospedalieri impropri, da cui la necessità di sinergie entro la rete dei servizi territoriali sanitari e sociali presenti a livello locale<sup>73</sup>. Ciò soprattutto per le patologie croniche.

<sup>69</sup> R. ESPOSITO, *Istituzione*, Il Mulino, Bologna 2021, p. 13.

<sup>70</sup> R. ESPOSITO, *Istituzione*, cit., p. 17.

<sup>71</sup> E. ROSSI, *Le "Case della comunità"*, cit., pp. 361-362; A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, «Diritto pubblico», 2020, II, p. 401; V. MANZETTI, *Una declinazione del principio di sussidiarietà: le imprese di comunità*, in «federalismi.it», 7/2022, p. 143; nonché il richiamato rapporto *Sanità e territorio*, pp. 26-27.

<sup>72</sup> *Sanità e territorio*, cit., p. 75: «sono i sindaci che, in alcuni casi, hanno tenuto il conto dei cittadini contagiati, che hanno verificato che nessuno fosse abbandonato solo in casa, che hanno insistito per risolvere situazioni drammatiche nelle case di riposo, che hanno organizzato trasporti per vaccinare gli anziani. In molti hanno dato sostanza alla norma che vede ancora nel sindaco la prima autorità sanitaria della città».

<sup>73</sup> F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 4.

È ovvio però che la focalizzazione sul nodo del rapporto con il territorio non equivale *sic et simpliciter* al riconoscimento di un'effettiva autonomia degli enti locali. L'art. 1.4 bis del d.l. 34/2020 (come convertito dalla l. 17 luglio 2020, n. 77), il cosiddetto decreto "rilancio", contiene, anche a seguito delle modifiche introdotte dalla legge di conversione, indicazioni importanti, laddove prevede l'istituzione di c.d. «strutture di prossimità». Più precisamente, si dispone che, «al fine di realizzare gli obiettivi di cui ai commi 3 e 4, il Ministero della salute, sulla base di un atto di intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, coordina la sperimentazione, per il biennio 2020-2021, di strutture di prossimità per la promozione della salute e per la prevenzione, nonché per la presa in carico e la riabilitazione delle categorie di persone più fragili, ispirate al principio della piena integrazione socio-sanitaria, con il coinvolgimento delle istituzioni presenti nel territorio, del volontariato locale e degli enti del Terzo settore senza scopo di lucro. I progetti proposti devono prevedere modalità di intervento che riducano le scelte di istituzionalizzazione, favoriscano la domiciliarità e consentano la valutazione dei risultati ottenuti, anche attraverso il ricorso a strumenti innovativi quale il budget di salute individuale e di comunità».

Gli obiettivi della sperimentazione sono dunque tratti dai richiamati comma 3 – che è riferito alle attività di assistenza domiciliare integrata o equivalenti per i pazienti in isolamento anche ospitati presso le strutture temporanee attivate per l'emergenza Covid -; e comma 4, che si riferisce alle cure dovute ai soggetti contagiati (sempre per l'emergenza Covid), nonché, più in generale, a tutte le persone fragili. Si può quindi dire, che le «strutture di prossimità» fossero rivolte alle persone con maggiori fragilità, al fine di rafforzare nei loro confronti i servizi di assistenza domiciliare integrata<sup>74</sup>. Il riferimento al contagio resta centrale.

Il successivo Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) fuoriesce, per così dire, almeno in parte, dalla logica dell'emergenza, nel senso che mira a promuovere e sostenere trasformazioni più durature<sup>75</sup>. Tra gli obiettivi generali del Piano, indicato come Missione 6, dedicata alla Salute, figura una riforma (la n. 1) che comprende «Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale e rete nazionale della salute, ambiente e clima», il cui investimento (1.1) consiste

<sup>74</sup> Così anche E. Rossi, *Le "Case della comunità"*, cit., p. 364.

<sup>75</sup> Sul rapporto tra la sperimentazione di cui al d.l. 34 e il PNRR, cfr. ancora E. Rossi, *Le "Case della comunità"*, cit., pp. 362-365

nella predisposizione di «Case della Comunità». Il documento spiega che «l'emergenza pandemica ha evidenziato con chiarezza la necessità di rafforzare la capacità del SSN di fornire servizi adeguati sul territorio. (...) Il progetto di realizzare la Casa della Comunità consente di potenziare e riorganizzare i servizi offerti sul territorio migliorandone la qualità. La Casa della Comunità diventerà lo strumento attraverso cui coordinare tutti i servizi offerti, in particolare ai malati cronici. Nella Casa della Comunità sarà presente il punto unico di accesso alle prestazioni sanitarie. La Casa della Comunità sarà una struttura fisica in cui opererà un team multidisciplinare di medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, medici specialistici, infermieri di comunità, altri professionisti della salute e potrà ospitare anche assistenti sociali. La presenza degli assistenti sociali nelle Case della Comunità rafforzerà il ruolo dei servizi sociali territoriali nonché una loro maggiore integrazione con la componente sanitaria assistenziale»<sup>76</sup>.

Significativamente accanto alla promozione di reti di prossimità e della telemedicina, fanno la loro comparsa le Case della Comunità, che ricevono una prima caratterizzazione. Per la verità, queste istituzioni non scaturiscono dal nulla, ma, almeno in alcuni territori, si innestano su di una struttura preesistente, denominata «Casa della Salute», di cui dovrebbero costituire un'evoluzione. Le Case della Salute, realizzate in alcune Regioni<sup>77</sup>, nascono da una precedente sperimentazione, promossa dal Governo (art. 1, c. 806, lett. a, l. 296/2006 - legge finanziaria per il 2007 -) e denominata «modello assistenziale case della salute», finanziata attraverso un «Fondo per il cofinanziamento dei progetti attuativi del Piano sanitario nazionale» (c. 805), istituito «al fine di rimuovere gli squilibri sanitari connessi alla disomogenea distribuzione registrabile tra le varie realtà regionali nelle attività realizzative del Piano sanitario nazionale».

Indicazioni più puntuali giungevano poi dal d.m. 10 luglio 2007, recante le linee guida per la sperimentazione delle Case della salute e l'accesso al relativo cofinanziamento. Il d.m. definiva (allegato A) la Casa della salute come «struttura polivalente in grado di erogare in uno stesso spazio fisico l'insieme delle prestazioni socio-sanitarie, favorendo, attraverso la contiguità spaziale dei servizi e degli operatori, l'unitarietà e l'in-

<sup>76</sup> Sul punto, prime considerazioni in R. BALDUZZI, *Quale assetto istituzionale del nuovo Ssn tra Stato e Regioni?*, «L'Arco di Giano», 2021, CVIII, p. 28 ss., che lamenta una limitata attenzione per «l'esigenza di un maggiore coinvolgimento delle amministrazioni comunali e provinciali».

<sup>77</sup> E. Rossi, *Le "Case della comunità"*, cit., p. 369.

tegrazione dei livelli essenziali delle prestazioni sociosanitarie, deve rappresentare la struttura di riferimento per l'erogazione dell'insieme delle cure primarie». Vi si prevedeva che la suddetta struttura contenesse gli studi dei medici di medicina generale, assicurasse continuità assistenziale, integrasse gli ambulatori della specialistica ambulatoriale, includesse tecnici della riabilitazione e della prevenzione, ecc.. Il decreto medesimo richiedeva anche l'incardinamento entro la struttura dello sportello unico di accesso, elemento di integrazione tra attività sanitarie e socio-assistenziali, grazie al quale avrebbe dovuto realizzarsi «la presa in carico del paziente attraverso l'affido diretto alle unità valutative e agli altri servizi da cui dipende la definizione e l'attuazione del percorso assistenziale individuale». Giuridicamente, le Case della Salute assumono la forma di consorzi pubblici senza scopo di lucro costituiti dai Comuni di una stessa zona-distretto insieme all'Azienda sanitaria di riferimento<sup>78</sup>.

Si aggiungeva, significativamente, che la «Casa della salute deve rappresentare il luogo della partecipazione democratica dove i cittadini e le associazioni di tutela dei pazienti contribuiscono alla programmazione dei servizi e delle attività e sono chiamati a valutare i risultati ottenuti in termini di salute e di benessere percepito. (...) In questa ottica, alle regioni e agli enti locali è richiesto di programmare lo sviluppo di interventi integrati, finalizzati a garantire la continuità e l'unitarietà di un percorso assistenziale che si faccia carico della specificità di tali situazioni e della complessità delle relazioni e dei bisogni delle persone, superando l'attuale frammentarietà degli interventi. In particolare, nel periodo indicato, i programmi regionali dovranno prevedere: (...) il coordinamento e l'integrazione con gli enti locali, le strutture sanitarie territoriali riabilitative di competenza i distretti sociosanitari ed i MMG per garantire la continuità dell'assistenza ed assicurare la migliore qualità di vita per una disabilità non emendabile».

Come si può evincere, si enunciano finalità e un'ispirazione del tutto congrue con quelle ora riproposte con le Case della Comunità<sup>79</sup>. Si tratta,

<sup>78</sup> G. CLIONE, *Diritto sanitario*, cit., p. 116; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario*, cit., p. 104.

<sup>79</sup> Tanto che il citato rapporto *Sanità e territorio*, cit., p. 17 osserva, un po' laconicamente, che «il tema vero non sembra l'uso di nuove parole per definire oggetti molto simili: Case per la salute, Ospedali di comunità o Casa della comunità come dice il PNRR. Quanto andrebbe fatto sul territorio è descritto nelle diverse normative ormai da quarant'anni. Nel frattempo, sono migliorate le tecnologie e la possibilità di realizzare un sistema a rete efficiente ed efficace. Tuttavia, quello che sembra mancare è la forza e la volontà di avviare una rivoluzione che coinvolga tutti i soggetti, dalle ASL ai comuni, al Terzo settore, ognuno per le proprie competenze ma ognuno interdependente dagli altri nodi della rete».

in entrambi i casi, di strutture entro cui dovrebbero co-operare aziende sanitarie, Comuni, volontariato, terzo settore che insieme elaborano il piano integrato di salute.

La sperimentazione avviata allora ha prodotto esiti contrastanti. Solo alcune Regioni vi hanno dato effettivo seguito. In particolare, si sono distinte l'Emilia-Romagna<sup>80</sup> e la Toscana<sup>81</sup>. Una recente pubblicazione del Servizio Studi di documentazione della Camera dei deputati, del 1° marzo 2021, dedicata proprio alle «Case della salute ed Ospedali di comunità: i presidi delle cure intermedie. Mappatura sul territorio e normativa nazionale e regionale» così sintetizza la situazione determinatasi: «L'ampia disomogeneità nel numero di Case della Salute e di Ospedali di Comunità attivi nell'anno 2020, documenta la necessità di un approfondito confronto tra le Regioni/PA, fermo restando come, sulla base della documentazione raccolta, sia in corso un profuso impegno nelle singole Regioni/PA finalizzato al rafforzamento dell'assistenza territoriale, attraverso specifici atti di programmazione». Il dossier fa soprattutto risaltare l'attuazione squilibrata sia delle Case della salute, sia degli Ospedali di comunità.

<sup>80</sup> In particolare, l'Emilia-Romagna vi ha dato avvio mediante le previsioni contenute nella DGR 291/2010, successivamente integrate con la DGR 2128/2016. Tali atti hanno definito la Casa della salute quale «struttura facilmente riconoscibile e raggiungibile dalla popolazione, dove trovare risposta alla maggior parte dei bisogni, attraverso la garanzia dell'accesso e dell'erogazione dell'assistenza sanitaria, socio-sanitaria e socio-assistenziale in integrazione con i professionisti dell'ambito sociale», nonché «come un presidio del Distretto, la cui gestione complessiva è affidata al Dipartimento di Cure Primarie, che cura le interfacce con gli altri dipartimenti» (E. Rossi, *Le "Case della comunità"*, cit., p. 370).

<sup>81</sup> Con delibera regionale n. 139 del 25 febbraio 2008, con cui furono approvati i progetti pilota in tre aziende sanitarie. Si v. poi la l.r. 29/2019 (*Le Case della Salute. Modifiche alla L.R. 40/2005*). Nella delibera iniziale la Casa della salute era qualificata «parte fondamentale ed essenziale della rete dei servizi aziendali delle Cure Primarie, permettendo una relazione diretta tra l'assistenza territoriale e gli altri nodi della rete assistenziale. È strutturata in sedi fisiche ben riconoscibili e presenti in maniera omogenea sul territorio regionale e i cittadini saranno presi in carico per i loro problemi assistenziali da team multiprofessionali coordinati clinicamente dai medici di medicina generale titolari della scelta del singolo paziente, garantendo la fluidità dei percorsi ed i necessari raccordi con gli altri servizi aziendali attraverso la medicina di comunità» (E. Rossi, *Le "Case della comunità"*, cit., p. 371). Sull'attuazione toscana, si v. la documentazione istituzionale in [www.regione.toscana.it/sst/organizzazione/societa-della-salute](http://www.regione.toscana.it/sst/organizzazione/societa-della-salute); nonché un saggio di sintesi in P. CARROZZA, *La «Società della Salute». Il modello toscano di gestione integrata dell'assistenza sociale e della sanità territoriale alla luce dei principi sanciti dagli artt. 5, 32 e 118 Cost.*, in *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino 2005, p. 143.

Analoga valutazione emerge – con maggiore libertà di analisi - dal Rapporto CREA Sanità del 2000<sup>82</sup>, su «Case della Salute e presidi territoriali di assistenza. Lo stato dell'arte». Nella sintesi finale, il Rapporto annota l'immane «complessità e variabilità delle impostazioni regionali, che rende difficile perimetrare il fenomeno». Entro certi limiti, invero, tale varietà non può sorprendere ed è anzi coerente con il quadro autonomistico. Si osserva inoltre come «una caratteristica distintiva della "Case della Salute" rispetto agli Ospedali siano proprio le tecnologie, che sono prevalentemente di tipo "soft": medicina di iniziativa, integrazione multi-professionale, partecipazione ed empowerment, etc. Rimane invece ambigua l'importanza da attribuire alla caratterizzazione fisica delle "Case della Salute", con modelli che fanno dell'individuazione del luogo fisico di concentrazione dei servizi una caratteristica essenziale delle CdS, ed altri che tendono a privilegiare la logica dell'integrazione funzionale, con un ampio ventaglio di possibilità». Particolarmente utile risulta l'osservazione per cui «il principio basilare dell'"integrazione tra sociale e sanitario" sembra ancora lungi da essere realizzata. Va apprezzato come molte realtà stiano compiendo passi in avanti significativi, garantendo la presenza nelle CdS di presidi di tipo sociale, accanto a quelli sanitari: ma rimane ancora una realtà in divenire, lontana dal poter realizzare una piena collaborazione e integrazione tra i due comparti sulla base del principio della "centralità del paziente" con tutti i suoi bisogni».

Idealmente collegata a questo precedente, la Casa della Comunità dovrebbe, se stiamo al PNRR, scioglierne alcune ambiguità: essa sarà infatti «una *struttura fisica* in cui opererà un team multidisciplinare di medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, medici specialistici, infermieri di comunità, altri professionisti della salute e potrà ospitare anche assistenti sociali. La presenza degli assistenti sociali nelle Case della Comunità rafforzerà il ruolo dei servizi sociali territoriali nonché una loro maggiore integrazione con la componente sanitaria assistenziale (...) La Casa della Comunità è finalizzata a costituire il punto di riferimento continuativo per la popolazione, anche attraverso un'infrastruttura informatica, un punto prelievi, la strumentazione polispecialistica, e ha il fine di garantire la promozione, la prevenzione della salute e la presa in carico della comunità di riferimento. Tra i servizi inclusi è previsto, in particolare, il punto unico di accesso (PUA) per le valutazioni multidimensionali (servizi socio-sanitari) e i servizi dedicati alla tutela della donna, del bambino e dei nuclei familiari secondo un approccio di medicina di ge-

<sup>82</sup> Consultabile online nel sito <https://www.fpcgil.it>

nere. Potranno inoltre essere ospitati servizi sociali e assistenziali rivolti prioritariamente alle persone anziane e fragili, variamente organizzati a seconda delle caratteristiche della comunità specifica».

Il PNRR sembra risolvere il dubbio circa la necessità di un'integrazione fisica («sarà una struttura fisica»<sup>83</sup>), e non solo funzionale; mentre rimane aperto circa la presenza dell'assistente sociale («potrà ospitare»). Ciò nondimeno, dal piano si ricava un chiaro orientamento preferenziale, dacché si argomenta il valore aggiunto che la presenza degli assistenti sociali potrà garantire. È evidente che l'inclusione dell'assistente sociale sia la cartina di tornasole dell'importanza attribuita all'integrazione tra sociale e sanitario, realizzata dalle Case di Comunità, nonché, di riflesso, del ruolo che potranno avere i Comuni nella *governance* di questa struttura.

Per la verità, come dottrina ben documentata rileva, nei documenti ad oggi disponibili elaborati, tra Ministero e Regioni, in vista dell'attuazione del comma 4-bis, anche sul primo turno le certezze si sfaldano: si sottolinea infatti che la "struttura" non dev'essere necessariamente un luogo fisico, «ma piuttosto un modello organizzativo di aggregazione funzionale che riguarda l'assistenza primaria, la continuità assistenziale, le esperienze di cura domiciliari e in ambienti protetti, le diverse forme di promozione e prevenzione realizzati con il coinvolgimento di differenti professionalità in una logica di lavoro cooperativo/complementare, quindi multidisciplinare e multi professionale», e che l'espressione "di prossimità" sta a significare che la struttura deve essere il più possibile vicina alla persona assistita, favorendone la permanenza, se possibile, negli abituali luoghi di vita»<sup>84</sup>.

In presenza di tali ambivalenze, appare quanto mai opportuno il suggerimento, avanzato da dottrina particolarmente sensibile e avveduta, per il quale «il Piano dovrà essere corretto, o interpretato e attuato in senso estensivo, relativamente: a) alla previsione di una presenza soltanto facoltativa, all'interno della Casa della comunità, dell'assistente sociale, che va integrato nel team multidisciplinare insieme ai medici di medicina generale e ai pediatri di libera scelta, ai medici specialisti, agli infermieri di comunità e agli altri professionisti della salute, così da assicurare che il punto unico di accesso (PUA) possa valutare e prendere in carico il bisogno sia a monte, sia a valle (...) d) all'esigenza di un maggiore coinvolgimento delle amministrazioni comunali e provinciali, senza il cui fattivo apporto la "piena integrazione socio-sanitaria" rimarrà fatalmente sulla

<sup>83</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>84</sup> Così riporta R. BALDUZZI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 51, nota 39.



carta, ma relativamente alle quali il Piano non sembra dedicare adeguata attenzione; e) all'importanza di individuare e valorizzare il "luogo" istituzionale deputato a garantire l'integrazione tra i servizi e la continuità assistenziale, e che pertanto è chiamato a risponderne: tale luogo, secondo la vigente normativa (...) è il distretto sociosanitario: avere ridotto, in molte situazioni regionali, il distretto a mero luogo burocratico costituisce una concausa dell'ineffettività di molte tra le disposizioni normative dedicate all'integrazione sociosanitaria»<sup>85</sup>.

Sono indicazioni che mettono a fuoco gli elementi nevralgici della questione. La rilevanza dell'integrazione di interventi sociali e sanitari, nella accezione di salute con cui si è aperta questa riflessione, non è disgiungibile (né teoricamente, né praticamente) da un rilanciato ruolo degli enti locali nei servizi. Solo in questo modo agli obiettivi specificamente sanitari<sup>86</sup> possono corrispondere più larghi obiettivi di salute.

#### 4. Prospettive e problematiche attuative

La Casa della Comunità è un servizio da attivare su tutto il territorio nazionale, tenendo però conto delle specificità di ciascuna realtà locale, nel rispetto dell'autonomia regionale in materia di organizzazione sanitaria e dell'autonomia locale per i servizi alla persona. Alcune Regioni innestano le Case della Comunità sulle preesistenti Case della salute; per altre si tratta invece di avviare una trasformazione più penetrante, alla ricerca di un'integrazione efficace, fisica e non solo funzionale, tra servizi sociali e sanitari. La legislazione statale può limitarsi a definire un quadro di principi o, in prospettiva, qualificare le Case della Comunità tra i livelli essenziali, declinandoli in senso organizzativo, oltre che terapeutico. L'Ospedale di comunità è già stato definito come un livello essenziale

<sup>85</sup> R. BALDUZZI, *Il diritto alla salute*, cit., pp. 52-53.

<sup>86</sup> «Gli obiettivi principali che si possono raggiungere con la Casa della Comunità 4.0 sono essenzialmente: riduzione degli accessi impropri al Pronto soccorso; snellimento delle liste di attesa; sviluppo della medicina proattiva e di prossimità; ottimizzazione della cura e della gestione dei malati cronici; perseguimento della appropriatezza della cura; monitoraggio esteso della popolazione sana; potenziamento dell'utilizzo dei percorsi diagnostici assistenziali (PDT) di primo livello; incremento tecnologia primo livello negli studi medici. Da questi obiettivi derivano risultati importanti per la sostenibilità e la tenuta dell'intero SSN, nonché per l'efficienza e l'efficacia degli interventi: promozione del nuovo concetto di salute; prossimità e personalizzazione delle cure; continuità di cura; interdisciplinarietà degli attori coinvolti» (F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., pp. 20-21).

di assistenza territoriale<sup>87</sup>. Ciò potrà comportare una stabilizzazione del servizio, oltre la sperimentazione. Come hanno dimostrato le vicende ricordate, l'innesto sui sistemi regionali è una questione molto delicata e piuttosto trascurata. L'intervento dello Stato pare necessario anche al fine di garantire il ruolo degli enti locali – una loro possibile *funzione fondamentale*, ex art. 117.2, lett. p – che le Regioni non sempre hanno adeguatamente valorizzato nei sistemi sanitari.

Un'osservazione merita il riferimento ai termini evocativi, suggestivi, ma giuridicamente ambigui<sup>88</sup>, di «comunità» e di «casa». Non si può “spremere” troppo dalle mere qualificazioni e si può anzi avanzare qualche dubbio sull'utilizzo di parole simili, che colpiscono più per la loro forza suggestiva, che per il nitore di idee associate. Nasce legittimo il sospetto che siano usate proprio per il loro rilievo evocativo, che sembra alimentare una nostalgia di luoghi caldi e accoglienti, di fronte all'anomia della vita sociale<sup>89</sup>, e dunque attrarre consenso. Esse suggeriscono anche l'idea di una sottrazione dall'area del mercato. Questa qualificazione è funzionale a un obiettivo dichiarato del progetto, quello cioè di fare della struttura un punto di riferimento, facilmente riconoscibile dalla cittadinanza e a questa quasi familiare, come una “casa” appunto. Il termine «casa» forma con quello «comunità» un connubio di parole calde, che suggerisce l'immagine di un luogo fisico, riconoscibile, oltre la mera integrazione funzionale.

Conosce una rinnovata fortuna, anche nel lessico giuridico-istituzionale, il lemma, originariamente sociologico o urbanistico, di «comunità». Si pensi – solo per portare alcuni esempi - alle cooperative di comunità<sup>90</sup> o alle fondazioni di comunità<sup>91</sup>. Il Codice del terzo settore definisce il volontario come «una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune» (art. 17)<sup>92</sup>. Anche per il web

<sup>87</sup> Intesa, ai sensi dell'articolo 5, c. 17, del Patto per la salute 2014-2016, di cui all'Intesa del 10 luglio 2014 tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sui requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi dell'Ospedale di Comunità, art. 2 (Aspetti tariffari, inserimento nei LEA e standard).

<sup>88</sup> A rischio di retorica, come sottolinea I. CAVICCHI, *Pandemia e sindemia: equivoci e paradossi*, «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 2021, IV, pp. 18-19.

<sup>89</sup> M. AIME, *Comunità*, Il Mulino, Bologna 2019, p. 9.

<sup>90</sup> Si v., ad es., l'art. 5, comma 1, lettera b), della legge della Regione Umbria 2/2019 (Disciplina delle cooperative di comunità), su cui l'importante sent. 131/2020 della Corte costituzionale. In dottrina: V. MANZETTI, *Una declinazione del principio*, cit., p. 151 ss..

<sup>91</sup> Che rientrano tra gli enti filantropici di cui all'art. 37 del d.lgs. 117/2017, Codice del terzo settore.

<sup>92</sup> Si v. anche art. 63 del Codice.

ci si riferisce a *communities*<sup>93</sup>. Più prossimo al tema qui trattato, vi è l'Ospedale di comunità<sup>94</sup>, strettamente imparentato con le istituende Case di Comunità. Più complessivamente, si parla da molto tempo di *welfare community*<sup>95</sup>. Merita osservare che all'attuazione di un *welfare* comunitario è esplicitamente orientata la riforma del PNRR comprendente le Case di Comunità.

La stessa città è associata talora all'idea di comunità<sup>96</sup>: nel Testo Unico degli Enti Locali, all'art. 3, si legge che «le comunità locali, ordinate in comuni e province, sono autonome. Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo». La comunità è il sostrato personale di cui l'ente locale è esponente. La rinnovata accentuazione della dimensione comunitaria rimanda a un altro insegnamento della pandemia e cioè alla necessità del *networking* attorno alla tutela della salute<sup>97</sup>. E i sindaci sono un organo

<sup>93</sup> Un'altra di «quelle parole mutuare dal lessico delle scienze sociali, che però, una volta impigliatasi nella ragnatela del Web, come in altri casi, muta la natura» (M. AIME, *Comunità*, cit., p. 81).

<sup>94</sup> Si v. l'Intesa sancita il 20 febbraio 2020 in sede di Conferenza Stato-regioni, che definisce il «Presidio sanitario di assistenza primaria a degenza breve/Ospedale di Comunità» come «una struttura di ricovero breve che afferisce al livello essenziale di assistenza territoriale, rivolta a pazienti che, a seguito di un episodio di acuzie minori o per la riacutizzazione di patologie croniche, necessitano di interventi sanitari a bassa intensità clinica potenzialmente erogabili a domicilio, ma che vengono ricoverati in queste strutture per mancanza di idoneità del domicilio stesso (strutturale e/o familiare) e necessitano di assistenza/sorveglianza sanitaria infermieristica continuativa, anche notturna, non erogabile a domicilio». Esso «può avere una sede propria, essere collocato in strutture polifunzionali, presso presidi ospedalieri riconvertiti, presso strutture residenziali oppure essere situato in una struttura ospedaliera, ma è sempre riconducibile all'assistenza territoriale», e la gestione delle sue attività «è riconducibile all'organizzazione distrettuale e/o territoriale delle aziende sanitarie»; esso costituisce altresì «un setting ideale per promuovere una maggiore integrazione sia con la Comunità Locale (associazioni di volontariato) che con i Servizi Sociali».

<sup>95</sup> Si v., tra i giuspubblicisti, i lavori di E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Giappichelli, Torino 2003; e, recentemente, con riferimento anche al PNRR, D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, p. 258 ss. (in particolare 264-265).

<sup>96</sup> Ad es. M. AIME, *Comunità*, cit., p. 116; G.M. FLICK, *Elogio della città? Dal luogo delle paure alla comunità della gioia*, Paoline, Milano 2019, p. 112.

<sup>97</sup> *Sanità e territorio*, cit., p. 76: per «molti sindaci intervistati, l'emergenza Covid ha rinsaldato e allargato reti di relazioni: dal coinvolgimento del Terzo settore, al volontariato, ai rapporti con le altre istituzioni presenti sul territorio (primi tra tutti i Distretti e le Aziende sanitarie) e al livello nazionale. Ma non sono mancate relazioni anche con il settore industriale e dei servizi privati. Esperienze che hanno interessato sia i centri urbani, sia le aree interne che ne hanno tratto vantaggi e limitato il senso di abbandono. Esperienze che

ben posizionato per questo compito di tessitura di rete nelle - e tra le - comunità locali<sup>98</sup>.

E tuttavia, già nel PNRR e nel decreto-rilancio, la previsione di queste strutture di prossimità (e di comunità) è accostata a un forte investimento nella componente di digitalizzazione dei servizi. Tanto che si potrebbe concludere – non a torto – che la Casa della Comunità sia un’articolazione della *smart city*, con il rischio però, a quel punto, dell’evanescenza dell’elemento fisico<sup>99</sup>. La Casa della Comunità è espressione di un *Patient-Centered Care approach*<sup>100</sup>, che declina l’obiettivo di personalizzazione della cura alla luce anche della digitalizzazione delle prestazioni sanitarie<sup>101</sup>.

La digitalizzazione – insieme alla territorializzazione – dei servizi è funzione della domiciliarizzazione e del decongestionamento degli ospedali<sup>102</sup>. Tale correlazione vanta buone ragioni a suo sostegno, sia legate all’emergenza pandemica<sup>103</sup>, sia più strutturali, se si considerano la transizione demografica e il conseguente aumento delle cronicità, fattori che rendono «necessario rivedere i modelli organizzativi del Sistema Sanitario Nazionale in una direzione che (...) non potrà prescindere dall’innovazio-

vanno capitalizzate. È stata svolta una attività di networking costante che rappresenta un patrimonio da non disperdere al termine dell’emergenza, ma da tenere vivo per i prossimi progetti di ricostruzione».

<sup>98</sup> F. PIZZOLATO, *L’investitura popolare del sindaco come problema costituzionale: prima tappa della presidenzializzazione o elemento di un paradigma relazionale?*, «Lo Stato», 2020, XIV, pp. 148-151.

<sup>99</sup> F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 32: «dobbiamo però sottolineare come sia indispensabile concepire la Casa della comunità non solo come un luogo fisico ma come uno spazio organizzato virtualmente. L’idea che deve passare è quella di una struttura di strutture interrelate che abbia le caratteristiche di un sistema neuronale, le cui sinapsi sono costituite sia da persone fisiche – pazienti e operatori sanitari - che da apparati digitali e tecnologici. Se invece continuiamo a pensare che l’assistenza territoriale sia solo una “questione di edilizia”, allora qualsiasi iniziativa sarà destinata al fallimento».

<sup>100</sup> S.J. TANENBAUM, *What is Patient-Centered Care? A Typology of Models and Missions*, «Health Care Analysis», 2015, sep., pp. 272-287.

<sup>101</sup> G. ARCURI-M. ELEFANTI-R. DI BIDINO, *L’ospedale smart: realtà e sfide*, in *Smart city. L’evoluzione di un’idea*, a cura di G.F. Ferrari, Mimesis, Milano-Udine 2020, p. 397.

<sup>102</sup> F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 1: «L’innovazione digitale, grazie agli strumenti e alle tecnologie già oggi disponibili, può fare da traino per passare da modelli di assistenza “ospedalecentrici” a modelli integrati basati sulla persona, che consentano di lavorare maggiormente sulla prevenzione e sulla promozione della salute, affiancando costantemente il paziente, riducendo i fenomeni di acuzie e il numero di accessi ai Pronto Soccorso».

<sup>103</sup> M. CAMPAGNA, *Linee guida per la Telemedicina*, cit., p. 600.

ne tecnologica e digitale»<sup>104</sup>. La personalizzazione è dunque individualizzazione della cura, secondo la concezione pluralistica costituzionalmente orientata, ma anche nella direzione dell'informatizzazione del servizio. Questo non significa che digitalizzazione e territorializzazione debbano essere contrapposti, posto che, come si è detto, le Case della Comunità nascono dall'idea di combinare le due tendenze<sup>105</sup>.

Personalizzazione ed *empowerment* digitale dovrebbero poter procedere di pari passo<sup>106</sup>. Sembra però di poter dire che il pregio costituzionale di questa innovazione istituzionale debba tradursi in soluzioni che vadano oltre l'integrazione funzionale e la digitalizzazione. Tale pregio si sminuirebbe se, a valle del processo, ci si ritrovasse in presenza di ambulatori a forte integrazione tecnologica. Una possibilità, forse la più realistica, è infatti che le Case della Comunità siano depotenziate al livello di «un servizio assimilabile ad un concetto evoluto di ambulatorio specialistico polifunzionale in cui i principi di innovazione terapeutica e digitale possano disegnare nuovi percorsi di prevenzione, diagnosi e cura, con un miglioramento organizzativo nei territori e perseguendo contemporaneamente la sostenibilità del sistema sanitario pubblico»<sup>107</sup>.

Proprio per scongiurare questa declinazione rinunciataria, nel dibattito pubblico è stato posto il tema cruciale del rapporto tra Casa della Co-

<sup>104</sup> F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 4; territorio e tecnologie sono strettamente connesse: «il SSN deve necessariamente trasformarsi, abbandonando, per quanto possibile, il concetto dell'ospedale come luogo di cura per antonomasia e sostituendolo con il concetto di assistenza sanitaria "a domicilio" attraverso le tecnologie» (*ibidem*, p. 13); approccio simile in G. ARCURI-M. ELEFANTI-R. DI BIDINO, *L'ospedale smart*, cit., pp. 393-395; L. BUSATTA, *Partecipazione, inclusione*, cit., p. 602 ss..

<sup>105</sup> Ambedue gli obiettivi sono presenti nella missione 6 del PNRR. Cfr. anche E. ROSSI, *Le "Case della comunità"*, cit., p. 366; L. BUSATTA, *Partecipazione, inclusione*, cit., p. 612 ss.; F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 20: «L'idea è quella di attivare un luogo fisico, e contemporaneamente anche virtuale, in cui il cittadino paziente non solo può usufruire delle prestazioni del medico di medicina generale, degli specialisti ambulatoriali - compresi gli odontoiatri - e dell'assistenza infermieristica (come da riforma Balduzzi e successivi Patti della Salute), ma contestualmente può beneficiare della disponibilità di nuovi strumenti, nuove applicazioni, effettuare esami innovativi, entrare automaticamente in un percorso di screening, ottenere farmaci di ultima generazione».

<sup>106</sup> Le questioni sono bene collegate da M. TOMASI, *Il volto umano*, cit., p. 529: «l'integrazione dei servizi della medicina digitale nel quadro organizzativo e gestionale delle *smart cities* può contribuire a una funzione di centralizzazione della persona. Questa incontra una doppia declinazione, riguardando, da un lato, la personalizzazione dei servizi e, dall'altro, della realizzazione dell'*empowerment* della persona, termine di difficile traduzione, con il quale si può fare riferimento a un processo virtuoso di crescita ed evoluzione individuale e sociale»; e p. 538.

<sup>107</sup> F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 2.

munità e medici di medicina generale. Questo rapporto è indubbiamente un nervo scoperto del progetto, così come lo è stato in precedenza per le Case della Salute<sup>108</sup>. Ecco perché si è ammonito che «la casa della Comunità non è (non dovrebbe essere) un poliambulatorio cioè una casa della Sanità ma una casa della Salute - intesa come benessere individuale e collettivo - dove la comunità è protagonista, insieme alle Istituzioni (Enti Locali, Scuola, Lavoro, Ambiente, Asl), al terzo settore no profit e al volontariato, in un comune disegno condiviso che denominiamo “Progetto di Salute” per quel territorio e per quella comunità. Quindi un luogo dove le persone e le comunità non sono ospiti o, peggio ancora, clienti»<sup>109</sup>. In uno spirito orientato in senso personalistico e costituzionale, si sottolinea l’obiettivo di una Casa *della* comunità, non già *per la* comunità<sup>110</sup>: ciò significa valorizzare la prossimità, più della mera domiciliarità.

Il conseguimento di questo risultato non sembra ottenibile se, contestualmente, non si prende in carico il versante dell’integrazione tra territorio ed ospedale. Il *trait-d’union* potrebbe essere nuovamente offerto dalla telemedicina che è la preconditione tecnologica per la costituzione di quelle che il d.m. 70 del 2015<sup>111</sup> (punto n. 8 dell’allegato 1) definisce *reti per patologia*, che, nel contesto dell’assistenza ospedaliera, integrano prestazioni rese per acuti e post acuti con l’attività dei servizi territoriali. Tali reti, che dovrebbero essere aperte alle associazioni dei pazienti e al terzo settore, sono rese possibili dall’infrastruttura digitale e mirano alla definizione di percorsi di cura<sup>112</sup>. Anche su questo piano, la città avrebbe una funzione importante da svolgere, volta a contribuire a togliere l’ospedale dall’isolamento assistenziale in cui spesso si trova<sup>113</sup>.

Un ruolo centrale, importante e costitutivo nella tessitura delle reti è svolto dal distretto, centro focale dell’integrazione socio-sanitaria. L’introduzione delle Case di Comunità deve pertanto accompagnarsi – per produrre le trasformazioni sperate - a una più complessiva riforma organizzativa della sanità che dia centralità a questa strategica articolazio-

<sup>108</sup> Dura è stata a riguardo la posizione della FIMMG ([www.quotidianosanita.it/allegati/allegato5796858.pdf](http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato5796858.pdf)).

<sup>109</sup> G. SESSA-V. COLMEGNA, *La Casa della Comunità non è un ambulatorio ma un nuovo modo di promuovere la salute*, «quotidianosanità.it», 7.5.2021.

<sup>110</sup> I. CAVICCHI, *Pandemia e sindemia*, cit., p. 19.

<sup>111</sup> Decreto del Ministro della Salute 2 aprile 2015, n. 70, *Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all’assistenza ospedaliera*.

<sup>112</sup> M. CAMPAGNA, *Linee guida per la Telemedicina*, cit., pp. 612-613.

<sup>113</sup> Devo questo spunto a un confronto con Maurizio Campagna.

ne. A questa centralità si aggancia infatti un valorizzato ruolo degli enti locali che non ha finora trovato nelle Conferenze dei Sindaci una sede soddisfacente.

Anche attraverso le Case di Comunità, l'obiettivo – ancorché lontano – che dovrebbe muovere gli sforzi e orientare le risorse attivate è quello di fare della cura della salute uno dei luoghi della democrazia<sup>1</sup>, e cioè un presidio auto-riflessivo e partecipato della comunità che, con l'alleanza tra società e istituzioni, a partire da quelle più prossime al cittadino, mette al centro della sua sollecitudine il paziente e le sue fragilità.

<sup>1</sup> Secondo l'idea di una democrazia come forma di vita: J. DEWEY, *Democrazia e educazione*, trad. it., Sansoni, Milano 2004, p. 95; F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Carocci, Roma 2019, p. 89.

**Esame comparato della giurisprudenza  
costituzionale continentale (in particolare,  
francese, tedesca e spagnola) e sua valenza  
suppletiva, ai fini d'una più nitida enucleazione del  
limite massimo (nazionale)  
all'imposizione tributaria\***

*Marcello Poggioli*

*Professore associato di Diritto tributario*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sul tema dell'indagine e sulla "circolarità" delle riflessioni che seguono. 2. Il principio costituzionale della capacità contributiva e l'irriducibile iato interpretativo che su di esso insiste, tra tesi garantiste e tesi svalutative (cenni). 3. La proiezione del problema del "limite massimo" dell'imposizione tributaria nel prisma di una selettiva comparazione. 4. La giurisprudenza costituzionale francese e l'ivi affermata esistenza di un limite massimo alla espansione del prelievo fiscale. In particolare: la sentenza n. 662/2012 del *Conseil Constitutionnel*. 4.1. La costruzione del giudizio di eccessività del prelievo come misurazione "redditocentrica". 4.2. La riconosciuta possibilità per il Giudice delle leggi sia di rilevare, in sede di giudizio di costituzionalità, l'esito confiscatorio generato dalla sovrapposizione di più tributi, sia di espunge-

\* Il presente contributo ripercorre contenuti e sviluppo logico dell'intervento programmato tenuto dall'Autore in occasione del convegno scientifico internazionale "*Il limite massimo all'imposizione tributaria nell'esperienza italiana ed europea*", organizzato presso l'Università degli studi di Bergamo nei giorni 15 e 16 aprile 2016 (organizzazione scientifica Prof. G. Bizzioli, con la partecipazione, tra gli altri, dei Professori F. Gallo, C. Sacchetto, F. Tesauro, L. Del Federico, A. Giovannini). Pur a fronte del tempo inevitabilmente trascorso, reputa sommessamente chi scrive che, delle riflessioni in quella sede elaborate, siano rimaste intatte l'attualità e la rilevanza per gli studiosi della materia. In quest'ottica, trova la propria ragion d'essere il presente contributo, che – come anticipato – ripercorre e ripropone, nella sostanza, i contenuti di allora, aggiornati all'attuale stato della letteratura scientifica ed integrati col corredo di note ed approfondimenti.



re dal sistema normativo, nel medesimo frangente, una disposizione sostanziale diversa da (ma appartenente al medesimo contesto applicativo di) quella sottoposta a vaglio. 4.3. Il cd. “*plafonnement*” come valvola di autolimitazione della pressione fiscale reddituale e patrimoniale sul singolo contribuente. 5. Il contributo ricostruttivo offerto dalla Corte costituzionale tedesca. 5.1. L’iniziale enucleazione del principio cd. “della divisione a metà” e la prefigurazione di un limite massimo dell’imposizione numericamente cristallizzabile nell’ammontare corrispondente al 50 per cento del reddito del contribuente. 5.2. Il più recente approdo all’idea di un limite massimo bensì dinamicamente inteso, ma comunque imperniato sulla tutela dell’adeguata riconoscibilità del successo economico-reddituale dell’individuo. 6. La (non folta) giurisprudenza costituzionale spagnola sul tema. 7. Considerazioni conclusive.

## **1. Considerazioni preliminari sul tema dell’indagine e sulla “circolarità” delle riflessioni che seguono**

L’intenzione coltivata col presente scritto è quella di focalizzare l’attenzione su talune, ben individuate esperienze della giurisprudenza costituzionale continentale (in particolare, riferibili a Francia, Germania e Spagna), al fine d’attingervi suggerimenti e spunti ermeneutici utili a render più evidenti l’esistenza e lo spessore, nella nostra Carta fondamentale (ed ivi, in particolare, nell’art. 53, comma 1, laddove è racchiuso il fondamentale principio della capacità contributiva), di un limite massimo all’imposizione tributaria individuale<sup>1</sup>.

La linea logica dell’approfondimento prefigurato riprende e sviluppa l’impostazione già tracciata, anni fa e proprio indagando sull’analogo tema (de “*I limiti costituzionali della pressione tributaria*”), dal Prof. Klaus Tipke, in un suo scritto “italiano” del 2000<sup>2</sup>, allorquando formulò la felice intuizione secondo cui – per l’esattezza – <<*proprio quando l’interpreta-*

<sup>1</sup> Va per correttezza chiarito, già *in limine*, che l’attenzione sarà qui di seguito concentrata sul limite (massimo) superiore del prelievo fiscale, senza viceversa indugiare sul tema del cd. “minimo vitale”. Sulla differente base di configurazione, a livello astratto, del limite di intassabilità inferiore (il cd. “minimo vitale”, per l’appunto) e del limite superiore alla espansione individuale del prelievo, sia concesso di rinviare a M. POGGIOLI, *Indicatori di forza economica e prelievo confiscatorio*, Cedam, Padova, 2012, p. 58 ss. Sul punto, v. diffusamente anche, tra gli altri, G. BERGONZINI, *I limiti costituzionali quantitativi al prelievo fiscale*, Jovene, Napoli, 2011, p. 42 ss.

<sup>2</sup> K. TIPKE, *I limiti costituzionali della pressione tributaria*, «Rivista di diritto tributario», 2000, VII-VIII, p. 769.

*zione di una Costituzione di uno Stato di diritto dà origine a dubbi, dovrebbero essere consultati anche i testi di altre Costituzioni di Stati di diritto>>.*

A codesto suggerimento metodologico cercherò di dar seguito, qui in appresso, con la precisazione che – fedele all’iniziale proposizione d’intenti – richiamerò solo assai rapidamente i <<testi di altre Costituzioni>>, concentrandomi per lo più sulle interpretazioni di essi (testi) fornite dai corrispondenti giudici costituzionali, nell’esercizio delle rispettive prerogative istituzionali.

Da ciò si trae la logica “circolare” cui le presenti riflessioni aspirano a conformarsi, muovendo inizialmente dall’art. 53, comma 1 Cost. e dai dubbi che sul relativo significato si addensano, per poi a tale disposizione conclusivamente ritornare, nell’ottica – si badi – di verificare se le esperienze interpretative maturate presso gli altri ordinamenti giuridici indagati forniscano indicazioni di principio innestabili e capaci di vivificare anche nel nostro contesto nazionale.

Del resto, se esiste una ancor più evidente necessità di allargamento degli orizzonti dell’analisi e di coinvolgimento degli strumenti della comparazione giuridica<sup>3</sup>, ciò accade proprio perché, sulla questione in esame, è andato emergendo e radicalizzandosi, “a monte”, un evidente conflitto interpretativo in ambito domestico.

Deve dunque ricordarsi, alla stregua di vero e proprio *incipit* delle considerazioni che seguono, che esiste, allo stato attuale, una situazione d’incertezza quanto all’ermeneusi dell’art. 53, comma 1 Cost., in particolare modo - come subito cercheremo di sintetizzare - circa l’idoneità di tale disposizione (unitamente alla trama dei valori costituzionali protettivi della cd. “economia di mercato”)<sup>4</sup> a fissare un limite superiore all’espansione del prelievo fiscale.

<sup>3</sup> Sui modelli e metodi del diritto tributario comparato, nonché sulle funzioni conoscitive suo tramite realizzate, v. tra gli altri, nella letteratura scientifica nazionale, *Introduction to comparative tax law*, a cura di C. Sacchetto, M. Barassi, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2008; M. BARASSI, voce “*Comparazione (Dir.trib.)*”, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 1070 ss.; ID., *Comparazione giuridica e studio del diritto tributario straniero*, in *Diritto tributario internazionale*, a cura di V. Uckmar, Cedam, Padova, 2005, 1499 ss.; ID., *La circolazione dei modelli tributari e la comparazione*, in *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, a cura di C. Sacchetto, Giappichelli, Torino, 2016, p. 45 ss. Tra gli autori stranieri, segnaliamo, tra gli altri, V. THURONYI-K. BROOKS-B. KOLOZS, *Comparative Tax Law*, Wolters Kluwer, The Hague, 2016, ove ulteriori richiami di dottrina.

<sup>4</sup> In merito all’ideale “saldatura” sistematica tra il principio della capacità contributiva e i diritti relativi alla libertà di iniziativa economica (di cui all’art. 41 Cost.) e alla proprietà privata (di cui all’art. 42 Cost.), nell’ottica della enucleazione di un arginamento all’espansione

## 2. Il principio costituzionale della capacità contributiva e l'irriducibile iato interpretativo che su di esso insiste, tra tesi garantiste e tesi svalutative (cenni)

L'art. 53 cit. presenta notoriamente una struttura speculare, nel senso che, da un lato, esprime la doverosità della contribuzione (*"Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche..."*); dall'altro, appresta simmetricamente un presidio di garanzia individuale rispetto al prelievo (*"...in ragione della loro capacità contributiva"*), affinché ciascuno sia chiamato a concorrere, ma sempre e comunque in misura rapportabile alla singolare idoneità alla sopportazione del carico.

Ricalca e riecheggia, in questa corrispondenza concettualmente chiasmica<sup>5</sup>, la medesima struttura "a doppia tavola" dell'art. 2 Cost., ladove emerge chiarissimo che <<*La Repubblica garantisce e riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità*>>, così come, in ugual modo, <<*richiede l'adempiimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*>><sup>6</sup>.

La sovrapponibilità degli schemi ci pare lampante: nell'art. 53, comma 1, viene dapprima espresso un "dovere inderogabile" di contribuzione; dipoi, è contrapposto ad esso, alla stregua di necessario contrappeso,

sione eccessiva del prelievo fiscale sul singolo contribuente, sia consentito di rimandare, per speditezza, a M. POGGIOLI, *Indicatori di forza economica*, cit., p. 73 ss. e ai richiami bibliografici ivi effettuati.

<sup>5</sup> Per un'interessante "divagazione" circa le geometrie e le figure retoriche rintracciabili nel testo della Costituzione della Repubblica, si rimanda a B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Giulio Einaudi editore, Torino, 2001, p. 78 ss.

<sup>6</sup> Importantissime considerazioni sul profilo della "doppia tavola" richiamata nel testo e, conseguentemente, della centralità della "persona" in tale contesto, sono formulate, ad esempio, da G. FALSITTA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario breve alle leggi tributarie*, Tomo I, *Diritto costituzionale tributario e Statuto dei diritti del contribuente*, a cura di G. Falsitta, Cedam, Padova, 2011, p. 3 ss.: ID., *I principi di capacità contributiva e di eguaglianza tributaria nel diritto comunitario e nel diritto italiano tra "ragioni del fisco" e diritti fondamentali della persona*, «Rivista di diritto tributario», 2011, V, p. 519 ss.; nonché da F. MOSCHETTI, "Interesse fiscale" e "ragioni del Fisco" nel prisma della capacità contributiva, in *Atti della giornata di studi in onore di Gaspare Falsitta*, a cura di M. Beghin, F. Moschetti, R. Schiavolin, L. Tosi, G. Zizzo, Cedam, Padova, 2012, p. 157 ss. Sul tema, con precipua valorizzazione dei profili inderogabili della "doverosità", si veda anche recentemente, L. ANTONINI, *La solidarietà e il dovere tributario: tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo*, «Federalismi.it», XXX, 2022, p. 28 ss.

un “diritto inviolabile” alla giusta imposizione, ovverosia alla imposizione rispettosa della “capacità contributiva” individualmente espressa.

Orbene, è proprio sulla declinazione della latitudine e della profondità di codesto diritto (e della garanzia suo tramite espressa) che sembrano annidarsi le dubbiosità che ci riguardano.

Ci si domanda, in particolare: il principio di capacità contributiva esprime un limite massimo alla imposizione tributaria?

In caso affermativo, come si attegga tale limite? Come lo si misura?

Non serve che s’indugi oltre, sugli interrogativi in questione essendosi sviluppata oramai da tempo, rispetto ad essi, una copiosa riflessione scientifica<sup>7</sup>.

Né tantomeno sembra corretto, in questa sede, riprodurre partitamente le assai articolate diversità che caratterizzano il pensiero dei più importanti studiosi nazionali che si sono cimentati con il problema e rammentare la scarsa (se non addirittura nulla) giurisprudenza costituzionale italiana sul versante che ci occupa<sup>8</sup>.

Solo conviene rammentare, in massima sintesi, come l’ampio ventaglio delle opinioni che si fronteggiano in materia possa descrittiva-

<sup>7</sup> È praticamente impossibile rammentare i molti ed importanti contributi presenti, nella letteratura scientifica nazionale, sul classico (ma sempre strutturale) tema degli arginamenti costituzionali alla espansione quantitativa del prelievo fiscale (e sulla connotazione “confiscatoria”, se non addirittura “espropriativa”, dell’imposizione che ecceda tali limitazioni). Per semplicità, si v., per tutti, G. FALSITTA, *L’imposta confiscatoria*, «Rivista di diritto tributario», 2008, II, p. 89 ss. ora (unitamente ad altri scritti sul medesimo argomento) anche in *Id.*, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 217 ss. Ci sia consentito, altresì, richiamare, quali lavori monografici pubblicati negli ultimi anni sul tema, D. STEVANATO, *La giustificazione sociale dell’imposta*, Il Mulino, Bologna, 2014; G. BERGONZINI, *I limiti costituzionali*, cit.; nonché, per l’appunto, M. POGGIOLI, *Indicatori di forza economica*, cit.,. Sul principio della capacità contributiva e sulla rilevanza di questo, nell’ottica della costruzione del limite dianzi indicato, v. ancora recentemente G. FALSITTA, *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la costituzione repubblicana*, Giuffrè Editore, Milano, 2014; L. SALVINI, G. MELIS (a cura di), *L’evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Cedam, Padova, 2014; *La nozione della capacità contributiva ed un essenziale confronto di idee*, a cura di G. Gaffuri, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

<sup>8</sup> Trattasi di giurisprudenza non solo numericamente scarsa, ma pure univocamente coagulata intorno alla dichiarata intangibilità della discrezionalità legislativa nella fissazione quantitativa del prelievo. Con perspicacia, parla al riguardo di “*interpretatio abrogans*”. F. MOSCHETTI, *Profili generali*, in *La capacità contributiva*, a cura di F. Moschetti, Cedam, Padova, 1993, p. 3 ss. e spec. p. 10. Per una rassegna della (in base a quanto detto, scarsa e rinunciataria) giurisprudenza costituzionale nazionale, v. ancora G. BERGONZINI, *I limiti costituzionali quantitativi al prelievo fiscale*, Jovene, Napoli, 2011, p. 42 ss.; POGGIOLI M., *Indicatori di forza economica e prelievo confiscatorio*, Cedam, Padova, 2012, p. 120 ss.

mente coagularsi, per comodità di rappresentazione, intorno a due (per l'appunto, confliggenti ed irriducibili) “estremi” o “polarità” di pensiero.

V'è così, innanzitutto, la teoria cosiddetta “garantista” e “dominante” (o “maggioritaria”, in quanto più largamente seguita in dottrina), imperniata su una valorizzazione della portata insuperabilmente garantistica e tutelante del principio della capacità contributiva, oltre che sulla centralità della logica personalistica nella strutturazione del prelievo<sup>9</sup>.

Capacità contributiva dovrebbe intendersi, nell'ottica di tale impostazione, alla stregua di idoneità alla sopportazione del carico fiscale, ovvero – e ancor più precisamente – idoneità al pagamento dell'obbligazione pecuniaria tributaria (secondo un significato linguisticamente aderente all'equivalente testuale anglosassone di “*ability to pay*”).

La qual cosa imporrebbe alla discrezionalità del legislatore tributario un insuperabile vincolo nella selezione dei presupposti impositivi, questi ultimi dovendo necessariamente coincidere, in tale prospettiva, con fatti economici espressivi – in via immediata o indiretta – di una disponibilità di mezzi monetari (o agevolmente monetizzabili) presso il contribuente, in misura sufficiente all'assolvimento dell'obbligo tributario. Ciò sulla base dell'ovvia premessa – ribadiamo – che l'obbligazione tributaria ha carattere pecuniario e che la disponibilità monetaria rappresenta il più coerente e pregnante indicatore dell'idoneità del singolo al sostenimento dell'obbligazione tributaria<sup>10</sup>.

In assetto di totale contrapposizione a quella testé descritta, si colloca, invece, la teoria cd. “svalutativa”, o “nichilista”.

<sup>9</sup> Nella corrente “garantista” di maggioranza (come sottolinea G. FALSITTA, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, «Rivista di diritto tributario», 2004, VII-VIII p. 893, nota 4), rientrano, tra gli altri, oltre allo stesso G. Falsitta, F. Moschetti, I. Manzoni, F. Gaffuri, E. De Mita, N. D'Amati, G. Marongiu, F. Batistoni Ferrara, R. Schiavolin, A. Fantozzi e G. Tinelli.

<sup>10</sup> Sui connotati di siffatto requisito, comunemente noto come [requisito] della “spendibilità del presupposto”, rammentiamo i contributi scientifici, tra gli altri, di E. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Giuffrè Editore, Milano, 1961, p. 434 ss.; I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1965, p. 123 ss.; F. GAFFURI, *L'attitudine alla contribuzione*, Giuffrè Editore, Milano, 1969, p. 35 ss.; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Cedam, Padova, 1973, p. 21 ss.; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, UTET, Torino, 2015, pp. 66-69; F. BATISTONI FERRARA, voce “Capacità contributiva”, «Enciclopedia del diritto, aggiornamento», Giuffrè Editore, Milano, III, 1999, p. 352 ss.; G. MARONGIU, *La crisi del principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale dell'ultimo decennio*, «Diritto e pratica tributaria», 1999, VI, p. 1773 ss.; E. DE MITA, *Politica e diritto dei tributi in Italia*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, pp. 200-202; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 54 ss.; G. TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario*, Cedam, Padova, 2023, p. 34 ss.

Quest'ultima, invero, degrada ed appiattisce il principio della capacità contributiva in una mera proiezione del principio di uguaglianza, conseguentemente giungendo ad individuare nel divieto d'irragionevolezza l'unica limitazione capace d'opporci all'espansione quantitativa dell'imposta<sup>11</sup>.

Presupposto impositivo può essere – secondo quest'ultima prospettazione – qualsiasi circostanza misurabile secondo una logica economica, o addirittura, nella sua più completa estremizzazione, qualsiasi posizione di vantaggio (o “capacitazione”) detenuta dal singolo contribuente<sup>12</sup>.

In questo senso, l'espressione “pienezza dei poteri distributivi” appare totalmente rappresentativa di una recessività della posizione singolare del contribuente, a scapito della esigenza di finanziamento della spesa pubblica. Allude, coerentemente, alla discrezionalità piena del legislatore tributario, il quale – secondo tale impostazione – ben potrebbe modellare il sistema impositivo in modo da ripartire e “scaricare” meccanicamente sulla platea dei contribuenti l'intera entità della spesa pubblica, che si assume alla stregua di elemento prefissato ed intangibile.

La qual cosa si traduce, a tutta evidenza, nella tollerabile presenza di imposte che, ancorché calibrate concordemente ad un oggettivo criterio economico, potrebbero legittimamente approdare ad esiti confiscatori od espropriativi in relazione alle disponibilità economiche del singolo contribuente.

<sup>11</sup> Quanto alle teorie “minoritarie” e “negazioniste” richiamate nel testo, può dirsi, in breve, che esse possono per comodità radunarsi anche sotto la comune denominazione di impostazioni “neo-svalutative”, giacché tutte rinverdiscono, spartendo i contenuti essenziali di tale operazione, una riduttiva e depotenziante lettura dell'art. 53 Cost., che trova il proprio, presunto iniziatore in A.D. Giannini. Rammenta al riguardo G. Falsitta (cfr. *Id.*, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, cit., 889 ss. e spec., nota 1) di come, all'alba dell'entrata in vigore della Carta, Giannini sostenesse (con ciò reiterando una tesi formalizzata ben prima della approvazione della Costituzione repubblicana) che il legislatore ordinario gode di un ambito di forte discrezionalità nella selezione dei presupposti, tale da consentirgli di elevare a fatto-indice anche situazioni non economicamente rilevanti. Avrebbero dipoi aderito a tale linea di pensiero “misonista”, secondo il medesimo G. Falsitta, altri autorevoli studiosi, tra cui egli richiama – segnatamente – A. Berliri, G. Ingrosso, A. Fedele, P. Boria e F. Gallo.

<sup>12</sup> Il riferimento è, qui come nelle precedenti qualificazioni terminologiche, all'impostazione accolta in F. GALLO, *Le ragioni del Fisco*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 84, laddove il chiaro Autore pone preciso riferimento alle elaborazioni teoriche di A. Sen in punto di “capacità differenziate” dei singoli soggetti.

### 3. La proiezione del problema del “limite massimo” dell'imposizione tributaria nel prisma di una selettiva comparazione

L'interrogativo circa l'esistenza di un “limite massimo” all'imposizione tributaria individuale è consustanziale all'architettura complessiva di ogni sistema impositivo<sup>13</sup> ed offre, di conseguenza, un ideale terreno di confronto per lo sviluppo di approfondimenti di stampo comparatistico<sup>14</sup>.

È vero, peraltro, che, ai fini di una rigorosa comparazione, dovrebbe procedersi, unitamente all'esame delle pronunce rese da giudici costituzionali appartenenti ad altri ordinamenti nazionali, anche ad un accurato ed analitico esame della tavola assiologica su cui ciascuna giurisprudenza nazionale asside e vivifica, onde verificarne gli scarti ed i

<sup>13</sup> L'orizzontale pervasività di tale questione, comune alla generalità dei sistemi tributari nazionali, è rilevata in maniera nitidissima, per tutti, da G. FALSITTA, *L'imposta confiscatoria*, cit., p. 217 ss. e spec. pp. 254-273.

<sup>14</sup> Segnaliamo qui come il tema del divieto costituzionale di tassazione confiscatoria sia stato oggetto di un importante studio comparatistico nel 1990, in occasione del XIII<sup>o</sup> Congresso Internazionale di Diritto comparato, tenutosi in quell'anno in Montreal (Canada). Tra i vari temi sottoposti all'esame della comunità scientifica in quel simposio, invero, figurava quello della “*Tutela legale e costituzionale nei confronti dell'imposizione confiscatoria*” (lett. “*Constitutional and legal protection against confiscatory taxation*”). Le relazioni presentate dai vari esperti nazionali non ci risultano raccolte in un'unica pubblicazione. Alcune di esse, confluite in riviste scientifiche o pubblicazioni collettanee, sono state da noi rintracciate, al fine di sottoporle all'attenzione del Lettore. Si tratta delle seguenti: V. UCKMAR, *Constitutional and legal protection against confiscatory taxation*, in *Rapports Nationaux Italiens au XIII<sup>e</sup> Congrès International de Droit Comparé*, Milano, 1990, pp. 539-544; BREWER, A.R. CARIAS, *Les protections constitutionnelles et legales contre les impositions confiscatoires*, in *Etudes de Droit public comparé*, a cura di Brewer, A. R. Carias, Bruylant, Bruxelles, 2001; J. J. DARBY, *Confiscatory taxation*, «*The American Journal of Comparative Law*», 1990, Supplement I, pp. 545-555.; P. M. GAUDEMET, *Les protections constitutionnelles ed légales contre les impositions confiscatoires*, «*Revue Internationale de droit comparé*», 1990, II, pp. 805-813; B. W. HARVEY, *Constitutional and legal protection against confiscatory tax – the Uk position*, «*Holdsworth Law Review*», 1988, II, p. 146 ss. Ulteriori, importanti contributi sul fronte della comparazione, ancorché non relativi al congresso citato, sono rintracciabili in M. BOURGEOIS, *Constitutional framework of the different types of income*, in *The concept of tax : Atti del congresso della European Association of Tax Law Professors tenuto in Napoli il 27-29 maggio 2005*, a cura di B. Peeters, IBFD, Amsterdam, 2005, p. 79 ss.; N. MATSSON, *Taxes and confiscation, Some remarks on the constitutionality of Swedish Tax Laws*, «*Scandinavian Law Review*», 1988, II, pp. 171-196. A livello nazionale, segnaliamo ancora l'assai autorevole indagine storica e comparatistica sul piano dell'imposizione confiscatoria svolta da G. FALSITTA, *L'imposta confiscatoria*, cit., p. 217 ss. Più recentemente, v. M. BARASSI, *La capacità contributiva in una prospettiva comparatistica*, in *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, a cura di L. Salvini, G. Melis, Cedam, Padova, 2014, p. 173 ss.

disallineamenti rispetto all'architettura della Costituzione della Repubblica.

Una tale profondità d'analisi non è tuttavia praticabile, in questa sede, richiedendo ben altri tempi e spazi.

Ciò non ci impedisce, in ogni caso, di dar corso comunque ad una qualche, ragionevolmente significativa comparazione.

Si tratta, segnatamente di concentrare l'attenzione non già su un panorama totalmente indeterminato, ma, in modo consapevolmente selettivo, su contesti nazionali identificabili come particolarmente prossimi (ed omologabili) rispetto al nostro, ovverosia a Francia, Germania e Spagna.

A tanto ci apprestiamo, non solo per ragioni di opportunità e di comodità espositiva (già essendoci *aliunde* occupati di un'analoga indagine)<sup>15</sup>.

Ma pure perché convinti, in ogni caso, che anche un'analisi così ristretta quanto alla base di raffronto possa comunque risultare significativa e foriera di spunti argomentativi e suggerimenti ermeneutici.

Invero, vanno adeguatamente valorizzate quelle comunanze di radici storiche e di contesto europeo di riferimento che consentono di mantenere – per il tema che ci occupa – l'assetto costituzionale tedesco, francese e spagnolo (pur con vari distinguo cui accenneremo) su un piano di stretta contiguità a quello italiano, con ciò facendo quanto meno intravedere in quali termini lo scrutinio dei primi possa apparire fecondo e produttivo anche ai fini del secondo.

È indiscutibile, innanzitutto, che la comune appartenenza all'esperienza costituzionale europea garantisca una minima cifra di omogeneità<sup>16</sup>. A ciò s'aggiunge, in chiave questa volta retrospettica, che i diversi

<sup>15</sup> Cfr. M. POGGIOLI, *Indicatori di forza economica*, cit., p. 145 ss.; ID., *Ancora qualche annotazione sulla sentenza n. 662/2012 del "Conseil Constitutionnel" e sull'insostenibile "graveur" dell'imposta confiscatoria*, « Rivista di diritto tributario », 2013, VI, p. 171 ss.; ID., *L'imposizione confiscatoria, tra valutazione astratta e misurazione concreta: alcune riflessioni in prospettiva dialogica*, « Rivista di diritto tributario », 2014, II, p. 193 ss.

<sup>16</sup> Il pensiero corre immediatamente all'art. 6 del Trattato UE nella nuova formulazione *post* Lisbona, laddove valorizza l'esistenza di una comune radice costituzionale degli Stati membri riconoscendo, nel terzo comma, che "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Rammentiamo, al riguardo, come, a giudizio della più autorevole dottrina, non difettino ragioni che fanno concludere per la sussunzione anche dei principi di eguaglianza e di capacità contributiva (eppertanto, loro tramite, anche dei limiti al prelievo "intrinseci" alla giustizia fiscale) nel novero dei principi generali



assetti costituzionali disvelano, con inevitabili, ma non decisive differenze, una radice genetica condivisa, innestandosi sul denso e comune sottofondo continentale delle tradizioni culturali giusnaturalistiche ed illuministiche.

Basti pensare, per convincersene in modo decisivo, alla formalizzazione del principio di capacità contributiva avvenuta con l'art. 53 Cost.

Quest'ultima riprende il testimone e l'eredità storica dell'omologa disposizione Albertina che impegnava *"tutti i regnicoli"* a contribuire indistintamente, *"nella proporzione dei loro averi"*, ai carichi dello Stato; la quale (disposizione albertina) a sua volta, affonda le proprie radici nell'art. 13 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, a mente del quale *"Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés"* (ovvero: *"per il mantenimento della forza pubblica e per le spese d'amministrazione una contribuzione comune è indispensabile. Essa deve essere egualmente ripartita tra tutti i cittadini in ragione dei loro averi"*)<sup>17</sup>.

del diritto dell'Unione europea, e dunque per una loro collocazione gerarchica rivestita dei tratti della *primauté* comunitaria. Alludiamo, al riguardo, alle profonde e convincenti argomentazioni proposte da G. FALSITTA, *I principi di capacità contributiva e di eguaglianza tributaria nel diritto comunitario e nel diritto italiano tra "ragioni del fisco" e diritti fondamentali della persona*, «Rivista di diritto tributario», 2011, V, p. 519 ss., ove è confutata e respinta, siccome superata, la tesi che, nel rapporto tra ordinamento interno e fonti comunitarie, sistematizzerebbe il principio di capacità contributiva alla stregua di un "controlimite" nazionale. In relazione alla teoria dei "controlimiti" e alla sua incidenza sul campo del diritto tributario, si veda per tutti F. GALLO, *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, «Rassegna tributaria», 2006, II, p. 410 ss.; ID., *Ordinamento comunitario, ordinamenti nazionali e principi fondamentali tributari*, «Diritto e pratica tributaria», VI, 2006, p. 1137 ss.

<sup>17</sup> Lumezziga con grande chiarezza la discendenza duplice, illuministica francese e giusnaturalistica anglosassone, del principio di capacità contributiva G. FALSITTA, *L'imposta confiscatoria*, cit., p. 217 ss. e spec. pp. 224-227; ID. *Le origini storiche dei principi di giustizia tributaria (uguaglianza e capacità contributiva) codificati negli artt. 24 e 25 dello Statuto Albertino*, «Neotera», 2012, I, p. 25 ss.; ID., *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la costituzione repubblicana*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 36 ss. L'A. reputa in termini più ampi che tutte le costituzioni di Stati europei dell'ottocento nascano da quel duplice tronco ideologico e culturale e per dimostrarlo richiama, in relazione all'art. 53 Cost., oltre al testo dell'art. 13 della Dichiarazione francese del 1789 (a cui egli fa corrispondere il primo, solenne ingresso del principio di capacità contributiva in un documento costituzionale dello Stato moderno), anche la prima delle quattro massime elaborate nel 1776 da Adam Smith nel trattato su *"La ricchezza delle nazioni"*, il cui

#### **4. La giurisprudenza costituzionale francese e l'ivi affermata esistenza di un limite massimo alla espansione del prelievo fiscale. In particolare: la sentenza n. 662/2012 del *Conseil Constitutionnel***

Diamo dunque avvio, con le precisazioni e i limiti anzidetti, all'esame della giurisprudenza costituzionale continentale *in subiecta materia*, partendo proprio dall'esperienza francese.

È a tale ambito nazionale che s'ascrive, del resto, quello che ci risulta essere il più recente tra i significativi (ai fini che interessano) pronunciamenti di un organo giurisdizionale europeo omologo della nostra Corte costituzionale.

Stiamo parlando, per la precisione, della sentenza 29 dicembre 2012, n. 662 del *Conseil Constitutionnel*<sup>18</sup>.

Il lungo sviluppo testuale della sentenza interseca – per la verità – una pluralità di temi strutturali del diritto tributario costituzionale.

Vi si affrontano, tanto per fare alcuni esempi, profili attinenti ai principi giuridici della uguaglianza, della tutela della famiglia, della certezza giuridica, della irretroattività delle disposizioni tributarie e della progressività del prelievo, di cui nulla diremo in appresso<sup>19</sup>, viceversa concen-

*incipit* è il seguente: “*I sudditi di ogni Stato dovrebbero contribuire a mantenere il governo nella misura più proporzionale possibile alle loro rispettive abilità*”.

<sup>18</sup> Consiglio costituzionale della Repubblica francese, decisione sul controllo di legittimità costituzionale (DC) 29 dicembre 2012, n. 662, pubblicata (nella versione integralmente tradotta) in «*Rivista di diritto tributario*», 2013, VI, p. 137 ss., con nota di M. POGGIOLI, *Ancora qualche annotazione sulla sentenza 662/2012 del Conseil Constitutionnel e sull'insostenibile graveur dell'imposta confiscatoria*. La medesima sentenza, peraltro, ha ricevuto varie annotazioni e commenti. Limitandoci, qui, ai lavori apparsi sulle riviste italiane, richiamiamo, tra gli altri, F. HERVOUET, *L'imposition à 75% entre ruptures de l'égalité devant les charges publiques et caractère confiscatoire*, in «*Giurisprudenza delle imposte*», 2013, II, p. 19 ss.; A. TURCHI, *Nota in tema di Francia e di contributo di solidarietà*, «*Giurisprudenza italiana*», 2013, IV, p. 972 ss.; nonché G. BERGONZINI, *I limiti massimi o confiscatori della imposizione reddituale e patrimoniale nella sentenza n. 2012/662 del 29 dicembre 2012 del Conseil constitutionnel e nelle pronunzie di altre Corti costituzionali*, «*Rivista di diritto tributario*», 2013, I, p. 3 ss.

<sup>19</sup> Va qui rammentato come la sentenza sopra richiamata sia stata resa dalla Corte francese in esito alla presentazione di “*saisine*” parlamentari e quindi in sede di valutazione della costituzionalità preventiva del *Projet de Loi de Finance pour 2013*. La “*saisine*” è invero un peculiare strumento di azionamento del giudizio di costituzionalità, introdotto nell'ordinamento francese con la *loi constitutionnelle* 74-904 del 29 ottobre 1974; suo tramite, sessanta deputati o sessanta senatori dell'opposizione hanno facoltà di sollevare ricorso di legittimità costituzionale presso il *Conseil Constitutionnel* contro una legge votata dal Parlamento. Le caratteristiche fondamentali dell'istituto sono tratteggiate, ad esempio, in

trando l'attenzione su quelle sole parti del dictum in cui è affrontato il tema del "limite massimo", che ci preme analizzare.

Ciò che dunque interessa, in quest'ottica, è come venga in tale sentenza affermata (ma meglio sarebbe dire, ribadita)<sup>20</sup> la pacifica rilevabilità, in sede di giudizio di costituzionalità, del superamento del limite di confiscatorietà del prelievo, sulla scorta del principio di eguaglianza tributaria e di capacità contributiva innervato nell'art. 13 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, tutt'oggi incorporata nella Costituzione francese, giusta il rimando materiale ad esso contenuto nel Preambolo alla Carta in vigore<sup>21</sup>.

G. CARCASSONNE, *La saisine parlementaire*, in *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti: atti del convegno internazionale in onore del Prof. Valerio Onida, organizzato dalla Fondazione Adriano Olivetti e dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Milano il 15 aprile 2005*, a cura di P. Pasquino-B. Randazzo, Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 43 ss.

<sup>20</sup> Non è la prima volta che la Corte costituzionale di Francia perviene all'applicazione, riconoscendone la derivazione dall'art. 13 della Dichiarazione del 1789, del (principio del) divieto di prelievo confiscatorio. Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale conforme (con ampi riferimenti anche alle posizioni dei Tribunali di merito e della *Cour de Cassation*), vedansi tra gli altri D. LARBRE, *Le caractère confiscatoire de l'impôt*, «Revue de droit fiscal», 2012, XXI, p. 14 ss.; K. SID AHMED, *Droit fondamentaux du contribuable et procédures fiscales*, L'Harmattan, Paris, I, 2008, p. 304 ss. Un ampio richiamo alle sentenze del *Conseil Constitutionnel* sul tema viene effettuato nel *Dossier documentaire* ufficiale, pubblicato sul sito internet istituzionale della Corte francese unitamente al testo della sentenza in esame.

<sup>21</sup> La *Déclaration* del 1789 forma invero l'oggetto di esplicito rinvio ad opera della vigente Costituzione della V Repubblica francese, approvata nel 1958, nel cui Preambolo leggesi che "il popolo francese proclama solennemente la sua fedeltà ai Diritti dell'uomo e ai principi della sovranità popolare quali sono stati definiti con la Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal Preambolo della Costituzione del 1946". Tanto è bastato perché la Corte costituzionale di Francia riconoscesse la *Dichiarazione* come parte integrante del cd. "blocco di costituzionalità" e ne apprezzasse il contenuto alla stregua di parametro di valutazione della conformità costituzionale delle leggi. Sul punto, v. ad esempio B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Lefebvre Dalloz, Paris, 2002, 267 ss.; P. G. LUCIFREDI, P. COSTANZO, *Appunti di diritto costituzionale comparato: il sistema francese*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 21 ss. Per un primo, succinto esame del contenuto del principio di uguaglianza innanzi ai carichi impositivi, siccome incardinato nell'art. 13 della *Déclaration*, e di come esso vivifichi oggi in seno alla giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel*, si veda, sempre senza alcuna pretesa di esaustività, O. FOUQUET, *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt*, «Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel (Dossier "Le Conseil constitutionnel et l'impôt")», 2011, ; L. PHILIP, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois fiscales en France*, «Revue Française de Finances Publiques», 1999, LXVIII, p. 159 ss.; Id., *Le principe constitutionnel d'égalité en matière fiscale*, «Droit fiscal», 1990, XX, p. 464 ss.; M. BAZEX, "Article 13 - Commentaire", in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, a cura di G. Conac, M. Debene, G. Teboul, Economica, Paris, 1993, p. 273 ss.

La presa di posizione francese è netta e precisa, nel senso di connotare alla stregua di incostituzionale ogni situazione in cui il prelievo complessivo superi un determinato limite quantitativo massimo (sulla cui modalità di individuazione torneremo tra poco). Si tratta di una posizione importante, giacché, *mutatis mutandis* e riportata la discussione nella prospettiva del nostro (per gli aspetti sopra richiamati, omologo) diritto costituzionale domestico, offre un prezioso termine di raffronto.

I giudici francesi – ripetiamo – assumendo a piattaforma del proprio giudizio (l'art. 13 della Dichiarazione dei diritti del 1789, eppertanto) quella medesima, storica disposizione a cui l'art. 25 dello Statuto albertino, dapprima, e l'art. 53 della attuale Carta fondamentale, dipoi, hanno tratto la propria ispirazione e linfa generatrice, ne distillano la chiarissima esistenza del limite massimo alla imposizione tributaria.

Si materializza in maniera lampante, cioè, l'idea secondo cui il principio della uguaglianza tributaria e della capacità contributiva incapsulano un divieto di imposizione eccessiva; che il giudizio di legittimità costituzionale può ben (*rectius*: deve) incidere sulla degenerazione confiscatoria del prelievo e che la discrezionalità del legislatore ordinario incontra un limite quantitativo ben preciso, da misurare sulla singola posizione soggettiva del contribuente<sup>22</sup>.

A dirla tutta, nel procedere in tale direzione, il *Conseil Constitutionnel* suggerisce ulteriori, importanti spunti, su cui ci sembra importante riflettere. In altre parole, non si limita a inferire dall'art. 13 cit. un generale divieto di imposizione eccessiva (o, se si preferisce, di confisca fiscale). Pure, lascia intravedere alcune importanti indicazioni metodologiche, che attengono al “modo d'essere” del limite in questione e alle modalità della sua rilevazione in concreto (e su cui – per l'appunto – ci sembra importante concentrare, qui di seguito, l'attenzione).

#### **4.1 La costruzione del giudizio di eccessività del prelievo come misurazione “redditocentrica”**

Innanzitutto, appare in modo piuttosto nitido come, nella prospettiva dei giudici francesi, la valutazione quantitativa del prelievo fiscale (e, quindi, anche l'apprezzamento degli arginamenti quantitativi rispetto alla sua eccessiva gravezza) si proietti(no) lungo la dimensione redditua-

<sup>22</sup> Sulla centralità della “persona” nel sistema della Carta fondamentale, imperniata (anche nella strutturazione del principio della capacità contributiva) sulla “doppia tavola” dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili, v. *supra*, *sub* nt. 6.

le. E' confermato, cioè, che il giudizio di eccessività del prelievo assume, come dimensione economica di riferimento, espressiva della idoneità di contribuzione del singolo contribuente, il reddito personale<sup>23</sup>.

Va però, a parer nostro, sgombrato il campo dal facile equivoco che il suddetto limite della confisca torietà sia rintracciabile, secondo i giudici francesi, nella soglia percentuale del 75 per cento *tout court*, dimodoché ogni prelievo capace di superare complessivamente tale quota di reddito complessivo individuale sarebbe di per sé stesso contrario a Costituzione. Le conclusioni dei giudici francesi ci paiono molto più articolate, su tale versante, e financo più sofisticate concettualmente.

In effetti, la misurazione del grado di incidenza del prelievo non avviene a consuntivo, apprezzando in termini assoluti l'incidenza fiscale rispetto alla base reddituale complessiva. Ma assume a riferimento la misura marginale del prelievo medesimo e quindi procede secondo un criterio di "relatività". Dimodoché, la soglia della confisca fiscale non viene cristallizzata in un'aliquota unitaria ed assoluta (come accadrebbe se, ad esempio, si dicesse che il limite di confiscatorietà è del 75 per cento del reddito e che ogni situazione in cui il contribuente versa più del 75 per cento del proprio reddito è incostituzionale), bensì è apprezzata con metodo puntuale, attraverso una valutazione della progressione marginale del prelievo rispetto all'incremento unitario di reddito.

Ciò apre lo spazio alla configurazione di soglie di confiscatorietà a dimensione variabile; ossia, particolarmente basse in corrispondenza di livelli reddituali bassi, e via via più elevate al crescere della base reddituale medesima, secondo un "modo d'essere" complessivo che ci sembra perfettamente aderente al concetto di capacità contributiva. Detto con maggior chiarezza, appare perfettamente logico e coerente che, in corrispondenza di situazioni individuali caratterizzate dalla disponibilità di redditi modesti, anche un'aliquota di prelievo assai modesta risulti confiscatoria; e che, di converso, in corrispondenza di redditi elevati, la soglia risulti percentualmente ben più significativa.

Questo ci pare, in sintesi, il dato che si può ritrarre dalla sentenza e che consente di superare alcune apparenti contraddizioni, emergenti ad una prima lettura. Invero, lo stile breviloquente, assertivo o laconico di alcuni passaggi argomentativi della sentenza e la facile tentazione per il

<sup>23</sup> Sull'importante profilo del "reddito" come strumento concettuale di misurazione della sostenibilità del prelievo fiscale (e dunque della idoneità soggettiva alla sopportazione del carico contributivo), sia consentito di rinviare alle diffuse riflessioni in M. POGGIOLI, *Indicatori di forza economica*, cit., p. 37 ss., ove ulteriori richiami bibliografici.

lettore di appiattirne l'esame limitandolo all'indicazione di un'aliquota d'imposta, può trarre in inganno.

Al fine di rendere con maggior chiarezza il concetto, torniamo per un attimo a quanto si legge nella sentenza in questione<sup>24</sup>.

Ricordiamo così, a titolo d'esempio, che la Corte francese vi qualifica come confiscatorio, in relazione ai trattamenti pensionistici a prestazioni definite (art. 9 della *loi de finances 2013*), un prelevamento fiscale pari (al margine) al 75,04% (così, ai par. 12-22 della sentenza); che, sulla scorta del medesimo principio giuridico, ha poi censurato, siccome eccessivo, il prelievo sui redditi da *stock options* e da attribuzione di azione gratuite (art. 11 della legge finanziaria), riconoscendo in tal caso che già una tassazione cumulata pari al 68,2% del reddito facesse "*peser sur les contribuables une charge excessive au regard de cette faculté contributive*" (cfr. par. 75-85 della sentenza); e che, infine, ha censurato l'eccesso di prelievo gravante sulle rendite pagate da buoni o titoli "anonimi" (nel senso che garantiscono ai rispettivi intestatari di non essere individuati dal Fisco), considerando rispetto ad essi eccessiva l'aliquota del 90,5% (così come risultante dalle modifiche della legge finanziaria), ma confermando indirettamente il trattamento fiscale preesistente, che prevede una tassazione complessiva pari al 75,5% del provento (cfr. par. 36-52 della sentenza).

L'oscillazione nella percentuale di riferimento nella identificazione di una soglia di prelevamento eccessivo o confiscatorio materializza, quindi, uno iato tutt'altro che irrilevante. In un caso, è bastevole il 68,2% a generare un prelievo eccessivo; in un altro, occorre superare il 75%; in un terzo, ancora, il 75% è assunto come una percentuale di prelievo tollerabile. Ce n'è abbastanza per sentirsi confusi, almeno ad un primo, rapido esame<sup>25</sup>. Ma la contraddizione così tratteggiata non realizza, necessariamente, un'aporia insanabile ed è tutto meno che figlia di pressappochismo. Per avvedersene, occorre partire dalla circostanza che le aliquote di cui discutiamo rappresentano, come già segnalato, soglie percentuali individuate al margine, secondo un assetto di relatività in funzione del livello puntuale del reddito di riferimento.

Invero, il tasso minimo del 68,2% sui redditi da assegnazioni azionarie gratuite e da *stock options* (come si legge al par. 81 della sentenza) viene

<sup>24</sup> I contenuti a cui ci riferiamo sono ricapitolati – come detto – in G. BERGONZINI, *I limiti massimi*, cit., p. 3 ss. e spec. pp. 3-17.

<sup>25</sup> L'aspetto in esame è ben colto, tra i vari commentatori francesi, da D. GUTMAN, *L'impôt confiscatoire au sens de la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012*, «Option Finance», 14.01.2013.

raggiunto allorché i redditi imponibili di altra natura maturati in capo all'ipotetico contribuente di riferimento superino i 150.000 euro; la percentuale del 75,04% sui redditi pensionistici, di cui dicevamo sopra, viene raggiunta in corrispondenza di pensioni mensili che superano i 24.000 euro, e che dunque proiettano una redditività annuale almeno di 288.000 euro; la percentuale del 75,5%, confermata sui proventi dei titoli o buoni anonimi, riguarda situazioni in cui il contribuente si sottrae, unitamente alle informazioni relative al suo livello di reddito, alla sfera di conoscenza della Amministrazione finanziaria.

Dunque, la divaricazione numerica tra le diverse aliquote interessate dal giudizio di costituzionalità mostra, attraverso le considerazioni che abbiamo abbozzato, importanti margini di ricomposizione. E ci consente, per questa via, di confermare le prime supposizioni. Nella prospettiva della Corte costituzionale francese, insomma, la soglia di (incostituzionale) confiscatorietà è configurata secondo un assetto variabile, che concede al legislatore uno spazio di manovra crescente, al crescere del reddito individuale di riferimento; un assetto, cioè, che prevede una soglia percentuale di sopportazione del carico fiscale che s'incrementa, all'aumentare dell'indice di ricchezza (reddito) di riferimento<sup>26</sup>.

#### **4.2 La riconosciuta possibilità per il Giudice delle leggi sia di rilevare, in sede di giudizio di costituzionalità, l'esito confiscatorio generato dalla sovrapposizione di più tributi, sia di espungere dal sistema normativo, nel medesimo frangente, una disposizione sostanziale diversa da (ma appartenente al medesimo contesto applicativo di) quella sottoposta a vaglio**

È ben noto come uno dei limiti più significativamente penalizzanti per la tutela costituzionale avverso la fiscalità confiscatoria venga individuato nella struttura stessa del giudizio di conformità a Costituzione, che

<sup>26</sup> Il lettore avrà già rilevato come il tema sul cui sfondo si proiettano le riflessioni operate nel testo è quello – per l'esattezza – della progressività del prelievo. Su tale versante di riflessione, evidentemente collegato (come la stessa sentenza in esame dimostra) a quello del prelievo confiscatorio, rammentiamo i recenti contributi di R. SCHIAVOLIN, *Il principio di progressività del sistema tributario*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di C. Berliri, L. Perrone, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006; Id., *Flat tax, equa tassazione del reddito e principio di progressività: relazione al Convegno: "Flat tax: quale futuro per la progressività del sistema tributario?"*, *Castellanza 19 maggio 2006*, «Rivista di diritto tributario», 2006, IV, p. 291 ss.; L. CARPENTIERI, *L'illusione della progressività*, Dike Giuridica, Roma, 2013.

sottopone a scrutinio un'isolata ed analitica disposizione di legge, e non già l'intero funzionamento del sistema fiscale<sup>27</sup>.

Colpisce ancora una volta in positivo, proprio sulla scorta delle premesse di cui sopra, la modalità di giudizio e di apprezzamento messa in campo dalla *Conseil Constitutionnel*. Nel valutare il “*caractère confiscatoire*” del prelievo, infatti, il Giudice delle leggi francesi non si ferma a valutare la conformità costituzionale del singolo frammento legislativo, isolatamente inteso. Si adopera, invece, al fine di collocarlo nel contesto applicativo di riferimento e a valutare le *consequenze complessive* derivanti dalla singola novella devoluta alla sua attenzione. E' chiaro nei vari passaggi della sentenza, infatti, come il *vulnus* al divieto costituzionale di imposizione confiscatoria possa attribuirsi ad una singola imposta, bastevole da sé sola a travalicare le soglie di sopportabilità individuale del tributo; ma possa, anche, materializzarsi come conseguenza del coacervo delle obbligazioni tributarie ipoteticamente gravanti sul contribuente (ivi comprendendovi – aspetto sul quale occorrerebbe senz'altro riflettere ancora – pure i contributi previdenziali obbligatori), tutte singolarmente tollerabili, ma la cui sovrapposizione conduce a quelle intollerabili incidenze percentuali “al margine” di cui abbiamo riferito sopra. In breve: la somma di tanti tributi non confiscatori può generare un prelievo fiscale complessivamente confiscatorio.

Quest'ottica allargata e “grandangolare”, capace di superare l'angusto particolarismo del singolo ingranaggio, proiettandone i relativi effetti all'interno della (complessiva) macchina impositiva, segna un importante punto a favore della Consulta francese.

Il modello d'apprezzamento adoperato (suggestivamente denominato, da taluni giuristi d'oltralpe, “*mille-feuille*”)<sup>28</sup> dimostra, ancora una volta in positivo, il grado di effettività delle tutele costituzionali francesi su questo versante, e ad esso auspichiamo che anche la Consulta possa, in qualche modo, ispirarsi, in futuro.

Immaginiamo, del resto, che la logica sottostante risulti limpida a tutti: l'inasprimento di un singolo tributo può, di per sé stesso esaminato, risultare lontano dalle soglie della imposizione “strozzante”; ma, consi-

<sup>27</sup> Sia consentito di rimandare, in ordine ai limiti denunciati nel testo, a M. POGGIOLI, *Indicatori*, cit., 116 ss.

<sup>28</sup> Impiega descrittivamente tale espressione metaforica (lett. “millefoglie”), F. PEZET, *Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises*, «Revue de Droit Fiscal», 2013, XXII, p. 25 ss., spec. p. 32, *sub* nota 62, laddove richiama testualmente anche il contributo di O. FOUQUET, *L'impôt confiscatoire est progressif*, FR Lefebvre 3/20.



derato unitariamente agli altri prelievi che gravano sulle medesime fattispecie, quello stesso aggravamento d'imposta potrà ben materializzare, sul singolo contribuente, uno sfondamento del limite di confiscatorietà, assorbendo (ripetiamo: insieme agli altri tributi) un'eccessiva ed intollerabile percentuale del reddito individuale. Proprio in questa elementare, ma decisiva prospettiva *d'insieme*, l'approdo francese rappresenta un importante insegnamento di metodo nel quadro del giudizio di conformità a costituzione delle leggi tributarie.

Ma non basta. V'è, infatti, un altro aspetto, sempre collegato a codesto approccio "*mille-feuille*", che emerge prepotentemente dalla sentenza e che colpisce. Stiamo parlando della possibilità che la pronuncia di incostituzionalità investa – si badi bene – non già la disposizione fiscale deferita, ma, sulla scorta degli effetti indotti da quest'ultima, una diversa disposizione di legge, già esistente ed applicata. Stiamo parlando, tanto per esemplificare, della possibilità che il giudice delle leggi, nel soppesare la conformità a Costituzione della disposizione tributaria "a", di nuova introduzione, ne valuti gli effetti quantitativi sul prelievo generati a livello complessivo, attraverso la sovrapposizione applicativa ipotizzabile con le disposizioni "b", "c" e "d", decretando, in esito a tal giudizio, l'incostituzionalità della disposizione "c".

È quanto accade, nella sentenza in esame, in relazione ai regimi pensionistici a prestazioni definite ("*regimes de retraite à prestations définies*"). L'introduzione ai fini della imposta sul reddito personale della nuova aliquota massima del 45 per cento, per i redditi superiori a 150.000 euro, induce, cumulandosi con le altre forme di imposizione applicabili, un prelievo complessivo sui redditi pensionistici superiori a 24.000 euro al mese, ad una aliquota marginale di poco superiore al 75 per cento (75,04% per l'anno d'imposta 2012; 75,34 per l'anno 2013). Detta marginalità viene giudicata eccessiva e il ripristino del livello di tollerabilità del prelievo avviene, nel caso di specie, mediante l'espunzione (*mercé* la sua declaratoria di incostituzionalità) non della disposizione sottomessa a scrutinio (l'art. 3 della legge finanziaria francese per il 2013), ma di altra disposizione, appartenente al medesimo contesto applicativo (nel caso di specie, rappresentata dall'articolo L. 137-11-1 del codice della previdenza sociale, laddove prevedeva, al superamento di una certa, elevata soglia reddituale, l'applicazione di un contributo percentualmente più elevato rispetto agli altri).

Si tratta di uno schema di giudizio comunemente denominato, in ossequio al frangente della sua prima formulazione da parte della Corte

costituzionale di Francia, “*néo-calédonienne*”<sup>29</sup>, il quale ammette che “*la conformità a costituzione di una legge già promulgata può essere verificata in occasione dell’esame delle disposizioni legislative che la modificano, la completano o ne influenzano la sfera applicativa*”<sup>30</sup>. L’elasticità che tale approccio è in grado di iniettare negli schemi di funzionamento del giudizio di costituzionalità segna un ulteriore, mirabile punto a favore della effettività della tutela costituzionale nei confronti dell’imposizione confiscatoria, almeno per quanto riguarda l’ordinamento giuridico francese.

#### **4.3 Il cd. “*plafonnement*” come valvola di autolimitazione della pressione fiscale reddituale e patrimoniale sul singolo contribuente**

In un preciso passaggio della sentenza (segnatamente, nei parr. 86-97), il giudice costituzionale di Francia si cimenta, infine, con la “*impôt de solidarité sur la fortune*” (ISF) e con le modifiche a questa apportate dall’art. 13 della legge finanziaria francese per il 2013. Di tale forma di prelievo non par decisivo richiamare i tratti strutturali, se non per ricordare che – come ribadito al par. 86 della sentenza – trattasi d’imposta squisitamente patrimoniale, forgiata per sottoporre a tassazione determinate tipologie di cespiti. In specie, vengono sottoposte a tassazione le frazioni di patrimonio (appartenente alle tipologie specificamente indicate *ex lege*) superiori a 0,8 milioni, 1,3 milioni, 5 milioni e 10 milioni di euro, con tassi d’imposta, rispettivamente, dello 0,5%, 0,7 %, 1%, 1,25% e 1,50%.

Nel rispondere alla censura di confiscatorietà dei redditi di capitale, su cui ipoteticamente convergerebbero, con effetto di totale assorbimento, l’inasprita imposizione patrimoniale (l’ISF sul valore delle attività finanziarie detenute dal contribuente) e una pure innalzata imposta reddituale (sottoforma di prelievo sui rendimenti generati), il *Conseil* svolge argomentazioni di grande rilievo, che meritano menzione e che conducono, di pari passo, alla conferma della conformità costituzionale della novella.

<sup>29</sup> L’inaugurazione di tale modalità di giudizio risale al 1985, allorché il *Conseil constitutionnel* enunciò il principio secondo cui “*la régularité au regard de la Constitution des termes d’une loi promulguée peut être utilement contestée à l’occasion de l’examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine*”. Codesta giurisprudenza è tradizionalmente identificata, tra gli studiosi, alla stregua di “*néo-calédonienne*”. E ciò a motivo della legge in occasione della quale si ebbe la prima pronuncia di tal genere (*décision* n° 85-187 DC, depositata – per l’appunto – il 25 gennaio 1985, in relazione alla “*Loi relative à l’état d’urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*”).

<sup>30</sup> Così, letteralmente, al par. 20 della sentenza in esame.

Considera, in primo luogo, che “*l'imposta di solidarietà sulla ricchezza non figura tra le imposte sul reddito; che, istituendo una simile imposta, il legislatore ha inteso colpire la capacità contributiva conferita dal possesso di un insieme di beni e di diritti; che la presa in considerazione di questa capacità contributiva non implica né che i soli beni produttivi di reddito entrino nella base imponibile della imposta sulla ricchezza, né che detta imposta non debba essere assolta che a mezzo di redditi generati dai beni imponibili*” (così, al par. 90).

Il tema toccato è quello, assai pregnante sul piano, della cd. “spendibilità” del presupposto, nel senso della necessità, ai fini del rispetto del principio di capacità contributiva, che il fatto economico elevato dal legislatore a presupposto, in quanto indicatore di forza contributiva, incapsuli e sottenda la disponibilità di risorse monetarie (o rapidamente convertibili in denaro) necessarie a garantire il pagamento stesso dell'imposta<sup>31</sup>.

Il profilo problematico di cui tale tematica si riveste, allorché la si proietta sulla categoria dell'imposizione sul patrimonio, viene tradizionalmente risolto mediante l'attrazione dell'imposta patrimoniale nell'orbita della tassazione del reddito, la prima rappresentando, in quest'ottica, una mera proiezione e specificazione della seconda. In altri termini, si giunge a supporre che la sottoposizione a tassazione del patrimonio significhi, indirettamente, assoggettamento a prelievo del reddito suo tramite (tramite il patrimonio, cioè) producibile nell'arco temporale considerato.

Se si assume a base di ragionamento la ricostruzione testé avanzata, le argomentazioni della Corte francese possono suonare, di primo acchito, come una stonatura.

Il ribadire che l'ISF non appartiene al novero dell'imposizione sul reddito; che il presupposto di tale tributo possa ben comprendere anche *asset* improduttivi di reddito; l'affermare, per di più, che l'imposta patrimoniale non deve necessariamente assolversi coi redditi generati dai cespiti tassati; sono tutti elementi che paiono segnalare, se non ancora una netta cesura, almeno un apparente allontanamento della posizione del *Conseil constitutionnel* rispetto al principio della spendibilità del presupposto e alla richiamata idea secondo cui l'imposizione patrimoniale rappresenti un'articolazione o specificazione di quella reddituale.

Lo scollamento, tuttavia, è solo apparente e viene ricomposto immediatamente dopo, nei passaggi logici compiuti dai giudici francesi, che dimostrano ancora una volta di aver ben presente il principio della capacità

<sup>31</sup> Per alcuni fondamentali contributi scientifici, al riguardo, si veda *supra*, *sub nt.* 10.

contributiva e la sacralità della idoneità soggettiva “redditocentrica” alla contribuzione.

Essi, infatti, bensì ammettono la possibilità che il pagamento dell'imposta patrimoniale avvenga anche con risorse diverse da quelle generate dai cespiti tassati (questi ultimi potendo essere, al limite, anche improduttivi di reddito), ma lo ammettono sempre e comunque all'interno di un sistema fiscale che tutela in partenza il limite della sopportabilità del prelievo, calibrando l'imposta patrimoniale in modo che non eroda, unitamente all'imposta reddituale, una quota eccessiva del reddito disponibile al contribuente (tralignando in caso contrario il prelievo in vera e propria confisca, in spregio all'art. 13 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789).

Tanto è possibile, rilevano i giudici costituzionali francesi, grazie all'avvenuta introduzione da parte del legislatore, in seno all'ordinamento tributario, di una particolarissima disposizione di autolimitazione; una sorta di “valvola di sicurezza”, insomma, che identifica in funzione del reddito del contribuente un limite superiore (“*plafonnement*”) al prelievo reddituale e patrimoniale (dell'ISF)<sup>32</sup>. Trattasi, nella specie, dell'art. 885 V bis del *Code général des impôts*, che ha individuato tale limite nella quota del 75 per cento del reddito incamerato dal contribuente nell'anno d'imposta precedente<sup>33</sup>.

## 5. Il contributo ricostruttivo offerto dalla Corte costituzionale tedesca

La giurisprudenza resa dal *Bundesverfassungsgericht*, organo giudiziario tedesco equivalente, per attribuzioni istituzionali, alla Corte Costitu-

<sup>32</sup> In merito alla ragion d'essere e alle caratteristiche strutturali del cd. “*plafonnement*” e del (funzionalmente affine, ma oggi abrogato) “*bouclier fiscal*”, nell'ottica specifica del divieto di prelievi fiscali confiscatori, si veda per tutti J.-B. GEFROY, *Aux sources du bouclier fiscal: l'émergence d'un principe de non confiscation par l'impôt*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Beltrame*, PUAM, Marseille, 2010, pp. 175-205.

<sup>33</sup> L'art. 885 cit., nella versione in vigore dal 1° gennaio del 2013, così recita: “*L'impôt de solidarité sur la fortune du redevable ayant son domicile fiscal en France est réduit de la différence entre, d'une part, le total de cet impôt et des impôts dus en France et à l'étranger au titre des revenus et produits de l'année précédente, calculés avant imputation des seuls crédits d'impôt représentatifs d'une imposition acquittée à l'étranger et des retenues non libératoires et, d'autre part, 75 % du total des revenus mondiaux nets de frais professionnels de l'année précédente, après déduction des seuls déficits catégoriels dont l'imputation est autorisée par l'article 156, ainsi que des revenus exonérés d'impôt sur le revenu et des produits soumis à un prélèvement libératoire réalisés au cours de la même année en France ou hors de France*”.

zionale italiana, esprime approdi di peculiare densità, per la pregnanza e la nettezza degli effetti che ne conseguono, nonché per la ricchezza delle argomentazioni giuridiche impiegate.

Tanto sul versante della verifica e della enucleazione dell'intangibile "limite inferiore", infatti, quanto sul fronte (qui in discussione) dei limiti superiori alla espansione del prelievo, gli arresti della Corte costituzionale germanica – ribadiamo – disvelano particolare sensibilità di giudizio ed assicurano una effettività della tutela costituzionale che sembra maggiore di quella sino ad oggi garantita dalla corrispondente Corte italiana.

Ciò stupisce ancor più se premettiamo, già *in limine*, come, diversamente dalla Costituzione italiana, il *Grundgesetz* germanico (con ciò distaccandosi pure dalla precedente carta weimariana) non contempra alcuna esplicita statuizione del principio di capacità contributiva.

Il mistero di come ciò possa accadere è presto svelato.

Il richiamato principio (di capacità contributiva), infatti, lungi dall'essere considerato dai giudici di Karlsruhe come assente e negletto, viene viceversa ritenuto da questi incapsulato nel sistema costituzionale, quale dimensione implicita e connotante del fondamentale principio di uguaglianza<sup>34</sup>. Sicché, pur nella formale sua assenza, la capacità contributiva incide sostanzialmente sulla materia tributaria<sup>35</sup>.

Assai particolare è il sentiero argomentativo seguito, nel tempo, per approdare ad una positiva concretizzazione concettuale dei limiti superiori al prelievo.

Preme focalizzare l'attenzione, per amor di sintesi, sulla produzione giurisprudenziale meno risalente, articolata su due, successive e fondamentali sentenze<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Si sofferma diffusamente su tale profilo, ad esempio, K. TIRKE, *La capacità contributiva come metro di giustizia tributaria*, «Il Fisco», 1996, VIII, p. 7204 ss.

<sup>35</sup> I referenti costituzionali della intangibilità fiscale del cd. *Existenzminimum* vengono rinvenuti non già nel principio della capacità contributiva, ma nel principio costituzionale della tutela della dignità umana (art. 1, comma 1 del *Grundgesetz*), in combinato disposto con il principio di solidarietà (o principio dello Stato sociale, art. 20, comma 1 del *Grundgesetz*). Su tale basamento costituzionale, il giudice delle leggi germanico erige il concetto di minimo intangibile, spingendosi fino ad una tipizzazione delle spese ricadenti in tale sfera di non intaccabilità e ad una concretizzazione quantitativa di tale concetto (andando quindi a verificare, sulla scorta di tale misura, l'adeguatezza delle scelte effettuate dal legislatore ordinario). Sul punto, v. L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 347 ss.; ID., *La tutela costituzionale del minimo esente, personale e familiare*, «Rivista di diritto tributario», 1999, XI, p. 861 ss., ove estesi ed approfonditi richiami alla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca.

<sup>36</sup> Effettua una ricostruzione storica della evoluzione della pertinente giurisprudenza co-

Le due sentenze che esamineremo sono, rispettivamente, la sentenza 22 giugno 1995<sup>37</sup> e la sentenza 18 gennaio 2006<sup>38</sup>. Se unitariamente considerate, esse disegnano una parabola interpretativa, la quale sembrerebbe approdata, oggi, ad un punto di arrivo soddisfacente e stabile.

### **5.1 L'iniziale enucleazione del principio cd. "della divisione a metà" e la prefigurazione di un limite massimo dell'imposizione numericamente cristallizzabile nell'ammontare corrispondente al 50 per cento del reddito del contribuente**

Nella prima delle due sentenze, risalente al 1995, venne censurata, in base al principio di uguaglianza, la disciplina dell'imposta patrimoniale tedesca, prevedendo quest'ultima una determinazione della base imponibile immobiliare secondo criteri deteriori per il contribuente (eppertanto, in questo senso, lesivi della uguaglianza suddetta) rispetto a quanto parallelamente accadeva per le componenti mobiliari<sup>39</sup>.

stituzionale G. FALSITTA, *I divergenti orientamenti giurisprudenziali in Italia e in Germania sulla incostituzionalità delle imposte dirette che espropriano l'intero reddito del contribuente*, «Rivista di diritto tributario», 2010, II, p. 139 ss. Ivi, il chiaro Autore rileva l'opportunità, per fini descrittivi, di scomporre l'evoluzione giurisprudenziale sul tema del "limite superiore" al prelievo in successive fasi temporali, scandite, nelle loro più recenti articolazioni, proprio dalle due sentenze segnalate nel testo, a testimonianza dell'importanza da esse rivestita.

<sup>37</sup> È questa la sentenza della Corte costituzionale della Repubblica federale tedesca, Prima Sezione, 22 giugno 1995 (in BVerfGE 93, 121). Per un suo commento, v. N. BOZZA, *Rispetto del principio di eguaglianza e limite massimo dell'imposizione in recenti pronunce della Corte costituzionale tedesca relative alla tassazione patrimoniale*, «Rivista di diritto tributario», 1998, IV, p. 421 ss. Più recentemente, sempre a commento di questa, come della sentenza del 2005 di cui tosto ci occuperemo nel testo, v. M. BARASSI, *La capacità contributiva in una prospettiva comparatistica*, in *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, a cura di L. Salvini e G. Melis, Cedam, Padova, 2014, p. 173 ss.

<sup>38</sup> Si tratta della sentenza della Corte costituzionale della Repubblica federale tedesca, Seconda Sezione, 18 gennaio 2006 (in BVerfGE 115, 97), che è stata pubblicata, nella traduzione curata da G. FALSITTA (alla quale ci rifaremo nei richiami letterali del testo), «Rivista di diritto tributario», 2010, II, p. 63 ss. La sentenza è oggetto di approfondito commento da parte del medesimo Autore in *I divergenti orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 139 ss. Per un ulteriore, recente commento, v. N. BOZZA, *L'imposta confiscatoria nella giurisprudenza e nella dottrina tedesca dopo la sentenza 18 gennaio 2006 della Corte costituzionale germanica*, in, in *Atti della giornata di studi in onore di Gaspare Falsitta*, a cura di M. Beghin, F. Moschetti, R. Schiavolin, L. Tosi, G. Zizzo, Cedam, Padova, 2012, p. 99 ss.

<sup>39</sup> Cfr. N. BOZZA, *Rispetto del principio*, cit., p. 427 ss.

Il *dictum* rappresentò l'occasione, altresì, perché il Giudice delle leggi tedesco spendesse alcune dense riflessioni in punto di "limite massimo" al prelievo.

Interrogandosi sulla sovrapposizione quantitativa della imposizione reddituale propriamente detta con l'imposta patrimoniale (la seconda rappresentando, segnatamente, un prelievo sul reddito potenzialmente estraibile dal patrimonio medesimo), la Corte costituzionale germanica ritenne di dover riflettere sulla esistenza di una frontiera superiore e massima ai carichi fiscali.

Impostò la questione innestandola nel diritto alla proprietà privata di cui all'art. 14 del *Grundgesetz* e rappresentandosi come un'ipotetica eccedenza del prelievo rispetto al reddito finisse per cagionare la progressiva espropriazione del contribuente, incidendo in maniera eccessiva sul contribuente e sulle sue libertà fondamentali.

Di qui, il *Bundesverfassungsgericht* passò a rilevare come nell'art. 14, comma 2 della Costituzione tedesca fosse richiamata l'implicita incorporazione nel diritto dominicale di "obbligazioni"<sup>40</sup>, sottolineando altresì come l'esercizio del diritto dominicale dovesse rispondere "egualmente" ("*zugleich*") all'interesse della collettività

Proprio sul richiamato elemento letterale ("*zugleich*") si soffermò l'interpretazione dei giudici, che vi estrassero la convinzione, basata sulla (invero assai discutibile) interpretazione dell'avverbio "egualmente" come sinonimo di "in parti uguali", che il prelievo cumulato sul reddito (scaturente dalla sommatoria tra imposta patrimoniale e imposta sul reddito) dovesse mantenersi "*all'incirca in una divisione a metà tra la mano privata e la mano pubblica*".

Di qui si estrasse, dunque, il principio cd. "della divisione a metà" ("*Halbteilungsgrundsatz*"), che individuava nella soglia percentuale del 50 per cento del reddito disponibile del contribuente la frontiera massima raggiungibile da parte del prelievo fiscale aggregato<sup>41</sup>.

Ogni superamento della quota paritaria da parte della mano pubblica, insomma, sarebbe stato sanzionabile dal giudizio di legittimità costituzionale.

<sup>40</sup> Recita l'art. 14, par. 2 GG, testualmente, che "*La proprietà incorpora obbligazioni. Il suo uso deve egualmente servire al bene comune*" (traduzione nostra di "*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*").

<sup>41</sup> Sul tema, a testimonianza dell'interesse suscitato in ambito scientifico per tale questione, v. ad esempio H. BUTZER, *Freiheitsrechtliche Grenzen der Steuer- und Sozialabgabenlast*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999; M. A. PAUSENBERGER, *Eigentum, und Steuern in der Republik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.

La enucleazione di una barriera costituzionale all'imposizione eccessiva e la sua ricostruzione in modo così netto e puntuale solleccarono una vivace discussione, dividendo la dottrina e la stessa giurisprudenza<sup>42</sup>.

La discussione si protrasse sino ad un nuovo intervento della Corte costituzionale germanica, avvenuto nel 2006 con la sentenza segnalata in partenza e che qui ripercorreremo in sintesi.

### **5.2 Il più recente approdo all'idea di un limite massimo bensì dinamicamente inteso, ma comunque imperniato sulla tutela dell'adeguata riconoscibilità del successo economico-reddituale dell'individuo**

La sentenza del 2006 segna i contenuti di una importante svolta, imponendo il passaggio dalla idea del limite fisso, ossia formalizzato in termini numerico-percentuali, all'idea del limite astrattamente delimitato.

Come ci accingiamo a dire, le conclusioni alle quali pervengono i giudici tedeschi sono, ancora una volta, di grandissimo rilievo e paiono destinate ad un maggior grado di stabilità rispetto alle precedenti, trovando questa volta un più diffuso conforto presso gli studiosi<sup>43</sup>.

Sebbene vengano rese con riferimento ad un assetto assiomatico costituzionale su molti fronti (almeno per ciò che appare dal dato testuale) omologo al nostro<sup>44</sup>, le argomentazioni elaborate dalla Corte costituzionale germanica materializzano, ancora una volta, una soluzione assai tutelante per il contribuente, attraverso un percorso logico e argomentativo piano e convincente, che ben potrebbe fungere da modello – così ci sembra – anche nei giudizi di costituzionalità della nostra Consulta.

In estrema sintesi, la sentenza segue i seguenti, consequenziali snodi argomentativi:

- i) *è riconosciuto innanzitutto un rapporto di interferenza tra prelievo fiscale e diritto di proprietà;*

<sup>42</sup> Danno conto della diversità d'opinioni suscitata dalla sentenza e delle resistenze registrate nell'applicazione giurisprudenziale da parte delle Corti inferiori e della Corte di cassazione tedesca K. TIPKE, *I limiti costituzionali*, cit., p. 769 ss.; N. BOZZA, *L'imposta confiscatoria nella giurisprudenza e nella dottrina tedesca*, cit.

<sup>43</sup> Cfr. G. FALSITTA, *I divergenti orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 157 ss.

<sup>44</sup> Per una descrizione in lingua italiana dei principi costituzionali tedeschi rilevanti nella dimensione tributaria sostanziale (da cui trarre conferma della affermata somiglianza di assetti nazionali), v. ad esempio D. BIRK, *Diritto tributario tedesco* (traduzione a cura di E. De Mita), Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 31 ss.



- ii) *si afferma l'esigenza di un bilanciamento tra interesse privato e utilità pubblica, da attuarsi mediante il principio di proporzionalità.*
- iii) *dal giudizio di proporzionalità (e, in particolare, dal divieto di eccesso, o Übermaßverbot) si attinge ed inferisce l'esistenza del limite superiore al prelievo fiscale.*

Nel primo dei cennati passaggi, la Corte tedesca constata come il diritto di proprietà privata, riconducibile all'art. 14 del *Grundgesetz* (cioè della Carta costituzionale tedesca), sia proteso a “*tutelare il possesso e l'utilità privati delle posizioni giuridiche in valori patrimoniali*”. Sicché, appare assodato come “*anche una legge fiscale sotto forma di disposizione contenutistica e limitativa che ha necessità di giustificazione interferisce nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà, se l'intervento fiscale si riallaccia nella fattispecie al possesso di posizioni giuridiche in valori patrimoniali e quindi limita l'utilità privata delle posizioni giuridiche acquisite a vantaggio della collettività*” (par. 34 della sentenza). Ergo (diversamente da quanto ritenuto dalla Consulta italiana), quando si discuta di tributi che assumono, quale base di commisurazione della contribuzione, un fatto economico riferibile al contribuente, il diritto di proprietà privata esprime chiaramente un limite al prelievo fiscale; un limite – per la precisione – il cui rispetto è valutabile sul piano del sindacato costituzionale delle leggi d'imposta.

Riconosciuto quindi il connotato limitante del prelievo fiscale rispetto al diritto della proprietà privata, i giudici di *Karlsruhe* dipoi (secondo passaggio) ne affermano, come per ogni espressione autoritativa della pubblica autorità, la sottoposizione ai “*generali limiti d'intervento. In quest'ambito assume particolare importanza il principio della proporzionalità con i suoi requisiti riguardo a un sufficiente grado di razionalità (idoneità e necessità del detrimento) e alla ponderatezza nella perequazione tra interessi individuali coinvolti e quelli della collettività*” (par. 40)<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Sul principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), sulla sua enucleazione in seno al diritto pubblico germanico e sulla successiva elevazione a principio generale comune del diritto dell'Unione europea si veda, a titolo di puro esempio, D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 11 ss. (ove ampi richiami bibliografici in lingua tedesca); T. TRIDIMAS, *The general Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2007, p. 136 ss. Per alcune riflessioni maggiormente calibrate sull'ambito tributario tedesco, v. A. PITTEN VELOSO, *Eguaglianza tributaria e proporzionalità*, «Rivista di diritto tributario», 2006, XI, p. 821 ss.; ID., *Fondamenti e limiti costituzionali della semplificazione tributaria: analisi sistematica alla luce degli apporti tedeschi di dottrina e giurisprudenza*, «Rivista di diritto tributario», 2007, X, p. 871 ss.; P. GAVAZZONI, *Principio del “divieto di eccesso” e di “proporzionalità” nella giurisprudenza tributaria tedesca*, «Rivista di diritto tributario», 1995, III, p. 311 ss.;

In merito alla necessità di operare quest'ultima verifica di bilanciamento, rammentano i giudici costituzionali tedeschi come, nell'art. 14, par. 2 della Carta fondamentale germanica (in modo non dissimile da quanto accade nell'art. 42, comma 2 della Costituzione della Repubblica italiana), si stabilisca significativamente che “*il diritto di proprietà privata incorpora obbligazioni*” e che “*il suo uso deve rispondere egualmente all'interesse della collettività*”<sup>46</sup>. La qual cosa sta a significare che “*l'utilità di una posizione giuridica in valori patrimoniali è da un lato accessibile al carico fiscale pubblico, dall'altro, deve rimanere all'avente diritto una utilità privata*” (ancora par. 40). Dunque, ciascuno dei due estremi di tensione (utilità privata e interesse collettivo) non può per definizione assumere dimensioni totalizzanti, dovendo necessariamente coordinarsi e contemperarsi con la garanzia dell'altro. Al punto che una tassazione confiscatoria, ovverosia una imposizione dall'effetto di “*strozzamento*”, che “*annienta la fonte stessa dell'imposta*” sarebbe chiaramente inammissibile, risultando addirittura “*inqualificabile come imposta già dal punto di vista concettuale*” (par. 44).

Nella prospettiva del giudizio di proporzionalità, infine (terzo passaggio), la Corte sottolinea come non sia nei parametri della idoneità e necessità che vada cercata la chiave del limite del prelievo: “*le imposte aventi la finalità di ottenere introiti a copertura del fabbisogno finanziario dello Stato saranno in linea di principio, se misurate in base a tale finalità, sempre idonee e necessarie (...). Solo dalla proporzionalità in senso stretto [e dunque dal giudizio di adeguatezza], nell'ambito di una ponderazione globale in riferimento alla conformità e ragionevolezza dell'imposizione fisco-*

A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una comune problematica costituzionale*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre, A. Spadaro, Giappichelli, Torino, 2002, p. 321 ss. e spec. pp. 370-377, ove ulteriori richiami bibliografici. Rammentiamo altresì l'importante ricostruzione storica racchiusa in G. FALSITTA, *Diritto, principio di proporzionalità e federalismo nell'opera di Dante Alighieri*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 53 ss. e spec. p. 79 ss., laddove magistralmente l'Autore, riporta l'efficacissima e straordinariamente condensata definizione di *ius* e di *iustitia* fornita dall'Alighieri (“*ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio quae serbata hominum societatem serbat et corrupta corrumpit*”, in *Monarchia*, II, 2), ne riconosce l'adattabilità ad ogni forma di giustizia, pareggiatrice o distributrice, e ne dimostra, mediante diffuse citazioni bibliografiche, l'attuale importanza, come criterio decisionale applicato dalla Corte di Giustizia della UE e della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

<sup>46</sup> L'inciso riproduce (nella traduzione in italiano) il disposto dell'art. 14, par. 2 GG, che così recita testualmente: “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*”.

le, possono desumersi limiti superiori per l'onere fiscale" (par. 44). In specie, è dal divieto di eccesso (in tedesco, *Übermaßverbot*) che sarà ricavabile un limite superiore generale d'imposizione. Non sarà, quest'ultimo, un limite numerico assoluto vicino a una ripartizione a metà (come precedentemente statuito). Sarà, invece, un limite più elastico e malleabile, ma comunque valutabile nel quadro di una verifica di costituzionalità delle leggi d'imposta.

La lezione metodologica impartita in quest'ultimo snodo argomentativo pare, nello stesso modo di quella fornita del *Conseil* francese, assolutamente degna di nota e mirevole.

L'argomento costituzionale all'espansione del prelievo sul singolo contribuente nemmeno qui è declinabile in una precisa, analitica espressione numerica; va costruito, invece, secondo un approccio dinamicamente mobile e malleabile in funzione della mutevolezza del comune sentire e delle esigenze finanziarie collettive, immutabilmente garantendo, tuttavia, che l'onere fiscale non si estenda "*di norma al punto da compromettere in modo sostanziale il risultato economico, che quindi non è più espresso in modo adeguato*".

In osservanza alla tutela del diritto dominicale in Germania, pertanto, il prelievo fiscale può incidere sugli arricchimenti del privato, ma solo fino a che la "*utilità privata del reddito*" rimanga evidente e l'incremento che residui in capo al contribuente sia comunque "*rilevante e significativo*".

Non possiamo certo approfondire qui tutti gli aspetti e le implicazioni della giurisprudenza citata (a tali fini rimandando, ancora una volta, ai contributi richiamati in nota), ma ci sembra nondimeno importantissimo come essa insista su un determinante ed insuperabile aspetto strutturale: ovverosia, che il prelievo deve atteggiarsi in modo che il successo economico di una persona rimanga sempre "*adeguatamente riconoscibile*". La qual cosa implica — a tutta evidenza — che la leva fiscale deve, nel suo complesso, arrestarsi ben prima dell'aver esaurito l'intera disponibilità economico-reddituale del contribuente<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Per minima completezza, dev'esser richiamata la presenza, in seno alla legislazione ordinaria tedesca, di una speciale clausola equitativa, espressamente diretta ad elidere situazioni di prelievo confiscatorio. Detta clausola, la cui introduzione risale al 1919, è attualmente racchiusa nei parr. 163 e 227 dell'*Abgabenordnung* (AO), laddove si autorizza a rimettere totalmente o in parte il debito tributario, allorquando la sua richiesta sia iniqua. Di tale disposizione si occupano diffusamente (con ampi richiami alla conferente letteratura tedesca), G. FALSITTA, *I divergenti orientamenti*, cit., spec. 141 ss. e A. PITTEN VELLOSO, *Fondamenti e limiti costituzionali della semplificazione tributaria: analisi sistematica*

Ponendo mente a concetti astratti, e non ad entità numericamente precise, la Corte costituzionale tedesca è dunque giunta (facendo leva su una tavola di valori costituzionali avvicinabile a quella che connota il nostro ordinamento) a solidificare una tutela del contribuente di solido spessore, ben maggiore rispetto a quella che sembra di poter desumere dalla consultazione della giurisprudenza costituzionale italiana<sup>48</sup>.

Dal diritto di proprietà privata è estrapolato un “limite superiore” (dinamico ma, in ogni caso) assai pregnante, secondo cui il prelievo fiscale non può estendersi sino al punto da compromettere l'utilità, la rilevanza e la significatività del risultato economico del singolo contribuente.

La centralità della dimensione reddituale nella costruzione del limite massimo all'imposizione appare, anche in questo contesto, evidentissima.

## 6. La (non folta) giurisprudenza costituzionale spagnola sul tema

L'esame dell'ordinamento costituzionale spagnolo (così come risultante dalla Costituzione iberica del 1978) e della giurisprudenza elaborata dal *Tribunal Constitucional* (omologo, evidentemente, della nostra Consulta) colpisce, già al primo contatto, per la presenza di una evidente diversità strutturale di partenza.

Invero, nella Carta fondamentale spagnola, è inserito un esplicito divieto di confiscatorietà per la leva fiscale. La previsione, che sembra

*alla luce degli apporti tedeschi di dottrina e giurisprudenza*, «Rivista di diritto tributario», 2007, X p. 901 e spec. *sub* nota. 103.

<sup>48</sup> La constatazione dischiude un profilo quasi paradossale dell'esame condotto, laddove si è accertata la maggiore tutelabilità avverso l'imposta confiscatoria sul versante costituzionale tedesco, pur in presenza di un assetto in cui il principio di capacità contributiva nemmeno risulta espressamente dettato dalla carta fondamentale, ma solo estratto in via interpretativa (si ricordi, dal principio di eguaglianza) ad opera del *Bundesverfassungsgericht*. Rileva questo aspetto, in modo molto elegante, L. PALADIN, *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, «Rivista di diritto tributario», 1997, V, pp. 305-306, laddove, rilevata la maggiore evidenza ottenuta dal principio della capacità contributiva nella Carta fondamentale italiana (ivi essendo tale principio statuito *per tabulas*, al contrario di quanto accade – come detto – in Germania), ammetta come il divario tra i due ordinamenti (quello italiano, da un lato; quello tedesco, dall'altro) rimanga “*confinato sul piano delle disposizioni testuali; tanto che il grado di penetrazione del sindacato giurisdizionale sulla legittimità della legislazione tributaria non è certo più alto in Italia rispetto alla Germania*”. Sulla medesima linea, G. FALSITTA, *Storia veridica, in base ai “lavori preparatori”, della inclusione del principio di capacità contributiva nella Costituzione*, «Rivista di diritto tributario», 2009, II, p. 129.

rappresentare un vero e proprio *unicum* a livello europeo<sup>49</sup>, è contenuta nell'art. 31, par. 1, laddove letteralmente si afferma che “*todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*”<sup>50</sup>.

Il divieto, così posto, pare innestarsi nel cuore del concetto stesso di progressività del prelievo, espungendo dalle possibili sue declinazioni ogni configurazione che determini l'incisione sino ad esaurimento della “*capacità economica*” del contribuente.

Irrisolto rimane tuttavia, giacché non appare null'altro specificato nel testo costituzionale, il problema di comprendere a quale livello marginale del prelievo detto divieto possa con ragionevole sicurezza dirsi infranto.

In effetti, le riflessioni elaborate dal *Tribunal Constitucional* poco aiutano in questo senso, in nulla contribuendo ad integrare o chiarificare cosa debba esattamente intendersi per “*portata confiscatoria*” (potendosi ancora interrogare l'interprete se, a titolo d'esempio, una imposizione reddituale superiore al 70 per cento realizzi o meno un effetto disapprovato dalla Costituzione).

L'unico contributo giurisprudenziale di un qualche rilievo, ai fini interpretativi segnalati, sembra rinvenibile nella sentenza 150/1991<sup>51</sup>, nella quale la Corte costituzionale abbraccia un concetto di confiscatorietà del prelievo come conseguenza della sovrapposizione di una pluralità di forme d'imposizione, la cui aggregazione unitaria potrebbe subdolamente infrangere il divieto costituzionale.

Nella citata sentenza, invero, confrontandosi con il sindacato di costituzionalità di una imposta addizionale del 3 per cento introdotta dalla Comunità Autonoma di Madrid, la Corte, considerato che *este límite constitucional se establece con referencia al resultado de la imposición, puesto que lo que se prohíbe no es la confiscación, sino justamente que la imposición tenga “alcance confiscatorio”*>>, ha quindi ritenuto essere evidente che <<*el sistema fiscal tendría dicho efecto si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes, se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, con lo que además se estaría desconociendo, por*

<sup>49</sup> Tale profilo di originalità è rilevato dallo stesso K. ТИРКЕ, *I limiti*, cit., p. 775.

<sup>50</sup> Ossia: “*tutti contribuiscono al sostenimento della spesa pubblica in base alla loro capacità economica attraverso un sistema tributario giusto, ispirato ai principi della eguaglianza e della progressività, la quale in nessun caso raggiungerà una portata confiscatoria*” (traduzione nostra).

<sup>51</sup> *Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia n. 150/1990 de 4 octubre*, in banca dati Westlaw ES.

*la vía fiscal indirecta, la garantía prevista en el art. 31.1 de la Constitución; como sería asimismo, y con mayor razón, evidente el resultado confiscatorio de un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuya progresividad alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta*<sup>52</sup>.

Analoga, pedissequa statuizione di principio è contenuta nella giurisprudenza successiva [sentenze del TC nn. 14/1998, 233/1999 e, più recentemente, 71/2008<sup>53</sup>].

Ciò che risulta è dunque che, nonostante la sua solidificazione testuale nella Costituzione, il divieto di “portata confiscatoria” non ha trovato, almeno per il momento, alcuna significativa esplorazione sul versante giurisprudenziale. L’unica sentenza di cui abbiamo riportato più in alto un inciso e le successive sentenze alla prima conformi (di cui si sono riportati gli estremi), poco o nulla contribuiscono a chiarire in merito all’esatta portata del divieto. L’esemplificazione utilizzata dai giudici costituzionali si colloca, infatti, al limite della tautologia o della rilevazione di verità lapalissiana, unicamente utile ad escludere dal novero delle configurazioni impositive legittimamente implementabili dal legislatore tributario quelle aventi “portata integralmente espropriativa” (nel senso di intaccare in modo pieno il reddito e i beni patrimoniali del contribuente), ovvero le imposte sul reddito che assorbono il 100 per cento dell’imponibile.

Mentre i contributi della dottrina sull’argomento sono ponderosi e innumerevoli<sup>54</sup>, insomma, l’esperienza applicativa del principio costi-

<sup>52</sup> L’inciso, ricavato dal paragrafo 9 delle motivazioni in diritto (“*Fundamentos jurídicos*”) della sentenza, può essere tradotto nel modo seguente: la Corte, considerato che <<codesto limite costituzionale è fissato con riferimento al risultato prodotto dall’imposizione, posto che non è proibita la confisca, ma solo che l’imposizione pervenga ad un “esito confiscatorio”>>, ha quindi ritenuto essere evidente che <<l’ordinamento impositivo integrerebbe un simile risultato laddove, mediante l’applicazione delle diverse figure di tributo in vigore, si giungesse a spogliare il soggetto passivo dei suoi redditi e delle sue proprietà, ciò che comporterebbe una subdola frustrazione della garanzia incorporata nell’art. 31, comma 1 della Costituzione; del pari evidente sarebbe, e con maggior ragione, l’effetto confiscatorio di una imposta sul reddito delle persone fisiche la cui progressività comportasse un’aliquota media di tassazione pari al 100 per cento del reddito imponibile>>.

<sup>53</sup> Per la precisione: *Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia n.186/1993 7 de junio; Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia n. 14/1998 de 22 enero e Tribunal Constitucional (Pleno), Auto n. 71/2008 de 26 febrero*, tutte estraibili dalla banca dati Westlaw ES.

<sup>54</sup> Rammentiamo, tra gli innumerevoli scritti e senza alcuna pretesa di esaustività: le opere monografiche di C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, *La no confiscatoriedad en la imposición sobre el consumo*, Editorial Publicaciones del Real Colegio de España, Bologna, 2008 e di F. GARCIA DORADO, *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*, Dykinson, Madrid, 2002; i contributi su rivista o in opera collettanea di A. AGULLÓ AGUERO, *Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del sistema tributario*, «Civitas, Revi-

tuzionale rimane estremamente modesta e poco incline a spendersi sul difficile terreno della enucleazione quali-quantitativa del limite massimo al prelievo fiscale.

La qual cosa non riflette necessariamente una debolezza strutturale dell'ordinamento spagnolo sotto il profilo della tutela rispetto alle imposizioni "strozzanti" o eccessive.

La scarsa evidenza di esiti giurisprudenziali, detto in modo più chiaro, potrebbe a parer nostro essere la semplice conseguenza di una modesta sollecitazione della Corte costituzionale da parte dei giudici di merito e dei contribuenti.

Situazione che, a sua volta, potrebbe derivare dal fatto che il sistema impositivo si muove mantenendosi autonomamente all'interno di un perimetro di non confiscatorietà.

È stato autorevolmente osservato<sup>55</sup>, infatti, come il divieto costituzionale spagnolo di confiscatorietà trovi un preciso momento di solidificazione nel tessuto legislativo, attraverso una clausola specifica di auto-limitazione del prelievo (cd. "*Límite de la cuota íntegra*"), inserita tra le disposizioni in punto di "Imposta sopra il patrimonio". Ivi, proprio all'art. 31, sarebbe prescritto che "*La cuota íntegra de este Impuesto conjuntamente con las cuotas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no podrá exceder, para los sujetos pasivos sometidos al impuesto por obligación personal, del 60 % de la suma de las bases imponibles de este último*"<sup>56</sup>.

sta española de Derecho financiero», 1982, XXXVI, p. 555 ss.; ID., *La capacidad económica como derecho del ciudadano: su fundamento en nuestro marco constitucional*, in *Dal Diritto Finanziario al Diritto Tributario. Studi in onore di Andrea Amatucci*, Temis S.A.-Jovene, Bogotá - Napoli, 2011, III, p. 77 ss.; ESCRIBANO F. LOPEZ, *La prohibición de alcance confiscatorio del sistema tributario en la Constitución Española*, «Civitas, Revista española de Derecho financiero», 2009, CXLII, p. 403 ss.; ID., *Il divieto di "alcance confiscatorio" del sistema tributario nella Costituzione spagnola*, in *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, a cura di M. Beghin, F. Moschetti, R. Schiavolin, L. Tosi, G. Zizzo, Cedam, Padova, 2012, p. 109 ss.; C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, *La determinación de un límite cuantitativo a la imposición indirecta y la extrafiscalidad*, «Nueva Fiscalidad», 2011, p. 9 ss.; ID., *Situación actual de la prohibición de confiscatoriedad en materia tributaria: la experiencia española en el contexto de la Unión Europea*, «Rivista trimestrale di diritto tributario», 2012, I, p. 137 ss.; ID. *Cómo concretar la prohibición de confiscatoriedad haciendo el sistema tributario más progresivo*, «Cronica Tributaria», 2018, I, p. 147 ss.; A. RODRÍGUEZ BEREIJO, *El sistema tributario en la Constitución (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, «Revista española de Derecho constitucional», 1992, XXXVI, p. 9 ss.

<sup>55</sup> Che la citata disposizione rappresenti una chiara emersione nel sistema impositivo del divieto di confiscatorietà è ad esempio rilevato da R. CALVO ORTEGA, *Derecho tributario, Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 61.

<sup>56</sup> Letteralmente (traduzione nostra), "*l'intero importo della presente imposta (sul patrimo-*

Torna nuovamente, sotto queste precise spoglie, l'evidenza del necessitato, simbiotico collegamento tra imposizione patrimoniale e dimensione reddituale. Sua mercé, il prelievo potrà anche cadere su patrimoni improduttivi; ma non potrà eccedere, in ogni caso, una quota del reddito, quest'ultimo rappresentando — per l'appunto — la misura di riferimento nella determinazione dell'idoneità contributiva del singolo.

## 7. Considerazioni conclusive

Giunge, a questo punto, l'esigenza di "tirare le fila" del discorso, verificando se, dal quadro delle differenti esperienze costituzionali sopra esaminate, sia possibile attingere un comune ed unificante indirizzo, quanto alla esistenza del discusso "limite massimo" e alla riproducibilità di tale indicazione anche nel nostro contesto ordinamentale.

Orbene, sembra chiaramente farsi strada, innanzitutto, l'idea che, nelle (assai significative, per quanto spiegato) basi continentali di raffronto utilizzate e nella pluralità degli schemi argomentativi seguiti da ciascuna delle diverse Corti, sia in ogni caso rintracciabile una consonante e concorde convergenza verso la solidificazione di un limite massimo all'imposizione tributaria.

In altri termini, se v'è un insegnamento che sembra ritrarsi dalla comparazione sopra condotta, questo è che la soglia costituzionale della tassazione eccessiva o confiscatoria esiste e, laddove non positivizzata in termini espliciti, può comunque essere attinta a livello interpretativo, *sub specie* di limite quantitativo strettamente individuale, calibrato sulla specificità della persona e ad essa (persona) conformato. Non stiamo parlando, quindi, di un limite cristallizzabile aprioristicamente in entità numerica assoluta e puntuale, in un ammontare misurabile con il "bilancino dell'orafo"<sup>57</sup>. Siamo invece al cospetto di una soglia che solidifica in termini dinamicamente mutevoli, risultando sensibile e recettiva rispetto alle esigenze del contingente sistema sociale e politico di riferimento, rimanendo tuttavia immutevolmente intollerante rispetto all'ipotetico su-

*nio) unito all'importo dell'imposta sul reddito delle persone fisiche non potrà superare, per ogni soggetto passivo assoggettato al prelievo a titolo personale, il 60 per cento della somma dei redditi imponibili in capo a quest'ultimo". Sulla clausola in questione, v. diffusamente G. FALSITTA, *L'imposta confiscatoria*, cit., spec. pp. 260-261, nota 91.*

<sup>57</sup> L'espressione, pur con diversità di contesto, è mutuata da G. FALSITTA, *Capacità economica, capacità contributiva e "minimo vitale"*, in « Dialoghi Tributari », 2009, II, p. 125.



peramento di alcuni puntelli, incentrati sulla dimensione personalistica del rapporto d'imposta e qualitativamente individuabili.

Invero, dette linee di necessario contenimento all'espansione della pressione fiscale sembrano coagularsi e trovare il proprio fondamentale termine di misurazione nella situazione economico-reddituale del contribuente; situazione che, pur con l'inevitabile malleabilità concettuale che contraddistingue la definizione di "reddito"<sup>58</sup>, mantiene di fatto una costante centralità nelle indagini esperite dagli organi giudiziari continentali passate in rassegna nelle pagine precedenti.

La sacralità dell'idoneità soggettiva "redditocentrica" alla contribuzione – come visto – emerge in modo lapalissiano, sia nelle argomentazioni del *Conseil* francese, che in quelle del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, per entrambe le Corti risultando pacifico ed assodato come, anche nella prospettiva del combinato operare di imposte differenti, il complessivo prelievo fiscale, determinato dall'incidenza aggregata di eterogenei prelievi, non possa mai compromettere in modo sostanziale "l'utilità privata del reddito", degradando altrimenti in imposizione "strozzante" e confiscatoria.

Gli spunti ermeneutici ed argomentativi così enucleati appaiono significativi anche laddove riportati e innestati nel contesto della nostra Carta fondamentale, per l'evidente affinità delle basi assiologiche di partenza.

La saldatura storica che collega l'art. 53 Cost. e l'art. 13 della *Declaration* del 1779 è del resto nota e milita chiaramente nel senso dell'individuazione del principio di capacità contributiva come piedistallo elettivo su cui erigere il concetto di limite massimo dell'imposizione.

Ciò è indirettamente confermato dalla scelta del Costituente spagnolo, il quale, da un lato, derubrica il fondamentale concetto della capacità contributiva nei termini, assai meno stringenti e garantisti, della mera "capacità economica"; dall'altro, coerentemente esplicita e positivizza l'anzidetta "*prohibicion de alcances confiscatorio*", con ciò indirettamente confermando il maggiore spessore garantistico del concetto di capacità contributiva, che deve pertanto intendersi come sinteticamente espres-

<sup>58</sup> In merito all'indicata malleabilità, sia permesso di rimandare a M. POGGIOLI, *Indicatori*, cit., p. 37 ss., ove richiami bibliografici in tema. Tra questi ultimi, v. in particolare G. FALSI, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, 2021, p. 2 ss.; ID., *Giustizia tributaria*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 278.

sivo anche di una limitazione individuale all'eccessivo dilatarsi dell'incidenza fiscale<sup>59</sup>.

Non meno importante l'indicazione confermativa circa l'esistenza del "limite massimo" espressa dai diritti domenicali, secondo l'insegnamento tedesco; anche se considerati disgiuntamente dal principio di capacità contributiva, tali diritti esprimono, attraverso il filtro del principio della proporzionalità, un'altra, consonante declinazione del medesimo argine costituzionale alla tassazione eccessiva di cui abbiamo sin qui discusso.

La circolarità logica del presente contributo può dunque, conclusivamente, trovare l'annunciato compimento.

L'esame comparato sembra invero indirizzarci in una precisa direzione. Esso sospinge a prediligere, nel quadro dell'antitesi teorica da cui abbiamo preso le mosse, l'impostazione cd. "garantista", giacché induce ad enucleare, in ognuno dei tre distinti approdi nazionali, l'esistenza di un effettivo e concreto limite massimo all'imposizione, curvato sulla dimensione personalistica e concreta del singolo contribuente<sup>60</sup>. Suggerisce,

<sup>59</sup> La superiore impegnatività dell'espressione "capacità contributiva" è delineata con grande chiarezza e sintesi, per tutti, da G. FALSITTA, *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la costituzione repubblicana*, Milano, 2014, *passim*.

<sup>60</sup> In senso diametralmente opposto, vanno segnalate le considerazioni svolte da STEVANATO D., *La giustificazione sociale dell'imposta*, Il Mulino, Bologna, 2014, *passim* e spec. p. 269 ss. Ivi, il chiaro Autore abbraccia già in partenza l'appiattito (ma scientificamente assai discutibile) assioma secondo cui l'espressione "capacità contributiva" (così come utilizzata nell'art. 53 Cost.) sia da intendersi in termini concettualmente fungibili rispetto a "capacità economica", da lì evidentemente muovendo verso conclusioni palesemente divergenti (se non radicalmente opposte) rispetto a quelle che sono espresse nel presente contributo. Il noto Autore invero, pur richiamando le esperienze della giurisprudenza costituzionale francesi, tedesche e spagnole a cui si è qui fatto riferimento, ne ridimensiona ampiamente la significatività, anche ai fini dell'enucleazione di un limite massimo alla imposizione in ambito nazionale. In linea di massima, infatti, secondo STEVANATO, "anche quando l'imposta finisce per avocare allo Stato tutta la ricchezza tassata, non si può dire che non sussista una "capacità" di contribuire, cioè una disponibilità economico-patrimoniale da cui attingere per pagare il tributo" (p. 275). A suo dire, la formula letterale impiegata nell'art. 53 comma 1 Cost., quindi, richiede soltanto che "il legislatore fissi i presupposti dei tributi fondandoli su manifestazioni di ricchezza del soggetto passivo, ma non sembra utilizzabile per sindacare il livello delle aliquote e la dimensione del prelievo". Vista attraverso codesta lente, è logico che l'impostazione reddito-centrica, estesa orizzontalmente sino a ricomprendere ogni presupposto impositivo, appaia letteralmente allo Stevanato come destinata ad "assumere una latitudine smisurata e perdere ogni capacità esplicativa" (ivi, pp. 292-293, spec. sub nota. 41). Non si tratta, sin qui, di affermazioni particolarmente originali, adagiandosi queste ultime, per lo più sulla scansione argomentativa delle note (ed antistoriche) teorie "minoritarie" o "negazioniste" (su cui già ci siamo soffermati *supra*, sub nota 11). Un aspetto d'originalità si rinviene, di converso, nelle riflessioni immediatamente successive dell'Autore, elaborate in una prospettiva *de iure condendo*. In particolare, in luogo che

altresì, che tale limitazione quantitativa individui la propria principale piattaforma di costruzione interpretativa nel fondamentale principio di capacità contributiva, ben innervato anche nell'art. 53 della nostra Carta fondamentale, trovando ampie, coerenti e sussidiarie conferme rafforzative nella tutela costituzionale della cd. "economia privata".

*“insistere su un approccio individuale finalizzato alla tutela del singolo contribuente nel rapporto con lo Stato impositore”, secondo STEVANATO, appare “maggiormente sensato e produttivo”, nell’ottica di garantire la sostenibilità di lungo periodo del prelievo fiscale, riflettere sull’introduzione ex novo nel corpo della Carta fondamentale di un limite massimo al prelievo, questa volta riferito (non già alla dimensione personale del contribuente, ma) alla pressione fiscale complessiva. Ciò significherebbe “porsi in una prospettiva macroeconomica, che misuri l’incidenza del prelievo fiscale complessivo (pressione fiscale) su una grandezza aggregata, quale ad esempio il prodotto interno lordo o il reddito netto nazionale, stabilendo una clausola di stabilizzazione del gettito in rapporto alla ricchezza della nazione e garantendo così la sostenibilità del sistema in una prospettiva multiperiodale”. La proposta è senz’altro suggestiva ed ha, tra gli altri, il merito di riportare la dimensione economico-reddituale al centro della discussione. Non pochi dubbi e perplessità, allo stesso tempo, rimangono. Tralasciando la questione della “sostenibilità del prelievo” (assai più correttamente riferibile, a sommosso avviso di chi scrive, alla dimensione individuale della “persona”, in luogo che ad una generica ed inscindibile collettività), resta un’evidentissima ed irrisolvibile contraddizione logica nella tesi dell’Autore, che nega dapprima alla dimensione reddituale, quando riferita alla generalità dei presupposti del prelievo, qualsivoglia “capacità esplicativa”, salvo, dipoi, inaspettatamente proporre che proprio a tale dimensione reddituale (sub specie di “reddito netto nazionale” o “prodotto interno lordo”) venga in futuro agganciato il limite massimo al prelievo fiscale.*

# Conflitto di doveri e cause di esclusione della punibilità: riflessioni dal “laboratorio” delle c.d. scelte tragiche in emergenza pandemica\*

*Debora Provolo*

*Professoressa associata di diritto penale*

SOMMARIO: 1. Il *triage* ospedaliero in emergenza pandemica. 2. Conflitto di doveri e non punibilità del medico. 3. Il problema dell'individuazione dei criteri idonei ad orientare la scelta micro-allocaativa del curante. 4. Una riflessione conclusiva.

## 1. Il *triage* ospedaliero in emergenza pandemica

Tra i molteplici profili rispetto ai quali il diritto penale è stato chiamato prepotentemente in causa dall'emergenza sanitaria da Covid-19<sup>1</sup>, intendo soffermarmi in questa sede sulla delicata questione delle c.d. “scelte tragiche” in ambito medico-sanitario.

Non v'è dubbio, e questo va detto subito, che la “tragicità delle scelte”, nello specifico contesto pandemico, sia riconducibile non solo alle particolari caratteristiche del morbo che ci si è trovati a dover contrastare (del

\* Testo, corredato di note, della relazione tenuta al Convegno “Covid e impatto della pandemia sul diritto” - Innsbruck, 9 giugno 2022 - Università di Innsbruck

<sup>1</sup> Le implicazioni penalistiche della pandemia da Covid-19 hanno spaziato dal problema della risposta sanzionatoria alle violazioni delle generali prescrizioni volte a contenere la diffusione del contagio, al proliferare della criminalità economica e della criminalità organizzata nei principali settori deputati al contrasto dell'emergenza sanitaria, al problema dello “scudo penale” per il sanitario sotto il profilo della responsabilità colposa, alla spinosa questione della gestione del coronavirus all'interno degli istituti di pena; per una panoramica v. A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, p. 441 ss.

quale non si sapeva nulla), ma anche, e in larga misura, alle pregresse carenze del principale sistema organizzato di risposta alla pandemia, cioè il sistema sanitario nazionale che, con riferimento alla situazione italiana, si è trovato fortemente impreparato a gestire un fenomeno emergenziale di tale portata. Peraltro, se è vero che l'Italia è stato il primo paese occidentale ad aver subito l'onda d'urto della pandemia, è però altrettanto vero che si tratta di una situazione che ha in qualche modo interessato, seppur in diversa misura, molti altri Paesi europei, e non solo (particolarmente critica è stata, ad esempio la situazione in Spagna, molto meglio quella in Germania o in Austria, ma comunque picchi preoccupanti che hanno messo in tensione le terapie intensive si sono registrati un po' ovunque)<sup>2</sup>. Non è mio compito né è possibile in questa sede esprimere valutazioni rispetto alle decisioni istituzionali pregresse che hanno determinato una particolare contrazione di risorse in tempi precedenti all'epidemia<sup>3</sup>.

Ciò che mi preme è, invece, evidenziare come il problema dell'eccezionale squilibrio tra esigenze di salute e risorse mediche disponibili<sup>4</sup> nelle fasi più acute dell'emergenza sanitaria da Covid-19 (quelle iniziali in particolare) abbia reso drammaticamente attuale e riportato al centro del dibattito penalistico il tema - prima confinato ai casi di scuola richiamati nella manualistica o comunque a casi estremi, come quelli che possono ricondursi alla medicina in contesto bellico - del conflitto di doveri gravante sul medico in situazioni di c.d. "scelte tragiche".

<sup>2</sup> Sul punto v. G. GRISTINA, M. PICCINNI, *Il Sistema Sanitario Nazionale e la pandemia da SARS-CoV-2: un disastro annunciato? Riflessioni per un cambiamento*, in *Recenti Prog. Med.*, vol. 113, 2022, p. 42 ss.

<sup>3</sup> Sul delicato tema della distribuzione complessiva delle responsabilità penali nella gestione della pandemia, anche con riguardo alla possibile configurabilità di una responsabilità per colpa in capo ai vertici amministrativi e politici, v. R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *Sist. pen.*, fasc. 7/2020, p. 85 ss. In argomento v. pure G. DODARO, *Mors tua, vita mea, morire con il Covid per l'assenza di posti letto. Linee di fuga della responsabilità lungo la catena di "comando e controllo" della sanità*, in G. LOSAPPIO (a cura di), *Scelte tragiche*, Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" (Taranto, 11.12.2020), in *Quad. Dip. jonico*, 18/2021, p. 189 ss.

<sup>4</sup> Sul tema delle decisioni dilemmatiche in carenza di risorse si rinvia ad un volume che costituisce ormai un "classico" in argomento: G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic Choices. The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, W. W. Norton & Company, New York, 1978. Si veda anche la recente intervista rilasciata da Philip Bobbit a Roberto Conti, *Tragic Choices 42 anni dopo. Philip Bobbit riflette sulla pandemia*, in *Giustizia Insieme*, 17 maggio 2020.

Il problema ha riguardato specialmente gli anestesisti-rianimatori, sui quali è ricaduto sin da subito un particolare carico per una serie di fattori che caratterizzano l'emergenza sanitaria da Covid - 19: la necessità di trattamenti intensivi per i malati più gravi; la circostanza che sono gli anestesisti-rianimatori ad essere depositari del sapere clinico e delle competenze tecniche necessarie per gestire e modulare le cure intensive; il fatto che i *setting* di terapia intensiva e sub-intensiva in Italia si trovassero, per varie ragioni, già prima della pandemia, in una situazione di *deficit* di risorse.

È chiaro che scegliere in emergenza e con risorse limitate è un problema quotidiano e ordinario nelle terapie intensive. Anche nei reparti di pronto soccorso si attuano quotidianamente pratiche di "*triage*" (termine francese che significa "selezione"), ove la priorità di trattamento viene stabilita in base alla maggiore gravità di compromissione del quadro clinico (e, dunque, "più il paziente è grave, prima lo si tratta").

Il problema specifico, però, delle fasi più acute della pandemia è stato dato dal fatto che ci si è trovati di fronte ad una situazione di grave e talvolta gravissima carenza di risorse che non era, per così dire, "puntuale", bensì si presentava come "prospettica". Per essere più precisi, l'emergenza non si è concentrata in uno spazio e in un tempo dato e con un numero definito (o comunque definibile) di malati (come può avvenire in occasione di un terremoto, di una inondazione o di un grave incidente stradale, ferroviario o aereo), ma si è manifestata come una crisi di sistema e *in progress*, cioè destinata a diffondersi e a protrarsi per uno spazio e un tempo non prevedibili, caratterizzata dall'incremento rapido e progressivo dei malati, in cui si è reso necessario applicare criteri straordinari di razionamento delle limitate risorse a disposizione<sup>5</sup>.

Uno scenario tragico, dunque, non a caso paragonato da molti ad uno scenario di guerra. Ed è in effetti nel contesto della medicina militare che è emersa, nei secoli scorsi, l'esigenza di individuare priorità di trattamento a fronte di una forte sproporzione tra risorse disponibili e gruppi di pazienti: lo stesso termine francese "*triage*" ha origine proprio nella medicina militare, posto che la nascita del sistema del *triage* viene attribuita al barone Jean Dominique Larrey, medico militare che verso la fine del

<sup>5</sup> Sul contesto emergenziale pandemico e sulla carenza "prospettica" di risorse disponibili si rinvia a M. PICCINNI e al., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"*, in *Recenti Prog. Med.*, 2020, 111, p. 212 ss.

Settecento, durante le guerre napoleoniche, mise a punto un processo di selezione dei soldati feriti al fine di poter evacuare il campo di battaglia<sup>6</sup>.

Proprio questa gravissima carenza “prospettica” di risorse mediche e il conseguente problema della congestione delle terapie intensive, avvertito in molti Paesi all’indomani dell’insorgere della pandemia, hanno posto il personale sanitario nella drammatica situazione di dover scegliere a quali pazienti praticare il trattamento salvavita e quali, invece, escludere dalle cure.

I casi problematici convergono in particolare sulle ipotesi in cui si è imposto all’operatore sanitario di scegliere a quale paziente, tra una pluralità di soggetti bisognosi di cure, applicare il supporto ventilatorio, nonché in quelle, ancora più drammatiche e dolorose, in cui si è trattato di decidere se interrompere un trattamento intensivo già in atto, al fine di rendere la risorsa disponibile per un altro paziente con maggiori probabilità di sopravvivenza, e nelle quali ultime il dovere di soccorso per il medico si intreccia inestricabilmente con il dovere di non uccidere.

Si tratta di ipotesi in cui il curante viene gravato di un conflitto tra una pluralità di doveri giuridici, egualmente tassativi, aventi tutti ad oggetto la tutela di un bene di valore equivalente (il bene vita), che non possono essere contemporaneamente soddisfatti<sup>7</sup>. Da qui l’elemento di tragicità, perché salvare delle vite costituisce un guadagno ma a costo della perdita di altre vite, e il dovere di prestare assistenza intensiva può essere adempiuto nei confronti di alcuni, ma non di tutti coloro che ne hanno bisogno.

Si è detto che si tratta di scelte tragiche e dilemmatiche che vanno ben oltre l’ordinarietà delle *tragic choices* cui la medicina contemporanea è quotidianamente abituata (posto che contesti di squilibrio tra bisogni di cura e risorse disponibili riguardano anche in condizioni normali le terapie intensive, ma si pensi, per esempio, anche al trapianto di organi). E tuttavia queste situazioni eccezionali di conflitto “irrisolvibile” tra doveri sono destinate a ripresentarsi ogniqualvolta si registri una sproporzione

<sup>6</sup> A. MORRA et al., *Compendio di Medicina delle grandi emergenze*. Caleidoscopio italiano, 220, 2008, p. 34.

<sup>7</sup> Sul complesso tema del conflitto di doveri cfr., nella dottrina penalistica italiana, E. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? *Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Giappichelli, Torino, 2000; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000.

imprevista tra risorse disponibili ed esigenze di cura, con implicazioni concrete rispetto alla possibile ascrizione di addebiti penali ai medici<sup>8</sup>.

## 2. Conflitto di doveri e non punibilità del medico

La questione delle decisioni mediche in condizioni di carenza di risorse sanitarie ha suscitato un intenso dibattito, a livello nazionale ed internazionale, che ha coinvolto anche associazioni di professionisti medici e comitati etici, sul *triage* ospedaliero in emergenza pandemica, ossia sulle logiche cui fare ricorso per stabilire a chi dare preferenza nel trattamento sanitario.

Prima però di fare qualche riflessione sui criteri guida per le decisioni dilemmatiche da assumere in questo contesto, intendo soffermarmi sul tema del fondamento della non punibilità dell'agente che, in campo medico, versi in un simile conflitto "irrisolubile", posto che esigenze di giustizia inducono a considerare positivamente la condotta con cui il garante abbia assolto (pur sempre) il dovere imposto e, dunque, a mandarlo esente da pena.

La non punibilità del medico si pone, nel contesto delle scelte tragiche, sul crinale tra la logica dell'esclusione dell'antigiuridicità e quella dell'esclusione della colpevolezza.

La dottrina penalistica tradizionalmente chiama in causa la possibile operatività di alcune cause di esenzione dalla responsabilità penale a cui tali situazioni possono astrattamente essere ricondotte: adempimento del dovere, stato di necessità (giustificante o scusante) o generica - e dai più incerti confini - categoria dell'inesigibilità.

Peraltro, autorevole dottrina<sup>9</sup> non esita a richiamare l'operatività, in queste situazioni, della causa di impunità della "forza maggiore", disciplinata dal codice penale italiano all'art. 45, ossia una forza assoluta ed invincibile derivante dalla natura o dal fatto dell'uomo, un accadimento, cioè, a cui il soggetto non può resistere o che comunque non può evitare. È discusso peraltro se la *vis maior* insuperabile faccia venire meno nel soggetto la coscienza e la volontà della condotta (e dunque la *suitas*)<sup>10</sup> oppure se escluda

<sup>8</sup> Sul tema v., con ampio riferimento alla dottrina tedesca, R. ALAGNA, *Profili penali del triage in pandemia*, Giappichelli, Torino, 2022.

<sup>9</sup> G. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del 'principio di realtà'*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, p. 992 ss.

<sup>10</sup> Così la dottrina maggioritaria, v., per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 233.



il rimprovero di colpa<sup>11</sup>. Ad ogni modo, con specifico riferimento alle scelte tragiche nell'emergenza pandemica si è sostenuto che la forza maggiore escluderebbe il fatto tipico<sup>12</sup>. Si tratterebbe, più precisamente, di una mancanza di tipicità dovuta ai limiti della posizione di garanzia, sulla quale, invero, inciderebbero le carenze e le inadeguatezze del contesto in cui il medico si trova ad operare<sup>13</sup>. Il garante, infatti, è chiamato ad intervenire secondo le possibilità obiettivamente esistenti, nella maniera più consona all'interesse da tutelare: di fronte alla radicale impossibilità di soccorrere tutti i soggetti in pericolo, l'adempimento dell'obbligo a favore di uno degli interessati impedirebbe un analogo comportamento a beneficio dell'altro (o degli altri), data l'esistenza, per l'appunto, di un'insuperabile *vis maior*.<sup>14</sup> Ne conseguirebbe che la constatata impossibilità da parte del garante di adempiere simultaneamente a più obblighi impedirebbe di riconoscere nella sua condotta la violazione del dovere corrispondente alla posizione di garanzia rivestita<sup>15</sup>.

Tuttavia, questa soluzione non persuade completamente per il fatto che un margine di scelta, seppur tragica e condizionata dal contesto, permane comunque in capo al personale sanitario, il quale deve operare una valutazione dei potenziali beneficiari delle risorse intensive, valutazione che non potrà prescindere dall'esame delle caratteristiche dei pazienti, delle loro condizioni generali, del grado del pericolo su di essi incombente, nonché

<sup>11</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 465 ss.

<sup>12</sup> DE FRANCESCO, *op. loc. cit.*; v. pure ampiamente ID., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 237 s.

<sup>13</sup> Sull'incidenza di un contesto sistemico di grave carenza delle risorse sanitarie sulla posizione di garanzia del medico v. anche A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, p. 891 ss., il quale rileva che «l'impossibilità tecnica e materiale (dovuta, ad es., all'indisponibilità di strumenti di rianimazione) del destinatario dell'obbligo di garanzia di intervenire nella specifica situazione in cui si attende l'azione impeditiva si traduce nel difetto di poteri preventivi e, conseguentemente, nell'impossibilità di ritenere l'evento dannoso impedibile da parte del sanitario».

<sup>14</sup> G. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del 'principio di realtà'*, cit., p. 993.

<sup>15</sup> V. ancora G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Legisl. pen.*, 5.2.2021, p. 14 s., il quale richiama comunque la necessità di effettuare «un adeguato riscontro circa i dati rilevanti in simili circostanze (quali l'età dei pazienti, le relative condizioni generali, le rispettive *chances* di sopravvivenza, etc.; e non senza osservare, tuttavia, che proprio l'urgenza e gli eventuali *deficit* organizzativi non potranno sempre garantire l'*optimum* dei controlli ipotizzabili)».

delle possibilità di sopravvivenza di ciascuno. Si ricade, pertanto, a mio avviso, al di fuori dell'ambito di operatività della forza maggiore<sup>16</sup>.

Potrebbe allora essere più corretto ricercare il fondamento della non punibilità dell'agente altrove.

Una strada potrebbe essere quella di ritenere che l'impunità del medico si fondi sul principio di inesigibilità<sup>17</sup>. In altri termini, nel caso in cui il medico abbia dovuto scegliere a quale paziente salvare la vita in una condizione di carenza irrimediabile di risorse, non sarebbe possibile muovergli un rimprovero di colpevolezza trovandosi lo stesso ad operare in condizioni soggettive tali da non potersi da lui "umanamente" pretendere un comportamento diverso (inesigibilità, appunto, di una condotta conforme al diritto). Tuttavia questa ricostruzione si scontra con l'orientamento della prevalente dottrina<sup>18</sup>, ma anche e soprattutto della giurisprudenza italiana<sup>19</sup>, che tendono ad escludere l'ammissibilità di una causa generale preterlegale o sovralegale di esclusione della colpevolezza fondata sull'inesigibilità, in assenza di una scusante espressamente prevista dal legislatore.

La via più facilmente percorribile sembrerebbe allora quella di ritenere operante lo stato di necessità, posto che la dottrina italiana prevalente tende a ricondurre la figura del conflitto di doveri nell'ambito del soccorso di necessità<sup>20</sup>. L'art. 54 comma 1 c.p. stabilisce infatti che lo stato di necessità si applica anche a favore di chi commette il fatto per salvare un terzo dal pericolo attuale di un danno grave alla persona. Nel caso della scelta tragica l'operatore sanitario interviene a favore di soggetti terzi, con ciò ledendo il bene giuridico (di valore equivalente: la vita umana) di un altro paziente<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Nel senso dell'esclusione della sussistenza della forza maggiore laddove l'agente disponga di un sufficiente margine di scelta si esprimono, tra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 234.

<sup>17</sup> Sul tema dell'inesigibilità, v. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990.

<sup>18</sup> Cfr., tra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 429 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2020, p. 395 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 313 s.; M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 43. Sul punto v. anche, ampiamente, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 279 ss.

<sup>19</sup> Si vedano, ad esempio, di recente, Cass. pen., sez. V, 25 marzo 2019, n. 21133; Cass. pen., sez. III, 23 gennaio 2018, n. 38593.

<sup>20</sup> V., ad esempio, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, Artt. 1-84*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 578.

<sup>21</sup> Sull'operatività della scriminante dello stato di necessità con riguardo alle scelte tragiche in ambito medico v. G. M. CALETTI, *Stato di necessità terapeutica: paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, n. 3/2012, p. 53 s.

Prescindendo ora dall'affrontare la dibattuta questione della natura giustificante o scusante dello stato di necessità<sup>22</sup>, occorre però precisare che il caso del *triage* in emergenza pandemica sembrerebbe ricadere nello stato di necessità scusante<sup>23</sup>: la drammatica carenza di risorse che ha condotto a scelte tragiche ben si presta ad essere fonte di turbamento motivazionale nel processo decisionale nel caso in cui il medico abbia dovuto scegliere tra più soggetti tutti bisognosi del trattamento sanitario d'urgenza, con conseguente esclusione della colpevolezza<sup>24</sup>. Peraltro chi valorizza la dimensione scusante dello stato di necessità nel contesto delle scelte tragiche in emergenza pandemica avverte circa la necessità di una interpretazione rigorosa dei requisiti dell'esimente, in particolare dell'attualità del pericolo che grava sui pazienti, e ciò specialmente laddove si tratti dell'ipotesi in cui si debba decidere di staccare il ventilatore ad un paziente per somministrare il supporto vitale ad un altro<sup>25</sup>.

Quest'ultimo caso (che possiamo definire come *triage ex post*) è particolarmente problematico e lacerante, perché salvare i nuovi pazienti può voler dire uccidere quelli già ricoverati. In questi casi, nella teorica del conflitto di doveri viene solitamente accordata prevalenza al divieto di uccidere, nella sua dimensione di "*Abwehrrecht*", rispetto al dovere di soccorso

<sup>22</sup> Sul problema del fondamento dello stato di necessità v. diffusamente, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit.; E. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»?., cit.

<sup>23</sup> V. L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *DisCrimen*, 25.5.2020, p. 7, secondo cui «pare evidente che il perimetro di applicabilità dell'art. 54 c.p. coincida con la sua – limitata ma indiscutibile – dimensione scusante, fondata sull'inevitabilità del pericolo involontario e attuale di un danno grave alla persona e sulla ricaduta dell'azione necessitata su un terzo innocente». Propende per l'applicazione della scriminante di cui all'art. 54 c.p., pur prescindendo dal prendere posizione sulla natura, scusante o giustificante, della stessa, anche M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Legisl. pen.*, 22.6.2020, p. 5, il quale precisa come peraltro lo stato di necessità non possa coprire la condotta del personale sanitario che, ad esempio, a causa dello stress causato da condizioni lavorative emergenziali, compia un errore lieve che cagioni lesioni o la morte del paziente.

<sup>24</sup> In tal senso v. J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, in *Sist. pen.*, fasc. n. 12/2021, p. 15 ss., che richiama, a fondamento della scusante, il principio di inesigibilità.

<sup>25</sup> Cfr. G. M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, fasc. n. 5/2020, p. 11; L. RISICATO, *Mors tua, vita mea, morire con il Covid e per l'assenza di posti letto. Profili di responsabilità del "rianimatore"*, in G. LOSAPPIO (a cura di), *Scelte tragiche*, Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" (Taranto, 11.12.2020), in *Quad. Dip. jonico*, 18/2021, p. 174.

di altri pazienti che avrebbero potuto essere salvati<sup>26</sup>. Tuttavia, il ricorso allo stato di necessità, laddove si ritenga di ammetterlo, pare in linea di principio possibile per giustificare tanto la scelta del medico al momento di avvio della terapia intensiva (a quale paziente consentire l'accesso in caso di più soggetti che abbisognano di cure), quanto, entro limiti ben rigorosi, la decisione di interrompere un trattamento intensivo già in atto, al fine di rendere la risorsa disponibile per un altro paziente. È chiaro però che vi debba essere, da un lato, «l'immediato pericolo di vita del paziente che subentra nella fruizione del sostegno respiratorio, e dall'altro, la pressoché certa impossibilità di sopravvivenza del soggetto che viene "staccato" dal respiratore, di modo che la scelta non sia tra due vite umane, ma tra il salvarne una o nessuna»<sup>27</sup>. E ciò anche perché, sotto il profilo etico nonché giuridico, non erogare un trattamento ritenuto sproporzionato o sospenderlo sono opzioni sovrapponibili<sup>28</sup>.

Tuttavia, neppure la via salvifica del ricorso allo stato di necessità mi pare del tutto soddisfacente: e ciò soprattutto perché il soccorso di necessità implica una facoltatività di intervento, mentre nel caso delle scelte tragiche il curante è destinatario di una pluralità di doveri giuridici di agire<sup>29</sup> (costituiti da obblighi di garanzia): in altri termini, in questi casi il soccorso

<sup>26</sup> Sulla prevalenza, per il soccorritore, del dovere di astenersi dall'uccidere rispetto all'obbligo di attivarsi in vista della salvaguardia del medesimo bene vita v. ampiamente F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., 540 ss., il quale richiama la diversità delle posizioni soggettive tutelate dai doveri in conflitto nel caso concreto. In sostanza, secondo questa prospettiva, il paziente già sottoposto a trattamento avrebbe una generale pretesa a che altri si astengano dalla lesione del suo inviolabile diritto alla vita, mentre il paziente giunto successivamente in ospedale avrebbe una mera pretesa a che il garante o qualunque terzo si attivi in suo favore, ossia un "diritto sociale", geneticamente limitato dal bilanciamento con altri interessi e dalla scarsità delle risorse disponibili. Con specifico riferimento al contesto pandemico, v., per una diversa prospettiva, R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 71 ss., il quale rileva come l'unico criterio per il *triage* sia un criterio squisitamente medico: con riguardo al *triage ex post*, in particolare, l'A. afferma come non vi sia possibilità di distinguere tra azione ed omissione, essendo la cura un insieme complesso e inscindibile di momenti omissivi e commissivi, un "dovere di fare" che, per il curante, si sostanzia nell'applicazione corretta del criterio della prognosi.

<sup>27</sup> In questi termini G. M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit., p. 11.

<sup>28</sup> Sul punto si veda il documento "Grandi insufficienze d'organo 'end stage': cure intensive o cure palliative? "Documento condiviso" Per una pianificazione delle scelte di cura, elaborato dalla SIAARTI (Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva) nel 2013 ed approvato e condiviso da nove Società Scientifiche, reperibile sul sito <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Docs/SIAARTI-Documento-Grandi-insufficienze-d-organo-end-stage>.

<sup>29</sup> F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 519.

di necessità è obbligatorio<sup>30</sup>. La soluzione, allora, che, a mio avviso, appare più in linea con i principi di fondo del sistema, è quella di ricondurre il conflitto di doveri nell'alveo dell'esimente dell'adempimento del dovere ex art. 51 c.p.

Pare infatti corretto affermare che la scelta tra due doveri in conflitto costituisce di per sé l'adempimento del dovere di curare<sup>31</sup>: in altri termini, laddove i beni da tutelare - come nelle scelte allocative di cui stiamo trattando che concernono, appunto, la protezione del bene vita di più pazienti - siano tra loro equivalenti, dovrà ritenersi giustificata la condotta del medico che adempia almeno uno dei doveri in conflitto<sup>32</sup>. E ciò in quanto l'ordinamento gli impone di agire comunque, al fine di evitare il male maggiore rappresentato dalla lesione di entrambi i beni<sup>33</sup>.

Ciò detto però, il problema è posto ma non ancora risolto, anzi, a me pare che si sposti sulla scelta, o meglio, sui criteri che guidano la scelta allocativa in cui si concretizza l'adempimento del dovere.

<sup>30</sup> In questo senso v. F. BELLAGAMBA, *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1855 s.; v. pure G. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del 'principio di realtà'*, cit., p. 993 secondo cui «la pretesa di invocare la scriminante dello stato di necessità risulterebbe decisamente fuori luogo: non soltanto, per il carattere facoltativo del soccorso, ma anche perché, più in radice, sarebbe difficile ammettere che l'ordinamento, di fronte a simili circostanze, abbia esso stesso 'creato', per così dire, le basi normative di un conflitto tale da condurre a ravvisare un'omissione in capo al soggetto che pure abbia operato in ossequio all'obbligo di agire».

<sup>31</sup> Diversamente G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.c. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 4/2020, p. 13, il quale, pur ammettendo che, dal punto di vista del medico, è corretto affermare che la scelta tra due doveri in conflitto integra l'adempimento del dovere di curare, propende tuttavia per l'applicabilità dello stato di necessità, anche in considerazione del possibile indennizzo del danno ex art. 2045 c.c., posto che «il combinato disposto degli artt. 54 c.p.-2045 c.c., ... meglio esprime le molteplici sfaccettature della "scelta tragica", escludendo l'illiceità penale dell'atto medico ma, allo stesso tempo, lasciando aperto il discorso relativo all'allocazione delle conseguenze comunque lesive a carico della "vittima", anche a prescindere dalla sussistenza di una residua dimensione di illiceità extrapenalistica del fatto».

<sup>32</sup> F. VIGANÒ, *op. cit.*, 519, 548 s., il quale rileva in proposito che «il giudizio di anti-giuridicità di una condotta, se non presuppone necessariamente la *possibilità materiale* di adempimento del dovere..., purtuttavia presuppone almeno che l'ordinamento sia in condizioni di indicare all'agente quale sia il comportamento che da lui ci si attende. Laddove la possibilità di salvare *entrambe* le vite di fatto non sussista, si potrà certo deprecare il destino avverso, ma non si potrà ragionevolmente considerare illecito il comportamento del soggetto» (p. 549).

<sup>33</sup> F. BELLAGAMBA, *Ai confini dello stato di necessità*, cit., p. 1856.

### 3. Il problema dell'individuazione dei criteri idonei ad orientare la scelta micro-allocativa del curante

Ammettendo dunque che salvare il paziente A o, alternativamente, il paziente B, entrambi bisognosi di supporto respiratorio, configuri adempimento del dovere giuridico di soccorso che sussiste in capo al medico, è chiaro che ciò nulla dice circa la condotta doverosa nella situazione concreta, posto che non vi è alcuna indicazione, da parte dell'ordinamento, di un modello di condotta da seguire. Il che, peraltro, potrebbe indurre a ritenere la liceità di qualunque delle scelte possibili, stante, appunto, il carattere insolubile del conflitto<sup>34</sup>. Occorre però interrogarsi se sia davvero così, ossia se il conflitto che grava sul curante sia davvero "irrisolvibile", o se invece possano essere reperiti criteri, extralegali, per orientare la scelta del medico.

La questione dell'individuazione dei criteri<sup>35</sup> idonei ad indirizzare il processo decisionale del curante in tali contesti eccezionali, che tengano conto della concreta situazione nell'ambito della quale egli si trova ad operare, diviene allora cruciale. Si tratta, infatti, all'evidenza, di un profilo estremamente problematico, che chiama in causa criteri selettivi extra-giuridici suscettibili tuttavia di incidere sul perimetro della non punibilità, e che possono aprire a decisioni terapeutiche fondate su valutazioni di tipo utilitaristico piuttosto che legate all'appropriatezza clinica.

Se invero in condizioni normali la priorità dei ricoveri in terapia intensiva viene stabilita in conformità a una serie di criteri clinici ordinari che possono riassumersi in due categorie proprie di ogni decisione medica, cioè l'appropriatezza clinica e la proporzionalità delle cure, in situazioni emergenziali ci si chiede se questi possano essere integrati da

<sup>34</sup> Come rileva F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., 540, la qualificazione in termini di antigiuridicità di una determinata condotta presuppone il contrasto con un modello di condotta individuato come doveroso da parte dell'ordinamento, con la conseguenza che non sarebbe possibile qualificare la condotta concreta come contraria ad un modello che l'ordinamento stesso non è in grado di individuare.

<sup>35</sup> Sulla possibilità di configurare una responsabilità a titolo di eccesso colposo ex art. 55 c.p. in capo al curante qualora egli, nell'applicazione dei criteri selettivi, commetta un errore, anche lieve, nel bilanciamento tra il bene salvato e quello sacrificato v. G. M. CALETTI, *Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2020, p. 618; L. RISICATO, *Mors tua, vita mea, morire con il Covid e per l'assenza di posti letto. Profili di responsabilità del "rianimatore"*, cit., p. 172. Sul tema della colpa nell'eccesso e sul relativo problematico inquadramento nell'ambito dell'art. 590 *sexies* c.p., v. G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche"*, cit., p. 12, nota 31.

criteri clinici “straordinari” quali l’età biologica, la presenza di comorbidità e/o di fragilità, oppure da criteri cosiddetti “di valore” (non clinici) quali l’età anagrafica (con la definizione di una soglia), la condizione e il ruolo sociale, l’appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, e così via<sup>36</sup>.

La necessità di fare ricorso a criteri eccezionali emerge anche dal frequente accostamento, in molti documenti, del *triage* in pandemia al *triage* in “medicina delle catastrofi”, che ha l’obiettivo di portare il massimo beneficio al maggior numero di pazienti usando il minimo delle risorse<sup>37</sup>.

I criteri in astratto utilizzabili per queste scelte dilemmatiche sono riferibili, in sintesi, a due principali posizioni: secondo un approccio formalmente egualitarista, alla regola cronologica (c.d. *first come, first served*) o alla selezione casuale (c.d. *lottery*), e, in prospettiva utilitaristica, al principio secondo il quale è doveroso riservare risorse scarse o scarsissime a chi ha più probabilità di sopravvivenza e, secondariamente, a chi può avere più anni di vita salvata, in un’ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone<sup>38</sup>.

Il 6 marzo 2020 la Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) ha pubblicato un documento intitolato “*Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi*”

<sup>36</sup> G. GRISTINA, M. PICCINNI, *Il Sistema Sanitario Nazionale e la pandemia da SARS-CoV-2: un disastro annunciato? Riflessioni per un cambiamento*, cit., p. 44.

<sup>37</sup> A. MORRA et al., *Compendio di Medicina delle grandi emergenze*, cit, p. 35. Si tratta di un principio peraltro richiamato anche dal Codice di deontologia medica all’articolo 77, con riferimento alla medicina militare, alla quale, come detto, il contesto pandemico viene spesso assimilato: «*il medico militare, al fine di garantire la salvaguardia psico-fisica del paziente in rapporto alle risorse materiali e umane a disposizione, assicura il livello più elevato di umanizzazione delle cure praticando un triage rispettoso delle conoscenze scientifiche più aggiornate, agendo secondo il principio di “massima efficacia” per il maggior numero di individui*» In proposito, tuttavia, mi pare corretto precisare che il principio in esame va comunque letto nel quadro delle peculiarità che connotano la medicina militare, che riguarda operazioni che rispondono a logiche specifiche di quel contesto, come emerge del resto dalla seconda parte dello stesso art. 77, e, dunque, non esattamente coincidenti con quelle di una catastrofe o di un’epidemia. Si vedano sul tema gli interventi al Convegno nazionale «*Medicina militare tra storia, etica e attualità*” (Asiago, 19 luglio 2014), pubblicati nella rivista *La professione. Medicina, scienza, etica e società*, n. 3/2015, reperibile sul sito <https://portale.fnomceo.it/la-professione/>.

<sup>38</sup> Cfr. G. GRISTINA, M. PICCINNI, *Il Sistema Sanitario Nazionale e la pandemia da SARS-CoV-2: un disastro annunciato? Riflessioni per un cambiamento*, cit., p. 42. Sul tema dei criteri selettivi in rapporto ai diversi modelli bioetici di “giustizia” nella distribuzione delle risorse scarse v. L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l’etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw journal – Rivista di BioDiritto*, n.1/2020, p. 359 ss.

e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”.<sup>39</sup> Il documento, rivolto primariamente a rianimatori e anestesisti impegnati nel far fronte ad una fase particolarmente critica dell'emergenza, ha suscitato una pluralità di reazioni, anche molto critiche, all'interno della comunità medico-scientifica e nel mondo accademico, con vasta eco anche sul piano mediatico. Il documento suggeriva infatti agli anestesisti di distribuire le risorse in base al criterio della “maggior speranza di vita” dei pazienti, facendo appello anche alla possibilità di porre un limite di età per l'accesso alla terapia intensiva<sup>40</sup>.

Alla sua pubblicazione sono via via seguite diverse prese di posizione nei più svariati contesti internazionali: non solo la SIAARTI, dunque, ma anche società analoghe di altri Paesi (ad esempio in Belgio<sup>41</sup>, Spa-

<sup>39</sup> SIAARTI “*Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*”, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 7 marzo 2020. Sulla problematica dell'efficacia delle linee guida emanate da associazioni di categoria o enti pubblici e del relativo impatto sul sistema delle scriminanti, v. G. RUGGIERO, *Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico. Qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2021, p. 155 ss.

<sup>40</sup> V. la Raccomandazione n. 3 del Documento SIAARTI: «*può rendersi necessario porre un limite di età all'ingresso in TI. Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha in primis più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone*». Per un commento al Documento v., tra i tanti, e con diversità di accenti, M. PICCINNI e al., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI*, cit., p. 212 ss.; M. G. BERNARDINI, *Una questione di interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base all'età ed emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2020, p. 141 ss.; C. DEL BÒ, *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva. Uno sguardo filosofico sulle Raccomandazioni SIAARTI*, in *POLITEIA*, XXXVII, 141, 2021, p. 11 ss.; G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle Raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, p. 107 ss. Per una interessante ricerca, svolta nel 2020, su un campione di italiani, professionisti sanitari e non, relativamente alle scelte di cura da effettuare nei confronti di anziani in condizioni di scarsità di risorse v. I. MERZAGORA, *Ageism e scelte tragiche al tempo del Covid. Anziani e diritto alla cura nell'emergenza*, in *Fundamental rights*, 1/2021, p. 1 ss.

<sup>41</sup> *Ethical principles concerning proportionality of critical care during the 2020 COVID-19 pandemic in Belgium: advice by the Belgian Society of Intensive care medicine*, 26.3.2020, reperibile su [http://www.siz.be/wp-content/uploads/COVID\\_19\\_ethical\\_E\\_rev3.pdf](http://www.siz.be/wp-content/uploads/COVID_19_ethical_E_rev3.pdf).



gna<sup>42</sup> e Svizzera<sup>43</sup>) si sono mosse nella stessa direzione, producendo documenti simili, anche se non perfettamente coincidenti nei contenuti, a testimonianza del fatto che il problema era comune a molti Paesi<sup>44</sup> ed era pertanto fortemente sentita l'esigenza di offrire un po' di chiarezza agli operatori sanitari<sup>45</sup>.

In direzione opposta è sembrato andare invece il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) che, l'8 aprile 2020, ha pubblicato un documento dal titolo "Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del «*triage in emergenza pandemica*»", in cui si è riconosciuto il criterio clinico come il più adeguato punto di riferimento, ritenendo ogni altro criterio di selezione (quale ad esempio l'età, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi) eticamente inaccettabile. I criteri da applicare al *triage* in emergenza pandemica sono, a parere del Comitato, appropriatezza clinica, proporzionalità del trattamento<sup>46</sup> e attualità della necessità del supporto ventilatorio (che inserisce la valutazione individuale del paziente fisicamente presente nel pronto soccorso nella prospettiva più ampia della "comunità dei pazienti"). Nel

<sup>42</sup> Grupo de Trabajo de Bioética de la SEMICYUC (Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias). *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos*, marzo 2020, reperibile su: [www.semicyuc.org](http://www.semicyuc.org).

<sup>43</sup> Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), *Triage in der Intensivmedizin bei ausserordentlicher Ressourcenknappheit*, reperibile sul sito <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Intensivmedizin.html>.

<sup>44</sup> Per un'analisi comparatistica delle linee guida e raccomandazioni adottate con riguardo al *triage* pandemico dai diversi Paesi, cfr. S. JÖBGES, R. VINAY, V. A. LUYCKX, N. BILLER-ANDORNO, *Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis*, in *Bioethics*, 2020, 34: 948-959; H. J. EHNI, U. WIESING, R. RANISCH, *Saving the most lives—A comparison of European triage guidelines in the context of the COVID-19 pandemic*, in *Bioethics*, 2021, 35: 125-134.

<sup>45</sup> Lo scopo dichiarato delle Raccomandazioni SIAARTI è quello di «*sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi*» e di «*rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità*».

<sup>46</sup> Il CNB ha chiarito che per "appropriatezza clinica" deve intendersi «*la valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione*». A parere del Comitato, tale trattamento deve essere sempre proporzionato, ovvero tener conto del bilanciamento dei benefici e dei rischi rispetto al paziente; inoltre, ferma restando la priorità del trattamento secondo il grado di urgenza, altri fattori (quali gravità del quadro clinico in atto, comorbidità, quadro di terminalità a breve, ecc.) debbono essere oggetto di valutazione.

quadro del criterio dell'appropriatezza clinica, l'età è un parametro da considerarsi in ragione della sua correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica, non come criterio di valore in sé e per sé, che possa aprioristicamente escludere il paziente dall'accesso al trattamento<sup>47</sup>.

Anche secondo i pareri resi da Comitati nazionali di bioetica di altri Paesi il criterio dell'età in sé considerato, così come le decisioni fondate sullo *status* sociale o quelle motivate da un previo giudizio sulla qualità della vita, sono da ritenersi inaccettabili<sup>48</sup>. Mi pare questa sia anche la posizione della *Bioethikkommission* austriaca nel parere reso nel marzo 2020<sup>49</sup>.

Peraltro, anche nelle successive linee guida SIAARTI-SIMLA (Società Italiana Medicina Legale e delle Assicurazioni) emanate il 13 gennaio 2021, in aggiustamento delle precedenti Raccomandazioni,<sup>50</sup> si chiarisce che l'età deve essere considerata nel contesto della valutazione globale della persona malata e non sulla base di *cut-off* (cioè di scelte drastiche, nette) predefiniti.

È a mio avviso imprescindibile individuare parametri di accesso (e quindi un sistema di *triage*) alla terapia intensiva in condizione di carenza delle risorse disponibili che siano oggettivi, non arbitrari e applicati secondo una valutazione rigorosa del singolo caso. Deve trattarsi, insomma, di criteri che non generino discriminazioni, cioè trattamenti disuguali ingiustificati, che siano dunque rispettosi del principio personalistico costituzionale della eguaglianza e pari dignità di tutti gli esseri umani<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Si legge a pag. 8 del parere: «L'età, a sua volta, è un parametro che viene preso in considerazione in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica ma non è l'unico e nemmeno quello principale. La priorità andrebbe stabilita valutando, sulla base degli indicatori menzionati, i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza. Non si deve cioè adottare un criterio, in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente».

<sup>48</sup> Sul punto v. RAZZANO, *op. cit.*, p. 118.

<sup>49</sup> Si veda la *Stellungnahme* del 31 marzo 2020, *Zum Umgang mit knappen Ressourcen in der Gesundheitsversorgung im Kontext der Covid-19-Pandemie*, p. 12.

<sup>50</sup> Come si legge nel documento, le nuove linee guida sono il «frutto di una riflessione allargata ad altre componenti (giuridiche, medico-legali), nonché di una revisione critica delle esperienze maturate sul campo durante la prima ondata della pandemia a livello italiano e internazionale, oltre che delle riflessioni deontologiche, etiche e bioetiche suscitate dalla pandemia»: v. le «Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid 19», reperibili su [www.simlaweb.it](http://www.simlaweb.it)

<sup>51</sup> V. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 291, il quale, con specifico riferimento alle scelte tragiche, ritiene che il conflitto di doveri in capo al curante vada risolto tenendo conto,

Il che, peraltro, all'atto pratico, si presenta come operazione comunque complessa. Lo dimostra, in qualche modo, anche il parere del CNB, il quale, come detto, allarga le maglie del criterio clinico, ma non propone, se non attraverso indicatori (inevitabilmente) connotati da una certa vaghezza come quello della "maggiore possibilità di sopravvivenza" (all'interno dei quali, si è notato in dottrina, rischiano di essere recuperati criteri potenzialmente discriminatori, come, appunto, quello dell'età)<sup>52</sup>, parametri specifici da impiegarsi nel caso vi sia parità di giudizio clinico per più pazienti (cioè più pazienti tutti idonei clinicamente alla terapia intensiva)<sup>53</sup>.

Certo è, a mio avviso, che non può essere, come invece da taluno proposto<sup>54</sup>, il legislatore a farsi carico dell'individuazione, una volta per tutte, dei criteri allocativi da impiegare in carenza di risorse. Questa strada contraddirebbe, infatti, il principio di autonomia e responsabilità medica più volte affermato dalla Corte costituzionale<sup>55</sup> e avrebbe, inoltre, il difetto di cristallizzare i termini di un bilanciamento, di una valutazione che,

in base alle obiettive condizioni cliniche, delle maggiori possibilità di salvezza di uno dei beni in pericolo ed, a parità di esse, della maggiore urgenza, o, a parità anche di urgenza, della priorità temporale della richiesta, escludendo, in virtù del principio personalistico costituzionale della eguaglianza e pari dignità di tutti gli esseri umani, la possibilità di ricorrere a criteri utilitaristici o del privilegio (es.: alle maggiori disponibilità finanziarie, al maggiore potere politico, all'appartenenza ad un ceto sociale più elevato, all'incensuratezza penale); nello stesso senso v. F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, p. 1856.

<sup>52</sup> L. RISICATO, *Mors tua, vita mea, morire con il Covid e per l'assenza di posti letto. Profili di responsabilità del "rianimatore"*, cit., p. 172. Rileva O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *Legisl. penale*, 27.1.2021, p. 19, come il criterio dell'appropriatezza clinica sia meno equidistante di quanto appaia da una prima lettura del parere del CNB, posto che «per esplicito riconoscimento dello stesso CNB, infatti, la valutazione della situazione clinica del paziente implica un'inevitabile contestualizzazione e chiama quindi in gioco fattori quali le condizioni di salute generale e l'età dello stesso: elementi che insomma, cacciati dalla porta, rientrano nella valutazione attraverso una comoda finestra».

<sup>53</sup> Si veda sul punto la posizione di minoranza espressa, in seno al CNB, dal prof. Maurizio Mori e pubblicata unitamente al parere (pp. 12-15).

<sup>54</sup> Per un accenno in tal senso v. C. DEL BÒ, *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 14.

<sup>55</sup> Si veda, ad esempio, Corte cost. n. 282/2002: «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione».

invece, deve rimanere necessariamente fluida e adattabile alle specificità di ogni caso concreto<sup>56</sup>.

A me pare, allora, evidente che i criteri con cui allocare le scarse risorse di terapia intensiva in un contesto di emergenza sanitaria non possano che essere stabiliti a livello medico-scientifico, pur, come detto, nel rispetto dei principi costituzionali, imprescindibili nella ponderazione degli interessi in gioco, e, dunque, senza che vi sia spazio per aprioristiche esclusioni (basate ad esempio su soglie anagrafiche come fattore extra-clinico di limitazione *tout court* all'accesso alla terapia intensiva) o automatismi di sorta.

Il che però non significa, da un lato, che il medico debba essere lasciato alla solitudine della propria decisione o che si debba rinunciare a creare regole condivise tra gli operatori, né significa, dall'altro, che non vi debba essere massima trasparenza sui criteri allocativi prescelti, come ha precisato lo stesso CNB<sup>57</sup>, anche ai fini di individuare possibili profili di responsabilità penale.

#### 4. Una riflessione conclusiva

Non v'è dubbio, ad ogni modo, che l'emergenza pandemica e, in particolare, la questione dei criteri di scelta micro-allocativi delle risorse scarse ci abbia drammaticamente posti di fronte alla difficoltà di dare concreta e piena attuazione ai diritti fondamentali che competono a tutti con riguardo alla propria salute. E ciò anzitutto perché l'emergenza sanitaria ha rivelato l'asimmetria fra il paziente e il medico, nel momento in cui è stato quest'ultimo a dover assumere le decisioni tragiche (di vita o di morte), sovvertendo così la prospettiva del principio di autodeterminazione del paziente<sup>58</sup>, ossia l'architave che regge la relazione di cura.

Ma anche perché la pandemia ci ha dimostrato che non si è stati in grado di garantire l'uguaglianza, l'equità e l'universalità nell'accesso alle cure, principi cardine del nostro ordinamento e della nostra società, e che vi è stato uno scollamento tra il piano dei principi, anche costituzionali (diritto alla salute *ex art. 32 Cost.* ma, ancor prima, diritto alla

<sup>56</sup> Così M. PICCINNI e al., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI*, cit., p. 217.

<sup>57</sup> «I criteri adottati nel sistema sanitario debbono essere noti con chiarezza all'opinione pubblica, perché le scelte di ciascuno in proposito siano veramente libere e informate» (p. 10).

<sup>58</sup> G. M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit., p. 7.

vita) e la concreta attuazione degli stessi<sup>59</sup>. Sotto questo profilo, non si può che condividere il documento del CNB, il quale sottolinea con forza l'importanza della “*preparedness*” intesa come la capacità di «predisporre strategie di azione nell'ambito della sanità pubblica, in vista di condizioni eccezionali rispetto ad emergenze causate da pandemie».

Si potrà obiettare che si tratta, appunto, di condizioni eccezionali, estreme e, si dirà, auspicabilmente ormai superate, ora che l'emergenza pandemica (o comunque la sua fase più critica) sembra essersi definitivamente allontanata. E tuttavia le criticità che affliggevano la sanità pubblica italiana nel momento in cui si è stati costretti ad affrontare l'esplosione della pandemia<sup>60</sup>, e che tuttora persistono, rendono non così inverosimile la possibilità che il drammatico scenario dello squilibrio tra numero di pazienti bisognosi di cure e risorse disponibili si ripresenti anche in futuro, laddove si manifestino eventi (più o meno) straordinari tali da porre sotto stress il sistema sanitario. Viene da chiedersi allora se non sia invece il caso di mantenere alti il livello di allerta e la riflessione su questi temi, al fine di evitare che le scelte tragiche e dilemmatiche in medicina perdano, di nuovo, il loro carattere di eccentrico esempio da manuale di diritto penale e divengano, invece, regole da tipizzare.

<sup>59</sup> O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 20.

<sup>60</sup> Per una breve ma lucida sintesi delle principali criticità che connotavano il sistema sanitario italiano alla fine del 2019, v. ancora il parere del CNB dell'8 aprile 2020, nota n. 2.

# **Riparto delle competenze e finanziamento del diritto alla salute tra Stato e Regioni nella crisi pandemica**

*Guido Rivosecchi*

*Professore ordinario di Diritto costituzionale*

SOMMARIO: 1. Diritti e risorse al tempo della pandemia, tra crisi economica e crisi sanitaria. – 2. Il ruolo delle Regioni nell'emergenza sanitaria. – 3. *Segue*: la sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021: la profilassi internazionale come materia in senso oggettivo o come titolo di competenza "trasversale"? – 4. Il "nodo" dei livelli essenziali di assistenza sanitaria. – 5. La perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost. e i suoi riflessi sul finanziamento delle prestazioni sanitarie. – 6. I livelli essenziali di assistenza sanitaria come parametro di riferimento per la determinazione della spesa costituzionalmente necessaria: il contributo della giurisprudenza costituzionale. – 7. Considerazioni conclusive: "stabilizzazione" delle competenze, "certezza" delle risorse finanziarie ed esigenze collaborative tra Stato e Regioni nella cura del diritto alla salute.

## **1. Diritti e risorse al tempo della pandemia, tra crisi economica e crisi sanitaria**

La crisi pandemica ha notevolmente incrementato lo squilibrio tra le esigenze primarie inerenti alla soddisfazione del diritto costituzionale alla salute, da un lato, e le risorse umane, organizzative e finanziarie disponibili, dall'altro lato. Gli eventi dell'ultimo anno e mezzo hanno messo drammaticamente in rilievo come la scarsità di risorse, anzitutto di personale, medico e infermieristico, abbia investito il complesso della dimen-

sione organizzativa e dei mezzi di provvista necessari al soddisfacimento del diritto<sup>1</sup>.

Al contempo, l'emergenza sanitaria ha accelerato processi già in atto sin dal deflagrare della crisi economico-finanziaria dei debiti sovrani del 2011, determinando ulteriori e incisivi riflessi sul finanziamento delle prestazioni e sulla garanzia dei livelli essenziali di assistenza (d'ora in poi: LEA)<sup>2</sup>.

Peraltro, come messo in rilievo dai costituzionalisti italiani in tempi "non sospetti", ben lontani, cioè, dalle crisi, economiche e pandemiche, deve essere anzitutto ricordato che tutti i diritti costano<sup>3</sup>, nel senso che essi sono condizionati nell'attuazione legislativa dall'organizzazione e dai mezzi di provvista, secondo quella che è stata definita la «riserva del possibile e del ragionevole»<sup>4</sup>.

Il legislatore e la giurisprudenza costituzionale, quindi, si sono dovuti da tempo misurare con il piano della disponibilità dei mezzi finanziari di cui occorre tenere conto in sede di bilanciamento<sup>5</sup>. In tema di tutela del

<sup>1</sup> Come dimostra, tra gli atti di particolare rilievo nell'emergenza pandemica, il dibattito sul documento della Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (Siaarti) dal titolo *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*: su cui, cfr., tra gli altri, A. D'ALOIA, *Emergenza sanitaria e ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*, «Rivista di BioDiritto», 2020, 1, p. 20 e sgg.; C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive tra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, ivi, p. 441 e sgg.; S. ROSSI, *Società del rischio e scelte tragiche al temo del coronavirus*, «Rivista AIC», 2020, 3, p. 250 e sgg.

<sup>2</sup> Come sottolineato, da ultimo, anche dalla Corte dei conti nel Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica, approvato dalle Sezioni riunite in sede di controllo il 24 maggio 2021, in cui si lamenta: la riduzione progressiva della spesa pubblica per la sanità in atto da circa un decennio e la contrazione delle strutture di ricovero ospedaliere e di quelle di assistenza territoriale, tutti fattori, acuiti dall'emergenza pandemica, che incidono negativamente sull'erogazione dei LEA: cfr. CORTE DEI CONTI, *Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica*, Sezioni riunite in sede di controllo, Roma 2021, p. 268 e sgg.

<sup>3</sup> Sin dagli anni Sessanta del secolo scorso: cfr. M. MAZZIOTTI, voce *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano 1964, p. 805 e sgg.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti Sociali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, p. 29 e sgg.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova 1995, p. 121; G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, «Politica del diritto», 1999, p. 11 e sgg., spec. 14; e, soltanto successivamente, S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London 1999, trad. it. di E. Caglieri, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna 2000.

<sup>4</sup> A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., p. 30 e sgg.

<sup>5</sup> Cfr., tra le tante, sentt. n. 455 del 1990; n. 240 del 1994; n. 245 del 1997; n. 203 del 2016, punto n. 8 del "Considerato in diritto"; n. 192 del 2017, punto n. 9.2.4 del "Considerato in

diritto alla salute, ad esempio, basti richiamare alla mente il passaggio dalla sentenza n. 992 del 1988, secondo la quale è illegittima l'esclusione di qualsiasi prestazione sanitaria, trattandosi di valore costituzionale primario e fondamentale che impone piena ed esaustiva tutela, alla sentenza n. 455 del 1990 ove la Corte afferma che il diritto a essere curato, «basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere», si configura come diritto a prestazione «condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento», fermo restando il controllo della Corte stessa sul bilanciamento realizzato dal legislatore<sup>6</sup>.

In altre parole, come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza costituzionale, sussiste un inscindibile nesso tra accesso alle prestazioni e scelte organizzative di provvista preposte alla loro erogazione poiché le risorse finanziarie sono rivolte a garantire il nucleo essenziale del diritto a prestazione e il diritto a sua volta ne condiziona l'impiego<sup>7</sup>. La disponibilità delle risorse, quindi, pur non essendo in sé bilanciabile con i diritti costituzionali, trattandosi di entità eterogenee<sup>8</sup>, condiziona le scelte legislative che devono essere graduate in relazione al bilanciamento tra valori costituzionali, tenendo conto delle compatibilità finanziarie<sup>9</sup>.

diritto”.

<sup>6</sup> Sent. n. 455 del 1990, punto n. 3 del “Considerato in diritto”.

<sup>7</sup> Cfr. sent. n. 383 del 1998, spec. punti n. 4.1.1 e n. 4.1.2 del “Considerato in diritto”, in materia di diritto all'istruzione; nonché, tra le tante, in materia di diritto alla salute, sentt. n. 309 del 1999, punto n. 3 del “Considerato in diritto”, ove la Corte afferma che «la tutela costituzionale del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone», precisando, però, che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»; n. 248 del 2011, punto n. 6.1 del “Considerato in diritto”, ove si afferma che «l'esigenza di assicurare l'universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie».

<sup>8</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, p. 250.

<sup>9</sup> Al riguardo, di recente, sia pure con diversità di approccio, cfr. M. LUCIANI, *Bilancio, forma di governo, forma di Stato*, in *Costituzione e bilancio*, a cura di C. Bergonzini, Milano 2019, p. 44 e sgg.; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, «Quaderni costituzionali», 2015, p. 576.



Da quanto premesso segue che, privati di una cospicua disponibilità di risorse, i pubblici poteri non possono svolgere il compito a cui sono chiamati dalla Costituzione: garantire l'effettività dei diritti.

Tali processi sono stati acuiti dalla crisi pandemica sia negli ordinamenti dotati di una clausola costituzionale di emergenza, sia in quelli che ne sono privi (come il nostro), con l'effetto di porre l'esigenza immediata di reperire *adeguate* risorse per assicurare il finanziamento dei diritti nella crisi pandemica.

Nel caso italiano, alla dichiarazione dello stato di emergenza deliberata dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020 ai sensi dell'art. 24 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (*Codice della protezione civile*)<sup>10</sup>, ha fatto seguito il massiccio utilizzo della decretazione d'urgenza e il largo ricorso ai d.P.C.M. e ai poteri di ordinanza<sup>11</sup>.

L'emergenza epidemiologica ha quindi acuito l'emergenza economica: l'una e l'altra sono strettamente connesse rispetto alle scelte a cui sono stati chiamati Governo e Parlamento.

In ordine al riparto di competenze e al finanziamento delle funzioni in materia sanitaria, occorre però distinguere le tendenze che erano già in atto da quelle che si sono prodotte con l'emergenza pandemica.

Quanto alle prime, quale riflesso della perdurante crisi economico-finanziaria, ormai da un decennio la scarsità di risorse ha negativamente inciso sul finanziamento delle funzioni e delle prestazioni affidate ai diversi livelli territoriali di governo, nel comparto sanitario così come negli altri ambiti materiali di competenza sub-statale.

La crisi economica aveva quindi già indotto da tempo gli Stati membri ad accentrare la gestione delle risorse proprio perché in tal modo è più facile assicurare il controllo della finanza pubblica. All'irrigidimento del vincolo di bilancio, effetto della legge costituzionale n. 1 del 2012 sul c.d. pareggio, e alla conseguente necessità di assicurare il riparto degli oneri finanziari tra gli enti sub-statali, è perciò seguito un robusto accentramento non soltanto delle competenze, ma anche delle decisioni finanziarie e fiscali<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» pubblicata in *G.U.*, Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26.

<sup>11</sup> Per un'analisi delle fonti che si sono susseguite nel tempo, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, «Rivista AIC», 2020, 2, p. 109 e sgg., spec. 116 e sgg.; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, «Osservatorio sulle fonti», fasc. speciale 2020, p. 300 e sgg., spec. 303 e sgg.

<sup>12</sup> Per un approfondimento, sia consentito rinviare a G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema*

Sebbene adottato da larga parte degli Stati membri dell'Unione europea, tale orientamento non era imposto in termini di politica economica. Se si condivide il presupposto per il quale la soluzione della crisi richiede di unire al rigore finanziario l'introduzione di misure volte a favorire la crescita economica, stabilire vincoli di bilancio troppo rigidi per gli enti territoriali significa impedire che l'attività di investimento sia gestita dalle autonomie, mentre proprio a livello locale è più facile attrarre investimenti e favorire la ripresa. Ciò spiega perché – diversamente da quanto accaduto nella fase storica più recente – in passato gli Stati composti abbiano spesso apprestato strumenti di reazione alle grandi crisi economico-finanziarie volti sì ad accentrare competenze legislative, ma anche a garantire finanziamenti alla periferia<sup>13</sup>, al fine di sostenere programmi di spesa per favorire lo sviluppo e tutelare l'erogazione delle prestazioni mediante gli enti sub-statali<sup>14</sup>.

Invece, nell'ultimo decennio, la scelta di accentrare le competenze legislative e, assieme, le decisioni finanziarie e fiscali, senza garantire risorse "certe" alle Regioni, acuisce uno degli aspetti più rilevanti della crisi dello Stato sociale, plasticamente rappresentata, nel nostro ordinamento, dai contraddittori orientamenti assunti dalla c.d. legislazione della crisi. Alla difficoltà di erogare prestazioni da parte statale per la scarsità delle risorse disponibili ha fatto seguito l'accentramento delle decisioni tributarie e finanziarie, effetto delle politiche di inasprimento fiscale e di contenimento della spesa. Ciò ha determinato, da un lato, la tendenza dello Stato ad "appropriarsi" del gettito dei tributi regionali e locali e, dall'altro lato, la riduzione della spesa sociale per i "tagli" ai servizi erogati da Regioni ed enti locali nella fase immediatamente precedente alla crisi pandemica<sup>15</sup>. Tali processi, se sono comuni ad altri ordinamenti, nel caso

*finanziario tra centro e periferia*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Atti del XXXIII Convegno annuale, Firenze, 16-17 novembre 2018, Napoli 2019, p. 353 e sgg., spec. 360 e sgg.

<sup>13</sup> In questo senso, cfr. G. BOGNETTI, *L'evoluzione del federalismo moderno e i diversi modelli dello Stato federale*, in *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, a cura di A.M. Petroni, Bologna 2001, p. 65; A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia finanziaria delle Regioni*, in *Il federalismo fiscale in Europa*, a cura di S. Gambino, Milano 2014, p. 69 e sgg.

<sup>14</sup> Al riguardo, le pregnanti considerazioni di S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2013. Spazio costituzionale e crisi economica*, Napoli 2015, p. 124 e sgg.

<sup>15</sup> In questo senso, ad esempio, S. MANGIAMELI, *Le Regioni italiane tra crisi globale e neo-centralismo*, Milano 2013, p. 159 e sgg.; L. ANTONINI, *L'autonomia finanziaria delle regioni*

italiano hanno inciso doppiamente sull'autonomia perché, in mancanza di una Camera delle Regioni, sono stati soltanto parzialmente assistiti dal principio collaborativo realizzato dal sistema delle Conferenze.

Rispetto a queste tendenze da tempo in atto circa l'accentramento delle competenze, l'emergenza pandemica ha costituito ulteriore e decisivo fattore di accentramento dei poteri nel Governo sia nei confronti del Parlamento, sia nei confronti delle autonomie territoriali quale duplice effetto della dichiarazione dello stato di emergenza<sup>16</sup>.

Quanto all'impiego delle risorse, invece, la pandemia ha causato la sospensione delle regole europee sul patto di stabilità imponendo, all'opposto, il larghissimo ricorso all'indebitamento mediante il sistematico scostamento dal principio dall'equilibrio, secondo quanto consentito dall'art. 81, secondo comma, Cost. «al verificarsi di eventi eccezionali» e mediante votazione delle Camere a maggioranza assoluta.

In altre parole: di fronte alla pandemia lo squilibrio di bilancio è “nei fatti” prima ancora che nelle scelte di governo dei conti pubblici perché l'enorme sproporzione tra le esigenze primarie – non bilanciabili – di tutela della salute, da un lato, e la scarsità delle risorse, dall'altro, non può che produrre disavanzo e debito pubblico. Basti pensare che ben sei dei quindici scostamenti complessivamente votati da quando trova applicazione la legge costituzionale n. 1 del 2012 sono stati deliberati negli ultimi mesi, per la precisione dall'11 marzo 2020 al 20 gennaio 2021, allo scopo di assicurare il finanziamento dei decreti-legge di sostegno all'economia e approvare la Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza e le relative risoluzioni parlamentari<sup>17</sup>.

*tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, «Rivista AIC», 2014, 4, p. 7.

<sup>16</sup> Per un approfondimento di questa prospettiva, sia consentito rinviare a G. RIVOSECCHI, *Divisione dei poteri e controllo parlamentare ai tempi del coronavirus* (1° dicembre 2020), «Osservatorio AIC», 2020, 6, p. 62 e sgg.

<sup>17</sup> Cfr. il decreto-legge 28 marzo 2020, n. 19 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*), il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*) e il decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (*Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*). Alle leggi di conversione di tali decreti-legge, approvate dal Parlamento autorizzando scostamenti dall'equilibrio di bilancio, devono aggiungersi gli ulteriori scostamenti deliberati con le risoluzioni del 14 ottobre e del 26 novembre 2020, di approvazione della Nota di aggiornamento del Documento di Economia e Finanza per il 2020 (Nadef 2020), nonché con la risoluzione del 20 gennaio 2021 ai fini dell'autorizzazione dell'aggiornamento del piano di rientro verso l'obiettivo di medio termine (OMT) rispetto a quanto indicato nella Nadef 2020.

Vero è che negli ultimi anni l'interpretazione delle richiamate norme costituzionali e legislative, adottata da Governo e Parlamento con l'avallo dalle istituzioni europee, aveva ampiamente consentito di predisporre e approvare intere manovre finanziarie entro gli scostamenti previsti riferiti non soltanto ai «periodi di grave recessione economica» e agli «eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato», secondo quanto testualmente previsto dall'art. 6, comma 2, lett. a) e b), della legge 24 dicembre 2012, n. 243 (*Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione*), ma anche agli interventi "ordinari" adottati in relazione alle diverse fasi del ciclo economico e alle crisi, a partire dai "salvataggi" dei settori bancari e dalle misure di rilancio dell'economia<sup>18</sup>.

Oggi, tuttavia, tali processi hanno subito una brusca accelerazione. La pandemia ha ben presto acuito la crisi economica, così aprendo una nuova fase nel governo delle finanze pubbliche a causa dell'esigenza di assicurare le misure necessarie a fronteggiare gli eventi emergenziali votate sistematicamente in extra-*deficit* dal Parlamento nazionale, con l'effetto di determinare un incisivo ampliamento del disavanzo<sup>19</sup>.

In questo contesto, si inseriscono gli indispensabili programmi di sostegno europei previsti su più linee di intervento: *Next Generation Europe* (NGEU), più noto in Italia con il nome della sua componente principale, il *Recovery Fund*, già previsto a fine maggio 2020 dalla Commissione, sostenuto dal Parlamento europeo, che costituisce il primo programma di intervento capace di creare debito europeo di dimensioni inedite senza previa garanzia degli Stati, in larga parte destinato a erogazioni a fondo perduto, rivolto a finanziare «Programmi nazionali per la ripresa e la re-

<sup>18</sup> Se si considera che la legge costituzionale n. 1 del 2012 per sua espressa previsione si applica a decorrere dal 1° gennaio 2014, si avrà la misura dell'incidenza "ordinaria" dell'applicazione della suddetta procedura nell'approvazione degli atti collegati alla legge di bilancio (Documento di economica e finanza; Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza; disegni di legge di conversione di decreti-legge in materia economico-finanziaria) pari ad una media di più di due scostamenti all'anno nei sei anni in cui ha trovato applicazione il rinnovato art. 81 Cost.

<sup>19</sup> Infatti, prendendo in esame la sequenza dei sopra richiamati provvedimenti approvati dal Parlamento nazionale (11 marzo 2020, 29 aprile 2020, 29 luglio 2020, 13 ottobre 2020, 26 novembre 2020 e 20 gennaio 2021), l'andamento dei conti pubblici mostra un evidente disallineamento tra indebitamento e saldo da finanziare. Mentre nel primo scostamento (11 marzo 2020) l'indebitamento netto (25 miliardi) era pari al saldo netto da finanziare (25 miliardi), dal secondo scostamento (29 aprile 2020) la forbice si è allargata in maniera esponenziale poiché il saldo netto da finanziare (155 miliardi) è aumentato più del triplo di quanto è aumentato l'indebitamento netto (50 miliardi).

silenza», integrati nella programmazione di bilancio europea (Quadro di finanziamento pluriennale 2021-2027)<sup>20</sup>.

Al riguardo, occorre precisare che tra i principali requisiti richiesti sia per ottenere sia per mantenere il finanziamento dei programmi nazionali sono espressamente richiamate le specifiche raccomandazioni annualmente rivolte agli Stati membri nell'ambito del Semestre europeo, sicché dagli interventi europei dipende in buona parte la "tenuta" delle misure di sostegno all'economia già approvate dal Parlamento nazionale<sup>21</sup>.

## 2. Il ruolo delle Regioni nell'emergenza sanitaria

Se questo è il quadro di riferimento, di fronte all'emergenza pandemica occorre quindi chiedersi come garantire il riparto di competenze e le risorse necessarie al finanziamento delle funzioni e delle prestazioni tra Stato, Regioni ed enti locali.

Sul punto, sembra particolarmente significativo che l'apposita risoluzione approvata dal Senato il 2 novembre 2020 si richiami all'esigenza di assicurare la contestuale partecipazione del Parlamento e degli *enti sub-statali*<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Per un efficace inquadramento sul piano del Diritto costituzionale dei programmi del *Next Generation Europe*, cfr. C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, «Quaderni costituzionali», 2020, p. 761 e sgg., spec. 768 e sgg.

<sup>21</sup> Per un approfondimento, cfr. G. RIVOSECCHI, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, «Nomos. Le attualità nel diritto», 2020, 3, p. 22 e sgg.

<sup>22</sup> Cfr. la risoluzione n. 6-00146 (Calderoli) approvata dall'Assemblea del Senato il 2 novembre 2020: «Il Senato, a fronte della necessità di varare ulteriori misure per fronteggiare l'emergenza Covid-19, impegna il Governo:

· a proseguire nel *coinvolgimento reale e tempestivo del Parlamento e degli enti autonomi di cui all'articolo 114 della Costituzione*;

· a proseguire nel confronto fattivo con tutte le forze politiche rappresentate nelle due Camere, da svolgersi in Parlamento nel rispetto dei principi della Costituzione e dei Regolamenti parlamentari;

· a privilegiare lo strumento del decreto-legge laddove si tratti di introdurre limiti ai diritti fondamentali e comunque a comunicare tempestivamente al Parlamento ogni tipo di azione intrapresa a tutela della salute pubblica, in ossequio alla centralità dell'Assemblea elettiva e nell'ottica di promuovere un suo costante coinvolgimento; ad illustrare preventivamente alle Camere il contenuto dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri da adottare, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, a riferire alle Camere ai sensi dell'articolo 2, comma 5, del decreto-legge n. 19 del 2020;

· a garantire il rispetto dell'articolo 72 e dell'articolo 67 della Carta costituzionale» (cors. ns.).

È infatti fondamentale il coinvolgimento delle Regioni non soltanto per una questione di riparto delle competenze e di esigenze di differenziazione nell'applicazione delle misure necessariamente decise dal centro per il contenimento dell'epidemia in relazione all'andamento dei contagi nelle diverse aree del territorio, ma soprattutto perché gli enti sub-statali, ancor più nell'emergenza, possono costituire elemento di bilanciamento e di garanzia rispetto all'accentramento dei poteri nel Governo.

Quanto al riparto di competenze tra Stato e Regioni, è ben vero che la Corte costituzionale ha affermato con la recente sentenza n. 37 del 2021 che *ogni* disposizione di legge rivolta a contrastare la pandemia, per quanto di efficacia limitata all'ambito locale, determina «un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla»<sup>23</sup>, con ciò precludendo qualsiasi intervento in materia da parte del legislatore regionale, «quand'anche di carattere più stringente rispetto a quella statale»<sup>24</sup>, ed affermando conseguentemente che *tutti* i decreti-legge che si sono susseguiti, in *ogni* loro contenuto, sono riconducibili *in via esclusiva* al titolo di competenza esclusiva statale «profilassi internazionale» (art. 117, secondo comma, lett. q), Cost.). Nondimeno, il richiamato titolo di competenza statale *non sembra esaurire* tutti gli ambiti materiali intercettati dai decreti-legge stessi intervenuti in un complesso intreccio di competenze statali e regionali (protezione civile, tutela della salute, commercio, turismo). Infatti, sino alla richiamata pronuncia della Corte, la «profilassi internazionale» valeva a fondare la competenza legislativa statale nei limiti dell'esigenza di assicurare l'uniforme attuazione in ambito nazionale di specifiche fonti sovranazionali. In questo senso, come peraltro riconosciuto dalla stessa sentenza n. 37 del 2021<sup>25</sup>, si era ripetutamente orientata la giurisprudenza costituzionale, affermando che al titolo di competenza in parola fossero riconducibili *soltanto* norme rivolte a garantire l'uniforme attuazione in ambito nazionale di programmi elaborati in sede internazionale previsti da *specifiche fonti* internazionali o del diritto dell'Unione europea<sup>26</sup>. Nel caso della pandemia, tali prece-

<sup>23</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7.1 del “Considerato in diritto”.

<sup>24</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 12.1 del “Considerato in diritto”.

<sup>25</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del “Considerato in diritto”.

<sup>26</sup> L'esigenza di assicurare l'uniforme applicazione di direttive comunitarie da parte della legislazione statale veterinaria e zootecnica è posta a fondamento delle sentt. n. 12 del 2004, punto n. 5 del “Considerato in diritto”; n. 406 del 2005, punto n. 3 del “Considerato in diritto”; n. 173 del 2014, punto n. 3.3. del “Considerato in diritto”. Analogamente, nel conflitto tra enti deciso in senso sfavorevole alla Provincia autonoma di Bolzano con la

denti sembrerebbero fondare una competenza esclusiva statale in ordine ai riflessi sul territorio nazionale derivanti dagli obblighi e dai rapporti internazionali (basti pensare al controllo delle frontiere e all'acquisizione e distribuzione dei vaccini), nonché ad *alcuni* dei diversi profili interni della gestione dell'emergenza pandemica (si pensi alle misure comuni di prevenzione e contrasto alla diffusione del *virus*).

Maggiormente controversa appare invece la questione se il titolo di competenza in parola, alla stregua delle precedenti decisioni della Corte in materia<sup>27</sup>, possa *integralmente* assorbire tutti gli ambiti materiali incisi dai ripetuti interventi del legislatore statale, peraltro mediante il massiccio ricorso alla decretazione d'urgenza.

Si può al riguardo osservare che, stando alla ricostruzione storico-normativa della materia «profilassi internazionale», a partire dall'art. 6, lett. *a*) e *b*), della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (*Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*) emerge una chiara distinzione tra funzioni amministrative concernenti «i rapporti internazionali e la profilassi internazionale [...] nei limiti ed alle condizioni previste da impegni internazionali», e le funzioni di «profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie» (cors. ns.), prevedendo che queste ultime siano delegate alle Regioni (art. 7). Ciò sembrerebbe indicare che un conto sono le funzioni relative ai «*rapporti internazionali e la profilassi internazionale*» e altro conto quelle relative alla «*profilassi delle malattie infettive e diffuse*»: tale distinzione avrebbe forse potuto consentire un supplemento di riflessione in ordine alla rico-

sent. n. 270 del 2016, la Corte ha ricostruito le competenze statali in materia di polizia veterinaria in forza di regolamenti e decisioni del diritto dell'Unione europea. Assai limitato, invece, il richiamo al parametro costituzionale in parola da parte della sent. n. 5 del 2018, in materia di prevenzione vaccinale, che, al punto n. 7.2.3 del «Considerato in diritto», si limita ad affermare che potrebbe venire «anche in rilievo la competenza di “profilassi internazionale” di cui all'art. 117, secondo comma, lettera q, Cost., nella misura in cui le norme in questione servono [...] a garantire uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale».

<sup>27</sup> Sulla sostanziale inconferenza dei precedenti sopra richiamati (v. nota 26) alla questione decisa dalla sent. n. 37 del 2021, cfr. M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali* (26 aprile 2021), «Consulta Online», 2021, 1, p. 332 e sgg.; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, «Forum dei Quaderni costituzionali», 2021, 2, p. 12 e sgg.; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”*, «Forum dei Quaderni costituzionali», 2021, 3, p. 116.

struzione storico-normativa del titolo di competenza esclusiva statale qui in esame.

In tale contesto, occorre sottolineare che molto opportunamente l'art. 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 22 maggio 2020, n. 35, prevede istituti di collaborazione con le Regioni: ovviamente non "forti" (le intese), che paralizzerebbero l'adozione dei provvedimenti di contrasto alla pandemia e la loro efficacia, bensì "deboli" (i pareri) che consentono di contemperare il coinvolgimento del livello regionale – soprattutto in materia di organizzazione del servizio sanitario – con l'urgenza del provvedere a cui deve necessariamente seguire la centralizzazione delle decisioni. Al riguardo, si può incidentalmente osservare che, stando alle conclusioni a cui è giunta la Corte costituzionale nella sentenza n. 37 del 2021, tale istituto di collaborazione "debole", capace di esprimere un ragionevole punto di bilanciamento tra istanze statali e istanze regionali, avrebbe invece potuto essere pretermesso poiché il Giudice delle leggi ha ricondotto ogni intervento rivolto a fronteggiare l'emergenza pandemica al titolo di competenza esclusiva statale «profilassi internazionale», ricostruito come materia *in senso oggettivo* che quindi non esige alcuna collaborazione tra Stato e Regioni.

D'altra parte, è appena il caso di osservare che le stesse Regioni si sono ben guardate dall'impugnare davanti alla Corte costituzionale i provvedimenti d'urgenza statali, assumendo, piuttosto, un atteggiamento ora rivolto ad avallare quanto deciso dal Governo, ora alla rivendicazione "informale" delle loro attribuzioni costituzionali.

Pur non essendosi mai pronunciata – sino alla richiamata sentenza n. 37 del 2021 – su emergenze simili a quella che stiamo vivendo, deve essere ricordato che, di fronte a provvedimenti legislativi adottati per fronteggiare calamità naturali e gravi emergenze ambientali o economiche, la Corte costituzionale, già nell'originario quadro costituzionale di forte accentramento, permeato dall'interesse nazionale, ha costantemente affermato che lo stato di emergenza non può determinare il sacrificio illimitato e permanente dell'autonomia regionale e che l'esercizio dei poteri di ordinanza non può compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali<sup>28</sup>, poiché la Costituzione esclude che lo stato di necessità possa legittimare la sospensione permanente delle garanzie costituzionali di

<sup>28</sup> Cfr. sentt. n. 127 del 1995, punto n. 2 del "Considerato in diritto" e, successivamente, n. 327 del 2003, spec. punto n. 2 del "Considerato in diritto".



autonomia degli enti sub-statali<sup>29</sup>. Ancora di recente, sia pure nell'ambito degli interventi di emergenza in materia di protezione civile, la giurisprudenza costituzionale ha ribadito il necessario coinvolgimento del livello regionale anche di fronte alla dichiarazione dello stato di emergenza<sup>30</sup>. Ne consegue che, pur senza compromettere la celerità e l'efficacia degli interventi statali, l'adozione delle misure emergenziali richiede una forma di collaborazione con le Regioni interessate.

A ben vedere, quella realizzata dai decreti-legge intervenuti può considerarsi da un lato legittima determinazione di inderogabili principi fondamentali della legislazione statale opponibili alle Regioni e, dall'altro lato, ragionevole accentramento di funzioni regionali a livello statale, con riguardo, tra l'altro, ai poteri di ordinanza che in questa emergenza senza precedenti sono assunti dallo Stato. In altre parole, soltanto i richiamati decreti-legge possono rispondere alle esigenze di tempestività e di funzionalità degli interventi necessari a fronteggiare l'emergenza anche per la mancanza di una legge contenente i principi fondamentali della materia «tutela della salute» che, al fine di evitare soluzioni derogatorie dell'ordine costituzionale delle competenze, dovrebbe dettare «norme precise sul *modus operandi* delle autorità statali, regionali e locali in caso di epidemie e altre emergenze sanitarie»<sup>31</sup>.

In questa prospettiva, anche a prescindere dal ricorso ai poteri sostitutivi ai sensi dell'art. 120 Cost., di cui lo Stato potrebbe sempre avvalersi nell'emergenza di fronte all'inadempienza regionale nel garantire i livelli essenziali (si pensi, ad esempio, all'incompleta istituzione in alcune aree territoriali delle Unità Speciali di Continuità Assistenziale, c.d. USCA), quanto realizzato dai decreti-legge rende superfluo il dibattito, *de iure condendo*, sulla costituzionalizzazione di una clausola di supremazia in favore dello Stato, sorretta dalla reintroduzione dell'interesse nazionale<sup>32</sup>. All'opposto, come proprio la crisi pandemica ha dimostrato, i po-

<sup>29</sup> Cfr. sentt. n. 148 del 2012, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; n. 151 del 2012, punto n. 4 del "Considerato in diritto"; n. 99 del 2014, punto n. 4 del "Considerato in diritto".

<sup>30</sup> Cfr. sentt. n. 8 del 2016, spec. punto n. 8.1.1 del "Considerato in diritto" e n. 246 del 2019, punti n. 5 e n. 6 del "Considerato in diritto".

<sup>31</sup> Secondo quella che, in via ordinaria, dovrebbe essere la soluzione preferibile come suggerito da G. SILVESTRI, *COVID-19 e Costituzione*, «Unicost. Unità per la Costituzione», aprile 2020 (cui appartengono le espressioni virgolettate).

<sup>32</sup> Non convincono, quindi, i disegni di legge costituzionale XVIII legislatura – A.S. n. 1825 (di iniziativa Parrini e Pinotti, PD) e XVIII legislatura – A.C. n. 2244 (di iniziativa Ceccanti ed altri, PD), attualmente all'esame delle Commissioni Affari costituzionali di Senato e Camera, rivolti a combinare l'introduzione in Costituzione di un richiamo meramente formale al ruolo delle Conferenze con la previsione di una clausola di supremazia

teri centrali risultano già sufficientemente garantiti dagli strumenti di cui dispongono a diritto costituzionale vigente, ulteriormente rafforzati dall'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale: basti pensare alle c.d. competenze trasversali e finalistiche, alla "chiamata in sussidiarietà" di funzioni, all'esercizio dei poteri sostitutivi, al potere di sospendere in via cautelare la legge regionale (ord. n. 4 del 2021).

In altre parole, il vigente riparto costituzionale delle competenze viene a dotare lo Stato dei poteri necessari ad adottare le misure di contrasto alle emergenze sanitarie, anche quando esse non siano riconducibili alla materia della profilassi internazionale<sup>33</sup>.

### **3. Segue: la sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021: la profilassi internazionale come materia in senso oggettivo o come titolo di competenza "trasversale"?**

Per concludere sul ruolo delle Regioni nell'emergenza sanitaria, occorre tornare sulla recente sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021, che sembra avviare un ripensamento della ricostruzione duale Stato-Regioni del riparto di competenze in materia di tutela del diritto alla salute, anche qui sopra proposta e (sinora) ripetutamente avvalorata dalla stessa giurisprudenza costituzionale<sup>34</sup>. Come si è detto, la Corte ha infatti ricondotto al titolo di competenza esclusiva statale «profilassi internazionale», giusto il disposto dell'art. 117, secondo comma, lett. q), Cost., «ogni misura atta a contrastare la pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla»<sup>35</sup>, avvalorando, per lo meno apparentemente, una ricostruzio-

attivabile su proposta del Governo a tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica o dell'*interesse nazionale*. L'idea di reintrodurre tale parametro quale limite generale all'esercizio delle competenze legislative regionali evocabile *ad libitum* dal solo Governo, senza alcun coinvolgimento del Parlamento, determinerebbe il rischio di alimentare l'ulteriore «erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni», come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla celebre sentenza n. 303 del 2003, punto n. 2.2 del "Considerato in diritto".

<sup>33</sup> In questo senso, le significative considerazioni di A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, «Italian Papers On Federalism», 2021, 1, spec. p. 3 e sgg.

<sup>34</sup> Cfr., di recente, sentt. n. 62, n. 130 e n. 157 del 2020: sull'impianto duale sinora avvalorato dalla giurisprudenza costituzionale sembra convergere anche la dottrina maggiormente critica: cfr. A. MORRONE, *La "visione trascendente" dei Lea e la realtà del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della corte costituzionale*, «Corti Supreme e Salute», 2020, 1, p. 9 e sgg.

<sup>35</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del "Considerato in diritto".

ne della materia non già in termini finalistici, poiché la Corte ha espressamente affermato che la competenza in parola è priva di «tratti di trasversalità»<sup>36</sup>, bensì come materia in senso oggettivo, capace di «assorbire ogni profilo della decisione»<sup>37</sup>.

La pronuncia potrebbe segnare un punto di svolta particolarmente significativo nelle relazioni tra Stato e Regioni in ordine al riparto delle competenze, ben oltre i profili strettamente attinenti all'emergenza sanitaria<sup>38</sup>.

Si è già detto che la Corte prescinde dalla ricostruzione storico-normativa della materia «profilassi internazionale», che avrebbe potuto ricondurre tale ambito competenziale ai «*limiti ed alle condizioni previste da impegni internazionali*»<sup>39</sup>, come recita il già richiamato art. 6, lett. a), della legge n. 833 del 1978, distinguendo le funzioni amministrative inerenti ai «rapporti internazionali e la profilassi internazionale» (art. 6, lett. a)) da quelle relative alla «profilassi delle malattie infettive e diffusive» (art. 6, lett. b)), e *delegando alle Regioni* «l'esercizio delle funzioni amministrative concernenti la profilassi delle malattie infettive e diffusive» (art. 7) proprio sulla base della suddetta distinzione.

In realtà, sembrerebbero corroborare la non implausibile linea ricostruttiva scartata dalla sentenza n. 37 del 2021 anche l'art. 32 della legge n. 833 del 1978, che afferma la potestà legislativa regionale in materia di «sanità pubblica» e attribuisce il potere di adottare ordinanze urgenti in materia di sanità pubblica al Ministro della sanità, al Presidente della Giunta regionale e al Sindaco, in relazione all'ambito territoriale interessato e, soprattutto, gli artt. 112, comma 3, lett. g), e 113 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (*Conferimento di funzioni e compiti am-*

<sup>36</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del «Considerato in diritto».

<sup>37</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del «Considerato in diritto». Di «inedito assorbimento funzionale» posto a fondamento della *ratio decidendi* della pronuncia discorrono, con toni critici, D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale?*, cit., p. 17 e sgg.; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze*, cit., p. 114 e sgg.

<sup>38</sup> Al riguardo, particolarmente significativi l'inquadramento e la terminologia di B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali* (21 aprile 2021), «Federalismi.it», p. 1 e sgg. (che però fornisce una prospettiva di analisi sostanzialmente adesiva alle conclusioni a cui giunge la Corte).

<sup>39</sup> In questa prospettiva, ad esempio, G. PICCIRILLI, *Dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale (art. 117.2.g)*, in *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze fra Stato e Regioni 2001-2014*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, Napoli 2015, p. 210, il quale rileva che la giurisprudenza costituzionale in materia si riferisce a «decisioni comunitarie».

*ministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*), che confermano tale criterio di riparto chiarendo che le funzioni di prevenzione delle malattie infettive e diffuse devono essere ricondotte alla tutela della salute<sup>40</sup>.

Il quadro normativo sinteticamente richiamato sembrerebbe indicare che, anche di fronte all'emergenza pandemica, gli interventi del legislatore statale sono prevalentemente riconducibili al titolo di competenza concorrente «tutela della salute»<sup>41</sup>.

Già con l'ordinanza n. 4 del 2021, che dispone *per la prima volta* la sospensione cautelare dell'efficacia di una legge regionale, la Corte tendeva invece ad inquadrare l'ambito materiale della materia nella «profilassi internazionale», affermando che «la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato». Ciò ai fini del riconoscimento della sussistenza tanto del *fumus boni iuris*, quanto del *periculum in mora*, «poiché la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità», salvo poi affermare, in maniera più ambigua, che «la materia da essa trattata sarebbe da ricondurre alla competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.), oltre che a principi fondamentali della materia *tutela della salute*» (cors. ns.).

Con la successiva sentenza n. 37 del 2021, la Corte, in maniera più netta, non ha seguito la distinzione, assai risalente nella legislazione vigente, tra «profilassi internazionale» e «profilassi delle malattie infettive e diffuse», che avrebbe potuto fondare un diverso riconoscimento delle competenze regionali, affermando, all'opposto, che la «profilassi internazionale» costituisce materia *in senso oggettivo* e non già di carattere «trasversale»<sup>42</sup>, poiché essa «ha un oggetto ben distinto, che include la

<sup>40</sup> Analogamente, si vedano anche l'art. 117 dello stesso decreto legislativo n. 112 del 1998 che, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica, affida il potere di ordinanza ai vertici degli esecutivi locali, regionali o statali, a seconda degli ambiti territoriali interessati e l'art. 50, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*) che conferma tale impostazione in ordine alle competenze del sindaco e del Presidente della provincia.

<sup>41</sup> In questa prospettiva, ad esempio, G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, «Le Regioni», 2020, 4, p. 755 e sgg.

<sup>42</sup> La definizione di «materie trasversali», più volte ripresa, è di G. FALCON, *Il nuovo Titolo*

prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina»<sup>43</sup>. Le raccomandazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità, quindi, sembrano quasi fondare la competenza, unitamente al rilievo "in fatto" internazionale della pandemia. La Corte ritiene tale profilo di per sé idoneo a ricondurre alla «sfera della competenza legislativa esclusiva dello Stato la cura degli interessi che emergono innanzi ad una malattia pandemica di larga distribuzione geografica, ovvero tale da dover essere reputata "internazionale", sulla base della diffusività che la connota»<sup>44</sup>. Nondimeno, la stessa sentenza n. 37 del 2021 in più passaggi della motivazione sembra fare riferimento all'evidente incidenza su materie regionali della disciplina statale relativa all'emergenza sanitaria, da cui finisce per discendere una ricostruzione della materia in realtà in senso trasversale<sup>45</sup>. È d'altra parte da tempo assodato che, alla stregua della stessa giurisprudenza costituzionale, occorre ragionare sempre meno in termini di "materie" e "funzioni" e sempre più in termini di realizzazione di "obiettivi" e "politiche comuni" nell'intreccio di competenze nella cura dei diritti<sup>46</sup>. E non si vede perché tali consolidati orientamenti non possano essere mantenuti anche nella gestione dell'emergenza pandemica.

Nella questione decisa dalla sentenza n. 37 del 2021, invece, il sillogismo della Corte sembra reggersi sui seguenti passaggi argomentativi: a) il COVID-19 è *virus* diffuso in tutto il mondo come risulta "in fatto" e come è confermato dai programmi e alle raccomandazioni internazionali dell'Organizzazione mondiale della sanità rivolti agli Stati; b) la pandemia è di carattere internazionale; c) soltanto lo Stato è idoneo ad adottare *tutte* le misure legislative di contrasto alla diffusione del *virus* in forza dello

V della Parte seconda della Costituzione, «Le Regioni», 2001, p. 5.

<sup>43</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del "Considerato in diritto".

<sup>44</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del "Considerato in diritto".

<sup>45</sup> Cfr. sent. n. 37 del 2021, ad esempio, punto n. 8 del "Considerato in diritto", ove si afferma che la distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni «per i casi in cui si manifesti un'emergenza pandemica, ha trovato tradizionalmente riscontro nella legislazione, quando si tratta di *intrecciare* i profili attinenti alla tutela della salute con quelli innescati dalla repentinità ed imprevedibilità della crisi» (cors. ns.) e punto n. 16 del "Considerato in diritto", ove si afferma che «la definizione di quali siano gli organi competenti, nell'ambito dell'ordinamento regionale, sia a prestare la collaborazione demandata allo Stato, sia ad esercitare le attribuzioni demandate alla Regione, non può spettare, in linea di principio, che alla Regione stessa».

<sup>46</sup> Al riguardo, cfr. già R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli 2004, p. 318 e sgg.

specifico titolo di competenza legislativa esclusiva «profilassi internazionale»<sup>47</sup>.

Quest'ultimo passaggio argomentativo avrebbe forse potuto richiedere un maggiore approfondimento, dovendosi quantomeno concedere la possibilità di fornire la prova contraria: la Corte avrebbe potuto affermare che la Regione può dimostrare, nel giudizio di costituzionalità, che le misure legislative da essa adottate non interferiscono con le misure di contrasto statali che devono valere su tutto il territorio nazionale. Si sarebbe, ad esempio, potuto adottare una soluzione simile a quella che consente alle Regioni, di fronte dell'incisiva legislazione statale di coordinamento della finanza pubblica, di fornire la prova della violazione dell'art. 119 Cost. sotto il profilo della corrispondenza tra funzioni e risorse. Infatti, pur avendo la Corte affermato il divieto di alterare il «rapporto tra complessivi bisogni regionali e mezzi finanziari per farvi fronte»<sup>48</sup>, per consolidata giurisprudenza costituzionale ricade sulla Regione stessa l'onere di provare con adeguata documentazione l'assoluta impossibilità, conseguente all'applicazione delle misure finanziarie, di svolgere le funzioni ad essa attribuite dalla Costituzione<sup>49</sup>. Analogamente, nel caso deciso dalla sentenza n. 37 del 2021, la Corte avrebbe potuto ammettere la possibilità per la Regione di fornire la prova della mancanza assoluta di interferenza delle proprie disposizioni di legge con le misure di contrasto alla pandemia previste dal legislatore statale. O, ancora, si sarebbe potuto perseguire un ragionevole punto di equilibrio come quello realizzato dalla giurisprudenza costituzionale in materia di «tutela dell'ambiente» che consente alle Regioni, nel rispetto delle loro competenze e degli *standard* previsti dallo Stato, di innalzare il livello di tutela<sup>50</sup>, pur tendendo fermi i limiti posti dalle riserve di legge in materia

<sup>47</sup> Al riguardo, di «giustificazione eminentemente circolare» parla, ad esempio, G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze*, cit., p. 114.

<sup>48</sup> Cfr., ad esempio, sent. n. 307 del 1983, punto n. 5 del «Considerato in diritto»; nonché sentt. n. 337 del 2001; n. 29 e n. 381 del 2004; n. 75 e n. 155 del 2006; n. 442 del 2008.

<sup>49</sup> Tra le tante, sentt. n. 26 del 2014; n. 89, n. 239 e n. 252 del 2015; n. 29, n. 65, n. 127, n. 151, n. 176, n. 202 e n. 205 del 2016; n. 154 del 2017; n. 84 del 2018.

<sup>50</sup> Quello conseguito dalla Corte in materia di ambiente si è rivelato un approdo particolarmente significativo. Non è certamente un caso che la «tutela dell'ambiente», pur essendo materia statale trasversale, non abbia inciso così pesantemente sulle materie regionali residuali come accaduto, ad esempio, con l'«ordinamento civile» o la «tutela della concorrenza»: cfr., ad esempio, sentt. n. 272 e n. 315 del 2009; n. 44 e n.151 del 2011; n. 244 del 2012; n. 93 e n. 300 del 2013; n. 86 del 2014.

di diritti fondamentali che possono essere soddisfatte soltanto da una fonte primaria statale<sup>51</sup>.

Il principio di diritto più critico ricavabile dalla sentenza n. 37 del 2021 è però quello che la Corte fa discendere dal suddetto inquadramento dell'ambito materiale, laddove afferma che non soltanto la disciplina, ma anche l'allocazione delle funzioni amministrative è di esclusiva spettanza statale. La pronuncia sul punto è chiarissima: «Non vi può essere in definitiva alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare, la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa»<sup>52</sup>.

Il passaggio argomentativo è delicato poiché la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che, se sussiste una “forte incidenza” sull'esercizio delle funzioni amministrative regionali, la legge statale che aspiri a superare il vaglio di costituzionalità deve prevedere forme di collaborazione tra Stato e Regioni per l'esercizio delle funzioni statali di rango sub-legislativo<sup>53</sup>. Il principio di diritto richiamato è stato espressamente affermato dalla Corte (anche) in materia sanitaria, in forza dell'incidenza del processo di determinazione dei LEA sulle competenze regionali<sup>54</sup>.

Tali esigenze collaborative, peraltro, in forza del principio cardine dello Stato costituzionale relativo al nesso tra potere e responsabilità, sembrerebbero tanto più imporsi quanto più le Regioni sono chiamate a scelte politiche difficili e impegnative, come quelle relative alla gestione

<sup>51</sup> È appena il caso di ricordare che la giurisprudenza costituzionale, sin dalla sent. n. 4 del 1956, ha ripetutamente affermato che le norme costituzionali, quando rinviano alla legge per la disciplina di una determinata materia, si riferiscono soltanto alla legge dello Stato (v. anche sentt. n. 21 del 1957), pur ammettendo qualche significativa apertura nei confronti della legge regionale circa l'idoneità, ad esempio, a soddisfare la riserva di legge posta dall'art. 23 Cost. al fine di non neutralizzare la potestà legislativa in materia tributaria delle Regioni (sent. n. 64 del 1965, punto n. 6 del “Considerato in diritto”). Per una recente ricostruzione, cfr. S. ARU, *La continuità del regionalismo italiano*, Napoli 2020, p. 32 e sgg.

<sup>52</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 12 del “Considerato in diritto”.

<sup>53</sup> Cfr. sentt. n. 88 del 2003; n. 136 del 2006; n. 250, n. 251 e n. 232 del 2009; n. 54 del 2012. In dottrina, sul paradigma della c.d. “forte incidenza”, cfr. S. PAJNO, *La sussidiarietà e la collaborazione interistituzionale*, in *Trattato di Diritto dell'ambiente. I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, II, a cura di S. Grassi e M.A. Sandulli, Milano 2014, p. 431 e sgg.

<sup>54</sup> Cfr. sentt. n. 88 del 2003 e n. 136 del 2006. Sul punto, cfr. ASTRID, *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna 2011, p. 27 e sgg.

della crisi pandemica, capaci di incidere in maniera irreversibile sui diritti fondamentali dei cittadini.

In questa prospettiva, nonostante il tentativo di affermare la «profilassi internazionale» quale materia in senso oggettivo, il titolo di competenza in parola rischia di diventare oggi la vera materia “trasversale”, ben oltre quelle note ormai da vent’anni alla giurisprudenza costituzionale, idonea ad imporre l’omogeneità della disciplina di *tutte* le misure previste, anche nel relativo esercizio delle *funzioni amministrative*, come ben precisato dalla Corte che vi ha ricondotto «non soltanto le misure di quarantena e le ulteriori restrizioni imposte alle attività quotidiane, in quanto potenzialmente fonti di diffusione del contagio, ma anche l’approccio terapeutico; i criteri e le modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione; le modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; l’approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi, e così via»<sup>55</sup>.

Ora, anche a prescindere dalla pur decisiva circostanza che in alcuni di questi sotto-ambiti materiali è noto che la differenziazione è già in atto perché le Regioni stanno gestendo in maniera diversa, ad esempio, alcuni profili della campagna vaccinale (sino a scegliere, di fatto, in maniera diversa le categorie a cui somministrare i vaccini), è lecito chiedersi quanto queste affermazioni possano favorire l’indispensabile collaborazione tra il livello statale e quello regionale, quando tutte le competenze, anche di carattere gestionale ed amministrativo, sono ricondotte allo Stato<sup>56</sup>.

In alternativa, di fronte alla questione sottoposta al suo esame, avente ad oggetto – deve essere ricordato – una legge regionale della Val d’Aosta che aveva la pretesa di sostituirsi illegittimamente alla disciplina statale, la Corte avrebbe comunque potuto scrutinare le singole linee di intervento della normativa impugnata, distinguendo più di quanto abbia fatto ciò che per le Regioni è lecito da ciò che non lo è nell’emergenza pandemica e favorendo comunque l’imprescindibile prospettiva collaborativa nella gestione dell’emergenza<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7.1 del “Considerato in diritto”.

<sup>56</sup> In senso non dissimile, F. GALLO, *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie (1970-2020) in un contesto di centralismo asimmetrico* (7 aprile 2021), «Federalismi. it», 2021, 10, p. v e sgg., secondo il quale «il fatto che lo Stato abbia questa competenza [profilassi internazionale] non dovrebbe, comunque, bastare a risolvere il ben più ampio problema della disciplina della tutela della salute e, ancora meno, il problema della gestione del settore sanitario durante la pandemia: un conto è fissare regole, un altro conto è amministrare».

<sup>57</sup> Anziché promuovere «un ritorno al “regionalismo della separazione”»: cfr. G. BOGGERO,



#### 4. Il “nodo” dei livelli essenziali di assistenza sanitaria

Come si è detto, la crisi pandemica ha sottoposto a forte tensione l'ordinario riparto di competenze e il finanziamento delle funzioni nella cura del diritto alla salute, largamente affidato alle Regioni per scelte risalenti ai decreti di riordino del 1992-1993<sup>58</sup>.

In questo contesto, ai fini della determinazione delle prestazioni da assicurare su tutto il territorio nazionale assume particolare rilievo il “nodo” dei LEA che non esauriscono la soddisfazione del diritto a prestazioni garantito dall'art. 32 Cost. e non coincidono con il nucleo essenziale del diritto, ma che esprimono l'inscindibile nesso tra la dimensione quantitativa e qualitativa delle prestazioni e il godimento del diritto stesso a cui esse sono funzionali. L'esigibilità di ogni diritto a prestazione riconosciuto dalle norme costituzionali – e, conseguentemente, la sua effettività – dipende anche dal grado di definizione del contenuto dello stesso che si traduce nella determinazione delle prestazioni concretamente disponibili, e, quindi, azionabili da parte dei beneficiari<sup>59</sup>. Non è certamente un caso che i LEA sanitari abbiamo costituito il “modello”, già realizzato dalla legislazione allora vigente, da cui hanno avuto origine i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (LEP), costituzionalizzati nel 2001 dalla riforma del Titolo V<sup>60</sup>.

Tanto più in periodo crisi, i livelli essenziali costituiscono uno dei pochi presidi per garantire il finanziamento dei diritti dei cittadini. Essi, infatti, anzitutto indicano il grado di tutela che si traduce in prestazioni esigibili e, quindi, giustiziabili, come dimostra l'esame della giurisprudenza comune – prima ancora che costituzionale – che conferma l'azionabilità

*In pandemia nessuna concorrenza di competenze*, cit., p. 103 e sgg.

<sup>58</sup> Al riguardo, cfr. ASTRID, *La sanità in Italia*, cit., p. 23 e sgg.; nonché R. BALDUZZI, *Un inusitato intreccio di competenze. Livelli essenziali e non essenziali*, in *Verso il decentramento delle politiche di Welfare. Incontro di studio “Gianfranco Mor” sul diritto regionale*, a cura di L. Violini, Milano 2011, p. 81 e sgg.; G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova 2007, p. 73 e sgg.; E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata 2007, p. 80 e sgg. Sulle esigenze di «decentramento sul territorio», anche con riguardo alla materia sanitaria, per garantire «Welfare appropriato» cfr. P. CARROZZA, *Riforme istituzionali e sistemi di Welfare*, in *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e prestazioni sociali*, a cura di M. Campedelli, P. Carrozza e L. Pepino, Bologna 2010, p. 215.

<sup>59</sup> Al riguardo, cfr., ad esempio, B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano 2001, p. 18 e sgg., spec. 33.

<sup>60</sup> Cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino 2008, p. 159 e sgg.

del diritto alle prestazioni sanitarie fondato sull'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.<sup>61</sup>. Ciò indica come il parametro costituzionale in parola non incide soltanto sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni, ma costituisce garanzia delle situazioni giuridiche soggettive azionabili davanti al giudice come pretese nei confronti dei pubblici e privati poteri, in relazione alle scelte del legislatore sulle prestazioni esigibili<sup>62</sup>.

In secondo luogo, i livelli essenziali forniscono il punto di riferimento per le modalità di organizzazione e di finanziamento delle prestazioni che Stato ed enti territoriali devono assicurare, anche nelle fasi avverse del ciclo economico, come emerge dal cospicuo contenzioso costituzionale nella definizione del quale la Corte stessa, come si dirà, individua nei livelli essenziali la misura di riferimento per la determinazione della spesa costituzionalmente necessaria a garanzia dei diritti.

Il parametro costituzionale in parola sia stato quindi interpretato dal legislatore statale e dalla giurisprudenza costituzionale quale punto di riferimento del riparto di competenze e del finanziamento delle prestazioni nel modello dualista Stato-Regioni nella cura del diritto alla salute. Ciò vale tanto più in un contesto di perdurante crisi economica, acuita dalla sopravvenuta crisi pandemica. Lo dimostrano – come si dirà – le tecniche decisorie progressivamente affinate dalla Corte costituzionale per tentare di assicurare il finanziamento dei livelli essenziali di assistenza, alle quali si farà riferimento in conclusione anche per tentare di delineare un'auspicabile stabilizzazione delle competenze tra Stato e Regioni capace di garantire l'effettività del godimento del diritto alla salute.

Occorre anzitutto ricordare che i LEA hanno assunto nel tempo un valore paradigmatico nelle relazioni tra Stato e Regioni: sia sul piano quantitativo, a causa delle ingenti risorse regionali destinate alla cura del diritto alla salute, sia su quello qualitativo, a causa del condizionamento

<sup>61</sup> Cfr. Tar Milano, Sez. III, 23 marzo 2017, n. 697; Tar Lazio, Sez. III *quater*, 17 aprile 2018, n. 4214; Cons. St., Sez. IV, 30 gennaio 2018, n. 623; Cons. St., Sez. II, 6 aprile 2017, n. 823; Cons. St., Sez. III, 14 settembre 2017, n. 4347.

<sup>62</sup> Sui livelli essenziali, quale strumento di garanzia giurisdizionale del diritto alle prestazioni azionabili, cfr. C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, «Federalismo fiscale», 2009, 2, p. 135 e sgg.; ID., *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, «Giurisprudenza costituzionale», 2011, p. 3371 e sgg.; nonché, già in specifico riferimento ai LEA, M. ANDREIS, *La tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in *Profili attuali del diritto alla salute*, a cura di C.E. Gallo e B. Pezzini, Milano 1998, p. 194 e sgg.

della dimensione finanziaria su quello che risulta il diritto sociale costoso per eccellenza<sup>63</sup>.

Il titolo di competenza legislativa statale in materia (art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.), soprattutto nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale, consente allo Stato di determinare *standard* qualitativi e quantitativi al di sotto dei quali le Regioni non possono scendere nell'esercizio delle loro funzioni, legislative e amministrative, così garantendo un determinato livello di eguaglianza. Tutto ciò non può che implicare ricadute di particolare rilievo in una realtà, come quella italiana, attraversata da profonde fratture territoriali.

In caso di mancata determinazione da parte dello Stato dei livelli essenziali, le Regioni e gli enti locali sono privati di un punto di riferimento essenziale per il finanziamento dei diritti. In mancanza dei livelli essenziali di assistenza socio-sanitaria, ad esempio, la Regione può stabilire forme di finanziamento dei servizi aumentando il contributo richiesto agli utenti<sup>64</sup>. O, ancora, l'ente sub-statale può arrivare a non assicurare il finanziamento del servizio di assistenza e trasporto degli studenti disabili, sostenuto dalle province: in questo caso, alla mancata determinazione del livello essenziale in materia di trasporto pubblico locale tenta di porre rimedio la Corte mediante la nota sentenza n. 275 del 2016, con un'affermazione particolarmente significativa dopo anni di giurisprudenza sui diritti finanziariamente condizionati, secondo la quale «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»<sup>65</sup>. Nello stesso senso, deve essere letta la sentenza n. 62 del 2020, con la quale la Corte ha affermato che «mentre di regola la garanzia delle prestazioni sociali deve fare i conti con la disponibilità delle risorse pubbliche, dimensionando il livello

<sup>63</sup> Al riguardo, cfr., ad esempio, V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, cit., p. 60 e sgg.

<sup>64</sup> In ragione della mancata o incompleta e frammentaria determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale (c.d. LIVEAS): cfr. sent. n. 296 del 2012, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di una legge della Regione Toscana istitutiva del fondo regionale per la non autosufficienza, per la quale la quota di partecipazione da parte della persona assistita ultrasessantacinquenne è calcolata tenendo conto non soltanto della situazione reddituale e patrimoniale della sola persona assistita, determinata secondo il metodo ISEE (Indicatore della Situazione Economica Equivalente) – che costituisce livello essenziale ai fini dell'accesso a talune prestazioni assistenziali –, ma anche di quella del coniuge e dei parenti, sul rilievo per cui il principio di rilevanza della situazione economica del solo assistito va armonizzato con la finalità di favorire la sua permanenza presso il nucleo familiare di appartenenza.

<sup>65</sup> Sent. n. 275 del 2016, punto n. 11 del "Considerato in diritto".

della prestazione attraverso una ponderazione in termini di sostenibilità economica, tale ponderazione non può riguardare la dimensione finanziaria e attuativa dei LEA, la cui necessaria compatibilità con le risorse è già fissata attraverso la loro determinazione in sede normativa», sicché «la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali, impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario»<sup>66</sup>.

Da quanto detto segue che il riparto di competenze legislative e la distribuzione delle funzioni amministrative incidono prevalentemente, se non esclusivamente, sulla dimensione organizzativa e sugli *standard* delle prestazioni, e che su questi aspetti fondamentali di garanzia dei diritti, assumono decisivo rilievo i punti di riferimento circa la soglia di prestazioni da garantire (e quindi da finanziare) in quanto costituzionalmente necessarie.

In un sistema a finanza ancora largamente derivata, non è, ad esempio, indifferente come e quante risorse finanziarie lo Stato trasferisca alle autonomie in relazione all'assetto delle funzioni, perché ciò incide sui diritti soprattutto sotto il profilo della quantità e della qualità dei servizi erogati.

## **5. La perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost. e i suoi riflessi sul finanziamento delle prestazioni sanitarie**

In questo contesto, ai fini dell'effettiva garanzia del diritto alla salute, assume rilievo centrale l'impiego delle risorse e l'assetto della finanza territoriale. Al riguardo, deve essere anzitutto ricordato che la Costituzione, così come, in linea generale, in materia di finanza pubblica, non ha accolto una determinata teoria economica<sup>67</sup>, configurando piuttosto il

<sup>66</sup> Sent. n. 62 del 2020, punto n. 4.5 del "Considerato in diritto".

<sup>67</sup> Come risulta dal Rapporto della Commissione economica per l'Assemblea Costituente, presieduta da Giovanni Demaria, e dai lavori della stessa Assemblea Costituente: sul punto cfr., per tutti, S. BARTOLE, *Art. 81*, in *Commentario alla Costituzione. La formazione delle leggi. Art. 76-82*, II, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1979, p. 198 e sgg.; M. BERTOLISSI, *L'autonomia finanziaria regionale. Lineamenti costituzionali*, Padova 1983, p. 196 e sgg.; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la*

nostro come un modello di finanza territoriale prevalentemente “aperto” alle scelte del legislatore<sup>68</sup>, pur nei limiti di alcuni elementi prescrittivi posti dall’art. 119 Cost., a partire dal principio del finanziamento integrale delle funzioni affidate ai diversi livelli territoriali di governo.

Da ciò segue che il grado di autonomia finanziaria, capace appunto di incidere sull’autonomia politica delle Regioni, dipende dal combinarsi di alcune variabili dalle quali si desume il tasso di autonomia o di accentramento del sistema nello svolgimento delle funzioni:

a) la scelta di un sistema di finanza autonoma o finanza derivata: la combinazione di “quanta” finanza autonoma e “quanta” finanza derivata;

b) il rispetto o meno del principio di sussidiarietà nella distribuzione delle funzioni amministrative (art. 118 Cost.): il che implica che le funzioni siano distribuite in via preventiva rispetto al successivo e adeguato finanziamento;

c) l’esistenza o meno di vincoli di destinazione sulle risorse trasferite: sui fondi vincolati in materie di competenza regionale si è giocata una partita importante tra lo Stato e le Regioni davanti alla Corte costituzionale, perché la finanza regionale può, in ipotesi, essere anche in larga parte da trasferimento senza limitare l’autonomia, mentre è il vincolo posto dal legislatore statale sulle risorse trasferite che interferisce con l’autonomia stessa (fermo restando che, in ogni caso, una finanza di carattere derivato non è fattore di responsabilizzazione del decisore politico);

d) il grado di intensità della funzione statale di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario da cui dipende l’effettiva autonomia nell’impiego delle risorse degli enti sub-statali.

Sullo sfondo, devono essere ovviamente tenuti presenti gli obblighi costituzionali di perequazione, quale caratteristica strutturale dei sistemi di autonomia finanziaria, funzionale ad attenuare le asperità fiscali e gli squilibri territoriali<sup>69</sup>.

Pur con i vincoli posti dall’art. 119 Cost., è il combinarsi di queste variabili che determina l’effettivo grado di autonomia finanziaria. Si pensi, da un lato, alla mancata attuazione del federalismo fiscale e, dunque, al mantenimento di una finanza territoriale quasi integralmente derivata e, dall’altro lato, ai diversi gradi di incisività assunti dal coordinamento

*riforma costituzionale del 2012*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Milano 2014, p. 20 e sgg.; nonché G. RIVOSECCHI, *L’indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova 2007, p. 221 e sgg.

<sup>68</sup> Al riguardo, cfr. già M. BERTOLISSI, *L’autonomia finanziaria regionale*, cit., p. 234.

<sup>69</sup> Cfr. F. PIZZETTI, *Un federalismo per unificare il paese e rafforzare la democrazia*, in *Il federalismo fiscale*, a cura di V. Nicotra, F. Pizzetti e S. Scozzese, Roma 2009, p. 19 e sgg.

finanziario; o, ancora, a come il legislatore statale effettua il riparto degli oneri finanziari tra centro e periferia, quando lo Stato chiede alle autonomie di realizzare risparmi di spesa, come spesso accaduto negli ultimi anni.

Nel corso della storia del regionalismo italiano, anche dopo la riforma del Titolo V del 2001, la combinazione di queste variabili da parte del legislatore statale nell'attuazione del modello costituzionale non ha mai favorito l'autonomia regionale<sup>70</sup>.

L'esigua consistenza dell'autofinanziamento regionale e la netta prevalenza di trasferimenti erariali, spesso con vincolo di destinazione, ora come in origine rende gli enti sub-statali, pur autonomi nell'impiego dei fondi, dipendenti dal centro, con l'effetto di produrre la dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa e appannare la responsabilità finanziaria dei diversi livelli territoriali di governo<sup>71</sup>.

Esemplificative, al riguardo, appaiono proprio le vicende del servizio sanitario regionale, oggetto del presente contributo. L'erogazione delle prestazioni sanitarie assorbe larghissima parte delle risorse delle Regioni a statuto ordinario (circa l'80 per cento del bilancio) tramite un sistema di finanziamento che era tradizionalmente basato sul criterio della spesa storica e sul ripiano "a piè di lista" dei disavanzi accumulati nel corso degli anni.

Pertanto, sino all'introduzione del "metodo pattizio" per il finanziamento delle prestazioni sanitarie, a cui ha fatto seguito l'istituto dei c.d. piani di rientro dal disavanzo, sono sempre state le necessità di spesa a determinare le decisioni sulla quantità e sui mezzi di finanziamento, così determinando il rovesciamento delle prescrizioni costituzionali sulla di-

<sup>70</sup> Osserva significativamente S. BARTOLE, *Le prospettive della legislazione regionale*, «Le Regioni», 2006, p. 881, che, anche dopo la riforma del Titolo V, «siamo ancora sul terreno dell'autonomia di attribuzione: i poteri regionali non sono quelli che la Regione liberamente e autonomamente definisce, ma sono i poteri che le vengono attribuiti».

<sup>71</sup> Cfr. A. D'ATENA, *Le regioni, tra crisi e riforma*, in *Quale, dei tanti federalismi?*, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", Roma, 31 gennaio – 1 febbraio 1997, a cura di A. Pace, Padova 1997, p. 16, per il quale tale scissione da un lato limita la possibilità di autonoma determinazione delle politiche regionali e, dall'altro lato, determina *deficit* di responsabilità politica. Sul punto, v. anche C. PANZERA, *Autonomie speciali e federalismo fiscale, tra «solidarizzazione» della responsabilità e «responsabilizzazione» della solidarietà*, «Federalismo fiscale», 2011, 1, p. 70.

stribuzione delle funzioni e delle risorse (artt. 118 e 119 Cost.)<sup>72</sup>, nonché del necessario parallelismo tra rappresentanza e tassazione<sup>73</sup>.

Quanto detto è ben dimostrato dal finanziamento del diritto alla salute sia sul piano quantitativo (per le risorse regionali destinate alla cura del diritto alla salute), sia su quello qualitativo (per il rilievo delle prestazioni stesse quale diritto fondamentale).

In questa prospettiva, il finanziamento delle prestazioni legate alla garanzia del diritto alla salute costituisce indubbiamente uno dei casi maggiormente esemplificativi della naturale tensione tra uniformità dei diritti sociali e logica della differenziazione territoriale<sup>74</sup>.

Sul piano delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, esso fornisce un banco di prova particolarmente significativo per “testare” il grado effettivo di autonomia finanziaria anzitutto sul piano quantitativo, perché esso assorbe larga parte delle risorse dell’ente Regione.

In secondo luogo, sul piano qualitativo, deve essere ricordato che nelle modalità di finanziamento delle prestazioni sanitarie si esprime un particolare modello collaborativo, rivolto a favorire la partecipazione regionale all’individuazione delle prestazioni da erogare e delle relative risorse, con l’effetto di limitare l’incidenza del modello di finanza (prevalentemente) derivata e del coordinamento finanziario.

Occorre ricordare che la trasformazione del servizio sanitario nazionale degli anni Novanta del secolo scorso ha rafforzato il livello di governo regionale anche sotto il profilo della gestione per rispondere alle esigenze di differenziazione territoriale, successivamente consolidate dalla riforma del Titolo V del 2001. La regionalizzazione del *welfare* sanitario è poi bilanciata dalla determinazione dei livelli essenziali di assistenza a garanzia del contenuto del diritto alla salute.

Le funzioni amministrative in materia sanitaria spettano in buona misura alle Regioni che devono, però, garantire i livelli essenziali fissati

<sup>72</sup> Per un efficace approfondimento di queste problematiche, cfr. S. CALZOLAIO, *Il modello dei Piani di rientro dal disavanzo sanitario dal punto di vista dell’equilibrio di bilancio*, «Federalismi.it», 2014, 23, spec. p. 4 e sgg.; ID., *Il rientro delle regioni dal disavanzo sanitario*, in *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, a cura di A. Morrone, Torino 2015, p. 342 e sgg.

<sup>73</sup> In questo senso, cfr. P. GIARDA, *Regioni e federalismo fiscale*, Bologna 1995.

<sup>74</sup> Sul punto, cfr., ad esempio, B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all’assistenza tra tensione all’uniformità e logica della differenziazione*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, a cura di R. Balduzzi e G. Di Gaspere, Milano 2002, p. 105 e sgg.; R. BALDUZZI, *Un inusitato intreccio di competenze*, cit., p. 80 e sgg.

dallo Stato *ex art.* 117, secondo comma, lett. m), Cost., essendo tale parametro rivolto a garantire la fruizione a-territoriale dei diritti sociali<sup>75</sup>.

Le Regioni sono inoltre chiamate ad erogare le prestazioni sanitarie nell'ambito di un sistema di finanza largamente derivata. Il finanziamento della sanità regionale, infatti, ancora oggi continua ad essere assicurato da quote di finanza derivata e limitatamente compartecipata, perché le risorse provengono, in larghissima parte, dal Fondo sanitario nazionale (a cui spetta anche compensare eventuali minori entrate regionali IRAP) e dalla compartecipazione all'IVA<sup>76</sup>. Peraltro, una quota delle risorse statali è vincolata al conseguimento di determinati obiettivi, tra i quali il miglioramento dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza; vincoli che si aggiungono ai finanziamenti di scopo previsti dalle singole leggi di settore e da misure annualmente contenute nella legge di bilancio<sup>77</sup>, ormai largamente diffuse anche in materia sanitaria<sup>78</sup>. Le Regioni possono incidere in modo assai limitato soltanto sulle aliquote dell'IRAP e dell'addizionale regionale all'IRPEF (destinate in quota fissa al finanziamento della sanità). Se ciò non è sufficiente a coprire la spesa sanitaria, gli enti sub-statali possono incrementare le modalità di compartecipazione degli assistiti al costo delle prestazioni sanitarie<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Sul punto, cfr. A. POGGI, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli 2004, p. 1743 e sgg.; E. LONGO, *Regioni e diritti*, cit., p. 21.

<sup>76</sup> Nel complesso, le fonti di finanziamento del fabbisogno sanitario sono così sintetizzabili: a) entrate proprie delle aziende sanitarie (ticket e ricavi derivanti dall'attività dei dipendenti); b) IRAP, destinata per il 90 per cento alla spesa sanitaria, e addizionale regionale all'IRPEF, che transitano nei conti di Tesoreria e sono erogate mensilmente alle Regioni: in caso di gettito effettivo inferiore a quello stimato, il differenziale è assicurato dal Fondo di garanzia previsto dall'art. 13 del decreto legislativo n. 56 del 2000 a compensazione delle minori entrate; c) contributo statale essenzialmente determinato mediante la compartecipazione all'IVA; d) contributi delle autonomie speciali, che sono tenute a concorrere in base agli accordi (in quota fissa per la Regione siciliana, per la quale l'aliquota di compartecipazione è fissata dal 2009 nella misura del 49,11 per cento del suo fabbisogno sanitario).

<sup>77</sup> Essendo stata rinviata al 2020 la soppressione dei trasferimenti statali di parte corrente alle Regioni (cfr. art. 1, comma 778, lett. c), n. 1), della legge 27 dicembre 2017, n. 205).

<sup>78</sup> Ciò oltre ai finanziamenti statali con vincolo di scopo che riguardano particolari terapie (espressamente previsti anche dal decreto legislativo n. 68 del 2011) e agli specifici programmi di spesa per determinate aree geografiche talora disposti sotto forma di risorse aggiuntive *ex art.* 119, quinto comma, Cost., consentiti anche dalla giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, sent. n. 45 del 2008, con riguardo a programmi di diagnosi e terapia nel campo dell'oncologia e delle malattie rare).

<sup>79</sup> Con l'aumento dei c.d. ticket o di misure alternative per raggiungere il riequilibrio finanziario (cfr. art. 17, comma 6, del decreto-legge n. 98 del 2011). Cfr. sent. n. 187 del 2012.



In tale contesto, in cui il finanziamento del diritto alla salute è determinato in maniera esogena dal centro, nel corso del processo di formazione del bilancio dello Stato, la garanzia dell'integrale finanziamento delle funzioni preordinate a soddisfare diritti, sorretta da meccanismi perequativi espressione dei valori costituzionali di unità, eguaglianza e solidarietà, richiede evidentemente un confronto leale su quanto trasferire rispetto alle prestazioni da garantire e, dunque, le Regioni devono essere coinvolte dallo Stato nella determinazione sia dei LEA, sia dell'entità delle risorse. Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto che la «forte incidenza» della determinazione dei livelli essenziali sulle funzioni e sulle risorse esige moduli di leale collaborazione<sup>80</sup>.

Allo scopo di assicurare la corrispondenza tra prestazioni da garantire e relativa provvista finanziaria, già la legislazione degli anni Novanta prescriveva che l'individuazione delle risorse da destinare al diritto alla salute dovesse essere determinata *contestualmente* ai livelli essenziali<sup>81</sup>. Tuttavia tale principio non è stato sempre rispettato.

Al mancato rafforzamento della finanza autonoma<sup>82</sup> ha fatto in realtà seguito un modello pattizio volto a realizzare la collaborazione tra Stato e Regioni nella determinazione dell'entità del fabbisogno sanitario nazionale, in coerenza con i vincoli di finanza pubblica e con il fabbisogno derivante dalla determinazione dei LEA, come si desume dalle intese sottoscritte in Conferenza e poi trasfuse nella legislazione finanziaria statale (nonché dai relativi piani sanitari nazionali). Ad essa segue la determinazione dei fabbisogni regionali, individuati, per ciascuna delle tre macro-aree di assistenza (collettiva, distrettuale e ospedaliera), sulla base dei costi *standard* come media della spesa *pro capite* rilevata in alcune Regioni di riferimento (idonee a garantire l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza in condizione di equilibrio economico, secondo determinati parametri quantitativi e qualitativi). Anche i livelli essenziali di assistenza sono definiti e aggiornati mediante moduli procedurali basati sul

<sup>80</sup> V., in particolare, sentt. n. 88 del 2003; n. 136 del 2006; n. 45 del 2008; n. 169 del 2017; n. 197 del 2019.

<sup>81</sup> In questo senso, ad esempio, R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., p. 23.

<sup>82</sup> Al riguardo, deve essere ricordato che il decreto legislativo n. 56 del 2000 aveva previsto l'incremento della quota di finanza compartecipata e delle entrate proprie regionali anche al fine di superare i trasferimenti erariali, ma la riforma non ha trovato attuazione a causa degli ingenti disavanzi di alcuni dei servizi regionali, riconducibili, tra l'altro, alla scelta di perpetuare il criterio della spesa storica per il finanziamento delle funzioni.

principio di leale collaborazione<sup>83</sup>, con il coinvolgimento delle Regioni e, in Conferenza, vengono definite le risorse che lo Stato deve trasferire e i relativi accordi di riparto<sup>84</sup>.

Mediante questi procedimenti viene assicurata, in via di prassi, la partecipazione regionale alla determinazione e al finanziamento dei LEA con l'effetto di attenuare l'influenza delle variabili del modello di autonomia finanziaria che più limitano gli enti sub-statali (finanza derivata e coordinamento finanziario) e di rafforzare l'incidenza regionale sulla determinazione delle funzioni e delle risorse, pur in ambito di competenza legislativa statale (art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.). Ciò perché determinazione e finanziamento dei LEA sono demandati ad atti di rango sub-legislativo, su cui soltanto, contrariamente agli atti legislativi<sup>85</sup>, può essere assicurata la leale collaborazione, come conferma anche il recente procedimento di rideterminazione dei livelli stessi<sup>86</sup>.

Nondimeno, specie negli anni più recenti, già prima del deflagrare della crisi pandemica, anche i richiamati moduli procedurali si sono rivelati insufficienti a realizzare l'effettiva garanzia dei diritti a causa della tendenza dello Stato, nei momenti di crisi economica, ad aggirare gli obblighi collaborativi, richiedendo risparmi alle Regioni in sede di manovra annuale, con l'effetto di pregiudicare quella corrispondenza tra risorse e livello di prestazioni da erogare che si era cercato di garantire in Conferenza.

Nel contempo, essendo stata sospesa dal 2016 ogni forma di manovrabilità dei tributi regionali e delle deliberazioni comunali sui tributi locali, i vincoli alla spesa regionale finiscono per produrre l'effetto di trasferire parte del finanziamento direttamente sui cittadini con l'aumento dei ticket richiesti per mantenere il livello di erogazione delle prestazioni.

<sup>83</sup> Cfr. l'art. 1, comma 554, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, che dispone la definizione e l'aggiornamento dei LEA mediante intesa in Conferenza, sulla cui base è stato emanato il d.P.C.M. 12 gennaio 2017, recante i c.d. "nuovi LEA".

<sup>84</sup> V., da ultimo, l'intesa in Conferenza del 26 ottobre 2017 sul riparto delle risorse per il Servizio sanitario nazionale nell'anno 2017, in cui è prevista una quota indistinta e una quota vincolata per il finanziamento delle prestazioni.

<sup>85</sup> Con l'eccezione dei decreti legislativi determinata dalla sent. n. 251 del 2016, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni di una legge di delega nella parte in cui prevedevano che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previo parere in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni (o Unificata).

<sup>86</sup> Cfr. d.P.C.M. 12 gennaio 2017, recante i c.d. "nuovi LEA", e successive intese in Conferenza per il finanziamento delle prestazioni.

Si può pertanto riscontrare, tanto più di fronte alla crisi economica e sanitaria, la storica dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa che ha contribuito ad appannare la responsabilità finanziaria dei diversi livelli territoriali di governo nella gestione del servizio sanitario. Le Regioni sono tuttalpiù chiamate a rispondere degli eventuali aumenti delle compartecipazioni al costo delle prestazioni sanitarie richieste agli assistiti che, però, costituiscono una sorta di necessitato strumento a cui ricorrere in caso di insufficienza delle risorse trasferite. In altre parole, l'effetto combinato della limitazione della spesa e della determinazione di vincoli di destinazione sui finanziamenti provenienti dal centro, in uno con la necessità di garantire i livelli essenziali, riduce considerevolmente il margine di autonomia delle Regioni nell'organizzazione del servizio. Nella fase immediatamente precedente alla pandemia, l'introduzione dei costi e dei fabbisogni *standard* si è risolta in strumento di razionalizzazione della spesa, ma non certo di garanzia dei diritti. E i nodi sono poi venuti drammaticamente al pettine.

La crisi pandemica dell'ultimo anno e mezzo ha acuito tali processi non tanto sotto il profilo della sostenibilità economica del servizio nel lungo periodo, perché le recenti vicende hanno messo all'opposto in rilievo la prevalenza del valore primario tutela della salute sulle compatibilità finanziarie, quanto sotto il profilo dell'esigenza di preservare l'integrale finanziamento dei livelli essenziali.

Un primo aspetto critico generale risiede nella circostanza che la progressiva riduzione delle risorse, effetto di scelte allocative statali, rischia di compromettere l'esigibilità delle prestazioni sanitarie su cui ha profondamente inciso il coordinamento finanziario.

In secondo luogo, si manifestano profondi divari tra le aree del territorio nazionale, in quanto le Regioni centro-settentrionali hanno generalmente tenuto sotto controllo il fabbisogno sanitario, accrescendo i livelli di rendimento; quelle insulari e meridionali, invece, non sono riuscite a contenere le dinamiche di spesa, senza peraltro garantire determinati *standard* qualitativi dei servizi. È pertanto lungo tale direttrice che più si rilevano notevoli differenze nella gestione finanziaria e profonde asimmetrie nella qualità delle prestazioni sanitarie (e nella stessa capacità di assicurare l'integrale finanziamento dei LEA)<sup>87</sup>.

<sup>87</sup> I dati maggiormente critici si manifestano in Regioni del Mezzogiorno (Molise, Puglia, Sicilia, Campania e Calabria), per il triennio 2014-2016 e per quello successivo, sebbene tali disfunzioni interessino anche altre Regioni: sono soltanto otto (Basilicata, Emilia-Romagna, Liguria, Lombardia, Marche, Toscana, Umbria e Veneto) quelle perfettamente in

## **6. I livelli essenziali di assistenza sanitaria come parametro di riferimento per la determinazione della spesa costituzionalmente necessaria: il contributo della giurisprudenza costituzionale**

La complessità del sistema di finanziamento della sanità così delineato si è “scaricata” sulla giurisprudenza costituzionale.

Con riguardo alla sostenibilità finanziaria del sistema rispetto alle prestazioni da fornire, i livelli essenziali costituiscono il punto di riferimento nella definizione del contenzioso sul riparto dei costi tra Stato e Regioni.

Quanto alle leggi statali, la capacità di erogare i LEA è diventato il parametro su cui misurare la ragionevolezza dei “tagli lineari” dei finanziamenti<sup>88</sup> e delle norme di c.d. autocoordinamento, con le quali viene rimesso alle Regioni, in sede di intesa in Conferenza, il riparto degli oneri annuali conseguenti alla riduzione della spesa complessiva unilateralmente fissata dallo Stato<sup>89</sup>. Analogamente, quanto alle leggi regionali, sulla capacità di erogare i LEA si misura la proporzionalità e la ragionevolezza delle scelte allocative delle Regioni a tutela del diritto alla salute, individuando i livelli stessi il limite oltre il quale non può essere compresa la spesa costituzionalmente necessaria al soddisfacimento del diritto<sup>90</sup>.

linea con le prestazioni da erogare in tutte le macro-aree dei LEA.

<sup>88</sup> In questo precario contesto, la Corte ribadisce infatti la necessità di procedere alla determinazione e all’aggiornamento dei LEA, perché ciò offrirebbe alle Regioni, «un significativo criterio di orientamento nell’individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile» (sent. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del “Considerato in diritto”). In altre parole, la mancata determinazione dei livelli essenziali non può precludere l’esercizio della funzione statale di coordinamento finanziario, ma l’aggiornamento dei livelli stessi costituirebbe prezioso punto di riferimento per il finanziamento delle prestazioni. Cfr. sentt. n. 154 del 2017; n. 103 del 2018.

<sup>89</sup> Cfr. sentt. n. 154 del 2017 e n. 103 del 2018.

<sup>90</sup> Cfr., ad esempio, sentt. n. 169 del 2017 e n. 117 del 2018, ove la Corte ha affermato la doverosità del finanziamento dei livelli essenziali di assistenza, a cui deve corrispondere «una coerente proiezione macroeconomica dei costi in termini di fabbisogno regionale» al fine di consentire l’emersione nei bilanci delle priorità allocative per fronteggiare la spesa costituzionalmente vincolata. In questa prospettiva, la giurisprudenza costituzionale ha ribadito la necessità di procedere alla determinazione e all’aggiornamento dei LEA, perché ciò offrirebbe alle Regioni, «un significativo criterio di orientamento nell’individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile» (sent. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del “Considerato in diritto”). Nello

Tali orientamenti della giurisprudenza costituzionale dimostrano che, una volta determinati i livelli essenziali di assistenza, le risorse necessarie al finanziamento delle relative prestazioni devono ritenersi costituzionalmente vincolate, in quanto legate alla soglia di esigibilità del diritto da garantire in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale.

Ferma restando la sostenibilità dei LEA, la Corte ha affermato che la tutela del diritto alla salute è condizionata dalle risorse a disposizione<sup>91</sup>; che l'obiettivo della tutela della salute può porsi in bilanciamento con il valore della sostenibilità finanziaria, anche quale «necessario presupposto della continuità dell'intervento pubblico nel settore», poiché «il dissesto ulteriore e perdurante del sistema porrebbe in pericolo la stessa ulteriore azione pubblica di tutela della salute»<sup>92</sup>. La Corte sembra cioè – sia pure con i ricordati limiti – giustificare la contrazione delle risorse in vista di obiettivi di lungo periodo<sup>93</sup>, avvalorando, tra l'altro, il ricorso a poteri sostitutivi straordinari, fondati sull'art. 120, secondo comma, Cost., ad esempio mediante i piani di rientro dal disavanzo sanitario, che si esplicano al di fuori del paradigma della sussidiarietà, nei casi in cui valori costituzionalmente protetti potrebbero essere pregiudicati, al punto tale da giustificare l'intervento statale anche *contro* l'autonomia, quando essa non è in grado di garantire i diritti a beneficio dei quali dovrebbe operare<sup>94</sup>. In questa prospettiva, si potrebbe pertanto concludere che dal punto di vista di chi subisce l'intervento sostitutivo si realizza una sorta di *trade-off* tra autonomia e diritti a prestazione: alla rinuncia all'autonomia, più o meno imposta, corrisponde l'intervento statale per ripristinare

stesso senso, cfr. sentt. n. 154 del 2017; n. 103 del 2018 e n. 197 del 2019, punti n. 3.1, n. 3.2 e n. 3.3 del “Considerato in diritto”; n. 62 del 2020, punti n. 4.3, 4.4 e 4.5 del “Considerato in diritto”; n. 72 del 2020, spec. punti n. 3.1 e n. 4.1 del “Considerato in diritto”; n. 130 del 2020, punto n. 3.4 del “Considerato in diritto”; n. 157 del 2020, punto n. 4.2 del “Considerato in diritto”.

<sup>91</sup> Dalla sent. n. 455 del 1990 sino alle sentt. n. 203 del 2016, punto n. 8 del “Considerato in diritto” e n. 192 del 2017, punto n. 9.2.4 del “Considerato in diritto”.

<sup>92</sup> Sent. n. 416 del 1995, secondo un indirizzo poi costantemente confermato, ad esempio, dalla giurisprudenza costituzionale sui piani di rientro dal disavanzo sanitario: cfr. sentt. 100 del 2010; n. 123 del 2011; 163 del 2011; n. 91 del 2012; n. 131 del 2012.

<sup>93</sup> In questa prospettiva, per una recente lettura del principio di sostenibilità dei diritti, cfr. D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino 2017, *passim*, spec. p. 197 e sgg.

<sup>94</sup> Cfr. S. PAJNO, *I poteri sostitutivi in materia di acqua e rifiuti nella recente esperienza. Un primo bilancio* (25 aprile 2018), «Federalismi.it», 2018, 9, p. 9 e sgg.

il livello essenziale di tutela pregiudicato dall'insoddisfacente cura degli interessi cui l'amministrazione regionale è preposta<sup>95</sup>.

Sotto questo profilo, appare da ultimo di particolare interesse la recente sentenza n. 168 del 2021, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 10 novembre 2020, n. 150 (*Misure urgenti per il rilancio del servizio sanitario della regione Calabria e per il rinnovo degli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario*), convertito dall'art. 1, comma 1, della legge 30 dicembre 2020, n. 181, nella parte in cui non dispone adeguati mezzi di organizzazione e di provvista finanziaria per assicurare il funzionamento della struttura di supporto del commissario *ad acta* ai fini della realizzazione del piano di rientro dal disavanzo sanitario. Con la pronuncia in parola, la Corte offre soluzioni particolarmente significative per la disciplina del potere sostitutivo straordinario nella specie del piano di rientro dal dis-

<sup>95</sup> Esemplificativa la vicenda dei piani di rientro dal disavanzo sanitario che costituisce uno dei punti massimi di espansione del coordinamento finanziario poiché consente di limitare l'autonomia politica regionale per conformare l'erogazione delle prestazioni sanitarie alla garanzia dei livelli essenziali e alla loro sostenibilità nel futuro. Basti pensare alle numerose declaratorie di incostituzionalità di disposizioni legislative regionali che si discostano, anche su aspetti di dettaglio, da quanto previsto dal piano di rientro (*ex plurimis*, sentt. n. 78 del 2011; n. 28, n. 51, n. 79 e n. 104 del 2013) o dai programmi di consolidamento e sviluppo funzionali al conseguimento degli obiettivi del piano (sent. n. 130 del 2020, punti n. 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 del "Considerato in diritto"); o a quelle pronunce che dichiarano l'illegittimità costituzionale di leggi regionali anche quando l'interferenza con l'attività svolta del commissario incaricato di attuare il piano è meramente potenziale, e, quindi, non determina un contrasto diretto con i suoi poteri (sentt. n. 104 del 2013; n. 110 del 2014; n. 227 del 2015; n. 266 del 2016; n. 14, n. 106 e n. 190 del 2017; n. 117 del 2018); o, ancora, a quelle pronunce che censurano la richiamata interferenza anche in presenza di interventi non previsti dal piano, ma che possono aggravare il disavanzo sanitario regionale (sentt. n. 131 del 2012; n. 104 del 2013; n. 117 del 2018). La giurisprudenza costituzionale ha poi ripetutamente negato che le Regioni sottoposte a piano di rientro possano prevedere livelli di assistenza aggiuntivi, perché ciò determinerebbe una palese incoerenza della legislazione regionale rispetto all'obiettivo del contenimento della spesa sanitaria: cfr., in particolare, sentt. n. 32 del 2012 e n. 104 del 2013. Tale orientamento, ad esempio, non ha consentito alle Regioni sottoposte a piano di rientro di: attivare o prorogare funzioni inerenti alla gestione del servizio di elisoccorso di carattere sanitario (sentt. n. 320 del 2008; n. 32 del 2012); istituire registri tumori e centri per le cure oncologiche (sentt. n. 267 del 2010; n. 214 del 2012; n. 79 del 2013); assicurare la copertura integrale delle prestazioni riabilitative per anziani e disabili (sent. n. 123 del 2011); istituire nuovi enti nell'ambito del servizio sanitario regionale (sent. n. 131 del 2012); o, ancora, prevedere la corresponsione, in favore dei cittadini affetti da patologie oncologiche, di rimborsi con relativa assunzione di oneri ulteriori a carico del bilancio regionale per garantire un livello di assistenza aggiuntiva (sent. n. 104 del 2013); o, infine, accreditare strutture private per garantire il fabbisogno ospedaliero e incrementare le prestazioni aggiuntive (sent. n. 117 del 2018).

vanzo sanitario<sup>96</sup>. Mai sino a tale pronuncia affrontata in maniera così approfondita, quella decisa dal Giudice delle leggi costituisce questione particolarmente critica perché lo scarso ricorso ai poteri sostitutivi da parte dello Stato e il non sempre soddisfacente rendimento dell'istituto dipendono in larga parte dalle carenze delle strutture organizzative messe a disposizione dei commissari e dalle non sempre adeguate risorse finanziarie disponibili per l'attuazione dei piani<sup>97</sup>. Da questo punto di vista, la sentenza n. 168 del 2021 assume particolare rilievo perché, per la prima volta, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la normativa statale «nella parte in cui non prevede che al prevalente fabbisogno della struttura commissariale provveda direttamente lo Stato» e «nella parte in cui, nell'imporre alla Regione di mettere a disposizione del commissario *ad acta* un contingente di venticinque unità di personale, stabilisce che tale entità costituisce un “minimo” anziché un “massimo”». Alla stregua dell'analisi dei rilevanti e annosi nodi problematici del servizio sanitario calabrese, ormai in stato di commissariamento ultradecennale, la Corte ha altresì dichiarato costituzionalmente illegittima la norma statale «nella parte in cui non prevede, in alternativa alla presentazione e approvazione del programma operativo di prosecuzione del piano di rientro per il periodo 2022-2023, l'approvazione del nuovo piano di rientro presentato dalla Regione» ai fini dell'assegnazione del contributo triennale di solidarietà di 60 milioni di euro.

Lasciando qui disparte il tasso di manipolatività della pronuncia resa in un giudizio in via principale avente ad oggetto la conformità a Costituzione delle norme che disciplinano il commissariamento, avendo la Corte optato per una decisione di accoglimento in parte sostitutiva che ha l'effetto di indirizzare *puntualmente* Stato e Regione nella realizzazione degli obiettivi del piano o nell'adozione di un nuovo piano di rientro, la sentenza n. 168 del 2021 ha il merito di affrontare finalmente *la* questione centrale circa lo scarso rendimento di un istituto che dovrebbe invece costituire lo strumento di chiusura a garanzia dell'eguaglianza dei diritti: l'idoneità delle strutture necessarie per operare la sostituzione.

Come ha dimostrato proprio l'incapacità di rispondere in maniera adeguata alla crisi pandemica, se si muove dal presupposto, qui accolto,

<sup>96</sup> Per l'approfondimento del piano di rientro dal disavanzo sanitario quale espressione di un potere sostitutivo straordinario, si rinvia a G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., p. 387 e sgg.

<sup>97</sup> In linea generale, su tali difficoltà di attuazione dei poteri sostitutivi, cfr. S. PAJNO, *I poteri sostitutivi*, cit., spec. p. 7 e sgg.

che l'intervento sostitutivo straordinario si giustifichi anche *contro* l'autonomia, quando essa non è in grado di garantire i diritti che dovrebbe soddisfare, lo Stato – afferma la Corte – non può limitarsi, in situazioni estreme, al «mero avvicendamento del vertice [della struttura commissariale], senza considerare l'inefficienza dell'intera struttura sulla quale tale vertice è chiamato ad operare», rischiando «altrimenti di produrre, a causa dell'impotenza cui si destina il commissario, un effetto moltiplicatore di diseguaglianze e privazioni in una Regione che già sconta condizioni di sanità diseguale»<sup>98</sup>.

Da questo punto di vista, è lecito chiedersi, stante la limitazione particolarmente incisiva dell'autonomia regionale, se non sarebbe opportuno introdurre un vero e proprio *test* di idoneità dell'intervento sostitutivo statale rispetto agli obiettivi perseguiti, in maniera tale da valutare se e in quale misura il sacrificio dell'autonomia sia effettivamente giustificato: ciò che si verifica soltanto se gli interessi protetti dalla sostituzione siano effettivamente curati in modo adeguato anche in relazione alle strutture necessarie a "sorreggere" l'operato dei commissari straordinari.

Diversa è, invece, la prospettiva da cui muove l'organo di giustizia costituzionale quando l'esigenza di risparmio produce discriminazioni, ad esempio nella partecipazione degli assistiti alla spesa sanitaria<sup>99</sup>, o escludendo irragionevolmente gli stranieri dall'erogazione delle prestazioni<sup>100</sup>. In queste pronunce, che definiscono giudizi instaurati in via incidentale, il controllo di costituzionalità sul bilanciamento tra diritti e risorse è calibrato sull'eguaglianza rispetto all'individuazione dei beneficiari del contenuto essenziale del diritto (mentre non riguarda direttamente il livello delle prestazioni e i rapporti tra Stato e Regioni). Da questo punto di vista, la dottrina del contenuto irriducibile del diritto alla salute continua ad operare come limite al bilanciamento realizzato dal legislatore, pur con problematiche oscillazioni tra contenuto minimo e contenuto essenziale – a fronte dell'inequivoca opzione della norma costituzionale in favore della formula più ampia – e con il costante richiamo al principio di gradualità delle riforme onerose, che spesso finisce per limitare la tutela, come ormai da tempo osservato in dottrina<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Sent. n. 168 del 2021, punto n. 10.3.6.

<sup>99</sup> Cfr. sentt. n. 247 del 1992; n. 184 del 1993; n. 304 del 1994; n. 416 del 1995; n. 309 del 1999; n. 200 del 2005.

<sup>100</sup> V., ad esempio, sent. n. 252 del 2001; n. 432 del 2005, punto n. 5.1 del "Considerato in diritto"; nonché n. 306 del 2008 e n. 11 del 2009.

<sup>101</sup> Cfr., ad esempio, nell'ambito di una vasta letteratura, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale*



Il punto non sembra tanto comprendere se il contenuto essenziale del diritto alla salute si debba identificare con la sua tutela *minima* o *sostanziale*<sup>102</sup> o, come per lungo tempo affermato dalla giurisprudenza costituzionale, *integrale*<sup>103</sup>. Lungi dall'essere risolto anche in sede scientifica, a vent'anni dalla riforma del Titolo V del 2001, tale indeterminatezza continua a condizionare l'interpretazione del giudice – comune e costituzionale – avvalorando oscillazioni in tutto ciò che segue nell'organizzazione e nel finanziamento della sanità<sup>104</sup>.

Al riguardo, negli ultimi anni la giurisprudenza costituzionale ha fornito significative precisazioni. Di particolare rilievo, sotto questo profilo, le pronunce che affermano la doverosità del finanziamento dei livelli essenziali di assistenza, a cui deve corrispondere «una coerente proiezione macroeconomica dei costi in termini di fabbisogno regionale» al fine di consentire l'emersione nei bilanci delle priorità allocative per fronteggiare la spesa costituzionalmente vincolata<sup>105</sup>. In questo precario contesto, la Corte ribadisce infatti la necessità di procedere alla determinazione e all'aggiornamento dei LEA, perché ciò offrirebbe alle Regioni «un significativo criterio di orientamento nell'individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile»<sup>106</sup>. In altre parole, la mancata determinazione dei livelli essenziali non può precludere l'esercizio della funzione statale di coordinamento finanziario, ma l'aggiornamento dei livelli stessi costituirebbe prezioso punto di riferimento per il finanziamento delle prestazioni<sup>107</sup>.

*a confronto*, Torino 2000, p. 122 e sgg.; Id., *Crisi economica e diritti fondamentali*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2013. Spazio costituzionale e crisi economica*, cit., p. 164; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., p. 204 e sgg.

<sup>102</sup> In questo senso, la tesi maggioritaria in dottrina: cfr., ad esempio, E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, «Le Istituzioni del Federalismo», 2001, 6, p. 1103 e sgg., spec. 1105 e sgg.; Id., *Il nome e la cosa. Livelli essenziali dei diritti e principio di eguaglianza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005, p. 287 e sgg., spec. 290 e sgg.

<sup>103</sup> In quest'ultimo senso, cfr. sent. n. 992 del 1988.

<sup>104</sup> Cfr., tra i tanti, F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, «Rivista AIC», 2013, 3, p. 10 e sgg.

<sup>105</sup> Cfr. sentt. n. 169 del 2017 e n. 117 del 2018.

<sup>106</sup> Sent. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del «Considerato in diritto».

<sup>107</sup> Al riguardo, si vedano anche sentt. n. 154 del 2017; n. 103 del 2018; n. 62 del 2020; n. 72 del 2020, spec. punto n. 3.1 del «Considerato in diritto»; n. 130 del 2020, punto n. 3.4 del «Considerato in diritto»; n. 157 del 2020, punto n. 4.2 del «Considerato in diritto».

Uno dei punti di ricaduta più significativo dei recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale è costituito dalla sentenza n. 197 del 2019, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di due disposizioni della legge della Regione siciliana n. 8 del 2018 rivolte a prescrivere alla Ragioneria regionale di includere nelle "entrate" del bilancio alcuni cespiti non sorretti da un idoneo titolo giuridico, così illegittimamente ampliando la capacità di spesa regionale. Nel corso del giudizio definito dalla sentenza in parola, la Corte ha adottato un'ordinanza istruttoria volta a richiedere informazioni al Governo e alla Regione per verificare il rispetto dell'adeguato finanziamento dei livelli essenziali di assistenza.

La tecnica decisoria inaugurata dalla sentenza richiamata consente alla Corte di garantire il principio di costituzionalità prefigurando ulteriori vizi della legge oggetto del giudizio, successivamente accertati dalla sentenza n. 62 del 2020, a seguito dell'espletamento delle attività istruttorie, disposte con un'ordinanza per la prima volta *allegata* alla precedente sentenza n. 197 del 2019. Si tratta di una soluzione particolarmente significativa sotto il profilo della *conoscibilità* dell'ordinanza istruttoria, «in quanto essa costituisce la saldatura tra l'oggetto del ricorso e quello che sarà il suo esito», capace di consentire trasparenti valutazioni dell'operato di Stato e Regione e di attivare conseguentemente forme di «responsabilità politica» per i soggetti inadempienti nel finanziamento dei livelli essenziali<sup>108</sup>. Il punto è di particolare rilievo perché il sistema policentrico italiano si è costantemente caratterizzato per la storica dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa che ha contribuito ad appannare la responsabilità dei diversi livelli territoriali di governo soprattutto nella gestione del servizio sanitario, sicché sarebbe quanto mai necessario individuare strumenti capaci di far valere il principio generale dello Stato costituzionale circa il necessario nesso tra potere e responsabilità, declinandolo nel rapporto tra Stato e autonomie<sup>109</sup>.

In secondo luogo, il ricorso ai poteri istruttori nella sentenza n. 197 del 2019 esprime un rafforzamento del *test* di ragionevolezza e propor-

<sup>108</sup> In questi termini, le efficaci considerazioni di G.P. DOLSO, *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, «Forum dei Quaderni costituzionali», 2020, 1, p. 378 e sgg. (cui appartengono le espressioni virgolettate), il quale saluta con favore la tecnica introdotta dalla Corte con la sent. n. 197 del 2019 in quanto funzionale ad assicurare uno svolgimento maggiormente coerente del giudizio in via principale rispetto agli interessi ad esso sottesi.

<sup>109</sup> Per lo sviluppo di questa tesi, cfr. G. RIVOSACCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., p. 382 e sgg. e 404 e sgg.

zionalità a cui da tempo la Corte sottopone leggi statali e regionali circa l'adeguato finanziamento dei livelli essenziali e dei diritti costituzionali. In altre parole, nel momento in cui assicura un'interpretazione rigorosa del precetto dell'equilibrio di bilancio, dichiarando costituzionalmente illegittime le disposizioni di legge regionale che non assicurano risorse "certe" a copertura delle spese previste, al contempo la Corte ribadisce «la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti Stato-Regioni in tema di competenza legislativa», che «impongono una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria tra questi soggetti, in quanto coinvolgente l'erogazione di prestazioni», sicché la dialettica tra Stato e Regioni sul finanziamento dei livelli essenziali «dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria»<sup>110</sup>.

Quanto detto – ricorda la Corte – è specificato dall'art. 20 del decreto legislativo n. 118 del 2011 sull'armonizzazione dei bilanci degli enti sub-statali, che pone le «condizioni indefettibili nella individuazione e allocazione delle risorse inerenti ai livelli essenziali delle prestazioni»<sup>111</sup>, con la conseguenza che Stato e Regioni sono tenuti ad evidenziare i costi dei livelli essenziali di assistenza nei rispettivi bilanci e in quelli delle aziende erogatrici, «tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale»<sup>112</sup>. È quindi proprio a tutela della *spesa costituzionalmente necessaria* che la Corte, con la sentenza n. 197 del 2019, ha fatto ricorso ai poteri istruttori tanto nei confronti della Regione inadempiente quanto nei confronti dello Stato, introducendo significative novità sul piano processuale che conducono ad un *decisum* composito mediante il quale viene riservata a separate pronunce la decisione sulle *altre* questioni promosse aventi ad oggetto la legge regionale siciliana, ma vengono altresì creati i presupposti per possibili censure anche nei confronti del legislatore statale in caso di inadeguato finanziamento dei livelli essenziali.

Assumendo questa prospettiva, è possibile tentare di delineare una sorta di "statuto giuridico" delle risorse nel bilanciamento dei diritti a prestazione con il precetto dell'equilibrio onde evitare che, in periodo di

<sup>110</sup> Sent. n. 197 del 2019, punto n. 3.1 del "Considerato in diritto", che riprende quanto affermato dalla sent. n. 169 del 2017.

<sup>111</sup> Sent. n. 197 del 2019, punto n. 3.2 del "Considerato in diritto".

<sup>112</sup> Sent. n. 197 del 2019, punto n. 3.1 del "Considerato in diritto", che riprende quanto affermato dalla sent. n. 169 del 2017.

crisi, i condizionamenti finanziari rischiano di rendere meno chiaramente identificabile il “nucleo essenziale” del diritto alla salute. Le risorse destinate al finanziamento del contenuto essenziale del diritto devono ritenersi indisponibili al legislatore, mentre quelle destinate al finanziamento delle prestazioni concernenti i livelli essenziali possono ritenersi costituzionalmente vincolate. La differenza tra le prime (destinate al finanziamento del “contenuto essenziale” del diritto) e le seconde (destinate al finanziamento delle prestazioni concernenti i livelli essenziali) può essere così riassunta: il legislatore non potrebbe non destinare le risorse costituzionalmente indisponibili alla tutela del contenuto essenziale del diritto; il legislatore potrebbe invece operare una *indiretta* riduzione delle risorse costituzionalmente vincolate, semplicemente rideterminando al ribasso i livelli essenziali, quale scelta di indirizzo politico, da cui discenderebbe una riduzione delle risorse ad essi destinate.

Tutto ciò permette di individuare la soglia di spesa costituzionalmente necessaria nel finanziamento delle prestazioni che possa consentire, pur senza ammettere alcuna gerarchia di valori costituzionali, di individuare le priorità allocative per Governo e Parlamento valevoli in tempo di crisi economica e di emergenza sanitaria.

Resta il decisivo problema di quanto tali scelte siano sindacabili in sede di controllo di costituzionalità. Nella fase più recente, la Corte costituzionale è arrivata a combinare diverse tecniche decisorie per assicurare il principio di connessione tra prestazioni e risorse ai diversi livelli territoriali di governo.

La Corte ha anzitutto utilizzato la tecnica della c.d. “doppia pronuncia”. A decisioni di inammissibilità o di infondatezza o a sentenze interpretative di rigetto hanno fatto seguito pronunce di accoglimento, al fine di assicurare l’adeguato finanziamento dei diritti. Esemplificativa, al riguardo, la vicenda dei “tagli” ai finanziamenti delle Province disposti, a invarianza delle funzioni, dalla legislazione finanziaria statale degli ultimi anni, ripetutamente fatti “salvi” dalla Corte sino alla sentenza n. 137 del 2018 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’intervento del legislatore statale nella parte in cui non disponeva la riassegnazione delle risorse alle Regioni e agli enti locali subentrati nell’esercizio di funzioni provinciali non fondamentali al fine di garantire l’erogazione delle prestazioni. In tale occasione, la Corte ha fatto ricorso a una pronuncia additiva di principio che, di fronte alla lacuna normativa, ha reso esplicito quanto era stato dedotto in via interpretativa dalle precedenti sentenze<sup>113</sup>.

<sup>113</sup> Sentt. n. 205 del 2016 e n. 84 del 2018. In dottrina, cfr. V. MARCENÒ, *Come decide la Corte*

In altri casi, la Corte ha fatto ricorso a *particolarissime* additive di principio mediante la quali ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di unità previsionali di base dei bilanci, nella parte in cui non stanziavano risorse sufficienti per il finanziamento dei diritti sociali, rimettendo al legislatore la determinazione del *quantum* da destinare a tali spese costituzionalmente necessarie<sup>114</sup>.

Alla stregua di quanto detto, ci si dovrebbe chiedere sino a che punto la Corte possa utilizzare tecniche decisorie di questo tipo per estendere il proprio sindacato sulle scelte allocative del legislatore nei casi di inadeguato finanziamento del nucleo incompressibile dei diritti, arrivando quindi a limitare, pur senza sostituirsi ad esse, le scelte discrezionali che si esprimono nella decisione massimamente politica costituita dall'approvazione delle leggi di bilancio.

In questa prospettiva, ad esempio, i "tagli" dei finanziamenti regionali sono stati ritenuti conformi a Costituzione soltanto nella misura in cui vengono comunque garantiti i livelli essenziali. Le tecniche decisorie richiamate consentono alla Corte di sviluppare forme di incisivo controllo sulle scelte legislative di distribuzione delle risorse in relazione alle «*priorità costituzionali*»<sup>115</sup>.

Deve essere nondimeno ricordato che il controllo di costituzionalità sull'impiego delle risorse rispetto alle "priorità" indicate dalla tavola dei valori costituzionali trova alcuni limiti di sistema. Tra i diritti e i valori

*costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio*, «Le Regioni», 2018, 5-6, p. 1113 e sgg.

<sup>114</sup> Sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016. Alla stessa particolare categoria di *additive di principio in materia di finanza pubblica* può essere ricondotta la sentenza n. 6 del 2019, con la quale la Corte ha definito la c.d. «vertenza entrate» (sent. n. 231 del 2008) tra la Regione Sardegna e lo Stato relativa ai criteri di calcolo delle compartecipazioni tributarie sulle imposte sui redditi e sull'IVA, che ha penalizzato la Regione per il mancato adeguamento del sistema delle entrate alla modifica dell'art. 8 dello Statuto speciale risalente al 2006, dichiarando costituzionalmente illegittima una disposizione della legge statale di bilancio per il 2018 e per il triennio 2018-2020 nella parte in cui, nelle more della definizione di un apposito accordo di finanza pubblica, non riconosce alla Regione adeguate risorse per lo svolgimento delle funzioni ad essa affidate.

<sup>115</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano 2015, p. 398 e sgg., che ipotizza il ricorso al giudizio di ragionevolezza per sindacare le decisioni di spesa con sentenze additive o sostitutive al fine di tutelare le priorità indicate dalla Costituzione nella destinazione delle risorse finanziarie, «muovendo dalla distinzione tra destinazioni di fondi *doverose, consentite e vietate*», nella cui scia F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, «Giurisprudenza costituzionale», 2016, p. 2522 e sgg.

costituzionali da bilanciare non può essere infatti riconosciuto alcun ordine gerarchico, poiché all'interno di ciascuna norma costituzionale sui diritti è tracciabile un nucleo essenziale, ma non è ravvisabile alcuna scala di valori costituzionali. Ne consegue che le priorità allocative delle risorse *non* possono essere individuate in base ad un predeterminato ordine gerarchico, ma soltanto rispetto al bilanciamento di volta in volta conseguito tra diritti e valori costituzionali.

## **7. Considerazioni conclusive: “stabilizzazione” delle competenze, “certezza” delle risorse finanziarie ed esigenze collaborative tra Stato e Regioni nella cura del diritto alla salute**

L'analisi condotta sul piano normativo e della giurisprudenza (con particolare riguardo a quella costituzionale) dimostra come il nostro ordinamento sia saldamente ancorato a un modello duale di tutela del diritto alla salute, incentrato sul duplice livello, statale e regionale.

Tuttavia, l'autonomia “effettiva” delle Regioni nell'elaborare e attuare politiche sanitarie entro i principi fondamentali e gli indirizzi della legislazione statale dipende in larga misura dal dato finanziario-fiscale. Da un lato, sin dalla crisi dei debiti sovrani del 2011, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che il contenuto essenziale dei diritti fondamentali non può essere compromesso dalla scarsità delle risorse e, anzi, la sua garanzia effettiva deve orientare le scelte allocative di Stato e Regioni. Dall'altro lato, è innegabile che le disponibilità finanziarie delle Regioni dipendono pressoché integralmente dalle scelte dello Stato sulle risorse da trasferire, in forza del carattere ancora largamente derivato della finanza territoriale.

Come si è potuto verificare, al deflagrare della crisi economico-finanziaria tutto ciò ha raramente consentito alle Regioni di dispiegare le potenzialità offerte dal modello costituzionale di tutela del diritto alla salute.

Quando lo Stato non garantisce la corrispondenza tra funzioni e risorse, principio costituzionalmente necessario (art. 119, quarto comma, Cost.) ma spesso eluso, talvolta precludendo l'adeguato finanziamento delle prestazioni sanitarie, vi è inoltre il concreto rischio che le Regioni non riescano neppure ad assicurare le prestazioni inerenti ai LEA che costituiscono la principale garanzia dei diritti tra centro e periferia. Ben distinti dal contenuto essenziale del diritto, i livelli essenziali indicano la soglia di eguaglianza nelle prestazioni fissata con atto di indirizzo politico

dallo Stato che le Regioni devono garantire. Una volta che questi sono stati determinati, le risorse necessarie a finanziare le prestazioni incluse nei livelli stessi devono ritenersi costituzionalmente vincolate per non pregiudicare quell'eguaglianza "essenziale" nel godimento dei diritti che invece si è scelto di garantire.

Come si è visto, ormai da diversi anni la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato soluzioni e strategie argomentative volte a garantire non soltanto, come già eravamo abituati, il principio collaborativo nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, ma anche la certezza delle risorse costituzionalmente vincolate a garanzia del diritto alla salute.

La Corte ha anzitutto tentato di preservare la necessaria stabilità delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, muovendo dal principio di connessione tra funzioni e provvista finanziaria, indispensabile ai fini delle esigenze di programmazione delle risorse. Il Giudice delle leggi ha in più pronunce affermato che la riduzione dei finanziamenti regionali, quando incide sulle prestazioni, deve essere di carattere transitorio e temporaneo<sup>116</sup>, rischiando altrimenti di compromettere la continuità e la qualità del servizio sanitario; che le proroghe dei vincoli al finanziamento regionale devono collocarsi entro le compatibilità finanziarie definite nell'ambito di un trasparente confronto tra Governo e Parlamento, censurando anche la prassi del maxi-emendamento, perché le ricadute sui servizi erogati dalle Regioni devono essere valutate in sede politica, affinché vi sia una piena consapevolezza e assunzione di responsabilità<sup>117</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha inoltre sviluppato un incisivo sindacato sulle leggi di bilancio, statali e regionali, volto ad assicurare, nel bilanciamento tra unità e autonomia, la trasparenza e la correttezza nell'impiego dei fondi a garanzia delle prestazioni, con particolare riguardo a quelle sanitarie<sup>118</sup>. Il Giudice delle leggi ha affermato, ad esempio, che lo Stato deve garantire il concorso al finanziamento dei livelli essenziali nelle fasi avverse del ciclo economico<sup>119</sup>; che il contributo degli enti territoriali agli obiettivi di finanza pubblica deve essere assicurato nel rispetto dei principi di coordinamento e della legge rinforzata di attuazione dell'art. 81 Cost., senza che lo Stato possa imporre ulteriori oneri alle

<sup>116</sup> Significativa, in questo senso, la sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto"; nonché, tra le tante, sentt. n. 193 del 2012; n. 141 del 2016; n. 154 e n. 169 del 2017; n. 6 del 2019, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

<sup>117</sup> Cfr. sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto".

<sup>118</sup> Al riguardo, cfr., ad esempio, C. BUZZACCHI, *Le Regioni e le politiche per i diritti economici e sociali al tempo della pandemia*, «Rivista AIC», 2021, 1, p. 278 e sgg., spec. 280 e sgg.

<sup>119</sup> Cfr. sent. n. 235 del 2017.

autonomie<sup>120</sup>; che la determinazione della regola dell'equilibrio deve preservare «spazi finanziari» per le autonomie territoriali, idonei a garantire la programmazione delle risorse per il soddisfacimento dei diritti secondo principi di proporzionalità e adeguatezza<sup>121</sup>, senza precludere, ad esempio, agli enti sub-statali di disporre dell'avanzo di amministrazione regolarmente accertato con l'approvazione del rendiconto e limitando così, la Corte, la pretesa del legislatore statale di utilizzare i bilanci regionali per conseguire obiettivi generali di finanza pubblica<sup>122</sup>.

In sintesi, secondo gli orientamenti richiamati: a) deve essere assicurato il finanziamento delle prestazioni concernenti i diritti; b) devono essere garantite risorse “certe” per lo svolgimento delle funzioni inerenti ai livelli essenziali stabiliti dallo Stato; c) è infine necessario assicurare «spazi finanziari» agli enti sub-statali per garantire un'effettiva programmazione finanziaria e per consentire la libera determinazione degli enti locali circa la partecipazione o non alle scelte regionali sull'impiego delle loro risorse eventualmente risultanti dagli esercizi finanziari precedenti.

Non molto di più può, però, essere chiesto innanzi alla Corte costituzionale.

Essendo ancora in parte inattuati i precetti costituzionali poiché la finanza territoriale è ancora rimasta in larga parte di carattere derivato ed essendo state interpretate nel senso dell'accentramento le variabili del modello costituzionale di autonomia sopra prese in esame, soltanto il legislatore può trasferire alle Regioni quanto necessario per realizzare politiche dei diritti ed implementare il modello di cura del diritto alla salute.

La soluzione andrebbe pertanto ricercata nella valorizzazione degli strumenti di concertazione tra Stato e Regioni, e, quindi, delle procedure

<sup>120</sup> Cfr. sentt. n. 235 e n. 237 del 2017.

<sup>121</sup> Cfr., ad esempio, sentt. n. 184 del 2016; n. 169 del 2017; n. 247 del 2017; n. 94 e n. 101 del 2018.

<sup>122</sup> Esemplificative, sotto quest'ultimo profilo, le pronunce volte a garantire che la determinazione della regola dell'equilibrio degli enti sub-statali in un unico saldo non negativo, in termini di competenza, tra entrate e spese finali, sia calcolato tenendo conto dello stato della finanza di ciascuna Regione giuridicamente accertato nei rendiconti, senza impedire l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione o di altre risorse già destinate a copertura di spese imputate a esercizi successivi secondo il meccanismo di garanzia costituito dal fondo pluriennale vincolato. In tal modo, la Corte ha precluso al legislatore statale di sottrarre risorse giuridicamente accertate nella disponibilità delle Regioni per farle rifluire nel conto consolidato delle amministrazioni pubbliche a fini di risanamento: cfr. sentt. 247 del 2017 e n. 101 del 2018.



e delle sedi collaborative in cui sia garantito un confronto sulle funzioni che le Regioni devono svolgere e, in seguito, sulle risorse da trasferire<sup>123</sup>.

All'opposto, le vicende del regionalismo italiano nella fase immediatamente precedente alla pandemia già mostravano uno scarto evidente tra la valorizzazione degli istituti di leale cooperazione nelle relazioni finanziarie tra centro e periferia, e la pratica effettiva di governo della finanza pubblica con la quale lo Stato, ormai da oltre un decennio, ha finito per imporre agli enti territoriali gli incisivi obiettivi del coordinamento finanziario, con effetti limitativi sulla loro autonomia politica<sup>124</sup>.

In questo contesto, occorrerebbe tornare a una "stabilizzazione" delle competenze per evitare che ciò che residui del regionalismo cooperativo sia soltanto una sorta di contrattazione – se non, addirittura, una perdurante conflittualità – sulle risorse finanziarie, volta a garantire, talora senza successo, almeno i livelli essenziali. Dal canto suo, peraltro, lo Stato assai raramente esercita i poteri sostitutivi quando la garanzia dei diritti scende al di sotto di tale soglia, come la crisi pandemica ha drammaticamente dimostrato, anche per la mancanza di adeguate strutture di supporto ai commissariamenti. A ciò tenta ora di porre freno la recente sentenza della Corte costituzionale n. 168 del 2021 intervenuta sulle modalità di gestione del servizio sanitario calabrese.

In definitiva, la pandemia ha colto di sorpresa le Regioni, inserendosi drammaticamente in un quadro di riferimento caratterizzato un regionalismo ancora immaturo e determinando un robusto accentramento sia della finanza e dei tributi, sia delle competenze legislative. Ciò è dimostrato dalla sentenza n. 37 del 2021, che ha l'effetto di elevare la «profilassi internazionale» a una sorta di super-parametro capace di affondare come una lama nell'effettivo (ancorché negato) intreccio di materie, e, conseguentemente, di attrarre allo Stato ciò che residua del riparto di competenze.

<sup>123</sup> Al riguardo, cfr. C. BUZZACCHI, Il ruolo del servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA, «Forum dei Quaderni costituzionali», 2020, 2, p. 663 e sgg.

<sup>124</sup> In questa prospettiva, cfr., ad esempio, A. BRANCASI, *Il coordinamento finanziario in attesa della legge sul concorso delle autonomie «alla sostenibilità del debito complessivo delle pubbliche amministrazioni»*, «Le Regioni», 2012, p. 1143 e sgg.; nonché G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, in *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V*, a cura di S. Mangiameli, Milano 2014, p. 147 e sgg.

Diversa la via indicata dalla stessa Corte in altre pronunce che affermano l'esigenza di preservare la stabilità-rigidità del riparto di competenze e il modello costituzionale basato sul duplice livello nella cura del diritto alla salute<sup>125</sup>. La giurisprudenza costituzionale ha infatti valorizzato gli spazi riservati al legislatore regionale in relazione alla declinazione territoriale del servizio sanitario, ripetutamente affermando che l'intreccio di competenze deve essere governato dal principio di leale cooperazione e assicurare la preminenza della persona umana quale soggetto di diritto «non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario» a cui deve essere funzionale il riparto delle competenze e l'impiego delle risorse<sup>126</sup>. La «funzione sanitaria pubblica» – ha proseguito il Giudice delle leggi – deve essere «esercitata su due livelli di governo: quello statale, il quale definisce le prestazioni che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire ai cittadini – cioè i livelli essenziali di assistenza – e l'ammontare complessivo delle risorse economiche necessarie al loro finanziamento; quello regionale, cui pertiene il compito di organizzare sul territorio il rispettivo servizio e garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto degli standard costituzionalmente conformi»<sup>127</sup>. Ciò deve tradursi nella «definizione di un sistema di regole che ne disciplini i rapporti di collaborazione, nel rispetto delle reciproche competenze» al fine di «realizzare una gestione della funzione sanitaria pubblica efficiente e capace di rispondere alle istanze dei cittadini coerentemente con le regole di bilancio, le quali prevedono la separazione dei costi “necessari”, inerenti alla prestazione dei LEA, dalle altre spese sanitarie, assoggettate invece al principio della sostenibilità economica»<sup>128</sup>.

L'orientamento da ultimo richiamato, da tempo consolidato nella giurisprudenza costituzionale sui LEA, dovrebbe indirizzare Stato e Regioni nella realizzazione del principio collaborativo circa l'esercizio delle fun-

<sup>125</sup> Al riguardo, si vedano, ad esempio, le considerazioni di A. MATTIONI, *Salute e assistenza. Rapporti tra “livelli di governo” dopo la recente revisione costituzionale*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., p. 52 e sgg.

<sup>126</sup> Cfr. sent. n. 62 del 2020, punto n. 4.5 del “Considerato in diritto” (da cui sono tratte le espressioni virgolettate).

<sup>127</sup> Sent. n. 62 del 2020, punto n. 4.3 del “Considerato in diritto”.

<sup>128</sup> Sent. n. 62 del 2020, punto n. 4.3 del “Considerato in diritto”. La stessa prospettiva è stata ripetutamente valorizzata dalle successive pronunce della Corte costituzionale: cfr., ad esempio, sentt. n. 72 del 2020, spec. punti n. 3.1 e n. 4.1 del “Considerato in diritto”; n. 130 del 2020, punto n. 3.4 del “Considerato in diritto”; n. 157 del 2020, punto n. 4.2 del “Considerato in diritto”.

zioni e l'impiego delle risorse per garantire, secondo le rispettive competenze, il migliore rendimento del servizio sanitario.

Se il regionalismo collaborativo tra Stato e Regioni non ha adeguatamente funzionato di fronte all'emergenza, le cause non sono da ricercare nell'inadeguatezza del Titolo V Cost., tenendo conto, tra l'altro, che la materia della sanità è stata "regionalizzata" in tempi ben risalenti alla riforma costituzionale del 2001<sup>129</sup>, bensì nella mancanza di sedi capaci di realizzare "a monte" – e cioè nel procedimento legislativo – la cooperazione tra i diversi livelli territoriali di governo interessati dai provvedimenti da adottare.

Al riguardo, in questa sede si può soltanto ricordare che, anche in materia sanitaria, la carenza di sedi e procedimenti di realizzazione del principio di leale collaborazione si è manifestata anzitutto nella formazione delle leggi per la perdurante vigenza di un sistema bicamerale connotato dalla perfetta parità nella composizione e nelle funzioni dei due rami, in cui la seconda Camera, alla stessa stregua della prima, è completamente assorbita dalla logica della rappresentanza politica, con ciò precludendo l'emersione in Parlamento della rappresentanza territoriale che, invece, dovrebbe assumere particolare rilievo nella realizzazione delle politiche sanitarie. Da ciò discende la difficoltà di vincolare il legislatore statale ad una effettiva condivisione delle scelte nella disciplina delle politiche sanitarie con le Regioni nella cura del diritto alla salute, come presupporrebbe, invece, il sopra richiamato modello dualista.

In mancanza di un'effettiva cooperazione nelle scelte legislative e di governo della sanità, capace di evitare che la legislazione statale sia prodotta in maniera eteronoma rispetto alle autentiche esigenze dei territori, la realizzazione delle istanze collaborative, indispensabili a garantire il "rendimento" del modello, si è inevitabilmente spostata "a valle" nella fase dell'attuazione della legislazione e delle decisioni assunte, nonché nell'elaborazione dei criteri di riparto delle risorse attraverso il c.d. sistema delle Conferenze. Quest'ultimo, infatti, a tutt'oggi costituisce l'unica sede disponibile alla realizzazione del principio di leale collaborazione, anche se con un minor grado di efficacia di quella che sarebbe necessaria da un lato perché esso è inidoneo a vincolare la legislazione sanitaria statale, e, dall'altro lato, a causa della carenza di trasparenza dei processi decisionali che si svolgono in quelle sedi, non sempre capaci di far emergere la responsabilità delle scelte politiche.

<sup>129</sup> In questo senso, R. BALDUZZI, *Cinque cose da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, «Corti Supreme e Salute», 2020, 2, p. 340 e sgg.

In questo quadro di riferimento, di fronte all'emergenza sanitaria né le Regioni né lo Stato si sono sempre adeguatamente assunti la responsabilità politica della gestione della crisi e dei provvedimenti legislativi e amministrativi da adottare: le prime non esercitando l'autonomia che hanno chiesto per anni e di cui dispongono a diritto vigente; il secondo non ricorrendo quasi mai ai poteri sostitutivi che può sempre esercitare di fronte all'emergenza pandemica in caso di fallimento delle Regioni nella cura degli interessi ad esse affidati.

In altre parole, tanto più di fronte all'emergenza pandemica, le tendenze sopra prese in esame hanno causato disorientamenti dei poteri centrali e locali, determinando un appannamento delle responsabilità politica per la mancata tutela del diritto alla salute<sup>130</sup>. Ciò ha fatto venir meno il principio generale dello Stato costituzionale relativo al nesso tra potere e responsabilità che dovrebbe invece essere declinato anche nel rapporto tra i diversi livelli territoriali di governo, chiamando ciascun pubblico potere a rispondere dell'esercizio delle "proprie" attribuzioni<sup>131</sup>. Infatti, soltanto un quadro ben definito delle competenze e delle disponibilità finanziarie consente ai cittadini di comprendere a chi siano imputabili le scelte politiche e le relative responsabilità, così da individuare chiaramente a quale livello di governo spettino funzioni e risorse per garantire l'effettività del diritto alla salute.

<sup>130</sup> Sul punto, cfr. F. GALLO, *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie*, cit., p. iv.

<sup>131</sup> Al riguardo, cfr., per tutti, G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano 1967, *passim*, spec. p. 131 e sgg.; nonché, per una declinazione del principio della responsabilità politica tra i diversi livelli territoriali di governo, D.J. ELAZAR, *Exploring Federalism*, The University of Alabama Press, 1987, trad. it. *Idee e forme del federalismo*, Milano 1995, p. 19 e 53 sgg. e 70 sgg. e, più di recente, G.C. DE MARTIN, F. MERLONI (a cura di), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, Roma 2017.



# **Crisi e riforme amministrative: un parallelismo diacronico**

*Clemente Pio Santacroce*

*Professore associato di Diritto amministrativo*

SOMMARIO: 1. La pandemia da Covid-19, il PNRR e le riforme amministrative. – 2. Le quattro ondate di “*semplificazioni*” (2020-2022). – 3. Uno sguardo al passato e oltre i confini italiani: la Repubblica d’Austria e i *Genfer Protokolle* del 1922. – 4. *Segue*. La c.d. *Wiederaufbaugesetz* (legge per la «ricostruzione») del 1922 e le radici della *Verwaltungsverfahrensgesetz* austriaca del 1925. – 5. Il ritorno al presente: il PNRR italiano, da «opportunità imperdibile» ad occasione persa?

## **1. La pandemia da Covid-19, il PNRR e le riforme amministrative**

La crisi, sanitaria e ad un tempo economica e sociale, innescata dalla pandemia da Covid-19, oltre a toccare ben noti “*nervi scoperti*” dell’amministrazione pubblica italiana, ha messo in luce anche nuove lacune nell’organizzazione e nell’azione amministrativa, amplificando ulteriormente la percezione di un certo senso di urgenza delle riforme amministrative nel nostro Paese<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sulla diffusa percezione della burocrazia come «un nemico da combattere», ma anche sugli odierni «fattori di crisi» e sulle «necessarie riforme», si vedano le recenti, belle e dense pagine di S. Cassese, *Amministrare la Nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, 2022, *passim*, ma in part. 16 ss., 62 ss. e 93 ss.

Il *Piano nazionale di ripresa e resilienza*<sup>2</sup> italiano, in linea con quanto indicato dal *Next Generation EU*<sup>3</sup> e al pari (e forse ancor più<sup>4</sup>) di quelli predisposti dagli altri Stati membri dell'Unione europea<sup>5</sup>, è – o vorrebbe essere – anzitutto un piano di riforme<sup>6</sup>. Esso, in effetti, ne individua diverse e di diversa tipologia: «orizzontali o di contesto», «abilitanti», «settoriali»<sup>7</sup>.

Tra quelle «orizzontali», ossia di rilevanza trasversale rispetto ai tre *assi strategici*, alle *sei missioni* e alle *sedici componenti* in cui il Piano è stato articolato, vengono ivi espressamente annoverate, in particolare, la riforma della pubblica amministrazione e quella del sistema giudiziario<sup>8</sup>.

A ben vedere, l'assunto del complessivo strumentario di ripresa e resilienza<sup>9</sup> è che le diverse linee di investimento debbano essere neces-

<sup>2</sup> Nel prosieguo, per brevità, PNRR.

<sup>3</sup> E dal dispositivo *Recovery and Resilience Facility* (RRF), di cui al reg. UE 2021/241.

<sup>4</sup> Non fosse altro che per la (non trascurabile) quantità di risorse finanziarie richieste ed ottenute dall'Italia: si v. *infra*, *sub* nt. 33 e 35.

<sup>5</sup> Per la cui consultazione e comparazione si v. il sito web della Commissione europea ([https://commission.europa.eu/business-economy-euro/economic-recovery/recovery-and-resilience-facility\\_it#piani-nazionali-di-ripresa-e-resilienza](https://commission.europa.eu/business-economy-euro/economic-recovery/recovery-and-resilience-facility_it#piani-nazionali-di-ripresa-e-resilienza)), o quello della Fondazione Openpolis (<https://www.openpolis.it/il-pnrr-italiano-e-il-confronto-con-gli-altri-paesi-europei/>).

<sup>6</sup> Cfr., in questi termini, M. Draghi, allora in veste di Presidente del Consiglio dei ministri, nella *Premessa* al PNRR (p. 4).

<sup>7</sup> Cfr. PNRR, II, 47 ss. Sulla diversificazione delle riforme previste dal PNRR, le quali «non sono tutte “uguali” (non hanno, cioè, un approccio metodologico omogeneo, né operano allo stesso livello)», si v. F. Cortese, *PNRR e nuovo metodo delle riforme amministrative: tra tutela dell'ambiente e competenze territoriali*, in G.P. Dolso (a cura di), *Governare la ripresa. La Pubblica Amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Trieste, 2022, 65 ss. (in part. 72 s.).

<sup>8</sup> Nella citata *Premessa* (a firma di M. Draghi), le riforme «di contesto» risultano invero essere quattro: pubblica amministrazione, giustizia, semplificazione della legislazione e promozione della concorrenza. Nelle Parti I e II del PNRR, invece, viene introdotta una sorta di sotto-distinzione, per cui le seconde due (semplificazione della legislazione e promozione della concorrenza) vengono poi espressamente qualificate come riforme «abilitanti» (si v. PNRR, II, 68 ss.). Allo stesso tempo, però, ivi si specifica come anche queste ultime appartengano alla «categoria» delle misure di contesto, ovverosia al novero di quegli interventi funzionali a garantire trasversalmente l'attuazione del Piano, e più in generale a rimuovere tutti quegli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali condizionanti – in negativo – le attività economiche e i servizi erogati agli amministrati: cfr. PNRR, II, 47. Al di là delle etichette, però, non pare vi sia dubbio alcuno sul fatto che tutte le riforme in questione sarebbero comunque in grado di migliorare le condizioni ordinarie, e, quindi, «di contesto».

<sup>9</sup> Ossia considerato nei suoi diversi “strati” (europeo e statale).

sariamente accompagnate da un insieme di riforme strutturali, alcune delle quali precipuamente volte «a migliorare le condizioni regolatorie e ordinamentali [...] e a incrementare stabilmente l'equità, l'efficienza e la competitività [...] e, con esse, il clima economico del Paese»<sup>10</sup>.

Tra queste, il PNRR reputa le riforme amministrative imprescindibili ed improcrastinabili – tanto da indicarle per prime –, ricordando altresì come tra le più recenti *Country Specific Recommendations* rivolte all'Italia dall'Unione europea permanga pur sempre, nonostante gli sforzi già compiuti negli ultimi tempi, la necessità di migliorare «il funzionamento della pubblica amministrazione»<sup>11</sup> e la sua «efficienza [...], in particolare investendo nelle competenze dei dipendenti pubblici, accelerando la digitalizzazione e aumentando l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici locali»<sup>12</sup>.

Quattro, a tal proposito, le direttrici di azione tracciate nel Piano, ivi complessivamente indicate<sup>13</sup> – e anche mediaticamente diffuse<sup>14</sup> – come l'«*ABCD*»<sup>15</sup> (ovverosia, il «nuovo alfabeto»<sup>16</sup>) della pubblica amministrazione italiana e della sua riforma:

*Accesso*: «per ringiovanire il volto della PA»<sup>17</sup>, attraverso la revisione (anche nell'ottica della semplificazione e della digitalizzazione) di modalità e procedure di reclutamento del personale, capaci di garantire un completo e rapido *turnover*, il ricambio generazionale e l'ingresso di nuove competenze (tecniche e digitali, ma anche delle c.d. «*soft skills*»);

<sup>10</sup> Così nel PNRR, II, 47.

<sup>11</sup> Così, ad es., nella «Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 [...]», COM(2020) 512 *final*, 20 maggio 2020, racc. n. 4 (in <https://eur-lex.europa.eu>).

<sup>12</sup> Così, invece, nella «Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 [...]», COM(2019) 512 *final*, 5 giugno 2019, racc. n. 3 (in <https://eur-lex.europa.eu>).

<sup>13</sup> Si v. PNRR, II, 49 ss.

<sup>14</sup> Sia in *homepage* sul sito web della Funzione pubblica (<https://www.funzionepubblica.gov.it>) che in occasione della presentazione delle linee programmatiche da parte dell'allora Ministro per la pubblica amministrazione, Renato Brunetta, alle Commissioni riunite (Affari costituzionali e Lavoro) della Camera dei Deputati e del Senato (9 marzo 2021), si fa un ampio e convinto riferimento all'idea di un vero e proprio «nuovo alfabeto della pubblica amministrazione».

<sup>15</sup> Con tutta evidenza, dalle iniziali dei quattro macro-ambiti di intervento.

<sup>16</sup> Si v. *supra*, sub nt. 14.

<sup>17</sup> Così nel PNRR, II, 49. In verità, non si tratterebbe tanto (o soltanto) di «ringiovanire», quanto di *cambiare* il volto della pubblica amministrazione italiana.



*Buona amministrazione*: «per rendere più efficace ed efficiente l'azione amministrativa, e ridurre tempi e costi per cittadini e imprese»<sup>18</sup>, attraverso (la liberalizzazione, ove possibile, o comunque) un'ampia mappatura dei vigenti regimi amministrativi di controllo delle attività private e dei relativi procedimenti<sup>19</sup>, una loro (presunta) semplificazione per tramite dell'estensione del ricorso agli istituti della segnalazione certificata di inizio attività (nel prosieguo, s.c.i.a.) e del silenzio-assenso, ed una reingegnerizzazione e digitalizzazione delle procedure<sup>20</sup>;

*Competenze*<sup>21</sup>: per costruire «un'amministrazione moderna», anche attraverso la selezione, la formazione (con il potenziamento della Scuola Nazionale dell'Amministrazione e della collaborazione con le Università) e la valorizzazione delle risorse umane, e la condivisione di *best practices*, anche tramite specifiche *Learning Communities*<sup>22</sup>;

*Digitalizzazione*: elevata a specifica componente di una delle missioni del PNRR (M1C1 - *Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA*), per colmare il non trascurabile ritardo ancora di recente rilevato sul punto, che vede l'Italia ben al di sotto della media europea<sup>23</sup> riguardo a quello che è stato condivisibilmente indicato come un «*abilitatore trasversale ad ampio spettro*» in relazione alle altre riforme amministrative<sup>24</sup>, da realizzare tramite nuove infrastrutture digitali (si pensi al *cloud* potenzialmente unico delle pubbliche amministrazioni e all'estensione dei servizi digitali forniti a cittadini ed imprese), la definitiva affermazione (e concretizzazione) del principio c.d. «*once only*»<sup>25</sup> o – se si preferisce – «*una tantum*» (troppo a

<sup>18</sup> Così *ivi*, 51 ss.

<sup>19</sup> In linea e a completamento di quanto già avviato con il c.d. «decreto SCIA-2» (d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222).

<sup>20</sup> Cfr. PNRR, II, 51 ss.

<sup>21</sup> Dove la «C», nelle linee programmatiche del Ministro *pro tempore* e sul sito della Funzione pubblica, starebbe, invece, per «*Capitale umano*».

<sup>22</sup> Cfr. PNRR, II, 53 ss.

<sup>23</sup> Si v. l'ultimo rapporto concernente il c.d. indice «*DESI*» (*Digital Economy and Society Index*) (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-digital-public-services>), e per l'Italia, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-italy>), che colloca il nostro Paese al 18° posto nel complessivo panorama dell'Unione europea.

<sup>24</sup> Cfr. PNRR, II, 54. Sul potenziale «*effetto unificante*» della digitalizzazione, con il «passaggio dai *silos verticali* privi di interconnessioni a strutture piane di cui ogni punto sia agevolmente raggiungibile da ogni altro», si v., in modo assai significativo, G. Falcon, *Viaggio al centro del PNRR*, in *Le Regioni*, 2021, *Editoriale*, 715 ss. (in particolare 718 s.), peraltro già richiamato nel contributo di F. Cortese, *PNRR e nuovo metodo delle riforme amministrative*, cit., 83.

<sup>25</sup> Secondo il quale «le pubbliche amministrazioni devono evitare di chiedere a cittadini ed imprese informazioni già fornite in precedenza»: così PNRR, M1C1, 88.

lungo ed ancor oggi ignorato dalle pubbliche amministrazioni, nonostante il chiaro e peraltro risalente disposto dell'art. 18, comma 2, l. n. 241/1990<sup>26</sup>, ma che potrebbe finalmente trovare una qualche effettività, grazie, ad es., alla recente attivazione della Piattaforma Digitale Nazionale Dati), e – punto cruciale – lavorando sulla *cybersecurity*<sup>27</sup>.

Lungo detti quattro «*assi principali*»<sup>28</sup> vengono quindi individuati dal Piano – in termini talvolta generali, talaltra molto specifici – obiettivi, misure (normative, finanziarie o miste) e tempi di attuazione<sup>29</sup>.

Che non si tratti di compartimenti stagni è del tutto evidente. L'effettiva implementazione di misure previste con riguardo ad uno dei macro-ambiti di intervento sarebbe chiaramente in grado di incidere positivamente anche

<sup>26</sup> Ai sensi del quale: «I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti».

In argomento, a fronte delle persistenti difficoltà interne nell'effettiva attuazione di detto principio, si segnala la recente approvazione, a livello europeo, del reg. di esecuzione UE 2022/1463, il quale definisce le specifiche tecniche ed operative per lo scambio transfrontaliero automatizzato di prove e l'applicazione del principio «*una tantum*», a norma del reg. UE 2018/1724.

<sup>27</sup> Tra i contributi successivi all'istituzione dell'Agenzia per la Cybersecurity Nazionale (con l'art. 5 del d.l. n. 82/2021, conv. in l. n. 109/2021), si vedano in particolare: F. Serini, *La nuova architettura di cybersecurity nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021*, in *federalismi.it*, n. 12/2022, 241 ss.; L. Golisano, *Il governo del digitale: strutture di governo e innovazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 824 ss.; L. Parona, *L'istituzione dell'Agenzia per la cybersecurity nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 709 ss. Più in generale, sulle prospettive e sulle questioni poste dalla "via italiana" verso la digitalizzazione della pubblica amministrazione, si vedano senz'altro: R. Cavallo Perin e D.-U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020; A. Lalli (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, 2022; L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023. In argomento, si vedano, inoltre: D.-U. Galetta, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, n. 7/2022, 103 ss.; P.S.L. Falletta, *Le trasformazioni del diritto amministrativo nella complessità dell'ambiente digitale*, in *federalismi.it*, n. 23/2022, 121 ss.; M. Palma, *Gli algoritmi dell'amministrazione pubblica e l'amministrazione pubblica degli algoritmi*, in *Riv. it. inf. dir.*, n. 2/2022, 39 ss.; S. Palumbo, *La transizione digitale della pubblica amministrazione italiana nella prospettiva europea. Considerazioni alla luce del Piano nazionale ripresa e resilienza*, in *Dir. econ.*, 2023, 163 ss.

<sup>28</sup> Così nel PNRR, II, 49.

<sup>29</sup> Si v. *ibidem*, ove sono indicati altresì obiettivi e modalità di attuazione per ciascuno dei diversi «assi» della riforma della pubblica amministrazione.

sugli altri<sup>30</sup>. Si tratta, quindi, di azioni che devono correre temporalmente in parallelo tra loro e con le altre riforme che il PNRR definisce «abilitanti» (e per certi versi anch'esse «di contesto»<sup>31</sup>) – quali, ad es., la semplificazione della legislazione e la promozione della concorrenza –, così come con quelle ivi definite «settoriali» e «di accompagnamento al piano»<sup>32</sup>.

Da una prospettiva globale e strategica, allora, non v'è dubbio che le risorse messe a disposizione dal *Next generation EU*, in parte a titolo di «grants» (sovvenzioni)<sup>33</sup> e in gran parte – è bene ricordarlo<sup>34</sup> – a titolo di «loans» (prestiti)<sup>35</sup>, rappresentino per l'Italia «un'opportunità imperdibile» per «modernizzare la sua pubblica amministrazione»<sup>36</sup>.

## 2. Le quattro ondate di “*semplificazioni*”

Il legislatore italiano, sia nella fase dell'emergenza che in quella, successiva e consequenziale, di predisposizione ed iniziale implementazione delle misure previste dal PNRR, ha provato ad offrire risposte normative su più versanti, molte delle quali sono state ricondotte – a torto o a ragione – nel grande e variegato contenitore della *semplificazione*.

Ne è seguito una sorta di “*tsunami legislativo*” che ha investito diversi ambiti di grande interesse per gli studiosi del diritto amministrativo (sia sostanziale che processuale). E tra questi è senz'altro da annoverare anche quello della disciplina “generale” italiana del procedimento (e provvedimento) amministrativo, di cui alla legge n. 241 del 1990.

Gli effetti di detto “*tsunami*” si sono sin qui registrati in occasione di quattro (ravvicinate ma distinte) “*ondate legislative*” che – con previsioni molto spesso di «micro-legislazione»<sup>37</sup> – hanno investito vari settori dell'ordinamento<sup>38</sup>, innestando in diversi rami della pubblica amministra-

<sup>30</sup> A titolo esemplificativo, è evidente come l'acquisizione di nuove competenze tramite rinnovate modalità di reclutamento agevolerebbe il processo di digitalizzazione e, con esso, il tasso di efficienza ed efficacia della pubblica amministrazione.

<sup>31</sup> Si v. *supra*, *sub* nt. 8.

<sup>32</sup> Cfr. PNRR, II, 82 ss.

<sup>33</sup> Per un importo di 68,88 miliardi €.

<sup>34</sup> Come merita d'essere ricordato anche il fatto che l'Italia risulti essere la «prima beneficiaria, in valore assoluto, dei due principali strumenti del NGEU, ossia l'RRF e il RE-ACT-EU»: così nella già sopra citata *Premessa* al PNRR (p. 3).

<sup>35</sup> Per un importo di 122,6 miliardi €.

<sup>36</sup> Cfr. PNRR, *Premessa*, 3.

<sup>37</sup> Cfr. B. Cimino, *Procedimenti e organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 610. Sulla sempre più marcata tendenza ad «amministrare per legge», si v. ancora S. Cassese, *Amministrare la Nazione*, cit., 63 ss. e *passim*.

<sup>38</sup> Cfr. M. Macchia, *Lo strumentario giuridico per le misure di rilancio*, in *Giorn. dir. amm.*,

zione italiana le ennesime disposizioni di semplificazione (e pseudo-semplificazione) amministrativa:

- i) quella riconducibile al c.d. “*decreto rilancio*” (decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34)<sup>39</sup>;
- ii) quella – dall’impatto senz’altro più rilevante sulla l. n. 241/1990 – generata dal c.d. “*decreto semplificazioni*” (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76)<sup>40</sup>;
- iii) quella prodotta dal c.d. “*decreto semplificazioni-bis*” (decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77)<sup>41</sup>;
- iv) e, infine, quella – allo stato solo potenziale – che potrebbe derivare dall’attuazione di una delle (tante) deleghe legislative conferite al Governo a mezzo della legge “annuale” per il mercato e la concorrenza approvata nel 2022<sup>42</sup>.

Non è questa la sede per una riconsiderazione complessiva dei “*residui normativi*” depositatisi dopo tali “*ondate legislative*”. Può senz’altro dirsi, però, che sembrerebbero non mancare affatto “*grandi assenti*”.

A tal proposito, rivolgere lo sguardo al passato e alla comparazione giuridica diacronica<sup>43</sup> potrà agevolare l’individuazione di elementi di riflessione utili – o almeno è quanto si ritiene – ad interpretare il presente per meglio affrontare le sfide innanzi alle quali esso ci pone.

### 3. Uno sguardo al passato e oltre i confini italiani: la Repubblica d’Austria e i *Genfer Protokolle* del 1922

La storia delle riforme amministrative ci restituisce, in effetti, un importante precedente su cui riflettere.

2020, 615 ss., in particolare ove l’A. significativamente osserva: «Quasi non c’è provincia del diritto amministrativo che non sia interessata da una tale “cascata” di disposizioni che – proprio seguendo la metafora – a causa del dislivello precipita (invece di scorrere) verso l’amministrazione e la sua burocrazia» (*ivi*, 616).

<sup>39</sup> Recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19», e convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

<sup>40</sup> Recante «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale», e convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

<sup>41</sup> Recante «*Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», e convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

<sup>42</sup> Trattasi della l. 5 agosto 2022, n. 118.

<sup>43</sup> Cfr. G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un’introduzione*, Napoli, 2019, 67 ss.

Il legame tra *Recovery plan*, PNRR e propositi di «*riforma orizzontale*»<sup>44</sup> della pubblica amministrazione italiana, almeno per certi versi, ricorda – come già ben messo in luce da un’attenta voce dottrinale (pur se a margine di una diversa vicenda<sup>45</sup>) – l’antefatto (*rectius*, uno degli antefatti)<sup>46</sup> di una tappa di certo non trascurabile, anche se – è stato detto – oltremodo trascurata<sup>47</sup>, della storia dello sviluppo teorico e storico-legi-

<sup>44</sup> L’espressione, significativamente utilizzata nel PNRR, è stata già ripresa da S. Cassese, *Amministrare la Nazione*, cit., 97.

<sup>45</sup> Cfr. A. Ferrari Zumbini, *Il Recovery Plan e la Corte costituzionale tedesca*, in *DPCE online*, 3/2021, 3265 ss., in particolare §§ 1 e 10 (rispettivamente, 3265 s. e 3281 ss.).

<sup>46</sup> Cfr. Id., *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo: il modello austriaco*, Napoli, 2020, 82 ss., ove l’A. fa riferimento ai «principali fattori che hanno portato alla codificazione del 1925», a tal riguardo distinguendo, significativamente, tra «*fattori interni all’ordinamento austriaco*» (82 ss.) e «*fattori esterni*» (85 ss.).

<sup>47</sup> Cfr. *ivi*, 17-19, dove l’A. pone un forte accento sul «*disinteresse per l’Austria negli studi comparatistici*», poi riprendendo ed ampliando questo profilo anche più avanti, aggiungendo all’argomento del «*sopravvenuto disinteresse*» – in modo senza dubbio convincente – anche quello del «*travisamento*» delle radici teoriche e dei caratteri autentici del modello austriaco e di una «*interpretazione riduttiva e deformata*» (148 s.).

L’affermazione circa lo scarso interesse riscontrabile nella letteratura amministrativistica (italiana e non) in ordine all’esperienza austriaca, del 1925, di codificazione legislativa delle regole generali del procedimento amministrativo – la quale sarebbe stata «spesso sottovalutata nelle ricerche recenti, ma talvolta anche in quelle più risalenti» (*ivi*, 17) – si ritiene solo in parte condivisibile, e comunque solo qualora si volesse limitare il discorso agli «*studi comparatistici*» (*ibidem*).

A tal riguardo, infatti, si sarebbe più propensi a valorizzare quell’affermazione in forza della quale la stessa A. ha comunque poi sottolineato come di certo non siano mancate «*eccezioni*» (*ivi*, 149, *sub* nt. 266, ove vengono ricordati i ben noti contributi di B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna: Amministrazione pubblica e teorica giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, e di F. Merusi, *Il procedimento irrealizzato. Dalla legislazione austriaca del 1925 ai giorni nostri*, in A. Massera (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 11 ss.).

Ecco: alla luce della ricerca bibliografica condotta, il dato che a chi scrive pare emergere in modo sufficientemente nitido, è che, invece, non si tratti soltanto di *eccezioni*.

Non v’è dubbio che, sino al recente ed approfondito studio di A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., la codificazione del diritto procedimentale austriaco (anzi, in ragione delle ben più risalenti radici giurisprudenziali, si direbbe – *rectius* – austro-ungarico), non era mai stata elevata – se non si è errato nella ricognizione – ad autonomo oggetto di indagine monografica (quantomeno da parte della dottrina italiana).

Allo stesso tempo, però, si ritiene sommessamente che, un’eccessiva valorizzazione del (presunto) disinteresse scientifico per il tema, porti con sé il rischio di cadere nell’eccesso opposto, ovverosia in una sorta di (*iper*)*svalutazione* della stabile centralità che quell’esperienza ha da sempre avuto nella riflessione dogmatica e nella ricostruzione teorica del procedimento amministrativo, registrabile senza soluzione di continuità, nella dottrina italiana (e non), sino ai giorni nostri.

Del resto, nonostante i diversificati approcci scientifici e le diverse provenienze accademiche, si è dell'idea che, nell'insegnamento del diritto amministrativo, è tutt'altro che raro che i discenti abbiano a sentire dal proprio docente, una volta almeno, un qualche riferimento alla legge austriaca del 1925 sul procedimento amministrativo. Il che, evidentemente, è frutto sia della tradizione che della (da sempre e generalmente) riconosciuta rilevanza di quell'esperienza, confermata dai (di certo non pochi) richiami ad essa posti nelle diverse – più risalenti, recenti e contemporanee – “generazioni” dei principali Manuali di diritto amministrativo, dove in verità non sembra siano mai mancati, e tutt'oggi non mancano, significativi riferimenti alla *Verwaltungsverfahrensgesetz* austriaca del 1925. Gli esiti della ricerca bibliografica sembrerebbero in effetti supportare una tale affermazione.

Nell'economica complessiva del presente contributo – e pertanto senza alcuna pretesa di esaustività, e anzi solo con finalità esemplificative –, oltre ai contributi considerati «eccezioni» e già ricordati da A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit. (in part. 17, *sub nt.* 14, e 148 s., *sub nt.* 262, 263 e 266), si vedano: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*<sup>2</sup>, II, Milano, 1988, 529 ss., in particolare ove l'A., trattando dei profili comparatistici del procedimento amministrativo, pone al primo posto l'esperienza austriaca, altresì evidenziando quanto alla formazione della nozione stessa di procedimento abbiano contribuito la giurisprudenza (del *Verwaltungsgerichtshof* viennese, istituito nel 1875) e la legislazione dell'Austria del 1925, ma anche «la grande tradizione amministrativa austriaca» e «l'influsso teorico» della scuola di Vienna (*ivi*, 530 s.); G. Morbidelli, in L. Mazzaroli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*<sup>4</sup>, I, 2005, 531 ss., ove ci si imbatte in un'attenta analisi delle «origini», «caratteristiche» e funzione «guida» per altre legislazioni, della legislazione austriaca sul procedimento amministrativo (*ivi*, 544 ss.); E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXI ed. (a cura di F. Fracchia), Milano, 2019, 383 s., dove, tra i cenni alle esperienze straniere di disciplina legislativa del procedimento amministrativo, viene riservato un posto di primo piano sempre a quella austriaca del 1925; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*<sup>4</sup>, Bologna, 2022, 232 s., ove, in una prospettiva comparata, tra i «modelli di riferimento» delle leggi generali sul procedimento amministrativo, l'A. si sofferma, anzitutto e ampiamente, sull'esperienza austriaca del 1925, ritenendola espressamente «pionieristica» (*ibidem*).

Allo stesso modo, anche altrove la *Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1925 sembrerebbe esser stata oggetto di costante considerazione (oltre che – ovviamente – nella letteratura austriaca: si v. *infra*, in part. *sub nt.* 159, 171 e 178).

Oltre agli importanti riferimenti bibliografici, risalenti agli anni Sessanta, già indicati da A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 17 (*sub nt.* 14), si vedano anche, a mero titolo esemplificativo: R. Parker, *Administrative Procedure in Austria*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1965, vol. 14, n. 2, 322 ss., e A. Kley, *Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts*, Vaduz, 1998, 19 ss. Tra i diversi, più recenti contributi registrabili nella letteratura tedesca, ad es., si v., poi, da una prospettiva di diritto amministrativo comparato europeo, A. Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, Tübingen, 2013, 206 ss., ove l'A. si sofferma ampiamente sulle attuali caratteristiche del modello austriaco (sul *Verwaltungsverfahrenrecht*, si v., in particolare, 219 ss.).

Da non sottovalutare, infine, anche i nessi tra la legge austriaca del 1925 e la successiva *Verwaltungsverfahrensgesetz* tedesca del 1976. A tal riguardo, basti considerare, infatti,

slativo del procedimento amministrativo: ovverosia, l'approvazione della *Verwaltungsverfahrensgesetz* austriaca del 1925, da sempre ritenuta – in modo (quasi)<sup>48</sup> unanime – la prima esperienza di codificazione legislativa delle regole e dei principi volti a disciplinare, in via generale, la dimensione dinamica del potere amministrativo, anche – ed anzi, in particolare modo – per (allora “rivoluzionarie”) finalità di garanzia dei diritti delle parti del procedimento<sup>49</sup>.

La vicenda è stata di recente già ricostruita, con dovizia di particolari, in un approfondimento monografico di diritto amministrativo comparato interamente dedicato allo studio della genesi e dei principali profili contenutistici del «*modello austriaco*»<sup>50</sup>.

come nella *proposta* governativa di legge federale tedesca sul procedimento amministrativo del 1973, e nella relativa discussione parlamentare, non manchino espressi riferimenti al “precedente austriaco” e alle soluzioni ivi adottate: si v., *Gesetzentwurf der Bundesregierung - Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), Verhandlungen des Deutschen Bundestags*, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/910, 18 luglio 1973, laddove, ad es., viene affermato, a proposito del diritto di accesso agli atti da parte degli interessati (*Akteneinsicht durch Beteiligte*), che «*Der Entwurf schließt sich mit dieser Formulierung an § 17 des österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz von 1925 an*» (p. 52), ovverosia che «il progetto di legge [federale tedesca], con questa formulazione, segue quanto già previsto dal § 17 della legge generale austriaca sul procedimento amministrativo del 1925».

<sup>48</sup> Si v. E. Garcia de Enterría, *Un punto de vista sobre la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992*, in *Revista de Administració Pública*, 1993, 205 ss., in particolare ove l'illustre A. spagnolo sottolinea come «La materia tiene entre nosotros una tradición más que secular. En 1889 don Gumersindo de Azcárate [...] presentó en las Cortes una proposición de Ley, fruto de su gran sentido [...], que iba a convertirse en la primera ley del mundo sobre el procedimiento administrativo, la Ley de 19 de octubre de 1889» (cors. agg.) (*ivi*, 205). Ma, sul punto, si v. sempre A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 17, sub nt. 13, e le considerazioni ivi poste in ordine alla primazia dell'esperienza austriaca di codificazione legislativa del procedimento amministrativo sia rispetto alla legge spagnola del 1889 che a quella del Lichtenstein del 1922, sulle cui origini si v. ampiamente anche A. Kley, *Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts*, cit., 20 ss.

<sup>49</sup> Cfr., in questi termini, A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 119 s., ove l'A., a proposito della genesi (*in primis* giurisprudenziale) della disciplina recepita nella *Verwaltungsverfahrensgesetz* austriaca del 1925, sottolinea quanto sia stata decisiva, per quell'esperienza, «la volontà di riconoscere e garantire diritti procedurali ai singoli» (*ivi*, 119). Una vera e propria «rivoluzione copernicana», costituente «il fattore determinante per l'emersione del concetto di procedimento» (*ibidem*). Una «conquista epocale sul piano della cultura giuridica» (*ivi*, 120, ove l'A. richiama espressamente, a tal proposito, le significative parole di F. Tezner).

<sup>50</sup> Il riferimento è da intendersi, ovviamente, al già ampiamente citato studio di A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo: il modello austriaco*.

Sulla base di detta analisi di diritto comparato e di alcuni ulteriori, forse utili, riferimenti (fattuali, normativi e bibliografici), si ricorderanno qui di seguito – nell'economia complessiva del presente lavoro – solo alcuni dei passaggi principali di quell'esperienza legislativa di *Vereinfachung* (semplificazione), onde tracciare un 'parallelismo diacronico', a distanza di un secolo, con i contemporanei propositi italiani di riforma della pubblica amministrazione e di sua trasversale semplificazione.

Nata sulle macerie del primo conflitto mondiale<sup>51</sup>, la Repubblica d'Austria dovette fronteggiare, nei primi anni '20 del Novecento, una profonda crisi economica e sociale.

L'eredità del caduto Impero austro-ungarico era pesante. La politica monetaria del periodo bellico aveva lasciato un debito elevatissimo<sup>52</sup>. Le conseguenze e le responsabilità assunte all'esito della Grande guerra contribuirono ad aggravare le già estreme difficoltà finanziarie della nuova Austria. La preoccupazione di sommosse e manifestazioni violente, che pure non mancarono<sup>53</sup>, innescò un "circolo vizioso" perché la politica economico-finanziaria austriaca di quegli anni tendeva «ad accrescere senza misure le spese»<sup>54</sup>.

Insomma, i principali indicatori macroeconomici (debito pubblico, inflazione, disoccupazione, etc.) restituivano un quadro d'insieme di estrema complessità e sofferenza<sup>55</sup>.

La via d'uscita venne (anche allora) dall'esterno.

Il tema della *Wiederaufbau* (ricostruzione) dell'Austria e della sua salvezza era già stato portato all'attenzione della Società delle Nazioni nel 1921. E, dopo un primo fallimento dei negoziati<sup>56</sup> e alcuni ulteriori

<sup>51</sup> Il riconoscimento si ebbe con il Trattato di *Saint Germain-en-Laye* (Francia), firmato il 10 settembre 1919.

<sup>52</sup> Cfr. E. Fossati, *Dalla Corona allo Schilling. L'esperienza monetaria austriaca*, in *Annali di scienze politiche*, 1928, vol. 1, n. 1, 86 ss. (in part. 87), dove è offerta una lucida analisi economica ed un'attenta ricostruzione delle vicende inflazionistiche che, sul piano monetario, portarono anche alla transizione dalla corona austriaca allo scellino.

Per una quantificazione del debito post-bellico del caduto Impero austro-ungarico, si v. già E.R.A. Seligman, *The Cost of the War and How It Was Met*, in *The American Economic Review*, 1919, vol. 9, n. 4, 739 ss. (in part. 758).

<sup>53</sup> Cfr. E. Fossati, *Dalla Corona allo Schilling*, cit., 97, ove si fa riferimento, ad es., alla dimostrazione del 1° dicembre 1921, fatta a Vienna, in occasione della quale ci fu un «saccheggio di negozi e dei migliori alberghi».

<sup>54</sup> Cfr. *ivi*, 92.

<sup>55</sup> Cfr. *ivi*, 97, ove l'A. ricorda in modo assai significativo: «Il torchio era in incessante funzione, tanto che nel Febbraio 1922 si calcolava un consumo di 400 kg. di colore al giorno per la stampa dei biglietti. Il valore della corona carta veniva quasi ad annientarsi».

<sup>56</sup> Cfr. *ivi*, 99.



(ma infruttuosi) tentativi solo bilaterali intrapresi dall'allora Cancelliere austriaco, Seipel, e dal Ministro delle Finanze, Schüller<sup>57</sup>, a fine agosto del 1922 venne investito della questione il *Comité financier* della Società delle Nazioni.

Ne seguì, in tempi breve, l'elaborazione di un programma di risanamento complessivo del Paese e di ricostruzione monetaria, che sarebbe stato di lì a poco cristallizzato attraverso la sottoscrizione dei ben noti «*Genfer Protokolle*» (Protocolli di Ginevra) del 4 ottobre 1922<sup>58</sup>.

Da una loro analitica consultazione<sup>59</sup> emerge che, almeno per certi versi alla stregua dei Piani di ripresa e resilienza elaborati nell'ambito del *Next Generation EU*, a fronte di un «*ingente prestito*»<sup>60</sup> – la cui esatta quantificazione, in verità, sembrerebbe essere controversa<sup>61</sup> – «con du-

<sup>57</sup> Cfr. *ivi*, 100.

<sup>58</sup> Sui quali si v., nella letteratura italiana, A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 85 ss. Ma, naturalmente, il richiamo a detti *Protocolli* rappresenta una costante nella letteratura austriaca sulla *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1925 e sulle sue origini. Tra i diversi riferimenti, si v. senz'altro R. Herrmritt, *Das Verwaltungsverfahren. Systematische Darstellung auf Grund der neuen österreichischen und ausländischen Gesetzgebung*, Wien, 1932, 11, allora nelle vesti di *Senatpräsident* dell'*österreichischen Verwaltungsgerichtshof* (Tribunale amministrativo austriaco), ma – sempre a Vienna – già professore ordinario di *Verwaltungsrecht* e *Staatsrecht*. Diversi richiami ai *Genfer Protokolle* sono presenti anche in contributi recenti e, più in generale, nella manualistica. Si vedano, ad es.: A. Kley, *Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts*, cit., 19 s.; K. Adamovich, B.-C. Funk, G. Holzinger, S.L. Frank, *Österreichisches Staatsrecht, Band 4, Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts*, Wien, 2017, 345 s.; J. Hengstschläger, D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Wien, 2018, 48. Per un'analisi storico-giuridica dei Protocolli di Ginevra del 1922 e della conseguente legislazione austriaca, si v. G. Kohl, *Die außerordentliche Gesetzgebung im Rahmen der Genfer Protokolle. Theorie und Praxis des „außerordentlichen Kabinettsrates“ 1922-1924*, in *Beiträge zuer Rechtsgeschichte Österreich*, 2018, 318 ss. Si v., *amplius*, G. Ladner, *Seipel als Überwinder der Staatskrise vom Sommer 1922. Zur Geschichte der Entstehung der Genfer Protokolle vom 4 oktober 1922*, Graz, 1964.

<sup>59</sup> Vista la difficoltà di reperimento on-line del testo dei *Genfer Protokolle* segnalata dall'atenta dottrina che si è recentemente occupata *ex professo* del tema (si v. A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 87, *sub* nt. 157), ci si permette di segnalare l'utile ed assai ben strutturato *Rechtsinformationssystem des Bundes* (RIS) ([www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at)), a mezzo del quale è facilmente reperibile anche il testo integrale dei tre Protocolli di Ginevra del 1922, pubblicato sulla *Bundesgesetzblatt* del 3 dicembre 1922, 167. Stück, 842. *Staatvertrag: Genfer Protokolle vom 4. oktober 1922*, 1659 ss.

<sup>60</sup> Cfr., in questi termini, C. Farquet, «*Le comité financier ne pense et ne travaille que pour le bien de l'Autriche*». *Théories et pratiques budgétaires du comité financier de la Société des Nations lors de la stabilisation monétaire autrichienne des années 1920*, in G. Béaur, L. Quennouëlle-Corre, *Les crises de la dette publique: XVIII<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris (Institut de la gestion publique et du développement économique), 2019, 345 ss.

<sup>61</sup> Secondo A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*,

plice garanzia»<sup>62</sup> e sotto il doppio controllo sovranazionale (sia della Società delle Nazioni, tramite il Commissario generale con sede a Vienna<sup>63</sup>, sia dei quattro Paesi garanti: Gran Bretagna, Francia, Italia e Cecoslovacchia, tramite l'istituzione di un apposito Comitato con sede a Ginevra<sup>64</sup>), la Repubblica austriaca si impegnava, sul piano internazionale, ad adempiere un insieme di *Verpflichtungen*<sup>65</sup> (obblighi).

Tra questi, oltre a confermare l'impegno, già assunto con l'art. 88 del Trattato di *Saint-Germain en-Laye*, di non rinunciare alla propria *Unabhängigkeit* (autonomia o – forse meglio – indipendenza<sup>66</sup>), per quanto più interessa ai fini della presente riflessione, l'Austria assumeva l'impegno di elaborare ed implementare, in tempi rapidi e certi, riforme sia economiche che amministrative.

A tal riguardo, il Governo austriaco, per mezzo del *Protokoll nr. III*, si impegnava in particolare a definire, in collaborazione con il Commissario generale della Società delle Nazioni, un programma di riforme e di risanamento<sup>67</sup> volto a consentire alla Repubblica d'Austria di ristabilire,

cit., 86 si sarebbe trattato di un prestito complessivo di 690 milioni di *Goldkrone* (corone d'oro), nonostante venga ivi poi specificato (*sub* nt. 156) che v'è incertezza sulla «cifra finale esattamente erogata dalla Società delle Nazioni, ma è sicuro che l'Austria ricevette almeno 650 milioni di corone d'oro». Secondo C. Farquet, «*Le comité financier ne pense et ne travaille que pour le bien de l'Autriche*», cit., si trattò di 650 milioni di corone d'oro. E. Fossati, *Dalla Corona allo Schilling*, cit., rinviando a fonti dell'epoca, fa riferimento, però, ad una successiva riduzione dell'ammontare complessivo, fermatosi a 585 milioni (*ivi*, 101 e *sub* nt. 1). Stando, invece, al testo delle fonti normative pattizie, e più precisamente dell'art. 1 del *Protokoll nr. II*, il prestito complessivo riconosciuto sembrerebbe esser stato «*von höchstens 650 Millionen Goldkronen*» (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1661).

<sup>62</sup> Cfr. E. Fossati, *Dalla Corona allo Schilling*, cit., 101.

<sup>63</sup> Si v. art. 4, *Protokoll nr. II* (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1661) e punto 4° del *Protokoll nr. III* (*ivi*, 1669).

<sup>64</sup> Cfr. E. Fossati, *Dalla Corona allo Schilling*, cit., 102. Sulla designazione, da parte degli Stati garanti, di un rappresentante in seno al *Comité de contrôle*, si v., in particolare, l'art. 6, *Protokoll nr. II* (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1662); sull'estensione dei poteri di detto Comitato, su alcuni profili organizzativi e di funzionamento, si v. gli artt. 7-14 dello stesso Protocollo (*ivi*, 1662-1664).

<sup>65</sup> Si v. l'*incipit* del *Protokoll nr. III* (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1668).

<sup>66</sup> Cfr. *Protokoll nr. I*, ove può leggersi: «*Die Regierung der Republik Österreich andererseits verpflichtet sich gemäs dem Wortlaute des Artikels 88 des Vertrages von Saint-Germain, ihre Unabhängigkeit nicht aufzugeben*» (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1660). Tra i diversi impegni assunti dall'Austria, ricorda in modo chiaro questo punto, ricorrendo al concetto di *Anschlussverbot* (ossia, divieto di annessione), già A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 87.

<sup>67</sup> Cfr. *Protokoll nr. III*, punto 2°, dove si fa riferimento alla predisposizione di un «*Reform- und Sanierungsprogramm*» (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1668).

nell'arco temporale di due anni, un equilibrio di bilancio e una stabilità finanziaria attraverso un insieme di misure finalizzate ad una riforma economica generale<sup>68</sup>.

Più precisamente, detto obbligo comprendeva in modo espresso l'adozione di tutte quelle *Entscheidungen* (decisioni) necessarie per realizzare completamente il *Sanierungsprogramm*, incluse le *Verwaltungsreformen* (riforme amministrative) e le indispensabili modifiche alla legislazione vigente<sup>69</sup>, contestualmente impegnandosi a predisporre immediatamente il programma di riforma, ad approvare le necessarie disposizioni legislative e a dar séguito alle prime misure entro il 1° gennaio 1923.

E così, in effetti, sarebbe stato.

#### **4. Segue. La c.d. *Wiederaufbaugesetz* (legge per la «ricostruzione») del 1922 e le radici della *Verwaltungsverfahrensgesetz* austriaca del 1925**

Tra i *Genfer Protokolle* del 1922 e le c.d. «*Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung*»<sup>70</sup> (ossia, le leggi per la semplificazione dell'amministrazione) del 21 luglio 1925, vi fu, infatti, un ulteriore passaggio, anch'esso meritevole d'esser ricordato, costituendo la prima, più immediata proiezione sul piano legislativo degli obblighi assunti dall'Austria sul piano internazionale nell'ottobre del 1922.

Ratificati gli impegni di Ginevra, in esecuzione degli obblighi conclusivi del *Protokoll nr. III* venne subito approvata, dal Parlamento austriaco, la c.d. *Wiederaufbaugesetz* (legge sulla «ricostruzione») del 27 novembre 1922<sup>71</sup>, o – per esteso – la *Bundesgesetz vom 27. November 1922 über die zur Aufrichtung der Staats- und Volkswirtschaft der Republik Österreich zu treffenden Maßnahmen* (legge sulle misure da adottare per il «raddrizzamento» dello Stato e dell'economia della Repubblica d'Austria).

Un'adeguata valorizzazione anche di questa tappa intermedia potrebbe risultare utile<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>69</sup> Cfr. *Protokoll nr. III*, punto 6°, lett. d) (*ivi*, 1671).

<sup>70</sup> Cfr. R. Herrmann, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 11, e, nella manualistica austriaca contemporanea, J. Hengstschläger, D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 48.

<sup>71</sup> Tanto che sia i *Genfer Protokolle* che la *Wiederaufbaugesetz* sarebbero stati pubblicati, a seguire, nella medesima, già sopra citata, *Bundesgesetzblatt* del 3 dicembre 1922, rispettivamente, al 167 (pp. 1659-1672) e al 168 (pp. 1673-1682) Stück.

<sup>72</sup> A completamento – se si vuole – della pregevole ed ampia ricostruzione già offerta, *ex professo*, da A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit.

Ivi, infatti, non solo è dato rinvenire il complessivo e trasversale intento riformista, bensì anche alcuni dei ‘*concezioni-chiave*’ che avrebbero orientato la successiva opera legislativa di equilibrata positivizzazione innovativa<sup>73</sup> della disciplina generale sul *Verwaltungsverfahren* (procedimento amministrativo), poi giunta a compimento qualche anno più tardi, e precisamente nel luglio del 1925.

La *Wiederaufbaugesetz* si componeva di cinque *Abschnitte* (sezioni). E la prima di esse era dedicata, per l'appunto, alla *Verwaltungsreform* e alle *Ersparungsmaßnahmen* (rispettivamente, riforma amministrativa e misure di austerità).

Nel § 1 di detta sezione il legislatore si preoccupò anzitutto di affermare – perentoriamente – la necessità di riformare l'intera pubblica amministrazione austriaca (*die gesamte Verwaltung des Bundes*), per una sua semplificazione (*Vereinfachung*) e per una riduzione (*Verbilligung*) dei relativi costi.

La complessiva opera di riforma si sarebbe però dovuta ispirare a ben determinati principi (*Grundsätze*), fissati nei successivi paragrafi (§§ 2-5)<sup>74</sup>.

E, ai fini della presente riflessione, è di particolare interesse rilevare ed evidenziare come l'intento riformatore passasse – *in primis* – per una *Vereinfachung* (semplificazione) e *Vereinheitlichung* (unificazione) del procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahren*)<sup>75</sup>.

Altrettanto interessante è però sottolineare come l'espressa funzionalizzazione della futura legislazione di riforma agli obiettivi di semplificazione ed unificazione non dovesse in alcun modo ‘*snaturare*’ il procedimento amministrativo.

Il legislatore, infatti, ebbe a specificare, in quella stessa occasione, la necessità di ‘*conservare*’ i principi generali (*allgemeine Grundsätze*)<sup>76</sup> sul

Nell'economia di quello studio monografico, l'A. deve aver ritenuto più utile valorizzare direttamente la (naturalmente cruciale, ma successiva) presentazione di «*un pacchetto di leggi per la semplificazione amministrativa nel 1924 (tra cui la legge generale sul procedimento amministrativo)*»: si v. *ivi*, 87.

<sup>73</sup> Se è vero che quell'esperienza di codificazione legislativa fu il prodotto della sistematizzazione teorica del diritto giurisprudenziale, e altrettanto vero che in essa di certo non mancarono anche innovative previsioni di semplificazione.

<sup>74</sup> Cfr. § 1, *Abschnitt A*, della *Wiederaufbaugesetz* (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1673).

<sup>75</sup> Cfr. § 3, *Absatz 2, Abschnitt A*, della *Wiederaufbaugesetz*, ove può leggersi: «*Insbesondere gelten hierfür folgende Grundsätze: a) Vereinfachung und Vereinheitlichung der Verwaltungsverfahren bei Aufrechterhaltung der allgemeinen Grundsätze dieses Verfahrens [...]*» (*ibidem*).

<sup>76</sup> Si v. la seconda parte della disposizione riportata nella nota che precede, ove viene

procedimento, i quali, pur in assenza di una disciplina generale di diritto positivo e nonostante la allora solo recente transizione costituzionale repubblicana (1920), si vedevano riconosciuti, anche dal legislatore, salde ‘*radici ordinamentali*’.

Il che, evidentemente, non può generare stupore.

Come da sempre ben messo in luce nella letteratura austriaca<sup>77</sup> e, più di recente, anche dall’attenta dottrina italiana<sup>78</sup>, il legislatore della c.d. *Wiederaufbaugesetz* del 1922 faceva chiaramente riferimento ai principi del diritto procedimentale amministrativo di fonte giurisprudenziale, elaborati dal *Verwaltungsgerichtshof* viennese a partire dal 1876, e poi oggetto di un’attenta opera di sistematizzazione teorica tra la fine dell’Ottocento e gli inizi del Novecento<sup>79</sup>.

utilizzato, dal legislatore, il termine «*Aufrechterhaltung*» (mantenimento, conservazione, *et similia*).

<sup>77</sup> Si v., in particolare, R. Herrnritt, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 8 s., ove l’A., tra le tante considerazioni di interesse in ordine allo sviluppo storico del procedimento amministrativo in Austria (*geschichtliche Entwicklung des Verwaltungsverfahrens in Österreich*), sottolinea come «Die Errichtung des Verwaltungsgerichtshofes in Österreich durch G. v. 22.Okt. 1875 [...] hat zur strengen Wahrung der Gesetzlichkeit auch bezüglich des Verfahrens bei Erlassung von Verwaltungsakte auch vom Standpunkte der Einhaltung der wesentlichen Formen des Administrativverfahrens zu überprüfen. Dies war ein *kühnes Unternehmen*, da es damals nur sehr *spärliche Verfahrensvorschriften* gab». E ancora: «Der VGH [Verwaltungsgerichtshof] hat *in jahrzehntelanger Tätigkeit* durch seine Judikatur *die Grundsätze* des Verwaltungsverfahrens festgestellt [...]» (cors. agg.) (*ivi*, 10).

Il nesso tra l’istituzione del *Verwaltungsgerichtshof* e la codificazione legislativa delle regole generali sul procedimento amministrativo ha trovato, nel tempo, una costante evidenziazione, sino alla manualistica austriaca contemporanea. A tal riguardo, si vedano, ad es.,: J. Hengstschläger, D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 47 s.; L.K. Adamovich, B.-C. Funk, G. Holzinger, S.L. Frank, *Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts*, cit., 345 s.; G. Wielinger, *Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht und das Recht der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Graz, 2014, 14 s.

<sup>78</sup> Il riferimento va ancora una volta ad A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 47 ss., ove l’A. ha raccolto ed analizzato cinquant’anni (1876-1925) di giurisprudenza del Tribunale amministrativo viennese, 82 ss. e 106 ss.

<sup>79</sup> Cfr. *ivi*, 82 ss., ma si veda direttamente anche la più risalente ed autorevole dottrina austriaca, e in particolare R. Herrnritt, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 8 ss., ove l’A. già ricorda, lucidamente: «An diese Tätigkeit [ovverosia, all’attività di determinazione dei principi del procedimento amministrativo da parte del Tribunale amministrativo, in decenni di giurisprudenza: si v. *supra*, sub nt. 179] knüpfen *die späteren Reformbestrebungen* im ehemaligen Kaiserstaate an: die Entwürfe zu einem Verfahrensgesetze bzw. Gutachten von Pann, Brunstein, Tezner, die Arbeiten von Lingg, Lemayer, Brockhausen u. a., die Studien zur Reform der inneren Verwaltung von 1904 (Körper), ferner die wertvollen Entwürfe der Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform von 1911 (Schwartzzenau). Ihre *legislatorischen Abschluß* fanden diese Bestrebungen und Arbeiten durch die Gesetze

Può dirsi allora che, nel 1922, *anche* sulla base degli impegni assunti sul piano internazionale<sup>80</sup>, il legislatore aveva indicato la *via*: era necessario guardare al futuro, allo stesso tempo, però, mettendo a sistema e valorizzando il ‘*diritto amministrativo vivente*’.

Nel triennio successivo quella via sarebbe stata percorsa in concreto, dando vita a quello che ancor oggi – con i dovuti adattamenti legati allo scorrere del tempo e ai consequenziali cambiamenti socio-economici, tecnologici ed ordinamentali – si ritiene costituisca un «*capolavoro giuridico al servizio dello Stato di diritto*»<sup>81</sup>.

## 5. Il ritorno al presente: il PNRR italiano, da «opportunità imperdibile» ad occasione persa?

Come si è visto nei precedenti paragrafi, la storia della disciplina legislativa del procedimento amministrativo e, più in generale, delle riforme amministrative trasversali o – se si preferisce – «orizzontali», ci restituisce un importante e paradigmatico precedente di *Vereinfachung* (semplificazione) giunta a compimento *anche* in ragione di un impegno (politico, giuridico ed economico) assunto sul piano internazionale.

I *Genfer Protokolle* del 1922 e gli obblighi ivi previsti rappresentarono per la Repubblica d’Austria (solo) un’occasione – senz’altro non di poco momento – per una riforma che, però, veniva da lontano<sup>82</sup>.

La sfida posta oggi dal PNRR con il suo dichiarato ed ambizioso fine di pervenire ad una «*riforma orizzontale*» della pubblica amministrazione italiana, considerata anche la non trascurabile rilevanza delle risorse

über das Verwaltungsverfahren vom Jahre 1925» (cors. agg.) (*ivi*, 10).

<sup>80</sup> Cfr. A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 85 ss., e, nella letteratura austriaca, J. Hengstschläger, D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 48, ove ben si evidenzia: «Angehalten durch die in Genf übernommenen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Österreich gewährten Völkerbündanleihe zur Sanierung der Staatsfinanzen wurden 1925 die „Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung“ erlassen» (cors. agg.).

<sup>81</sup> Nella manualistica austriaca contemporanea parlano della *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1925 come di un «*legistische Meisterleistung im Dienste des Rechtsstaates*», J. Hengstschläger, D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 49.

<sup>82</sup> sulle più recenti tendenze di riforma amministrativa registrabili nell’ordinamento austriaco, si v., nella letteratura italiana, E. D’Orlando, E. Happacher, *Riforme sistemiche e resistenze all’innovazione: le trasformazioni del diritto amministrativo austriaco*, in *DPCE online*, n. 2/2021, 1979 ss.

<sup>82</sup> Si v. *supra*, §§ 3 e 4 (in particolare *sub nt.* 77 e 79).

economiche in gioco<sup>83</sup>, sarebbe allo stesso modo da affrontare, da parte del legislatore, con un'adeguata dose sia di quel «*coraggio di semplificare*»<sup>84</sup> che di quella consapevolezza della «*fatica di semplificare*»<sup>85</sup>, cui di recente e in modo assai significativo ha fatto riferimento attenta dottrina.

L'orizzonte temporale del PNRR, forse, consentirebbe ancora di ripensare, anche alla luce di un approccio comparato<sup>86</sup>, al possibile *ruolo centrale*, per il Paese, di una *disciplina generale* del procedimento amministrativo, se non addirittura – in linea con altre esperienze legislative straniere di ultima generazione – di una codificazione complessiva delle regole che disciplinano l'azione amministrativa<sup>87</sup>, correggendo il tiro rispetto a quei prodotti legislativi dai contorni e contenuti “*emergenziali*” che, intervenendo in modo solo episodico e frammentario sulla l. n. 241/1990 e, ancor più, su disposizioni procedurali settoriali, stanno finendo con lo svuotare il procedimento amministrativo – in nome di un principio di necessaria tempestività<sup>88</sup> – di una delle sue principali funzioni: ovverosia, essere la sede di emersione ed individuazione degli interessi in gioco e dei soggetti (pubblici e privati) coinvolti, per il tramite di un'adeguata istruttoria<sup>89</sup>.

Uno sguardo di insieme alle modifiche che a partire dal 2020 hanno investito la legge n. 241/1990 e a quelle che, con “*tagli*” e “*innesti*” nelle discipline di settore, stanno sempre più di frequente neutralizzando “*dall'esterno*” alcune sue previsioni generali, restituisce, però, l'immagine

<sup>83</sup> Si v. *supra*, § 1, *sub nt.* 33-35, ma in tal senso, tra gli altri, già R. Ferrara, *Il PNRR e l'ambiente: verso quali scenari?*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 767 ss. (in part. 767 e 776).

<sup>84</sup> M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, *Dir. econ.*, n. 2/2020, Editoriale.

<sup>85</sup> F. Fracchia - P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *federalismi.it*, n. 33/2020.

<sup>86</sup> Si v. G. Napolitano, *La legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo è ancora attuale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 145 s.

<sup>87</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>88</sup> Cfr. G. Severini, *La “transizione” come ordinamento giuridico*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2022, ove ben viene messo in luce come «il risultato tempestivo» sia stato elevato a «principio» (ma anche a «metodo» e «criterio interpretativo») di quello che l'A. ha definito, in modo assai pregnante, «l'ordinamento della “transizione”». Come già sopra ricordato (si v. § 4), attenta dottrina ha fatto a tal riguardo ricorso alla significativa espressione di «*ossessione per il tempo procedimentale*»: così Fracchia, in F. Fracchia - P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 35 s.

<sup>89</sup> Cfr. M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislative e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 15.

di un legislatore errante che, in un già assai complesso periodo ordinamentale di *transizione*<sup>90</sup>, sembra non riservare un'adeguata attenzione al momento – naturalmente decisivo – dell'individuazione degli obiettivi e della pianificazione del percorso.

E così, da quei *'concetti-chiave'* di «semplificazione» e «unificazione» individuati nella risalente, ma paradigmatica (e – come si è detto – per molti versi ancora attuale) esperienza austriaca<sup>91</sup>, il ritorno al presente e al di qua dei confini ordinamentali italiani sembra quasi inevitabilmente comportare un passaggio agli opposti concetti di *'complessificazione'* e *'frammentazione'*.

Eppure, come i Protocolli di Ginevra per la legge generale austriaca sul procedimento amministrativo del 1925, così il PNRR italiano potrebbe effettivamente fungere da occasione (che dovrebbe considerarsi davvero «imperdibile»<sup>92</sup>) per imboccare la via di un rinnovato ed autentico spirito riformatore.

A tal fine, però, ci vorrebbe un deciso cambio di *passo* e di *direzione*, anche attraverso un'adeguata valorizzazione del *dialogo* – sempre proficuo – tra le diverse componenti genetiche del diritto.

La l. n. 241/1990, almeno in parte, è stata nel tempo snaturata. Essa, in diversi suoi tratti esteriori e contenutistici, sembra aver perso, infatti, l'originaria natura di legge volta ad introdurre «principi»<sup>93</sup> e «regole generali» sull'agire delle pubbliche amministrazioni e sul rapporto tra queste e gli amministrati con particolare riguardo ad alcuni snodi cruciali del procedimento amministrativo, con ciò perdendo, progressivamente, anche la sua *centralità*.

Le numerose modifiche che essa ha subito<sup>94</sup>, peraltro con tecniche di *drafting* legislativo quantomeno discutibili, non le hanno neppure consentito di fare un passo deciso verso un modello di *legge generale* sul

<sup>90</sup> Cfr. G. Severini, *La "transizione" come ordinamento giuridico*, cit.

<sup>91</sup> Su cui si v. *supra*, §§ 3 e 4.

<sup>92</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>93</sup> Lo sottolinea bene, ancor prima dell'approvazione della l. n. 241/1990, chi – tra gli altri – ebbe a far parte della Commissione Nigro: si v. F. Pugliese, *Il contraddittorio nel procedimento*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, cit., 25 ss. Su composizione e lavori di detta Commissione, si v., naturalmente, lo stesso M. Nigro, *Il procedimento amministrativo*, cit., 3 e *passim*. Sul punto sia consentito rinviare anche a C.P. Santacroce, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Padova, 2014, 107 ss.

<sup>94</sup> Cfr. G. Pericu, *Aspettative e tradimenti*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, 125 ss. (in part. 126 s.).



procedimento e sul provvedimento amministrativo, così restando in una sorta di limbo.

E nonostante si comprenda appieno e in parte si condivida quell'attento e ben ponderato giudizio circa la persistente «attualità» delle lungimiranti proposte della Commissione Nigro<sup>95</sup>, della «filosofia di fondo» e del «metodo» di cui la l. n. 241/1990 è impregnata<sup>96</sup>, si è dell'idea che, rinnovando – per quanto possibile – quello spirito, sia però giunto il momento di porre le basi per un intervento legislativo organico di revisione della disciplina generale dell'azione amministrativa.

E quand'anche – ripartendo dalle categorie generali – questo fosse «*soltanto*» in grado di eliminare gli «sfregi» che la l. n. 241/1990 ha nel tempo subito<sup>97</sup>; di evitare una sua progressiva «marginalizzazione» provocata dal processo di digitalizzazione<sup>98</sup>; e di ricondurre al suo interno fondamentali *segmenti di disciplina* ad oggi frammentariamente dispersi nell'ordinamento, si tratterebbe comunque – o almeno, è quanto si ritiene – di un risultato apprezzabile anche rispetto all'obiettivo di semplificazione.

Ma, soprattutto, potrebbe esser visto (anche dall'esterno), come un primo segnale di un'inversione di tendenza di un legislatore che, invece, sembra orientato solo a costruire e proporre sempre nuovi esempi di «*cattiva semplificazione*», anche attraverso disposizioni settoriali volti a rovesciare quel rapporto tra *regole* ed *eccezioni* di cui alla l. n. 241/1990, al punto che, almeno rispetto a taluni suoi contenuti, si ha quasi l'impressione che essa sia destinata a diventare una *legge residuale* sul procedimento<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> Alcune delle quali – com'è ben noto – neutralizzate sul nascere perché ritenute troppo avanzate.

<sup>96</sup> Si v., in tal senso, A. Marra, *Obsolescenza e attualità della legge n. 241/1990 nell'era dell'amministrazione digitale*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, cit., 385 ss. (in part. 393).

<sup>97</sup> Così *ibidem*.

<sup>98</sup> Così B.G. Mattarella, *La legge n. 241 e la sfida dell'amministrazione digitale*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, cit., 430.

<sup>99</sup> Ci si imbatte in ulteriori, assai recenti esempi legislativi in tal senso, scorrendo il testo del c.d. «*decreto PNRR 3*» (d.l. 24 febbraio 2023, n. 13), ad oggi ancora in fase di conversione, che sembra introdurre regimi amministrativi «*ibridi*» (che molto probabilmente genereranno rinnovate incertezze per i privati) e «*disallineati*» rispetto alla disciplina generale degli istituti di semplificazione di cui alla l. n. 241/1990, essi contraddicendo «*dall'esterno*» le clausole generali di esclusione dell'applicabilità dei regimi semplificati di controllo pubblico delle attività private.

Allo stato, infatti, l'art. 46 del d.l. n. 13/2023 parrebbe teso a neutralizzare, almeno in parte, quella regola generale di cui all'art. 19, co. 1, l. n. 241/1990, che esclude espressamente

Conclusivamente, qualora si dovesse formulare – ad oggi – un giudizio di prognosi, si sarebbe più inclini a sottolineare, allora, quanto facilmente il PNRR possa trasformarsi da «*opportunità imperdibile*» per una vera e quantomai necessaria «*riforma orizzontale*» della pubblica amministrazione<sup>100</sup>, in un' *occasione persa*.

dall'ambito di applicazione della s.c.i.a. tutte quelle fattispecie in cui sussistano, tra gli altri, vincoli a tutela dei beni culturali. Seppur con esclusivo riguardo agli immobili di proprietà pubblica (o con destinazione d'uso pubblico) assoggettati a vincolo culturale «ai sensi della parte II» del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004) e interessati da finanziamenti a valere sul PNRR (o sul PNC), il citato art. 46 introduce, per taluni interventi di manutenzione ordinaria, una «*previa segnalazione* alla soprintendenza competente per territorio», così rievocando chiaramente la disciplina della s.c.i.a., pur non senza alcune, almeno apparenti, deviazioni di regime. Analogo discorso, poi, potrebbe per certi versi farsi, in parte, anche con riguardo all'art. 47 dello stesso d.l. n. 13/2023.

<sup>100</sup> Cfr. *supra*, § 1.



# **Dalla rappresentanza corporativa alla rappresentanza degli interessi. Aspetti del dibattito dottrinario fra Italia e Germania<sup>1</sup>**

*Antonino Scalone*

*Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico*

SOMMARIO: 1. Crisi dello Stato liberale e rappresentanza degli interessi. 2. Caratteri del corporativismo fascista. 3. La fortuna del corporativismo fascista all'estero. 4. Le rappresentanze degli interessi nel secondo dopoguerra.

## **1. Crisi dello Stato liberale e rappresentanza degli interessi**

Sotto il profilo concettuale, l'affermazione degli interessi organizzati ha a che fare innanzitutto con la crisi della concezione liberale della rappresentanza, secondo la quale i rappresentanti che siedono in parlamento - affrancati da ogni condizionamento grazie alla libertà di mandato e in modo del tutto disinteressato - discutono fra loro fino a giungere alla determinazione di una legge giusta, frutto neutrale dello scambio razionale delle idee<sup>2</sup>. Come sostiene Bagehot, essi non sono caratterizzati, né limitati da qualsivoglia «*status* particolare» e si trovano per questo nelle condizioni di «formulare un giudizio su ciò che è bene

<sup>1</sup> Il presente contributo deriva da una relazione tenuta il 4 luglio 2019 presso l'Università di Teramo, nell'ambito del seminario «Ai confini della rappresentanza: mandato politico e forme compensative o alternative di rappresentanza: quali validità e quali prospettive?»

<sup>2</sup> Per una esposizione, acuta pur nella sua parzialità, di questo tipo di ideologia cfr. C. Schmitt, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo* (1926<sup>2</sup>), trad. it. Giappichelli, Torino 2002.

per un paese». Costituiscono la parte migliore del paese, per cultura, capacità e intelligenza, virtù testimoniate dall'appartenenza alla classe dei proprietari<sup>3</sup>, ovvero da una circostanza che, a ben guardare, revoca immediatamente la pretesa neutralità del loro operare. In questo quadro, il meccanismo rappresentativo non ha nulla a che fare col trasferimento di potere dal basso verso l'alto, ma costituisce piuttosto, secondo la classica definizione di Orlando, una semplice «designazione di capacità». L'irruzione delle grandi masse nella vita politica, mediata da organizzazioni partitiche e sindacali dalle caratteristiche inedite, renderà questa concezione del tutto obsoleta, ponendo all'ordine del giorno la necessità di ripensare l'intera sfera della *Öffentlichkeit* secondo modalità idonee a comprenderne la complessità e l'articolazione<sup>4</sup>.

Si tratta di un'esigenza largamente avvertita dalla dottrina nei primi anni del secolo: a questo proposito spesso, e giustamente, si fa riferimento alla prolusione pisana di Santi Romano, nella quale egli, pur sottolineando che «l'impersonalità del potere politico» costituisce il maggior guadagno della forma-Stato nata dalla rivoluzione francese, ne critica l'eccessiva semplicità, tale da produrre una pericolosa sottovalutazione della politicità propria degli «aggruppamenti degli individui, pur così necessari in ogni società pervenuta a un altro grado di sviluppo»<sup>5</sup>. Sicché lo Stato, «stupenda creazione del diritto» capace di operare una «compiuta sintesi delle varie forze sociali»<sup>6</sup>, appare in un declino tale che, nel 1917, egli potrà intitolare un'altra sua prolusione *Oltre lo Stato* e riconoscere in atto una *naturale* tendenza verso forme di organizzazione sovrastatale tale da relativizzare radicalmente ruolo e compiti degli Stati nazionali<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> W. BAGEHOT, *Parliamentary Reform*, in Id., *Essays on Parliamentary Reform*, Kegan Paul, Trench & Co., London 1883, rispettivamente pp. 125 e 40.

<sup>4</sup> È quel processo che, nel corso del Novecento, darà luogo infine, secondo le parole di PAOLO GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017, p. XI, al «pluralismo democratico del nuovo Stato pluri-classe», «mandando con fermezza in soffitta gli espedienti strategici congeniali all'età borghese». Sull'emergere della tematica della rappresentanza degli interessi a cavallo dei due secoli cfr. M. TARCHI, *Rappresentanza universale e rappresentanza degli interessi fra diciannovesimo e ventesimo secolo*, in *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Atti del convegno di studi, Firenze, 28-29 ottobre 2004, a cura di S. Rogari, Firenze University Press, Firenze 2006, pp. 27-34.

<sup>5</sup> S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in Id., *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1950, pp. 313 sgg.

<sup>6</sup> Ivi, p. 314.

<sup>7</sup> Cfr. S. ROMANO, *Oltre lo Stato* (1917), in Id., *Scritti minori*, cit., pp. 355-56. È curioso come non di rado l'enfaticizzazione della razionalità dello Stato si accompagni alla constatazio-

Un altro riferimento interessante sull'argomento può essere senz'altro Meuccio Ruini che già nel 1906, nel suo manifesto *Per un movimento radicale-socialista*, proponeva, all'interno di una più generale riforma dell'amministrazione incentrata sui principi dell'«auto-amministrazione» e del «*self-government*», di «organizzare negli istituti dell'amministrazione la rappresentanza degli interessi», conservando invece al Parlamento la sola «rappresentanza generica ed inorganica del *popolo*, a base sempre più universale»<sup>8</sup>. Nel 1920, nello scritto *Il consiglio nazionale del lavoro*, egli progetta una compiuta rappresentanza degli interessi, preludio all'istituzione di una seconda camera a base professionale in sostituzione del Senato. Tale organo, peraltro, non avrebbe potuto a suo avviso sostituirsi al governo nella funzione decisionale: in questa direzione, nota, il sistema sovietico «non ha fatto buona prova, ed urta contro insormontabili difficoltà»; occorre comunque, a livello tendenziale, procedere «senza esitazione verso la fusione dell'elemento competenza con l'elemento interesse»<sup>9</sup>. In tale scritto egli si proponeva di ripensare, allargandone le competenze, il *Consiglio superiore del lavoro*, istituito dalla legge 29 giugno 1902 e poi abolito da Mussolini con decreto legge nel 1923, che aveva dato vita ad una prima forma di rappresentanza delle categorie e che era stato giudicato con favore dallo stesso Turati<sup>10</sup>.

ne della sua più o meno irrevocabile crisi: si pensi, ad esempio, a C. Schmitt che, nella *Premessa* del 1963 a *Il concetto di politico*, per un verso definisce lo Stato «fulgida creazione del formalismo europeo e del razionalismo occidentale» e per l'altro ne annuncia l'imminente detronizzazione (trad. it. in Id., *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna 1970, p. 90). Ci si può chiedere se le due cose non siano allora necessariamente connesse, se, cioè, la percezione della grandezza dell'istituzione trovi la propria fondazione ultima nella consapevolezza del suo carattere storico e non necessitato, ovvero del suo essere strutturalmente Stato-crisi.

<sup>8</sup> M. RUINI, *Per un movimento radicale-socialista* (1906), in Id., *Il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro. Scritti e discorsi (1947-1959)*, Roma, 2013, p. 104.

<sup>9</sup> M. RUINI, *Il consiglio nazionale del lavoro* (1920), in Id., *Il Consiglio...*, cit., pp. 168 e 171.

<sup>10</sup> Cfr. P. POMBENI, *La rappresentanza politica*, in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Donzelli, Roma 2001, p. 98. Compiti del Consiglio, ai sensi dell'art. 4, erano: «Esaminare le questioni concernenti i rapporti fra padrone ed operai; suggerire i provvedimenti da adottarsi per il miglioramento delle condizioni degli operai; proporre gli studi e le indagini dall'Ufficio del Lavoro; esprimere parere sopra i Disegni di legge attinenti alla legislazione del lavoro e sopra ogni altro oggetto, che il Ministro sottoponga al suo studio». Su quest'istituzione e per un giudizio sul suo funzionamento cfr. U. ROMANELLI, *La IX sessione del Consiglio Superiore del Lavoro: per una storia del diritto sindacale in Italia*, in *Studi storici*, a. XII (1972), II, pp. 356-365.

## 2. Caratteri del corporativismo fascista

Il corporativismo fascista si colloca all'interno di questo processo, presentandosi, o pretendendo di presentarsi, come terza via fra capitalismo e bolscevismo e, soprattutto, come concreto argine rispetto a quest'ultimo<sup>11</sup>. È sotto questo profilo che, si può forse dire, ottenne i suoi risultati migliori, disciplinando rigorosamente i rapporti di lavoro e, grazie alla legge 3 aprile 1926, realizzando quella «compressione dei rapporti sociali» che, come è stato osservato, «era per la maggioranza della classe dirigente italiana il risultato che si era voluto conseguire», mentre l'edificazione di un compiuto ordine corporativo veniva rimandato ad un futuro dai confini quanto mai incerti<sup>12</sup>. In effetti quando, il 15 gennaio del 1934, Mussolini presentò alla Camera la legge istitutiva delle corporazioni, aveva alle spalle un dibattito pluriennale che si era esercitato ad «analizzare e discutere un oggetto che [ancora] non esisteva» e che per alcuni versi non sarebbe mai esistito, tanto che, si è detto, «in nessun'altra questione la distanza tra teoria e fatti fu rilevante come nel corporativismo»<sup>13</sup>.

Precedentemente, il Ministero delle Corporazioni era stato istituito con R. D. del 2 luglio 1926, n. 1131; Mussolini stesso ne assunse la titolarità che passò il 12 settembre 1929 a Bottai. Solo il 20 marzo 1930 venne approvata la legge n. 206 che prevedeva l'istituzione del Consiglio nazionale delle Corporazioni e solo nel 1934, come detto, vennero introdotte le corporazioni vere e proprie. Il R. D. 2 luglio 1939, n. 348 sostituiva la vecchia Camera dei deputati con la nuova Camera dei Fasci e delle Corporazioni, composta dai vertici delle corporazioni stesse e dai segretari federali del PNF. Si trattava, come ha osservato Pombeni, di una Camera priva di qualsivoglia investitura elettiva e di legittimazione<sup>14</sup> che rimase in carica fino al 2 agosto 1943, quando con R. D. fu definitivamente abolita.

Le ragioni del ritardo e, per molti versi, della mancata attuazione del sistema corporativo<sup>15</sup>, al di là della propaganda, sono almeno tre: in primo luogo, come ricordato, il debole appoggio dei ceti imprenditoriali ad

<sup>11</sup> Cfr. S. PRISCO, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi. I giuspubblicisti del fascismo e la ricerca della «terza via»*, in «Rivista AIC», 2018, I, p. 1 sgg.

<sup>12</sup> G. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista. Il mito del corporativismo*, Carocci, Roma 2006, p. 18.

<sup>13</sup> A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, Laterza, Roma-Bari 2014, p. 6.

<sup>14</sup> Cfr. P. POMBENI, *La rappresentanza politica*, cit., p. 111.

<sup>15</sup> «Il corporativismo – scrive S. PRISCO, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi*, cit., p. 2, «vide prevalere dibattiti e progetti, piuttosto che concrete e soddisfacenti attuazioni delle varie proposte, al di là della messa in opera di un pletorico apparato organizzativo».

un ordinamento che avrebbe potuto in qualche modo limitarne la libertà, mentre il disciplinamento dei rapporti di lavoro era già stato felicemente realizzato alla metà degli anni Venti; in secondo luogo la mancanza di un comune pensare, all'interno del regime e fra i suoi intellettuali, sulle caratteristiche che il corporativismo avrebbe dovuto assumere (questo nonostante il vastissimo dibattito sviluppatosi sull'argomento o forse proprio a causa di esso e della presenza di linee interpretative ampiamente diversificate); in terzo luogo la difficoltà concreta di organizzare in modo unitario, all'interno dell'ordine corporativo, datori di lavoro e prestatori d'opera<sup>16</sup>. A ciò si aggiunga la non particolare propensione dello stesso Mussolini per il corporativismo, tanto è vero che di lui si è potuto parlare come del «grande assente» nel dibattito sul tema<sup>17</sup>. Come minimo si può ritenere che egli del corporativismo avesse una concezione assai semplificata, tale da identificarlo con la capacità di imporre coattivamente l'ordine e la pace sociali<sup>18</sup>.

Una difficoltà che sorge nell'analizzare il fenomeno è data dalla sua non agevole delimitazione: il corporativismo fascista ha a che fare sia con le concrete realizzazioni istituzionali, sia con la propaganda che le annunciò e le sostenne, sia con il dibattito specifico sull'argomento, non riducibile ad un solo ambito disciplinare. Nelle righe che seguiranno, per semplicità e comodità espositiva, ci soffermeremo prevalentemente su alcuni aspetti di tale dibattito, con particolare, anche se non esclusivo riferimento all'ambito giuridico.

Il nome che forse spicca su tutti gli altri per autorevolezza, anche per il ruolo pubblico rivestito, è quello di Alfredo Rocco, cui è stata attribuita la paternità di una concezione 'autoritaria' del corporativismo<sup>19</sup>. Secondo tale concezione, cioè, una volta riconosciuta l'irrevocabilità delle trasformazioni intervenute con l'avvento delle organizzazioni sindacali e delle forme di auto-organizzazione dei lavoratori, si pone l'esigenza di disciplinarle all'interno di una rigida gerarchia che abbia al suo vertice lo Stato. Se la Commissione dei Quindici, istituita il 4 settembre 1924 e presieduta da Giovanni Gentile e la successiva Commissione dei Diciotto,

<sup>16</sup> Cfr. A. J. DE GRAND, *Bottai e la cultura fascista*, Laterza, Roma-Bari 1978, p. 71 sgg.

<sup>17</sup> G. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista*, cit., p. 31 sgg.

<sup>18</sup> Ivi, p. 33: «Il corporativismo viene sempre inteso da Mussolini nell'accezione dell'inquadramento sindacale e l'affermazione del suo carattere 'originale' e caratterizzante la 'Rivoluzione fascista' equivale, in pratica, all'esaltazione della pace sociale imposta con la forza».

<sup>19</sup> Così A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, cit., p. 51 sgg. che invece qualifica come «totalitario» il corporativismo di Bottai.



o dei Soloni, sempre presieduta da Gentile e nominata il 31 gennaio 1925, ambedue finalizzate alla prefigurazione di una serie di riforme costituzionali, si ponevano, almeno nelle intenzioni, in una sostanziale continuità con l'assetto precedente e con il Risorgimento, assumendo una posizione di assoluta prudenza nei confronti del corporativismo, anche in conseguenza del mancato accordo sull'argomento fra i membri della Commissione medesima<sup>20</sup>, Rocco imprime alla discussione sul tema una decisa torsione statalista in base al principio, di chiara ascendenza jellinekeana, per cui la sovranità appartiene non già al popolo, bensì allo Stato, cui spetta altresì la facoltà di *autolimitarsi*. In questo quadro le articolazioni d'interesse non sono titolari di diritti propri, né possono occupare altro spazio che quello che lo Stato riserva loro all'interno di una logica che le trascende e nella quale sostanzialmente si dissolvono. Come osserva Gagliardi, per Rocco «il corporativismo era dunque il sistema giuridico ed istituzionale in grado di realizzare la subordinazione dei soggetti economici e sociali all'interesse nazionale espresso dallo Stato»<sup>21</sup>. Da un lato per Rocco «lo Stato fascista è lo Stato che realizza al massimo della potenza e della coesione l'organizzazione giuridica della Società», dall'altro «la società, nella concezione del fascismo, non è una pura somma di individui, ma è un organismo, che ha una sua propria vita e suoi propri fini, che trascendono quelli degli individui, e un proprio valore spirituale e storico» altrettanto sovraordinato a quello dei singoli che lo costituiscono<sup>22</sup>. Se per Rocco lo Stato fascista è Stato sociale in senso proprio<sup>23</sup>, la società non può darsi un'organizzazione propria. Gli stessi organi professionali, pur portatori di una grande tradizione, devono essere subordinati, al pari di ogni altra articolazione parziale, allo Stato, non essendo altro che «parte dell'organismo dello Stato»<sup>24</sup>. Solo in questo modo può

<sup>20</sup> Nella sua relazione a Mussolini sull'esito dei lavori della Commissione, Gentile giustifica prudentemente la circostanza del sostanziale disaccordo fra i membri sul principio corporativo con la considerazione che si tratta dell'«idea più innovatrice tra quelle prevalse attraverso gli studi e i dibattiti della Commissione» (G. Gentile, *A S. E. l'On. Benito Mussolini, Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Id.*, *Che cosa è il fascismo. Discorsi e polemiche*, Firenze, 1925, p. 234).

<sup>21</sup> A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, cit., p. 51.

<sup>22</sup> A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato*, in *Id.*, *Scritti e discorsi politici*, Giuffrè, Milano 1938, vol. III, p. 778.

<sup>23</sup> *Ibidem*: «Stato fascista è dunque lo Stato veramente sociale, qualunque sia il tipo di società che in esso si organizza».

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 788.

realizzarsi «la formula Mussoliniana: tutto per lo Stato, nulla fuori dallo Stato, nulla contro lo Stato»<sup>25</sup>.

Bottai sembra farsi fautore di una concezione del corporativismo più aperta alle istanze sociali e consapevolmente correlata alla dimensione individuale e a quella associativa di tipo non istituzionale. Il corporativismo, a suo avviso, ha a che fare con il riconoscimento del «profondo valore della vita sociale», esso è «il principio dell'organizzazione e personificazione delle forze economiche, perché partecipino coscientemente alla vita della comunità politica». Va tuttavia notato che già in questo passo la comunità appare sovraordinata rispetto alle parti che la compongono e che la vita sociale, per oltrepassare questa soglia, deve assumere una forma organizzata; il sociale non è di per sé portatore di energia politica autonoma, ma va piuttosto ricondotto all'interno del plesso politico/statuale fino a «far coincidere società e Stato»<sup>26</sup>. Come si legge nel suo intervento al Secondo convegno di studi corporativi tenutosi a Ferrara nel 1932, la dottrina corporativa non disconosce la lotta di classe, ma vuole *superarla disciplinandola*, facendo cioè dei sindacati, invece che strumenti al servizio del conflitto, mezzi di integrazione in un'unità politica superiore: «Il nostro ordinamento – afferma – è tale che riconosce ed esalta le iniziative individuali fino al punto in cui esse non diventino anarchico arbitrio che danneggia l'economia nazionale. Esso ricollega l'iniziativa individuale all'iniziativa sindacale e impedisce che diventi egoismo di categoria, richiamandola alla sintesi suprema della corporazione; e la corporazione ricollega al complesso dello Stato, in quel Consiglio nazionale che veramente può dirsi la corporazione integrale della nazione italiana»<sup>27</sup>.

Anche per Ugo Spirito il tentativo di superare la dicotomia, classicamente liberale, fra individuo e Stato ha come esito il concepimento dello Stato come organo vivente del quale i singoli sono comunque solo parti. Infatti, a suo avviso, se la Rivoluzione francese rappresentava «la liberazione dell'individuo da uno Stato sopraffattore, in quanto ente particolare contrapposto ai cittadini», quella fascista «esprime la volontà consapevole di instaurare uno Stato che sia la Nazione stessa nella sua vita organica, sì che il fine dell'organismo e quello dei suoi organi perfettamente coincidano»<sup>28</sup>. Sicché il superamento di quell'antinomia non comporta

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

<sup>26</sup> G. BOTTAI, *La concezione corporativa dello Stato*, in *Archivio di studi corporativi*, a. 1930, n. 1, pp. 7-8.

<sup>27</sup> G. BOTTAI, *Il discorso del ministro Bottai a Ferrara*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, a. 1932, pp. 139-40.

<sup>28</sup> U. SPIRITO, *Individuo e Stato nell'economia corporativa (1932)*, in *Id.*, *Il corporativismo*,

alcun movimento dialettico, ma semplicemente la riduzione di uno dei due poli all'altro. In questo quadro l'ordinamento corporativo trova il suo massimo senso: esso, infatti, mira a «rendere sempre più concreta l'organicità statale della vita della nazione, e cioè a rendere lo Stato sempre più immanente alla vita dell'individuo»<sup>29</sup>. I caratteri totalitari di questo progetto sembrano evidenti: saltata ogni separazione fra pubblico e privato, il primo, in forza della superiorità dei fini perseguiti, è potenzialmente interessato ad ogni ambito della *Lebenswelt* e dotato del potere coercitivo di indirizzarla come meglio crede<sup>30</sup>. La tesi del «corporativismo proprietario» avanzata nel convegno ferrarese di studi sindacali e corporativi del 1932 prefigura certo una sorta di superamento del sistema proprietario delle aziende a favore della corporazione, ma questa, a sua volta, trova il suo senso più compiuto e il suo fine come organo dello Stato<sup>31</sup>.

La riflessione di Sergio Panunzio è stata accostata a quella di Bottai sia perché comune ad ambedue sarebbe il tentativo di mantenere aperta la dialettica Stato/società, sia per il ruolo che in questo contesto viene attribuito alle organizzazioni sindacali. Infatti, com'è stato scritto, Bottai e Panunzio «rintracciarono nell'organizzazione sindacale l'indispensabile presupposto della nuova macchina corporativa, la via privilegiata per (...) impostare (...) il problema del potere come problema della relazione, del rapporto necessario e costante tra Stato e società»<sup>32</sup>. Non si trattava comunque di una dialettica fra pari: il fine appare quello di sottrarre la gestione dello Stato ai «pochi eterni dei e semidei»<sup>33</sup>, come scriveva Panunzio, ovvero di garantire un'attività di governo superiore alle e indipendente dalle grandi organizzazioni d'interesse. Lo Stato utilizza certo il sindacato come canale aperto verso la società, grazie al quale ottenere

Sansoni, Firenze 1970, p. 351.

<sup>29</sup> U. SPIRITO, *I fondamenti dell'economia corporativa* (1932), in ID., *Il corporativismo*, cit., p. 201.

<sup>30</sup> Com'è stato osservato, se fra Stato e individuo «sul piano *ontico* sussiste una chiara separazione, sul piano *ontologico* non si può non affermare la loro identità» (F. D'URSO, *Ugo Spirito e la corporazione proprietaria*, in *i-lex* 13-14, 2011, p. 160).

<sup>31</sup> Cfr. A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, cit., p. 24.

<sup>32</sup> I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, Milano 2007, p. 134. Sugli aspetti che accomunano la riflessione di Bottai e quella di Panunzio, individuabili in particolare negli «accenti critici verso l'andamento ufficiale del regime», si vedano le considerazioni svolte da S. Prisco, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi*, cit., p. 15.

<sup>33</sup> S. PANUNZIO, *Dittatura politica, democrazia economica* (1934), in F. PERFETTI, *Il fondamento giuridico del fascismo*, Roma, Bonacci, 1987, p. 281. Sul punto cfr. I. STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 138.

informazioni utili allo sviluppo della propria politica<sup>34</sup>, ma questa si sviluppa su un piano di assoluta autonomia. Recensendo *Il sentimento dello Stato* di Panunzio, apparso nel 1929, non a caso Capograssi attribuiva a quest'autore, ad onta delle sue aperture verso l'organizzazione sindacale e verso la società, un'idea di Stato non certo «soggetto alle realtà sociali, essenzialmente formato da esse», bensì «a sé stante, verità e realtà autonoma e autoctona, vera forma sostanziale che sopravviene ed investe di sé la materia per la quale è nata»<sup>35</sup>. Tanto più che in questo Stato un ruolo essenziale e sintetico è affidato al Capo del Governo, nella cui figura e nel cui ruolo Panunzio scorge la novità più rilevante del regime fascista, al punto da inaugurare, come si legge nella *Teoria generale*, «una categoria nuova e a sé» nelle «forme costituzionali». Egli infatti compendia nella propria persona non solo il ruolo di vertice dell'esecutivo – titolare, peraltro, di nuovi ed estesi poteri costituzionali «forti» e «penetranti» – ma anche quello di vertice del partito unico: «Il nostro – scrive Panunzio – non è solo il 'regime del Capo del Governo', ma il 'regime fascista del Capo del Governo', dove l'aggettivo 'fascista' sta ad indicare il carattere peculiare ed esclusivo del nostro regime, che è dato dalla presenza dell'unico e totalitario P.N.F.»<sup>36</sup>.

Vi sono invero all'interno della dottrina dell'epoca alcuni tentativi di mantenere aperta la dialettica fra Stato-comunità e Stato-soggetto e dunque fra rappresentanza politica e rappresentanza istituzionale, senza ridurre *sic et simpliciter* la prima alla seconda. È questo il caso di Carlo Esposito in alcuni scritti pubblicati fra il 1937 e il 1942 sul tema della rappresentanza. Ad essi ha dedicato un saggio importante Livio Paladin, sostenendo che in quegli scritti Esposito, proprio attraverso tale tentativo, riesce a distinguersi dallo «Stato corporativo della dottrina fascista e della Carta del Lavoro»<sup>37</sup> che concepisce società e Stato come «due momenti della medesima realtà o due diversi profili del medesimo ente»<sup>38</sup>. Ne *Lo Stato fascista*<sup>39</sup>, in particolare, tale compito è affidato al partito unico. Esso, infatti, pur subordinato allo Stato-soggetto, se ne differenzia, ponendosi come tramite fra quello e la Nazione e realizzando quindi «un

<sup>34</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>35</sup> G. CAPOGRASSI, *Recensione a S. PANUNZIO, Il sentimento dello Stato* (1930), in *Id.*, *Opere*, VI, Giuffrè, Milano 1959, p. 175.

<sup>36</sup> S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1937, pp. 105-6.

<sup>37</sup> L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista* (1972), ora in *Id.*, *Saggi di storia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 77.

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 83.

<sup>39</sup> Cfr. C. ESPOSITO, *Lo Stato fascista*, in *Jus*, a. 1940, p.102 ss.

rapporto rappresentativo di tipo *politico*» diverso da quello proprio della rappresentanza istituzionale perché «non professionale o comunque settoriale»<sup>40</sup>. Ma subito tale pretesa sembra essere messa in dubbio dal fatto che – come rileva lo stesso Esposito<sup>41</sup> – il partito, per non cessare di essere tale, ovvero parte, non può che rappresentare una frazione soltanto, per quanto estesa o politicamente significativa, del popolo: non si capisce dunque come una parte possa svolgere quella funzione politica in senso complessivo che pure le viene attribuita, ovvero come possa, contraddittoriamente, farsi *parte totale*. Sicché si comprende come, nella concreta esperienza storica, il PNF abbia fallito in questa missione, riducendosi ad essere, come nota Paladin, una semplice appendice del Capo del Governo e duce del fascismo<sup>42</sup>. È insomma nella figura del capo e nella sua capacità carismatica di porsi come punto di equilibrio fra i vari interessi divergenti all'interno del regime che va ricercato l'elemento di *chiusura* del sistema, piuttosto che nella capacità delle articolazioni corporative per un lato o del partito dall'altro – o nella compresenza e nella collaborazione di ambedue – di ridurre a unità tutte le parti in causa<sup>43</sup>.

### 3. La fortuna del corporativismo fascista all'estero

Il regime fascista, almeno nei suoi primi anni di vita, suscitò molto interesse all'estero, sia sotto il profilo politico che sotto quello teorico. L'introduzione del corporativismo fu una delle ragioni di tale interesse. Ciò è vero in particolare per la Germania, ove una concezione come quella

<sup>40</sup> L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, cit., p. 105.

<sup>41</sup> Cfr. C. ESPOSITO, *Lo Stato fascista*, cit., pp. 125-26; cfr. L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, cit., p. 106.

<sup>42</sup> Cfr. *ivi*, p. 109.

<sup>43</sup> Su questo ruolo del duce, così come sulla sostanziale incapacità del sistema corporativo, in sé, di produrre decisioni politiche senza appoggiarsi alle strutture dello Stato autoritario e alla figura carismatica del capo concordano molti interpreti; cfr. G. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista*, cit., pp. 17-18 (sui limiti realizzativi del corporativismo e sull'intervento personale del duce per risolvere i conflitti) e 221 sgg. (ancora sulla scarsa efficacia del corporativismo, in particolare dopo il 1934); R. FAUCCI, *Appunti sulle istituzioni economiche del tardo fascismo, 1935-1943*, in *Quaderni storici*, a. 1975, n. 2, p. 609 (sul fallimento pratico dell'ordinamento corporativo); L. FRANCK, *Il corporativismo e l'economia dell'Italia fascista* (1934), trad. it. Bollati Boringhieri, Milano 1990, p. 179 (sul primato del governo rispetto alle corporazioni); pp. 180-88 (sul ruolo sintetico del duce); L. PALADIN, *Fascismo* (1967), ora in *Id.*, *Saggi di storia costituzionale*, cit., pp. 47-8 (sul fallimento del sistema corporativo e sulla preponderanza del ruolo assunto da Mussolini come capo del governo e del fascismo).

corporativa evocava una vasta tradizione teorica e istituzionale che aveva a che fare sia con pensatori quali von Stein, Mohl e von Gierke, sia con il *Sonderweg* costituzionale di quel paese, nel quale autonomie, ruolo dei ceti e *Selbstverwaltung* avevano svolto un ruolo caratterizzante<sup>44</sup>. In alcuni casi tale interesse dette luogo ad analisi approfondite e a ricostruzioni accurate del nuovo ordinamento, come nel saggio di Gerhard Leibholz *Il diritto costituzionale fascista*, apparso nel 1928. Qui Leibholz dedica alcune pagine al sistema sindacal-corporativo del fascismo, mettendo in luce come esso miri a integrare nella superiore unità dello Stato le forze sociali che altrimenti rimarrebbero separate e confliggenti<sup>45</sup>. In questo modo, grazie anche all'introduzione della Carta del lavoro, non è più possibile intendere «il diritto del lavoro e dell'economia come un ramo autonomo del diritto pubblico. Esso, in realtà, è diventato piuttosto una parte integrante del diritto costituzionale italiano»<sup>46</sup>. In questo senso si può dire – continua Leibholz – che nel regime fascista «l'individuo è addirittura

<sup>44</sup> Cfr. S. Rossi, *La rappresentanza nello Stato costituzionale. La rappresentanza degli interessi in Germania*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 56-202 e L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, Giuffrè, Milano 1984, p. 13. Non va tuttavia dimenticato che la ripresa del corporativismo dovette scontrarsi in quel paese con le formidabili critiche di Max Weber e Hans Kelsen. Il primo, in *Wahlrecht und Demokratie in Deutschland* (1917), trad. it. in ID., *Parlamento e governo e altri scritti politici*, Einaudi, Torino 1982, p. 22, definisce le rappresentanze corporative «dilettantesche bolle di sapone», giacché «non esiste in tutto il mondo qualcosa che sia oggettivamente più menzognero del tentativo di voler creare in qualità di corpi politico-elettorali delle articolazioni 'organiche' nell'antico significato corporativo, in un'epoca di continue trasformazioni tecniche e commerciali, di mutevoli conglomerazioni economico-sociali». Inoltre le ritiene politicamente poco significative giacché «inclinano all'assenza di capi» (M. WEBER, *Economia e società* [1972<sup>3</sup>], trad. it. Comunità, Milano 1961, vol. I, p. 295). Il secondo, in *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929<sup>2</sup>), trad. it. in ID., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna 1995, p. 95, afferma che «la realizzazione di quest'idea incontra difficoltà enormi, anzi, in parte insolubili», dovute al fatto che non è possibile rappresentare adeguatamente *tutti* gli interessi, né addivenire ad una loro convincente ripartizione (cfr. *ivi*, p. 96) o delimitazione, per la tendenza di «ogni organizzazione professionale (...) a differenziarsi al massimo» (*ibidem*). Il problema più grave, però, è che le differenziazioni e i conflitti fra gli interessi contrapposti non possono essere risolti per via corporativa, ma solo facendo riferimento ad un'istanza superiore di tipo autenticamente politico: «O ad un Parlamento eletto democraticamente dall'intero popolo o ad un organo di carattere più o meno autocratico» (*ivi*, p. 97). Il corporativismo, insomma, manca di quella capacità di integrazione politica che ne potrebbe giustificare l'introduzione (cfr. *ibidem*) e, in ultima analisi, è solo uno strumento ideologico, ovvero «la forma in cui uno o più gruppi ha cercato di dominare sugli altri» (*ivi*, p. 99).

<sup>45</sup> Cfr. G. LEIBHOLZ, *Il diritto costituzionale fascista* (1928), trad. it. Guida, Napoli 2007, p. 25.

<sup>46</sup> *Ivi*, p. 32.

superato (*aufgehoben*) nella comunità<sup>47</sup>. È tuttavia solo nel capo politico e grazie ad esso che l'unità politica si integra efficacemente e perviene ad unità (anche perché, nota Leibholz, «l'unità fra Stato e partito è solo esteriore. Una porzione non piccola della popolazione tollera lo Stato fascista solo per forza e contro la propria volontà»<sup>48</sup>): «Lo Stato fascista si attualizza così dinamicamente attraverso la decisione sempre rinnovata del Capo, il cui carisma – anche diventando esteriormente visibile nello stile del discorso e del gesto – anima la massa e deve trasformare di nuovo la società meccanizzata in una comunità»<sup>49</sup>.

Un'articolata e approfondita disamina dell'ordinamento fascista è costituita dal volume *Wesen und Werden des faschistischen Staates* di Erwin v. Beckerath, apparso nel 1927. Un capitolo dell'opera è dedicato all'organizzazione corporativa che viene descritta con dovizia di particolari, ponendo in evidenza la funzione regolativa dello Stato rispetto ai *Verbände* e il fatto che tramite il riconoscimento giuridico dei sindacati si realizzi il «monopolio della rappresentanza (*Vertretung*)»<sup>50</sup>. L'assetto sindacal-corporativo è di tipo rigorosamente gerarchico e si incrocia con gli altri due vettori della gerarchia fascista, il partito e lo Stato, completandola: «Alla gerarchia partitica e alla gerarchia degli organi dello Stato – scrive Beckerath – si aggiunge, come terzo elemento, la gerarchia sindacale. Essa consiste nella struttura verticale dei sindacati, all'interno della quale il superiore sorveglia e indirizza l'inferiore». Ma anche qui è colto lucidamente il ruolo centrale del dittatore, istanza di chiusura del sistema e garante degli equilibri complessivi: Mussolini, infatti, «come ministro delle Corporazioni ha la supervisione sui sindacati, autorizza l'elezione dei più importanti capi sindacali, nomina i presidenti delle corporazioni». Insomma, «anche la terza gerarchia culmina nella sua persona», al punto che ci si potrebbe chiedere se «il sindacalismo di Stato, così com'è stato progettato, sarebbe possibile senza la capacità integrativa della dittatura»<sup>51</sup>.

Al saggio di Beckerath è dedicato un intervento di Carl Schmitt che costituisce l'occasione per alcune considerazioni originali sul regime fascista. Per un verso egli contesta la tesi di Beckerath sul carattere necessariamente antidemocratico del fascismo: esso, secondo Schmitt, piuttosto che antidemocratico andrebbe definito, allo stesso modo del bolscevismo,

<sup>47</sup> Ivi, p. 32.

<sup>48</sup> Ivi, p. 73.

<sup>49</sup> Ivi, p. 75.

<sup>50</sup> E. v. BECKERATH, *Wesen und Werden des faschistischen Staates*, Springer, Berlin-Heidelberg 1927, p. 128.

<sup>51</sup> Ivi, p. 138.

antiliberal, giacché il plebiscitarismo e la pratica dell'acclamazione appaiono incompatibili con l'ideologia liberale, ma non necessariamente con quella democratica<sup>52</sup>. Per l'altro verso egli concorda con Beckerath sia sulla sostanziale inefficacia dell'ordinamento corporativo rispetto al fine di controllare e incanalare il conflitto sociale, sia sulla necessità che, di conseguenza, le divisioni sociali ed economiche, oltre che politiche, all'interno del regime risultino compensate dalla supremazia gerarchica dello Stato («Lo Stato fascista – scrive – decide non come terzo neutrale, ma come terzo superiore») e dalla presenza al suo vertice dell'«energia individuale di Mussolini»<sup>53</sup>.

L'attenzione nei confronti del fascismo, così come l'interscambio fra la produzione scientifica tedesca e italiana ovviamente si accentuano con l'avvento del nazionalsocialismo fino a giungere alla stipula dell'Accordo culturale fra Regno d'Italia e *Reich* germanico siglato a Roma il 23 novembre 1938, in conseguenza del quale, fra l'altro, si incrementano gli studi di tipo comparatistico<sup>54</sup>. Essi tendono a individuare simiglianze e differenze fra i due regimi; al contempo, da ambedue le parti, ci si sforza di sottolineare gli elementi di originalità e affermare la sostanziale superiorità del proprio sistema. Da parte italiana si accentuano gli aspetti maggiormente legati alla dimensione istituzionale e giuridica; da parte tedesca quelli legati invece all'elemento comunitario e popolare<sup>55</sup>; elementi comuni sono rivenuti nel profilo corporativistico dei due assetti costituzionali e nel ruolo svolto dal partito unico<sup>56</sup>.

Senza poter affrontare in termini analitici la questione e limitandoci alla formulazione di un'ipotesi del tutto provvisoria, ci sembra lecito

<sup>52</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Essenza e divenire dello Stato fascista* (1929), trad. it. in ID., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles (1923-1939)*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 179-181.

<sup>53</sup> Ivi, p. 184.

<sup>54</sup> Segno, questo, della sostanziale dipendenza della dottrina dei due paesi dai desiderata del potere politico, pur senza cancellare divergenze e diffidenze reciproche. In questo senso si esprime A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M. 2005, p. 320. A questo testo rimandiamo per una puntuale e articolata ricostruzione dell'intero dibattito.

<sup>55</sup> Cfr. ivi, pp. 333-35.

<sup>56</sup> Così il Ministro Guardasigilli Solmi nel discorso tenuto in occasione della firma dell'accordo: «Lo Stato fascista e lo Stato nazionalsocialista, senza travolgere né l'iniziativa individuale, né il capitale, hanno posto la legge del lavoro a base della consociazione nazionale e hanno dato vita all'ordinamento corporativo» (A. SOLMI, *L'intesa italo-germanica per gli studi legislativi*, in *Lo Stato*, a. 1937, p. 514). È di nuovo l'ordinamento corporativo quello che susciterà il maggior interesse e la maggior messe di studi in ambito tedesco (cfr. A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma Berlino*, cit., p. 337).



scorgere un punto forte di convergenza fra i due regimi, oltre a quelli cui già si è fatto cenno, nella funzione sintetica svolta dal capo rispetto all'operare conflittuale delle varie correnti e dei vari interessi. Del fascismo si è detto, anche con riferimento alle osservazioni di Leibholz, Beckerath e Schmitt; per ciò che riguarda il nazionalsocialismo può valere quanto affermato da Franz Neumann nel suo noto studio *Beehmoth*: al di là delle apparenze il regime nazionalsocialista è attraversato da forti tensioni fra i grandi gruppi che si spartiscono il potere – il partito, la burocrazie e le forze armate<sup>57</sup> – che la retorica *völkisch* e le pratiche acclamatorie non valgono a cancellare. Esse giungono a sintesi (contingente), oltre che per l'esistenza di interessi comuni e per la diffusa pratica del terrore, solo nella figura del capo che «incanala il disagio in maniera da non toccare le basi materiali su cui poggia la società»<sup>58</sup>. In ambedue i regimi, a partire dalla molteplicità degli interessi e dei gruppi, non si perviene – né per via corporativa, né attraverso il partito unico – alla sfera propriamente politica<sup>59</sup>; i gruppi e gli interessi parziali sembrano rimanere tali e rispetto ad essi le strutture totalitarie non realizzano nessuna *Aufhebung*, nessun mutamento qualitativo capace di tradursi in *forma* politica.

#### 4. Le rappresentanze degli interessi nel secondo dopoguerra

L'ipotesi che abbiamo avanzato può servirci come possibile chiave di lettura delle vicende costituzionali del dopoguerra relative alla rappresentanza degli interessi. Per ciò che riguarda l'Italia, nonostante le propensioni del partito cattolico verso un qualche riconoscimento politico-istituzionale delle articolazioni parziali, ci si orienterà ben presto, all'interno dell'Assemblea Costituente, verso un bicameralismo 'perfetto', nel quale, cioè, i due rami del Parlamento non solo sono titolari delle medesime funzioni, ma hanno anche la medesima composizione<sup>60</sup>. L'orientamento a

<sup>57</sup> Cfr. F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1942), trad. it. Feltrinelli, Milano 1977, p. 325.

<sup>58</sup> Ivi, p. 415.

<sup>59</sup> Che il corporativismo possa costituire una «forma di convivenza tendenzialmente e storicamente alternativa a quella considerata tipica della moderna sintesi statale» è stato invece sostenuto da L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., p. 22.

<sup>60</sup> Sul punto cfr. P. AIMO, *Bicameralismo e regioni. La Camera delle autonomie: nascita e trasformazione di un'idea. La genesi del Senato alla Costituente*, Edizioni di Comunità, Milano 1977 e M.A. COCCHIARA, *Il bicameralismo «perfetto» nei lavori dei Costituenti, in Democrazia e sistema bicamerale. Profili storici e prospettive costituzionali*, a cura di G. Botaro, V. Calabrò, Supplemento a *Storia e politica*, a. VII (2015), pp. 181-206.

favore di una qualche rappresentanza istituzionale degli interessi troverà una debole soddisfazione, com'è noto, nell'istituzione del CNEL, il cui carattere perlomeno periferico rispetto all'effettivo processo di composizione degli interessi e di produzione della decisione politica testimonia la difficoltà di tradurre la dinamica degli interessi organizzati medesimi in termini istituzionali. Non è un caso che le grandi organizzazioni d'interesse si orienteranno piuttosto a interloquire direttamente con l'istanza di governo all'interno delle politiche di programmazione e concertazione che hanno caratterizzato una lunga stagione della politica italiana<sup>61</sup>.

Per ciò che riguarda la Germania, la difficoltà di addivenire ad una rappresentanza istituzionale degli interessi è testimoniata soprattutto dalle vicende del Senato bavarese. L'art. 34 della Costituzione bavarese prevede che sia rappresentativo «degli enti [*Körperschaften*] sociali, economici, culturali e comunali dello Stato libero di Baviera» e l'art. successivo ne prescrive la composizione attribuendo i seggi, in misura variabile, ad esponenti dei ceti produttivi, dei sindacati, delle libere professioni, delle organizzazioni religiose e di beneficenza, delle università, delle accademie e dei comuni. Il termine *Körperschaft* non va tuttavia inteso in senso stretto, ma riguarda tutte le associazioni la cui attività rientra fra quelle previste dall'art. 34 medesimo. Tanto più che l'art. 179 della Costituzione bavarese esclude il carattere pubblico delle *Körperschaften* medesime: esse, così come «gli organi di autogoverno dell'economia e le organizzazioni dei produttori, dei distributori e dei consumatori citati nella presente Costituzione (artt. 34, 36, 154, 155, 164) non sono pubbliche autorità e non possono esercitare poteri statali. L'appartenenza a tali enti, organi ed organizzazioni è ammessa soltanto su base volontaria». In questo modo, è stato osservato, si risolve «in maniera intelligente» il problema della definizione delle categorie professionali e degli enti deputati a farne parte. Infatti, invece di farne un elenco tassativo, i due articoli citati «indicano

<sup>61</sup> Sul punto cfr. G. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista*, cit., p. 250: «Se nella storia repubblicana non si è profilato alcun serio tentativo di ampio respiro di modifica istituzionale in senso corporativo, così come possono dirsi falliti i ricorrenti tentativi di attribuire vitalità e peso non effimero ad organismi quali il CNEL, si è d'altronde affermata, di fatto e nel tempo, anche in Italia, la pratica della contrattazione 'tripartita', nella quale lo Stato è attore ineliminabile, insieme parte in causa, mediatore e organizzatore degli stessi ambiti di mediazione». Sulle vicende del CNEL e per una discussione della principale bibliografia sul tema rimandiamo ai nostri *Il Cnel fra tentativi di abolizione e proposte di autoriforma*, in «Quaderni costituzionali», 2017, XXXVII, pp. 915-18 e *Le rappresentanze istituzionali degli interessi fra dimensione nazionale ed europea: il CNEL e il CESE*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», a. XXVIII (2018), V, pp. 795-823.

un metodo attraverso il quale riconoscere di volta in volta gli interessi da far accedere al Senato»<sup>62</sup>. Ciò non ha impedito al Senato bavarese di attirarsi la nomea di ente inutile e di essere abolito nel 1988 in conseguenza di un referendum costituzionale promosso dalla SPD e dal partito dei Verdi, seguendo così la fine ingloriosa delle Camere dell'Economia della Renania Palatinato e della città-Stato di Brema, le cui attività sono cessate rispettivamente nel 1962 e nel 1995<sup>63</sup>.

Che le organizzazioni degli interessi non riescano a trovare una collocazione adeguata di tipo istituzionale, non significa in nessun modo che esse non svolgano un ruolo molto importante nel processo di formazione della volontà politica. Al contrario, come testimoniato da un'ampia messe di studi non solo di ambito giuridico, ma anche (se non soprattutto) di tipo sociologico e politologico, questo ruolo è crescente, anche in conseguenza del fatto che quelle organizzazioni, proprio per poter conseguire i propri fini particolari, sono spesso le uniche titolari delle competenze specifiche necessarie a realizzare interventi legislativi di tipo settoriale. L'istanza politica, insomma, non di rado si trova a dover dipendere dalle informazioni e dalle conoscenze che solo le organizzazioni d'interesse sono in grado di fornire. Si tratta di una circostanza che, ad esempio, è stata efficacemente posta in luce da quanti si rifanno all'approccio cosiddetto neocorporativo e che ridisloca completamente la tradizionale distinzione fra pubblico e privato, nonché l'assetto complessivo della sfera pubblica<sup>64</sup>.

Tale questione ci conduce all'ultimo punto del nostro ragionamento. Posto che la sfera pubblica coincide per larga parte con la dimensione rappresentativa, che tipo di rappresentanza è quella degli interessi? Come si differenzia – se si differenzia – da quella *eminente* politica (se pure questa distinzione ha ancora un senso)?

Alcune indicazioni in questa direzione possono derivarci dalla riflessione di Joseph H. Kaiser, allievo di Schmitt, che, a metà degli anni Cinquanta del secolo scorso, ha pubblicato forse la più importante ricerca sull'argomento: *Die Repräsentation organisierter Interessen*. Egli, riprendendo il suo maestro, pone al centro della sua riflessione la *politische Repräsentation*, ovvero quel procedimento di autorizzazione tipico del mo-

<sup>62</sup> S. Rossi, *La rappresentanza degli interessi nello Stato costituzionale*, cit., p. 409. Lo stesso non si può dire, tuttavia, per il problema del peso da attribuire alle singole corporazioni, giacché l'articolo 34 fissa imperativamente i seggi da attribuire a ciascuna di esse.

<sup>63</sup> Cfr. *ivi*, p. 407.

<sup>64</sup> Sul punto ci permettiamo di rimandare al nostro *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Angeli, Milano 1996.

derno che – come teorizzato per la prima volta da Hobbes – a partire da una massa informe di singoli produce *una* forma politica ed *una* volontà collettiva. Essa è rappresentata – ovvero resa presente – da una persona (il sovrano) o da una pluralità di persone (l'assemblea parlamentare) che letteralmente la incarnano, in modo tale che la volontà del popolo coincida con e sia resa presente dall'organo rappresentativo. Tale coincidenza, però, non è mai data immediatamente e abbisogna, per poter essere efficace, della fiducia del rappresentato nella capacità del rappresentante di rendere presente e di realizzare non il bene proprio, ma quello di chi lo ha autorizzato. Il problema principale dei moderni sistemi rappresentativi consiste nel fatto che tale fiducia è, per così dire, un bene scarso e tendenzialmente declinante, il che equivale a dire che i sistemi rappresentativi sono caratterizzati da una strutturale carenza di legittimazione. È il punto dal quale abbiamo preso le mosse per il nostro itinerario. Le organizzazioni d'interesse sorgono per ovviare a tale carenza di legittimazione e mirano a rendere presenti quegli interessi che gruppi di cittadini avvertono non essere sufficientemente valorizzati, o addirittura nascosti o mistificati dalla rappresentanza generale. Sicché, secondo l'analisi di Kaiser, alla rappresentanza politica in senso proprio si è progressivamente aggiunta, in funzione integrativa, quella degli interessi che egli, per distinguerla dalla prima, chiama *rappresentanza di fatto*<sup>65</sup>. Che essa non abbia nulla a che fare con la sfera privata, è testimoniato dal fatto che Kaiser istituisce un legame fra tale rappresentanza di fatto e l'opinione pubblica. Questa, conformemente a quanto sostenuto da Schmitt nella *Verfassungslehre*, non solo non riguarda la sfera privata, ma, al contrario, nelle società di massa costituisce «la forma moderna dell'acclamazione»<sup>66</sup>, ovvero una delle

<sup>65</sup> J. H. KAISER, *La rappresentanza degli interessi organizzati* (1957), trad. it., Giuffré, Milano 1993, p. 434. Egli, riprendendo implicitamente le critiche di Weber e Kelsen all'organizzazione corporativa, ritiene che tale funzione non possa essere svolta da un ordinamento di tipo corporativo che culmini in una terza camera eletta su base corporativa (il riferimento esplicito è al *Vorläufiger Reichswirtschaftsrat* weimariano e al Senato bavarese). Ciò non solo per la difficoltà di determinare numero e 'peso' politico delle singole organizzazioni corporative e di addivenire ad un criterio condiviso di ripartizione dei seggi, ma per la radicale diversità fra i due tipi di rappresentanza, tale da rendere «inammissibile» il trasferimento dei criteri rappresentativi di tipo parlamentare a quella delle *Interessenorganisationen* (ivi, p. 433). Infatti, se «la rappresentanza dell'unità politica può essere realizzata per principio soltanto all'interno dell'affinità sostanziale della nazione e soltanto mediante istituzioni (monarchia, corona, parlamento)», «il pluralismo degli interessi della società moderna non è, invece, capace di rappresentanza attraverso un'istituzione nazionale» (ivi, p. 434).

<sup>66</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. Giuffré, Milano 1984, p. 323.

modalità essenziali di espressione della volontà popolare. Riprendendo le tesi del proprio maestro, Kaiser accentua il carattere politico dell'opinione pubblica e afferma che attualmente essa coincide con la rappresentanza di fatto, ovvero con l'azione dei *Verbände* intesa nella sua totalità. Insomma, nelle moderne democrazie la volontà popolare si manifesta, secondo Kaiser, in un duplice modo: attraverso la rappresentanza parlamentare e attraverso la rappresentanza di fatto, ovvero l'opinione pubblica così come si concreta nell'azione delle organizzazioni d'interesse.

Ciò che ci preme mettere in luce a conclusione del nostro sintetico itinerario è che se quella delle organizzazioni d'interesse è rappresentanza (ancorché di fatto), essa necessariamente condivide della rappresentanza politica i caratteri di artificialità, astrattezza e carenza di legittimazione. Dunque non si può immaginare che la somma delle due rappresentanze produca infine una *buona* rappresentazione, vale a dire adeguatamente fondata: in realtà non esiste nessuna possibilità di una deduzione lineare della forma politica *dal basso*. Essa appare sempre proveniente dall'alto (allo stesso modo in cui, anche nelle forme più radicali di democrazia diretta questa è sempre, necessariamente, risposta ad una domanda posta da un'istanza gerarchicamente sovraordinata a chi è chiamato a rispondere) e dunque sempre suscettibile di non essere creduta in ragione della sua strutturale carenza di legittimazione. Se la rappresentanza in senso proprio appare *vuota*, questo spazio non può essere riempito dalla rappresentanza degli interessi che condivide lo stesso carattere della prima. Da ciò risulta confermata la strutturale precarietà della forma politica moderna – frutto fragile di un agire integralmente umano e storicamente condizionato – le cui *chance* di sopravvivenza e di conciliazione delle diverse tensioni che la attraversano sono sostanzialmente affidate alle capacità di governo del sistema nel suo insieme, nonché alla presenza di una classe politica all'altezza di tale compito<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Secondo L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., p. 32, è dall'«istituzionalizzazione» dei legami fra organizzazioni d'interesse e le «aree d'interferenza del politico con l'economico [che] sembra ormai dipendere non solo la sopravvivenza delle moderne forme costituzionali, ma anche la 'durata' stessa dell'organizzazione statale del potere». Ci si può tuttavia chiedere, anche sulla base dell'esperienza storica, se la crucialità di tali legami possa essere garantita al meglio da una loro istituzionalizzazione, o non piuttosto – come ci sembra di poter ipotizzare – da una rete di relazioni più aperta, simile a quella prefigurata da Kaiser col suo concetto di rappresentanza di fatto o a quella messa in pratica, con qualche successo, in tante compagini nazionali e anche a livello europeo.

# **Le infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici secondo il paradigma della semplificazione e nell'ottica della promozione della concorrenza e della parità di trattamento tra operatori\***

*Maria Luisa Schiavano*  
*Ricercatrice, Università di Padova*

SOMMARIO: 1. Introduzione e delimitazione della prospettiva per affrontare l'analisi. - 2. Ulteriori precisazioni relative alle infrastrutture di ricarica elettrica nel contesto del PNRR. - 2.1 (segue) Alcune precisazioni sulla Componente 2 della Missione 2 del PNRR. - 3. Alcuni recenti interventi normativi di semplificazione per le infrastrutture di ricarica elettrica. - 3.1 La riconducibilità dell'installazione di infrastrutture di ricarica elettrica alle attività di edilizia libera. - 4. Brevi riferimenti alla promozione della concorrenza e alla non discriminazione e parità di trattamento tra operatori. - 5. Le infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici: l'aumento costante, qualche cifra e qualche criticità.

## **1. Introduzione e delimitazione della prospettiva per affrontare l'analisi**

L'interesse e l'attenzione nei confronti delle infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici sono andati aumentando negli ultimi anni. Le ragioni sono molteplici, e la marcata accelerazione degli interventi di semplificazione (ma non solo) è imputabile ad un prisma variegato di esigenze rese ancora più pressanti e non più procrastinabili alla luce dello scenario emerso con la pandemia di Covid-19, il cui impatto sull'economia italiana

\* Il presente lavoro riprende, aggiorna ed integra, con nuovi paragrafi e un ulteriore profilo, un precedente contributo pubblicato nella *Riv. giur. urb.*, n. 4/2021.

è stato decisamente più forte e importante rispetto ad altri Paesi europei, determinando nel 2020 un calo del PIL del 8,9% rispetto ad un complessivo calo del 6,2% a livello di Unione europea. L'Italia è stata la prima ad essere colpita dalla crisi sanitaria, ed è stato il primo Paese che nel marzo del 2020 ha imposto un *lockdown* generalizzato. È un dato oggettivo che la crisi sanitaria che ha colpito così duramente si è abbattuta su un Paese contraddistinto da fragilità sul piano economico, sociale ed ambientale, oltre che particolarmente vulnerabile ai cambiamenti climatici, e all'aumento delle ondate di calore e di siccità<sup>1</sup>.

Per approntare una risposta efficace alla crisi provocata dalla pandemia, l'Unione Europea ha adottato il *Next Generation Eu* (NGEU), che si contraddistingue anzitutto per portata ed ambizione inedite, e che prevede una serie articolata di investimenti e di riforme intesi ad accelerare la transizione ecologica e digitale, oltre che a migliorare la formazione delle lavoratrici e dei lavoratori e a conseguire una più incisiva equità di genere, territoriale e generazionale. L'obiettivo fondamentale del NGEU consiste infatti nel promuovere una massiccia ripresa dell'economia europea nell'ottica della transizione ecologica, della digitalizzazione, della competitività, della formazione e dell'inclusione sociale, territoriale e di genere. È poi opportuno ricordare che con il successivo Regolamento RRF sono state definite le sei grandi aree di intervento (i cd. sei pilastri) dei PNRR<sup>2</sup>: la transizione verde, che discende direttamente dal *Green deal* europeo, costituisce uno dei pilastri e poggia tanto sull'obiettivo dell'UE di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050, quanto sull'altro obiettivo di ridurre, entro il 2030, le emissioni di gas a effetto serra nella misura del 55% rispetto al 1990<sup>3</sup>. Va altresì tenuto presente che sulla base del Re-

<sup>1</sup> Per le informazioni qui riportate cfr. la Premessa del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. #NEXTGENERATIONITALIA – Italia domani. Per quanto riguarda il PIL nel periodo compreso tra il 1999 e il 2019 in Italia è cresciuto in totale del 7,9%, mentre nello stesso periodo in Germania, in Francia ed in Spagna l'aumento è stato rispettivamente del 30,2%, del 32,4% e del 43,6%.

<sup>2</sup> Nel programma *Next Generation Eu* sono contemplati due strumenti di sostegno agli Stati membri, e precisamente: il REACT-EU (*Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe*), dalla durata comunque breve (2021-2022), per aiutare gli Stati membri nella fase iniziale di rilancio delle loro economie; e il RRF (*Recovery and Resilience Facility*) che ha una durata di sei anni (2021-2026) e una dimensione totale pari a 672,5 miliardi di euro, dei quali 312,5 miliardi sono sovvenzioni e 360 miliardi sono prestiti a tassi agevolati. Con il Regolamento RRF – e precisamente il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 - è stato istituito il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (*GUUE* L 57/17 del 18 febbraio 2021).

<sup>3</sup> Con riferimento al quadro degli interventi per la transizione verde, interventi culmina-

golamento RRF tutti gli investimenti e tutte le riforme previste nei PNRR devono rispettare il principio del “non arrecare un danno significativo” all’ambiente<sup>4</sup>.

Lo specifico riferimento alla transizione verde nella presente introduzione non è casuale, in quanto nel presente contributo ci si intende soffermare brevemente su alcuni degli interventi – come già accennato di semplificazione (ma non solo) - conseguenti all’adozione del PNRR e che con ritmo incalzante hanno interessato le infrastrutture di ricarica elettrica.

L’angolo visuale dal quale si intende affrontare l’analisi privilegia fondamentalmente il PNRR e qualcuno dei suoi corollari, anche se non può essere ignorato che il contesto nel quale, più precisamente, si collocano le infrastrutture di ricarica elettrica non è per nulla omogeneo ed è decisamente dinamico anche per i settori che coinvolge.

A questo proposito, e anche per comprendere il rilievo che può essere attribuito alle infrastrutture di ricarica elettrica, può essere utile tenere presente che già sulla base del *Green Deal* europeo, annunciato nel 2019<sup>5</sup>, l’UE intende ridurre entro il 2050 le proprie emissioni di gas a effetto serra generate dai trasporti nella misura del 90% rispetto al 1990, all’interno di un complesso di ingenti sforzi per raggiungere un’economia climaticamente neutra<sup>6</sup>. Le emissioni di gas a effetto serra del settore dei trasporti

ti nel Regolamento RRF, il cd. “Regolamento Dispositivo”, v., ad esempio, A. CRISMANI, B.A. MASSO, *Green Ports: strumenti e misure*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2021, pp. 215 sgg., spec. 229 sgg. Sui singoli interventi e sulle relative criticità v. G. SEVERINI, U. BARELLI, *Gli atti fondamentali dell’Unione europea su “transizione ecologica” e “ripresa e resilienza”: prime osservazioni*, in RGA online, 2021 (<https://rgaonline.it/>, 21aprile 2021). Sulle infrastrutture portuali e in particolare sui porti verdi cfr. G. BEFANI, *L’ordinamento amministrativo-funzionale dei porti verdi tra congestione di competenze, efficientamento energetico e transizione ecologica*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2022, pp. 425 sgg.

<sup>4</sup> Con la Comunicazione C (2021) 1054 final del 12 febbraio 2021 la Commissione ha delineato alcuni “Orientamenti tecnici sull’applicazione del principio ‘non arrecare un danno significativo’ a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza”, reperibile al seguente link [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0218\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0218(01)).

<sup>5</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione COM (2019) 640 final del 11 dicembre 2019, intitolata “Il *Green Deal* europeo”, che può essere reperita *sub* resource.html (europa.eu), nonché al seguente link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0640>. Con riferimento alle sfide poste dal *Green Deal* europeo in particolare per il diritto dell’ambiente v. A. MOLITERNI, *Il Green Deal e le sfide per il diritto dell’ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1/2021, pp. 4 sgg., presentazione del fascicolo monografico interamente dedicato al *Green Deal* europeo.

<sup>6</sup> Tale aspetto è stato peraltro evidenziato anche dalla Corte dei conti europea nella Re-



finiscono per costituire un quarto del totale dell'UE e sono prodotte in misura prevalente proprio tramite il trasporto su strada<sup>7</sup>, che dipende in modo massiccio dai combustibili fossili. Risulta allora evidente la necessità di procedere alla riduzione delle emissioni generate dal trasporto su strada, passando gradualmente a modi di alimentazione alternativi, e a minore intensità di carbonio, come ad esempio quelli ad energia elettrica, a idrogeno, a biocarburanti o a biogas<sup>8</sup>.

Riuscire a sviluppare un sistema di infrastrutture di ricarica che proceda di pari passo con il passaggio da parte degli utenti ai veicoli elettrici costituisce senza dubbio uno dei fattori strategici per arrivare a conseguire, entro il 2050, una transizione verso modi di alimentazione alternativi oltre che verso una flotta di veicoli prevalentemente ad emissione zero.

Come sottolineato dalla Corte dei conti europea nel 2021, se è un dato oggettivo che la rete di ricarica elettrica si sta espandendo in tutta l'Unione europea, c'è una criticità provocata dal fatto che la diffusione non è affatto omogenea, anche perché non vi è un requisito minimo chiaro e coerente in materia di infrastrutture tale da consentire la mobilità in tutta l'UE<sup>9</sup>.

lazione speciale n. 5/2021, adottata dalla Sezione II a Lussemburgo il 3 marzo 2021, che reca il titolo *“Infrastrutture per la ricarica dei veicoli elettrici: vi sono più stazioni di ricarica, ma la loro diffusione non uniforme rende complicato viaggiare nell'UE”*, ed è consultabile al seguente link *Infrastructure for charging electric vehicles: more charging stations but uneven deployment makes travel across the EU complicated* ([europa.eu](https://eur-lex.europa.eu))

<sup>7</sup> Oltre alla Relazione speciale n. 5/2021 della Corte dei conti europea, cit., v. la Comunicazione della Commissione COM (2020) 789 final del 9 dicembre 2020, concernente la *“Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro”*, reperibile al link [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5e601657-3b06-11eb-b27b-01aa75ed71a1.0005.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5e601657-3b06-11eb-b27b-01aa75ed71a1.0005.02/DOC_1&format=PDF)

<sup>8</sup> Cfr. la Relazione speciale n. 5/2021 della Corte dei conti europea, cit., dalla quale si evince che circa il 95% di tutti i veicoli stradali continua ad utilizzare carburanti convenzionali. Su questo aspetto v. già la Comunicazione della Commissione COM (2017) 652 final del 8 novembre 2017, dal titolo *“Verso l'uso più ampio possibile di combustibili alternativi: un piano d'azione sulle infrastrutture per i combustibili alternativi a norma dell'articolo 10, paragrafo 6 della direttiva 2014/94/UE, compresa la valutazione di quadri strategici a norma dell'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2014/94/UE”*, reperibile *sub* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0652&from=DE>

<sup>9</sup> Nella Relazione speciale n. 5/2021, cit., la Corte dei conti europea prende in considerazione la direttiva 2014/94/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi (direttiva AFID), che costituisce indubbiamente uno strumento d'indirizzo essenziale nell'ottica della strategia messa a punto dall'Unione europea per sviluppare un'infrastruttura di ricarica elettrica accessibile al pubblico. Allo stesso tempo tale direttiva, nel testo adottato nel 2014, presenta alcune lacune là dove non specifica un numero minimo di punti di ricarica e

## 2. Ulteriori precisazioni relative alle infrastrutture di ricarica elettrica nel contesto del PNRR

Con riferimento alla transizione ecologica, nel PNRR viene evidenziato che l'Italia si trova ad essere particolarmente esposta ai cambiamenti climatici e ciò rende necessario accelerare il percorso verso la maggiore sostenibilità ambientale. A fronte di alcuni progressi significativi, come ad esempio la riduzione delle emissioni di gas serra in misura pari al 19% nell'arco di tempo compreso tra il 2005 e il 2019, si registrano ritardi e vulnerabilità, posto che nel 2018 tra i principali Paesi europei, e con riferimento ai trasporti, l'Italia aveva il numero di autovetture ogni mille abitanti più alto, oltre a una delle flotte di autoveicoli più vecchie dell'Europa Occidentale. I veicoli altamente inquinanti costituivano infatti il 45% della flotta totale e il 59% del trasporto pubblico<sup>10</sup>.

Il PNRR costituisce oggettivamente un'occasione unica e straordinaria per imprimere un'accelerazione alla transizione ecologica e per consentire al sistema italiano di diventare più sostenibile nel lungo periodo con una progressiva decarbonizzazione di tutti i settori<sup>11</sup>. Peraltro, al fine

quindi, nonostante vi siano più stazioni di ricarica e connettori armonizzati, la diffusione non uniforme delle infrastrutture di ricarica rende obiettivamente più difficile viaggiare nell'Unione europea con veicoli elettrici. Sulla direttiva AFID v. più oltre.

<sup>10</sup> Cfr. il PNRR dell'Italia, pp. 18 sgg., sul quale v., con riferimento alla XVIII legislatura, Il Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) (camera.it). Sull'attuazione del PNRR v., con riferimento alla XIX legislatura, L'attuazione del PNRR (camera.it). In particolare sui traguardi e sugli obiettivi da conseguire entro il 30 giugno 2023 v., a cura dei Servizi Studi della Camera e del Senato, il Dossier dal titolo *Monitoraggio dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. I traguardi e gli obiettivi da conseguire entro il 30 giugno 2023*, aggiornato all'11 aprile 2023, reperibile al seguente link BILA - Dossier - 10 (camera.it)

<sup>11</sup> Va tenuto presente che in questa direzione si muove già il PNIEC (Piano nazionale integrato per l'energia e il clima) adottato in attuazione dell'art. 3 del Regolamento UE 2018/1999 e poi trasmesso alla Commissione europea il 31 dicembre 2019: il Piano individua gli obiettivi al 2030 e le relative misure in materia di decarbonizzazione (comprese le fonti rinnovabili), efficienza energetica, sicurezza energetica, mercato interno dell'energia, ricerca, innovazione e competitività. Con riguardo all'efficienza energetica in relazione alla sfera del cd. *smart environment*, e quindi nel contesto più ampio delle *smart cities*, cfr. G.F. FERRARI, *Energie rinnovabili: nuove discipline smart*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Smart City. L'evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano, 2020, pp. 153 sgg.; C. LAURI, *Smart City*, in *Dig. pubbl.*, Agg. VIII, Utet, Torino, 2021. Sulla transizione verde nel PNRR v., ad esempio, S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia domani»*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1/2021, pp. 198 sgg. Per consentire al nostro ordinamento di fronteggiare le sfide poste dalla crisi climatica e ambientale è necessario seguire un processo scandito in tappe, una delle quali, peraltro molto importante, è

di raggiungere questo obiettivo è necessario accelerare l'efficientamento energetico, incrementare la quota di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, sviluppare una mobilità più sostenibile<sup>12</sup>, e avviare una progressiva e graduale decarbonizzazione dell'industria, con l'avvio dell'adozione di soluzioni basate sull'idrogeno.

quella costituita dall'istituzione del Ministero della transizione ecologica, come risposta all'esigenza di gestire a livello organizzativo la multidimensionalità e la complessità del tema della transizione ecologica. A questo proposito v. A. MOLITERNI, *Il Ministero della transizione ecologica: una proiezione organizzativa del principio di integrazione?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2021, pp. 439 sgg. Sul principio di integrazione con riferimento alla tutela dell'ambiente v. R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1/2021, pp. 12 sgg. Sul principio di integrazione come strumento di integrazione tra ambiente e attività industriali, e altresì con riferimento all'economia circolare e al *Green Deal*, v. C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir. amm.*, n.4/2020, pp. 843 sgg. Il d.l. 1 marzo 2021, n. 22, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 aprile 2021, n. 55, ha introdotto alcune "disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri". Tra i presupposti giustificativi figura anzitutto la "straordinaria necessità e urgenza di istituire un ministero dedicato alla transizione ecologica, che riunisca le attuali competenze del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare con le attribuzioni in materia di energia fino ad ora ripartite tra altri dicasteri". Sulla base dell'art. 2, co. 1, il "Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare" era stato ridenominato "Ministero della transizione ecologica". In base all'art. 4 del d.l. 11 novembre 2022, n. 173, convertito, con modificazioni, dalla l. 16 dicembre 2022, n. 204, e recante "disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri", il Ministero della transizione ecologica ha assunto la nuova denominazione di Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica. Come disposto dal testo vigente dell'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 300 del 1999, al Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica sono attribuite le funzioni e i compiti "spettanti allo Stato relativi allo sviluppo sostenibile e alla sicurezza energetica, ferme restando le funzioni della Presidenza del Consiglio dei ministri, e alla tutela dell'ambiente, del territorio e dell'ecosistema", in una serie di materie, tra cui "c) piani e misure in materia di combustibili alternativi e delle relative reti e strutture di distribuzione per la ricarica dei veicoli elettrici, qualità dell'aria, politiche per il contrasto dei cambiamenti climatici e per la finanza climatica e sostenibile e il risparmio ambientale anche attraverso tecnologie per la riduzione delle emissioni dei gas ad effetto serra".

<sup>12</sup> Lo sviluppo della mobilità sostenibile con veicoli a basse emissioni complessive costituisce un obiettivo stabilito anche dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante "misure urgenti per la crescita del Paese", e ha inserito a tale scopo il Capo IV bis, che – come precisato nel primo comma dell'art. 17-bis - è preordinato allo sviluppo della mobilità sostenibile, attraverso misure volte a favorire la realizzazione di reti infrastrutturali per la ricarica di veicoli alimentati ad energia elettrica. Inoltre, per garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi uniformi di accessibilità del servizio di ricarica dei veicoli alimentati ad energia elettrica, nell'art. 17-septies è stato previsto il Piano nazionale infrastrutturale per la realizzazione di reti infrastrutturali per la ricarica di veicoli alimentati ad energia elettrica (PNIRE).

Il Piano si articola in sedici Componenti che sono raggruppate in sei Missioni<sup>13</sup>, una delle quali, e precisamente la Missione 2, è preordinata a realizzare la rivoluzione verde e la transizione ecologica, ed al suo interno sono compresi gli investimenti per la mobilità sostenibile<sup>14</sup>. Va poi tenuto presente che il Piano si propone di rispondere ad alcune Raccomandazioni specifiche per paese formulate dalla Commissione (*Country-Specific Recommendations*, CSR), che racchiudono alcune sfide, così come occorre considerare che tra le sfide e le iniziative *flagship* del NGEU figura *Recharge and refuel*<sup>15</sup>: la linea progettuale inserita nella Componente M2C2 del PNRR consente di installare 21.355 punti di ricarica pubblici veloci ed ultraveloci, e viene altresì finanziato lo sviluppo di 40 stazioni di rifornimento per veicoli su ruota a idrogeno e 9 per il trasporto ferroviario<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Anche se la loro formulazione segue una sequenza in parte differente, le sei Missioni sono ricostruite in modo da corrispondere ai sei Pilastri del Regolamento RRF, e sono così articolate: Missione 1: Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; Missione 2: Rivoluzione verde e transizione ecologica; Missione 3: infrastrutture per una mobilità sostenibile; Missione 4: Istruzione e ricerca; Missione 5: Coesione e inclusione; Missione 6: Salute.

<sup>14</sup> Più precisamente la Missione 2 è intesa a “realizzare la transizione verde ed ecologica della società e dell’economia per rendere il sistema sostenibile e garantire la sua competitività. Comprende interventi per l’agricoltura sostenibile e per migliorare la capacità di gestione dei rifiuti; programmi di investimento e ricerca per le fonti di energia rinnovabili; investimenti per lo sviluppo delle principali filiere industriali della transizione ecologica e la mobilità sostenibile (...)”. Sulla Missione 2 cfr. all’interno del Piano le pp. 15 e 115 sgg. Nella Missione 2 è possibile distinguere quattro Componenti, e la Componente 2 riguarda la transizione energetica e la mobilità sostenibile. Sulla transizione ecologica come modello di sviluppo, e più precisamente come modello di sviluppo di sistema, v. F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, n. 4/2021, pp. 779 sgg., spec. pp.787 sgg. In particolare per alcune considerazioni in tema di sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica, v. F.VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica, ed energie rinnovabili nel “nuovo ordinamento” dell’energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 1/2022, pp. 53 sgg.

<sup>15</sup> Secondo la Commissione, al fine di raggiungere gli obiettivi di riduzione delle emissioni e dell’inquinamento stabiliti per il 2030, occorre dare un forte impulso alla mobilità sostenibile, costruendo tre milioni di punti di ricarica per auto elettriche e 1000 stazioni di rifornimento a idrogeno. L’obiettivo assegnato a NGEU è di arrivare a realizzare metà di tale incremento entro il 2025.

<sup>16</sup> Cfr. il PNRR, pp. 25 sgg., spec. p. 30. Sulla Componente 2 della Missione 2, intitolata “Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile”, v. in particolare le pp. 125 sgg. del Piano. V. poi subito *infra*.

Il Piano prevede altresì una serie di riforme, e le riforme abilitanti riguardano la semplificazione e la concorrenza. In particolare, nella prospettiva della promozione della concorrenza e con riferimento agli obiettivi di sostenibilità ambientale, viene posto in rilievo che dovrà essere rafforzata, anche ricorrendo a misure pro-competitive, la diffusione delle energie rinnovabili nonché, e più in generale, di attività economiche e servizi sostenibili; a tal fine dovranno essere approntati criteri trasparenti e non discriminatori per l'assegnazione di spazi e/o la selezione degli operatori per l'installazione delle colonnine di ricarica delle auto elettriche, e dovranno essere superati gli ostacoli regolatori, soprattutto sul piano tariffario, al libero svolgimento dell'attività di fornitura dell'energia elettrica per la ricarica dei veicoli<sup>17</sup>.

Con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, si è inteso definire il quadro normativo nazionale per semplificare e agevolare il conseguimento dei traguardi nonché degli obiettivi di cui al PNRR, al Piano nazionale degli investimenti complementari, e al Piano nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030<sup>18</sup>. In sede di conversione del decreto-legge è stato inserito l'art. 32-ter<sup>19</sup>, che si colloca nella cornice dei recenti interventi di semplificazione.

<sup>17</sup> Cfr. il PNRR, p. 76 sg. Sul punto v. *infra*. Pienamente coerente con tale obiettivo è l'art. 12 della l. 5 agosto 2022, n. 118, che nel primo comma ha modificato l'art. 1, comma 697, della legge di bilancio 2021 (l. 30 dicembre 2020, n. 178), sulla dotazione della rete autostradale di punti di ricarica elettrica. V. inoltre *infra*.

<sup>18</sup> Il d.l. n. 77 del 2021 ha introdotto disposizioni che riguardano la "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure" (cd. Decreto semplificazioni 2021). Sui contenuti del decreto-legge v. il Dossier 26 luglio 2021, in due volumi, a cura dei Servizi Studi di Camera e Senato. Sulla *governance* del Piano, per alcune prime osservazioni, v. M. MACCHIA, *La governance del Piano di ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2021, pp. 733 sgg.; sulla semplificazione ed accelerazione dei procedimenti ambientali e paesaggistici, e di quelli relativi agli impianti alimentati ad energia rinnovabile v., ad esempio, M. COCONI, *Ambiente ed energia rinnovabile*, *ivi*, pp. 742 sgg.; C. VIVANI, S. GIANI, *Transizione energetica e PNRR. Accelerazione e semplificazione delle procedure*, in *Urb. app.*, n. 1/2022, p. 5 sgg.; Per una riflessione critica v. R. FERRARA, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e l'ambiente: verso quali scenari?*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4/2021, pp. 767 sgg., fascicolo interamente dedicato all'approfondimento su "PNRR, decreti 'semplificazione' e ambiente". Con particolare riguardo all'agrifotovoltaico v. A. GRIGNANI, *Un nuovo sviluppo degli impianti di energia da fonti rinnovabili: l'agrifotovoltaico*, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 6/2022, pp. 411 sgg. Quanto poi al rapporto tra agricoltura e ambiente v. di recente R. FERRARA, *Agricoltura e ambiente: è solo un problema di sostenibilità?*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4/2022, pp. 714 sgg. Sul Dossier v. inoltre *infra*.

<sup>19</sup> Tale articolo è stato infatti inserito dall'art. 1, comma 1, della l. n. 108 del 2021.

## 2.1 (segue) Alcune precisazioni sulla Componente 2 della Missione 2 del PNRR

La Componente 2 della Missione 2 del PNRR è intitolata “Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile”, e il primo degli obiettivi generali è il seguente: “incremento della quota di energia prodotta da fonti di energia rinnovabile (FER) nel sistema, in linea con gli obiettivi europei e nazionali di decarbonizzazione”. Lo sviluppo di un sistema di mobilità basato sui veicoli elettrici concreta un’importante opportunità di decarbonizzazione del settore. Al fine di raggiungere gli obiettivi europei in materia di decarbonizzazione, nella Componente 2 è presente l’Investimento 4.3 sullo sviluppo di infrastrutture di ricarica elettrica: dopo aver precisato che per raggiungere gli obiettivi europei in tema di decarbonizzazione è previsto un parco circolante di circa 6 milioni di veicoli elettrici al 2030, viene evidenziato che si calcola che siano necessari almeno 31.500 punti di ricarica rapida pubblici. Occorre, di conseguenza, fissare come obiettivo la costruzione di infrastrutture abilitanti per promuovere lo sviluppo della mobilità sostenibile e per imprimere un’accelerazione alla transizione dal modello di stazioni di rifornimento basate su carburante verso i punti di rifornimento per veicoli elettrici. Per poter conseguire gli obiettivi qui richiamati, all’Investimento 4.3 risultano destinati 0,74 miliardi di euro, finalizzati allo sviluppo di 7.500 punti di ricarica rapida in autostrada e 13.755 in centri urbani, oltre che 100 stazioni di ricarica sperimentali con tecnologie per lo stoccaggio dell’energia<sup>20</sup>.

L’art. 14 del decreto legislativo n. 199 del 2021 delinea i criteri specifici per il coordinamento fra le misure del PNRR e gli strumenti di incentivazione settoriali: il primo comma demanda al Ministro della transizione ecologica (ora Ministro dell’ambiente e della transizione energetica) l’emanazione di un decreto per disciplinare - nel rispetto dei criteri generali fissati nell’art. 13 del decreto legislativo - le modalità per la concessione

<sup>20</sup> Sulla Componente 2 della Missione 2 cfr. il PNRR, pp.115 sgg. Sull’Investimento 4.3 v. in particolare le pp. 126 e 136. L’Investimento 4.3, a cui sono destinati come importo del PNRR 741.320.000 euro, è composto da tre linee di intervento, e precisamente: linea A per l’installazione di stazioni di ricarica rapida per veicoli elettrici in strade extra-urbane da almeno 175 kW; linea B per l’installazione di stazioni di ricarica rapida per veicoli elettrici in zone urbane da almeno 90 kW; linea C per l’installazione di stazioni di ricarica pilota con natura sperimentale e stoccaggio di energia. A questo proposito v. *sub* MISSIONE 2 – COMPONENTE 2 – INVESTIMENTO 4.3 – INSTALLAZIONE DI INFRASTRUTTURE DI RICARICA ELETTRICA ([lineaamica.gov.it](http://lineaamica.gov.it)) V. inoltre Investimento 4.3 - Installazione di infrastrutture di ricarica elettrica | Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica ([mase.gov.it](http://mase.gov.it))

dei benefici delle misure del PNRR, in modo da favorirne l'integrazione con le misure poste dal decreto legislativo e con i criteri specifici stabiliti appunto dall'art. 14: in base all'art. 14, comma 1, lettera g), per quanto riguarda specificamente l'attuazione della "Missione 2, Componente 2, Investimento 4.3 Infrastrutture di ricarica elettrica", come criterio specifico è stabilita la definizione dei criteri e delle modalità "per la concessione di benefici a fondo perduto per incentivare la realizzazione di infrastrutture di ricarica per veicoli elettrici fast e ultra fast, anche dotate di sistemi di accumulo integrati, ristrutturando la rete di distribuzione dei carburanti al fine di consentire al settore una rapida transizione verso una mobilità sostenibile"<sup>21</sup>.

Con i decreti del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica n. 10 e n. 11 del 12 gennaio 2023 si è provveduto alla definizione dei criteri e delle modalità per la concessione di benefici a fondo perduto a favore di nuove infrastrutture di ricarica per veicoli elettrici *fast* e *ultrafast*, da realizzare, rispettivamente, nei centri urbani e sulle superstrade<sup>22</sup>. In data 10 maggio 2023 il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica ha pubblicato gli avvisi per la presentazione di progetti diretti a realizzare infrastrutture di ricarica elettrica nelle superstrade e nei centri urbani. Per le stazioni di ricarica da realizzare nelle superstrade sono previsti investimenti per 150 milioni di euro, mentre per quelle relative alle aree urbane sono previsti 127 milioni di euro<sup>23</sup>.

### **3. Alcuni recenti interventi normativi di semplificazione per le infrastrutture di ricarica elettrica**

La parte II del decreto-legge n. 77 del 2021 - che contiene alcune disposizioni sull'accelerazione e sullo snellimento delle procedure, nonché sul rafforzamento della capacità amministrativa - affronta nel Titolo I la transizione ecologica e l'accelerazione del procedimento ambientale e paesaggistico, e contempla nel Capo VI le disposizioni sull'accelerazione

<sup>21</sup> Inoltre, sempre nell'art. 14, comma 1, lettera g), del d.lgs. n. 199 del 2021 viene disposto che con lo stesso decreto saranno definite le misure di efficientamento amministrativo, per garantire il necessario coordinamento del quadro di incentivi complessivi per lo sviluppo di infrastrutture di ricarica, anche con riferimento alla misura di cui all'art. 74, comma 3, del d.l. n. 104 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126.

<sup>22</sup> Entrambi i decreti ministeriali sono pubblicati nella *G.U.* 13 febbraio 2023, n. 36, e sono altresì reperibili nel sito [www.mase.gov.it](http://www.mase.gov.it).

<sup>23</sup> Cfr. PNRR: MASE pubblica avvisi per selezione progetti colonnine di ricarica elettrica | Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica

delle procedure per le fonti rinnovabili, tra le quali vi è anche l'art. 32-ter, che introduce alcune “*norme di semplificazione in materia di infrastrutture di ricarica elettrica*”<sup>24</sup>, e concreta così un nuovo intervento nell’ottica della semplificazione, là dove modifica in alcuni punti l’art. 57 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, che, per parte sua, e nel contesto delle semplificazioni in materia di *green economy*, aveva già provveduto alla “*semplificazione delle norme per la realizzazione di punti e stazioni di ricarica di veicoli elettrici*”<sup>25</sup>. Nel 2021 si è registrato un successivo intervento di semplificazione che ha interessato sempre l’art. 57 del d.l. n. 76 del 2020, modificato in alcune disposizioni dall’art. 45, comma 1, del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, al fine di promuovere l’installazione di punti di ricarica elettrica, favorendo la semplificazione delle procedure autorizzative<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> È questa la rubrica dell’art. 32 -ter. Su questo articolo v. il Dossier del Servizio Studi della Camera e del Senato, del 26 luglio 2021, intitolato “*Governance del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”, Vol. I (Articoli 1- 37-bis), D.l. 77/2021, A.S. 2332, pp. 210 sgg., consultabile al seguente link Governance del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure - VOL. 1 (camera.it). Il Vol. II riguarda gli Articoli 38-67 e l’All. 1. Per entrambi i Volumi del Dossier v. D.L. 77/2021 - Governance del PNRR e semplificazioni (camera.it).

<sup>25</sup> Le parole riportate nel testo costituiscono la rubrica dell’art. 57, collocato nel Capo III (dedicato alle semplificazioni in materia di *green economy*) del Titolo IV che, in modo più ampio, riguarda le semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e *green economy*. Il d.l. n. 76/2020, conosciuto come “decreto semplificazioni” in quanto ha introdotto “*misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale*”, è stato convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. Sui molteplici interventi di semplificazione delle procedure amministrative in materia di fonti rinnovabili ed energia, compresi quelli contemplati dal “decreto semplificazioni”, v., ad esempio, M.A. CABIDDU (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 281 sgg.; L. PERGOLIZZI, *Il processo di transizione verso la promozione dell’efficientamento energetico nell’ottica della rigenerazione urbana: il “caso” degli impianti alimentati da fonte geotermica*, in *Riv. giur. ed.*, n. 3/2021, pp. 107 sgg., che sottolinea l’assenza di una regolazione omogenea e coerente. Più di recente cfr. S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, n. 1/2023, pp. 59 sgg.

<sup>26</sup> Con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 si è provveduto alla “*attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018, sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili*” (Supplemento ordinario n. 42/L alla GU n. 285 del 30 novembre 2021). Nel Capo III è contenuto l’art. 45 sulle “*semplificazioni in materia di autorizzazione delle infrastrutture di ricarica*”, e in base al primo comma le nuove modifiche apportate all’art. 57 del decreto semplificazioni sono intese appunto a “*promuovere l’installazione di punti di ricarica dei veicoli elettrici, favorendo la semplificazione delle procedure autorizzative*”. Come si ricava dall’art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 199 del 2021, l’obiettivo perseguito è di “*accelerare il percorso di crescita sostenibile del Paese*,



Come precisato nel primo comma dell'art. 57 del d.l. n. 76 del 2020 per infrastruttura di ricarica di veicoli elettrici si intende “*quella di cui all'art. 2, comma 1, lettera e-ter), del decreto legislativo 16 dicembre 2016, n. 257*”, e quindi un “*insieme di strutture, opere e impianti necessari alla realizzazione di aree di sosta dotate di uno o più punti di ricarica per veicoli elettrici. In particolare, l'infrastruttura di ricarica è composta da uno o più dispositivi di ricarica e dalle relative interconnessioni elettriche*”<sup>27</sup>.

*recando disposizioni in materia di energia da fonti rinnovabili, in coerenza con gli obiettivi europei di decarbonizzazione del sistema energetico al 2030 e di completa decarbonizzazione al 2050*”. Inoltre, come precisato nel terzo comma, il decreto introduce disposizioni necessarie all'attuazione delle misure del PNRR in materia di energia da fonti rinnovabili, conformemente al PNIEC, “*con la finalità di individuare un insieme di misure e strumenti coordinati, già orientati all'aggiornamento degli obiettivi nazionali, da stabilire ai sensi del Regolamento (UE) n. 2021/1119, con il quale si prevede, per l'Unione europea, un obiettivo vincolante di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55 per cento rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030*”. In dottrina si è osservato che se la decarbonizzazione e la neutralità climatica sono tra gli obiettivi da raggiungere tra il 2030 e il 2050, la questione fondamentale da affrontare consiste nel verificare “*se e come essi possano essere davvero messi a segno secondo criteri e valori di efficacia e di efficienza ed alla luce dei generali parametri di ragionevolezza e di proporzionalità*”: in questi termini v. R. FERRARA, *Il cambiamento climatico e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, in *Dir. soc.*, n. 2/2021, pp. 271 sgg. Cfr. inoltre F.VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica, ed energie rinnovabili nel “nuovo ordinamento” dell'energia*, cit., pp. 53 sgg., spec. pp. 80 sgg.

<sup>27</sup> L'art. 57, comma 1, del d.l. n. 76 del 2020 è stato così sostituito dall'art. 45, comma 1, lettera a), del d. lgs. 8 novembre 2021, n. 199. La lettera e-ter) è stata inserita nel comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 257 del 2016 dall'art. 45, comma 2, del d.lgs. n. 199 del 2021. Il d.lgs. 16 dicembre 2016, n. 257 ha approntato la “*disciplina di attuazione della direttiva 2014/94/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, sulla realizzazione di una infrastruttura per i combustibili alternativi*”. Si tratta della cd. direttiva AFID (*Alternative Fuels Infrastructure Directive*). Oltre alla lettera e-ter), nel comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 257 del 2016 sono state altresì inserite la lettera e-bis), che definisce il dispositivo di ricarica come il «*dispositivo in grado di erogare il servizio di ricarica mediante uno o più punti di ricarica, comunemente denominato ‘colonnina di ricarica’, o, in ambito domestico, ‘wallbox’*», e altresì la lettera e-quater) che definisce la stazione di ricarica come “*area adibita al servizio di ricarica di veicoli elettrici composta dagli stalli di sosta, dalle relative infrastrutture di ricarica nonché dagli elementi architettonici e edilizi funzionali al servizio di ricarica. Laddove realizzata su area pubblica o aperta al pubblico, garantisce un accesso non discriminatorio a tutti gli utenti; una stazione di ricarica è connessa alla rete di distribuzione di energia elettrica tramite un punto di connessione (POD) dotato di smart meter per la misura dell'energia elettrica complessivamente prelevata, inclusa quella eventualmente utilizzata per altri usi diversi dalla ricarica e di quella eventualmente immessa*”. A questo proposito cfr. il Quadro strategico 2022-2025 dell'Autorità di regolazione per l'energia reti e ambiente adottato con delibera dell'ARERA in data 13 gennaio 2022, e in particolare l'obiettivo strategico n. 29 (“*sviluppare iniziative regolatorie a supporto della progressiva decarbonizzazione dei consumi*”), in base al quale le iniziative regolatorie volte ad

L'art. 32-ter, comma 1, del decreto-legge n. 77 del 2021 ha modificato il comma 14 dell'art. 57 del decreto-legge n. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 120 del 2020, stabilendo che *“l'installazione di infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici ad accesso pubblico non è soggetta al rilascio del permesso di costruire, ed è considerata attività di edilizia libera”*<sup>28</sup>. Inoltre ha inserito, dopo il comma 14, il comma 14-bis nel segno della semplificazione dei procedimenti<sup>29</sup>.

La realizzazione di infrastrutture di ricarica per veicoli elettrici può avvenire anzitutto a) all'interno di aree e edifici pubblici e privati, ivi compresi quelli di edilizia residenziale pubblica, nonché b) su strade private non aperte all'uso pubblico<sup>30</sup>; in tali ipotesi, e in analogia con quanto previsto dal d.lgs. n. 257 del 2016 per la ricarica pubblica, la ricarica del veicolo elettrico va considerata un servizio e non una fornitura di energia elettrica<sup>31</sup>; può altresì avvenire c) lungo le strade pubbliche e private aperte all'uso pubblico, e inoltre d) all'interno di aree di sosta, di parcheggio, e di servizio, pubbliche e private aperte all'uso pubblico<sup>32</sup>.

uno spostamento dei consumi verso le fonti elettriche rendono necessario l'adeguamento infrastrutturale; in tale contesto figurano tra le principali linee di intervento la definizione di misure tariffarie in materia di infrastrutture di ricarica e la regolazione intesa “a favorire l'integrazione e l'interoperabilità delle infrastrutture di ricarica che possono partecipare, anche con lo sviluppo dello *smart metering* di seconda generazione, ai progetti pilota per i servizi locali di flessibilità a servizio delle reti di distribuzione”. Per il Quadro strategico v. <https://www.arera.it/it/docs/22/002-22.htm>

<sup>28</sup> Più precisamente è stato inserito un nuovo periodo dopo il primo periodo contenuto nel comma 14 dell'art. 57. Sul punto v. *infra*.

<sup>29</sup> Il nuovo comma 14-bis è stato inserito all'interno dell'art. 57 dall'art. 32 ter, comma 1, lettera b). Sul punto v. *infra*.

<sup>30</sup> Cfr. l'art. 57, comma 2, del d.l. n. 76 del 2020.

<sup>31</sup> Cfr. il comma 2-bis dell'art. 57 del d.l. n. 76 del 2020, inserito, in sede di conversione, dall'art. 1, comma 1, della l. n. 120 del 2020.

<sup>32</sup> Cfr. l'art. 57, comma 2, del d.l. n. 76 del 2020, che nel successivo comma 4, e a proposito di queste ultime due ipotesi, precisa che le infrastrutture sono accessibili, in modo non discriminatorio, a tutti gli utenti stradali ma solo ed esclusivamente per la sosta di veicoli elettrici in fase di ricarica, in modo da garantire una fruizione ottimale dei singoli punti di ricarica. In base al comma 12 dell'art. 57, all'ARERA viene affidato il compito di definire *“le misure tariffarie riferite esclusivamente alle componenti a copertura dei costi di rete e degli oneri generali di sistema, applicabili a punti di prelievo di energia elettrica che alimentano infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici in luoghi accessibili al pubblico, tenuto conto dell'obbligo di cui al comma 12-ter, nonché al fine di favorire la diffusione di veicoli alimentati ad energia elettrica assicurando lo sviluppo razionale ed efficiente delle reti elettriche e definendo, ove necessario, le modalità di misura dell'energia elettrica destinata alla ricarica”*. Il comma 12 dell'art. 57 del d.l. n. 76 del 2020 è stato sostituito dall'art. 45, comma 1, lettera e), del d.lgs. n. 199 del 2021, e successivamente modificato dall'art. 23, comma 1, lettera b), del decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge

Per quanto riguarda le infrastrutture di ricarica a pubblico accesso, mediante propri provvedimenti – adottati secondo i rispettivi ordinamenti – i comuni provvedono a disciplinare la programmazione dell’installazione, della realizzazione e della gestione<sup>33</sup>, e tengono conto delle richieste dei soggetti che acquistano o posseggono un veicolo elettrico, anche mediante meccanismi di noleggio a lungo termine, e che inseriscono i dati sulla Piattaforma Unica Nazionale, con particolare riguardo alla zona e all’indirizzo di residenza e di parcheggio abituale nonché all’eventuale disponibilità di punti di ricarica su suolo privato<sup>34</sup>. In tale ambito, ove tecnicamente possibile, i comuni (o aggregazione di comuni) possono prevedere l’installazione di almeno un punto di ricarica ogni sei veicoli elettrici<sup>35</sup>. Inoltre essi possono consentire, anche a titolo non oneroso, a

17 novembre 2022, n. 175. All’interno dell’art. 57 del d.l. n. 76 del 2020 i commi 12-bis e 12-ter sono stati inseriti dall’art. 45, comma 1, lettera f). Secondo il comma 12-ter “*gli operatori dei punti di ricarica in luoghi accessibili al pubblico, di cui all’articolo 4 comma 9 del decreto legislativo 16 dicembre 2016, n. 257, che scelgono di avvalersi delle misure tariffarie di cui al comma 12 del presente articolo sono tenuti a trasferire il beneficio agli utilizzatori finali del servizio di ricarica, anche nei casi in cui ciò non sia già previsto da condizioni fissate dall’ente locale competente*”. Nel contesto qui considerato è interessante richiamare il comma 13 dell’art. 57 del d.l. n. 76 del 2020, secondo il quale sia le concessioni rilasciate a partire dalla data di entrata in vigore del decreto-legge, sia il rinnovo di quelle esistenti, prevedono che le aree di servizio di cui all’art. 61 del d.P.R. n. 495 del 1992 siano dotate di colonnine di ricarica elettrica; ciò comporta che si debba procedere all’aggiornamento del PNIRE, oltre che del Piano di ristrutturazione delle aree di servizio autostradale. La legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 ha disposto, a far tempo dall’entrata in vigore della legge stessa, l’applicazione del comma 13 dell’art. 57 del d.l. n. 76 del 2020 anche alle concessioni già in essere e non ancora rinnovate: cfr. l’art. 12, comma 2, della l. 5 agosto 2022, n. 118, su cui v. anche *infra*.

<sup>33</sup> Cfr. il primo periodo del comma 7 dell’art. 57 del d.l. n. 76 del 2020, come sostituito dall’art. 45, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 199 del 2021, che più precisamente ha sostituito l’intero comma 7.

<sup>34</sup> Cfr. il primo periodo del testo vigente del comma 7 dell’art. 57 del d.l. n. 76 del 2020 dove – con riferimento alla richiesta – viene richiamato il comma 6 del medesimo articolo – come sostituito da ultimo dall’art. 45, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 199 del 2021 – in base al quale «*i soggetti che acquistano o posseggono un veicolo elettrico, anche tramite meccanismi di noleggio a lungo termine, possono inserirne i dati sulla Piattaforma Unica Nazionale di cui all’articolo 4, comma 7-bis del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, ai fini della richiesta di cui al comma 7, con particolare riguardo alla zona e all’indirizzo di residenza e di parcheggio abituale, e all’eventuale disponibilità, in tali ambiti, di punti di ricarica su suolo privato*».

<sup>35</sup> Più precisamente in base al secondo periodo del comma 7 dell’art. 57, “*i comuni o aggregazione di comuni possono prevedere, ove tecnicamente possibile, l’installazione di almeno un punto di ricarica ogni sei veicoli elettrici immatricolati in relazione ai quali non risultino presenti punti di ricarica disponibili nella zona indicata con la comunicazione di cui al*

soggetti pubblici e privati la realizzazione e la gestione delle infrastrutture di ricarica, e possono prevedere anche un'eventuale suddivisione in lotti, da assegnare con procedure competitive, trasparenti, e non discriminatorie<sup>36</sup>. Un soggetto pubblico o privato può comunque richiedere al comune l'autorizzazione per la realizzazione o la gestione delle infrastrutture di ricarica, anche se si tratta solo di una strada o di un'area o di un insieme di esse<sup>37</sup>. Nell'ipotesi in cui l'autorizzazione sia richiesta per un'infrastruttura di ricarica che insiste sul suolo pubblico oppure su un suolo privato gravato da un diritto di servitù pubblica, il comune è tenuto a pubblicare l'avvenuto ricevimento dell'istanza di autorizzazione nel proprio sito internet istituzionale, oltre che nella Piattaforma unica nazionale di cui all'art. 8, comma 5, del decreto legislativo n. 257 del 2016, a partire dal momento della sua operatività; l'autorizzazione può essere rilasciata una volta che siano decorsi quindici giorni dalla data della pubblicazione<sup>38</sup>. Qualora l'istanza sia stata presentata da più soggetti e non sia possibile il rilascio dell'autorizzazione a più soggetti, oppure non sia compatibile *“con la programmazione degli spazi pubblici destinati alla ricarica dei veicoli elettrici adottata dal comune, l'ottenimento della medesima autorizzazione avviene all'esito di una procedura valutativa trasparente che assicuri il rispetto dei principi di imparzialità, parità di trattamento e non discriminazione tra gli operatori”*<sup>39</sup>.

*comma 6 e nel caso in cui il proprietario abbia dichiarato di non disporre di accesso a punti di ricarica in ambito privato*”. Ai fini della programmazione i comuni possono accedere alle informazioni presenti sulla Piattaforma unica nazionale, come precisato nell'ultimo periodo del comma 7.

<sup>36</sup> Cfr. il comma 8 dell'art. 57, come sostituito dall'art. 45, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 199 del 2021 e come successivamente modificato dall'art. 23, comma 1, lettera a) del decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 novembre 2022, n. 175. V. inoltre *infra*.

<sup>37</sup> Cfr. il secondo periodo del comma 8 dell'art. 57, come sostituito dall'art. 45, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 199 del 2021.

<sup>38</sup> Cfr. il terzo periodo del comma 8 dell'art. 57 del decreto-legge n. 76 del 2020, inserito dall'art. 23, comma 1, lettera a) del decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 novembre 2022, n. 175. Il decreto-legge n. 144 del 2022 ha introdotto *“ulteriori misure urgenti in materia di politica energetica nazionale, produttività delle imprese, politiche sociali e per la realizzazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)”*. Le modalità per il funzionamento della Piattaforma unica nazionale dei punti di ricarica per i veicoli elettrici sono state definite con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica 16 marzo 2023, in *G.U.* n. 118 del 22 maggio 2023.

<sup>39</sup> Cfr. il quarto periodo del comma 8 dell'art. 57 del decreto-legge n. 76 del 2020, inserito dall'art. 23, comma 1, lettera a), del decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144, convertito,

Per quanto attiene alle modalità da seguire ai fini della realizzazione delle infrastrutture di ricarica, in base all'art. 57, comma 3, del decreto-legge n. 76 del 2020, esse sono definite nel successivo comma 14-bis, nel rispetto della normativa vigente in materia di sicurezza, e ferma restando la conformità alle disposizioni del codice della strada di cui al d.lgs. n. 285 del 1992 e del relativo regolamento di esecuzione e di attuazione di cui al d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495, in ordine al dimensionamento degli stalli di sosta e alla segnaletica orizzontale e verticale<sup>40</sup>.

Il comma 14-bis è, come già accennato, la seconda delle modifiche apportate dall'art. 32-ter, comma 1, del d.l. n. 77 del 2021, e concreta un paradigma della semplificazione procedimentale. Infatti, e proprio ai fini della semplificazione dei procedimenti (secondo l'*incipit* del comma 14-bis), il soggetto che *“effettua l'installazione delle infrastrutture per il servizio di ricarica dei veicoli elettrici su suolo pubblico presenta all'ente proprietario della strada l'istanza per l'occupazione del suolo pubblico e la realizzazione dell'infrastruttura di ricarica e per le relative opere di connessione alla rete di distribuzione concordate con il concessionario del servizio di distribuzione dell'energia elettrica competente. Le procedure sono soggette all'obbligo di richiesta semplificata e l'ente che effettua la valutazione, come previsto dall'art. 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, rilascia entro trenta giorni un provvedimento di autorizzazione alla costruzione e all'occupazione del suolo pubblico per le infrastrutture di ricarica, che ha una durata minima di dieci anni, e un provvedimento di durata illimitata, intestato al gestore della rete, per le relative opere di connessione”*<sup>41</sup>: viene così in considera-

con modificazioni, dalla legge 17 novembre 2022, n. 175. V. inoltre *infra*.

<sup>40</sup> In base al comma 3 dell'art. 57 del d.l. n. 76 del 2020, così sostituito dall'art. 45, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 199 del 2021, resta fermo, in ogni caso, il rispetto delle norme relative alla realizzazione degli impianti elettrici, in particolare per quanto riguarda l'obbligo di dichiarazione di conformità e di progetto elettrico, ove necessario, secondo le leggi vigenti.

<sup>41</sup> In questo modo viene previsto un unico provvedimento autorizzativo per la commissione di suolo pubblico tale da comprendere sia i lavori per l'installazione delle infrastrutture di ricarica su suolo pubblico, sia le relative opere di connessione alla rete di distribuzione, una volta che queste ultime siano state concordate tra l'operatore delle infrastrutture e il concessionario di distribuzione di energia elettrica competente. In questo modo tutte le pratiche e le procedure possono procedere in parallelo, dopo che gli interventi siano stati concordati tra Ente pubblico, l'operatore della ricarica e il gestore della rete elettrica. Sul punto v. la terza edizione del Report di Motus-E, pubblicato il 26 gennaio 2022, intitolato *Le infrastrutture di ricarica pubbliche in Italia - dicembre 2021*, che si focalizza sulle infrastrutture su suolo pubblico o privato ad accesso pubblico ([https://www.motus-e.org/studi\\_e\\_ricerche/le-infrastrutture-di-ricarica-pubbliche-in-italia-iii-edizione-report-2021/](https://www.motus-e.org/studi_e_ricerche/le-infrastrutture-di-ricarica-pubbliche-in-italia-iii-edizione-report-2021/)).

zione la conferenza semplificata, disciplinata nell'art. 14-bis della l. n. 241 del 1990 collocato nel Capo IV relativo alla semplificazione dell'azione amministrativa<sup>42</sup>.

### 3.1 La riconducibilità dell'installazione di infrastrutture di ricarica elettrica alle attività di edilizia libera

Come già evidenziato nel presente lavoro, la prima delle modifiche introdotte dall'art. 32-ter del decreto-legge n. 77 del 2021 è data dall'inserimento di un nuovo periodo nel comma 14 dell'art. 57 del d.l. n. 76 del 2020, in base al quale *“l'installazione delle infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici ad accesso pubblico non è soggetta al rilascio del permesso di costruire ed è considerata attività di edilizia libera”*. In tale contesto, e tenendo fermo il paradigma della semplificazione, è necessario prendere in considerazione il primo periodo contenuto nel comma 14 dell'art. 57, che per parte sua ha abrogato i commi 2-bis e 2-ter dell'art. 23 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, *“recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo”*, e convertito, con modificazioni, dalla l. n. 35 del 2012. La novella legislativa del 2021 si pone come un corollario delle abrogazioni di cui al primo periodo: ciò trova conferma nella precisazione che la

<sup>42</sup> In via generale sulla conferenza di servizi cd. decisoria e sulla conferenza semplificata v., ad esempio, G.B. CONTE, S. DE PAOLIS, *La conferenza di servizi* (artt. 14 - 14-quinquies l. n. 241 del 1990 s.m.i), in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2020, pp. 377 sgg.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 23° ed., a cura di F. FRACCHIA, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 449 sgg.; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 6° ed., Giappichelli, Torino, 2022, pp. 275 sgg.; M. RAMAJOLI, *Il procedimento amministrativo*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 296 sgg.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 5° ed., Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 254 sgg.; sulle modifiche introdotte dalla Riforma Madia v., ad esempio, L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urbanistica*, n. 1/2016, pp. 12 sgg.; E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 16/2016; sull'art. 14-bis v. G. PAGLIARI, *sub artt. 14 e 14-bis*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2017. Per un approfondimento v. P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle 'riforme Madia'*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 23/2017. Per una riflessione critica sulla crisi da Covid-19, sul conseguente *“tsunami legislativo”* e sulle *«quattro ondate di semplificazioni»* (presunte, reali e potenziali) incidenti (anche) sulla l. n. 241/1990» v. C.P. SANTACROCE, *PNRR, «riforma orizzontale» della pubblica amministrazione e disciplina generale del procedimento amministrativo*, in *Dir. economia*, n. 1/2023, pp. 335 sgg., specie pp. 341 sgg. e pp. 353 sgg.

configurazione come attività di edilizia libera è “*in conseguenza di quanto disposto dal primo periodo*”<sup>43</sup>.

Può essere qui opportuno ricordare che, in base al comma 2-bis dell’art. 23 del d.l. n. 5 del 2012, inserito dall’art. 1, comma 1, della l. n. 35 del 2012, la realizzazione delle infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici risultava sottoposta alla disciplina della segnalazione certificata di inizio di attività di cui all’art. 19 della l. n. 241 del 1990 s.m.i.; il successivo comma 2-ter, inserito dall’art. 15, comma 4, del d.lgs. n. 257 del 2016, demandava ad un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, l’individuazione delle dichiarazioni, attestazioni, asseverazioni, oltre che degli elaborati tecnici da presentare a corredo della segnalazione certificata di inizio attività<sup>44</sup>.

Nel mosaico della semplificazione della disciplina edilizia, come delineata dal d.l. n. 76 del 2020<sup>45</sup>, un importante tassello è costituito dall’art.

<sup>43</sup> Va inoltre considerato che tale configurazione risulta coerente con quanto già previsto dal decreto 2 marzo 2018 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, relativo alla “*approvazione del glossario contenente l’elenco non esaustivo delle principali opere edilizie realizzabili in regime di attività edilizia libera, ai sensi dell’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 222*”. Tra gli interventi di edilizia libera di cui all’art. 6, comma 1, lettera a), del d.P.R. n. 380 del 2001, e quindi tra gli interventi di manutenzione ordinaria ex art. 3, comma 1, lettera a), del d.P.R. n. 380 del 2001, figurano al n. 25 dell’Allegato I del Glossario i punti di ricarica dei veicoli elettrici. V. anche *infra*.

<sup>44</sup> Cfr. il decreto 3 agosto 2017 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti relativo alla “*individuazione delle dichiarazioni, attestazioni, asseverazioni, nonché degli elaborati tecnici da presentare a corredo della segnalazione certificata di inizio attività per la realizzazione delle infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici*”. In base all’art. 1, comma 3, la realizzazione dei punti di ricarica elettrica in immobili e aree private anche aperte ad uso pubblico resta attività libera, quindi non soggetta ad autorizzazione, né a segnalazione certificata di inizio attività, se sono rispettati i requisiti e le condizioni di cui alle lettere da a) fino a d). La cessazione di efficacia del decreto ministeriale è stata disposta dal comma 15 dell’art. 57 del d.l. n. 76 del 2020, come modificato dall’art. 1, comma 1, della l. n. 120 del 2020 in sede di conversione.

<sup>45</sup> Sul blocco di norme del d.l. n. 76 del 2020 preordinate all’alleggerimento del regime di attivazione degli interventi edilizi v. E. BOSCOLO, *Il governo del territorio dopo la legge di semplificazione*, in *Giur.it.*, n. 5/2021, pp. 1257 sgg., che peraltro evidenzia come l’art. 10 del d.l. n. 76 del 2020 abbia senza dubbio inciso in modo significativo sul d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), ma allo stesso tempo osserva che, sul versante dell’urbanistica, tanto il decreto quanto la relativa legge di conversione costituiscono l’ennesima occasione mancata nei confronti dell’esigenza di rinnovare il catalogo di principi per aggiornare la trama della legge urbanistica del 1942. Sulla disciplina di semplificazione dei titoli edilizi introdotta nel 2020 e nel 2021 con l’obiettivo di favorire il rilancio economico v. ID., *Semplificazioni e flessibilizzazioni nella disciplina dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1/2022, pp. 160 sgg.

32-ter del d.l. n. 77 del 2021, ed altrettanto importante è l'art. 6 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, disposizione, quest'ultima, che non può essere ignorata quando ad essere presa in considerazione è l'attività di edilizia libera, e che appartiene alle disposizioni interessate dall'alleggerimento del regime di attivazione degli interventi edilizi<sup>46</sup>. In particolare, come di recente evidenziato in dottrina, l'art. 6 è una delle disposizioni che ha subito più modificazioni, anche se tale «*circostanza non deve stupire, per la semplice ragione che si tratta di una fattispecie "di confine", nel senso che delimita l'ambito della libera iniziativa privata nel campo edilizio*»<sup>47</sup>.

Prima del decreto semplificazioni del 2020, e con riferimento alle opere definite come "opere precarie", l'art. 6 si riferiva alle sole opere intese a soddisfare bisogni contingenti e temporanei, e prevedeva che le opere (comunque precedute da comunicazione di inizio lavori) dovessero essere rimosse entro novanta giorni. Alla luce della disciplina posta dall'art. 10 del d.l. n. 76 del 2020 alle classi di opere relative a trasformazioni temporanee risultano affiancate le opere stagionali<sup>48</sup>, e le opere sia temporanee-contingibili che stagionali devono essere rimosse entro centottanta giorni, comprensivi dei tempi di montaggio e smontaggio del manufatto<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Sull'attività di edilizia libera di cui all'art. 6 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, prima delle modifiche apportate nel 2016 e nel 2020, v. E. BOSCOLO, *sub Art. 6 L - Attività edilizia libera*, in M.A. SANDULLI, (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2015, pp. 197 sgg.; inoltre per un quadro di carattere generale, basato sulla disciplina normativa fino al d.lgs. 25 novembre 2016, n.222 e su alcune pronunce giurisprudenziali, v. A. SENATORE (a cura di), *L'attività edilizia libera*, in *Urb. app.*, n. 2/2017, pp. 278 sgg.

<sup>47</sup> Così G. PAGLIARI, *Le recenti novelle relative alla definizione degli interventi sul patrimonio edilizio esistente*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1/2022, pp. 202 sgg, specie pp. 216-219, cui si rinvia per una ricostruzione di alcune delle modifiche che hanno investito l'art. 6.

<sup>48</sup> Le opere stagionali sono dirette a soddisfare un bisogno che può riproporsi a cadenza stagionale: è il caso delle serre o delle coperture di una terrazza di un pubblico esercizio. Cfr. E. BOSCOLO, *Il governo del territorio dopo la legge di semplificazione*, cit., p. 1261 sg.; sulle attività di edilizia libera v. inoltre D. CALDIROLA, *La disciplina dell'attività edilizia*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, cit., pp. 247 sgg., spec. p. 250; A. CASSATELLA, *L'attività edilizia*, in A. SIMONATI (a cura di), *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, 4° ed., Giappichelli, Torino, 2021, pp. 63 sgg, spec. pp. 78 sgg. V. inoltre *infra*.

<sup>49</sup> In base all'art. 6, comma 1, lettera e-bis), del d.P.R. n. 380 del 2001- lettera aggiunta dall'art. 3, comma 1, lettera b), n. 3, del d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 e successivamente sostituita dall'art. 10, comma 1, lettera c) del d.l. n. 76 del 2020, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 – sono interventi di edilizia libera, e quindi eseguiti senza alcun titolo abilitativo, «*le opere stagionali e quelle dirette a soddisfare obiettive esigenze, contingenti e temporanee, purché destinate ad essere immediatamente rimosse al cessare della temporanea necessità e, comunque, entro un termine non superiore a centottanta giorni comprensivo dei tempi di allestimento e smontaggio del manufatto, previa co-*



Sulla stessa linea, oltre che pienamente coerente con un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>50</sup>, è la previsione introdotta nell'art. 3 del d.P.R. n. 380 del 2001, e relativa al capoverso e.5) della lettera e), sugli “interventi di nuova costruzione”<sup>51</sup>.

*municazione di avvio dei lavori all'amministrazione comunale*”. A questo proposito v., ad esempio, S. DEIANA, *L'art. 6, comma 1, lett. e -bis), T.U.E. Il legislatore ha voluto differenziare il regime giuridico delle opere stagionali?*, in *Urb. app.*, n. 2/2021, pp. 161, sgg., che sottolinea come le opere qui considerate rientrino nell'attività di edilizia libera in quanto il legislatore tutela la libertà di iniziativa individuale in considerazione della circostanza che si tratta di fabbricati che non comportano uno stabile incremento del carico urbanistico. Di recente in dottrina sono state espresse alcune perplessità a proposito del termine di 180 giorni riferito alle opere precarie; nel momento in cui viene previsto che il manufatto debba essere rimosso entro centottanta giorni, con il conseguente ripristino dello “status quo”, tale termine potrebbe risultare insufficiente per le opere dirette a soddisfare esigenze contingenti e temporanee: cfr. G. PAGLIARI, *Le recenti novelle relative alla definizione degli interventi sul patrimonio edilizio esistente*, cit., p. 218 sg.

<sup>50</sup> Cfr., ad esempio, la pronuncia del Cons. Stato, II, 3 novembre 2020, n. 6768, richiamata peraltro da E. BOSCOLO, *Il governo del territorio dopo la legge di semplificazione*, cit., p. 1261, *sub* nota 18, nella quale viene ribadito, che secondo un orientamento consolidato, il carattere precario di un manufatto va valutato non con riguardo al tipo di materiali utilizzati per la sua realizzazione, ma con riferimento all'uso cui il manufatto stesso risulta destinato. Ciò significa che se le opere sono intese a soddisfare esigenze stabili e permanenti, deve necessariamente escludersi la natura precaria di un'opera, prescindendo tanto dai materiali utilizzati quanto dalla tecnica costruttiva applicata. In buona sostanza, e ai fini dell'esenzione dal permesso di costruire, la natura precaria di un manufatto va ricollegata «alla intrinseca destinazione materiale di esso ad un uso realmente precario e temporaneo, per fini specifici, contingenti e limitati nel tempo, con conseguente e sollecita eliminazione»; negli stessi termini cfr., ad esempio, Cons. Stato, VI, 15 gennaio 2018, n. 150; v. altresì TAR Lombardia, Brescia, I, 13 gennaio 2020, n. 19. Sulla distinzione tra “facile rimozione” e temporaneità v., ad esempio, Cons. Stato, VII, 30 dicembre 2022, n.11175, e Cons. Stato, II, 13 febbraio 2023, n. 1489. Le sentenze qui citate sono tutte reperibili nel sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>51</sup> A questo proposito in dottrina v. E. BOSCOLO, *Il governo del territorio dopo la legge di semplificazione*, cit., p. 1261, *sub* nota 18. L'art. 10 del d.l. n. 76 del 2020 riguarda le semplificazioni e altre misure in materia edilizia. La legge di conversione (l. n. 120 del 2020) ha introdotto nell'art. 10, e precisamente nel comma 1, lettera b), il n. 2-bis che ha sostituito nella lettera e) dell'art. 3 del d.P.R. n. 380 del 2001 il capoverso e.5), nel quale è disposto che sono comunque considerati come “interventi di nuova costruzione” “l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, camper, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, ad eccezione di quelli che siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee o delle tende e delle unità abitative mobili con meccanismi di rotazione in funzione, e loro pertinenze e accessori, che siano collocate, anche in via continuativa, in strutture recettive all'aperto per la sosta e il soggiorno dei turisti, previamente autorizzate sotto il profilo urbanistico, edilizio e, ove previsto, paesaggistico, che non posseggano alcun collegamento di natura permanente al terreno e presentino le caratteristiche

Nei confronti dell'attività di edilizia libera – nella quale si ravvisa la “*proiezione di una facoltà che discende direttamente e senza mediazioni amministrative dal diritto di proprietà*”<sup>52</sup> – non è previsto il preventivo rilascio di provvedimenti amministrativi, come si ricava dall'art. 6 del d.P.R. n. 380 del 2001, che peraltro, tra gli interventi che possono essere eseguiti senza alcun titolo abilitativo<sup>53</sup>, annovera anzitutto gli interventi di manutenzione ordinaria di cui all'art. 3, comma 1, lettera a)<sup>54</sup>.

In particolare in questi ultimi anni il legislatore ha provveduto ad ampliare le ipotesi di edilizia libera, estendendole ad una serie di casi particolari contemplati nell'art. 6 e nell'art. 6-bis del d.P.R. n. 380 del 2001<sup>55</sup>. Attraverso l'ampliamento dell'elenco delle attività libere si è in-

*dimensionali e tecnico-costruttive previste dalle normative regionali di settore, ove esistenti*”. Sulle disposizioni relative all'edilizia, v. – nei Commenti al Decreto “Semplificazioni” – P. URBANI, *L'edilizia*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2020, pp. 751 sgg.. Cons. Stato, Sez. II, 3 novembre 2020, n. 6768, cit., ha ribadito che le installazioni di manufatti leggeri, prefabbricati e strutture di ogni genere come ad esempio roulotte, camper e case mobili, sono da equiparare alle nuove costruzioni e come tali necessitano del permesso di costruire, nell'ipotesi in cui siano tali da alterare lo stato dei luoghi.

<sup>52</sup> Così E. BOSCOLO, *sub Art. 6 L. Attività edilizia libera*, cit., p. 198, sull'attività edificatoria libera e la pienezza del diritto di proprietà, oltre che sulle singole tipologie di interventi ascrivibili all'edilizia libera. Viene sottolineato poi che l'attività edilizia libera va inquadrata nel dibattito sulla natura e sul contenuto della proprietà fondiaria (*ivi*, p. 201). Cfr. inoltre S. DEIANA, *L'art. 6, comma 1, lett. e -bis*, T.U.E. *Il legislatore ha voluto differenziare il regime giuridico delle opere stagionali?*, cit., p. 162 sg.

<sup>53</sup> L'art. 6 contiene infatti un elenco di tipologie di opere che possono essere eseguite senza alcun titolo abilitativo, fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali. Di recente in giurisprudenza è stato posto in rilievo che tale elenco, “consentendo la realizzazione di interventi edilizi che non comportano/consentono alcun tipo di controllo da parte dell'autorità pubblica, deve ritenersi in sé tassativo, ferma restando l'eventuale elasticità delle definizioni utilizzate, che può richiedere un'opera interpretativa del giudicante”: cfr. Cons. Stato, VI, 4 gennaio 2022, n. 32, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>54</sup> In base a tale disposizione sono interventi di manutenzione ordinaria “*gli interventi edilizi che riguardano le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle necessarie ad integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti*”.

<sup>55</sup> Tra i molteplici esempi di attività di edilizia libera di cui all'art. 6, in giurisprudenza è stato precisato che l'apposizione di un cancello, funzionale alla delimitazione della proprietà, può essere inquadrata tra gli interventi di finitura di spazi esterni, e quindi tra le ipotesi di edilizia libera: cfr. Cons. Stato, VI, 2 gennaio 2020, n.34; Cons. Stato, VI, 13 maggio 2020, n. 3036; Cons. Stato, VI, 3 gennaio 2022, n. 4; le sentenze sono reperibili nel sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nel senso che la recinzione di un cantiere di modeste dimensioni, collegata alle opere da realizzare, rientra tra le attività di edilizia libera, v., ad esempio, TAR Campania, II, 13 gennaio 2021, n. 28, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Sui requisiti che la tenda munita di una struttura di supporto (cd. “pergotenda”) deve

teso ridurre gli oneri amministrativi necessari per realizzare interventi dal modesto impatto edilizio, e nei cui confronti appare irrazionale e inefficiente imporre uno specifico titolo edilizio<sup>56</sup>. In dottrina, di recente, è stato posto in rilievo che nel contesto dell'art. 6 risulta definito un perimetro dell'attività edilizia libera che risulta “coerente con i principi della necessaria assenza di trasformazioni irreversibili del territorio e della pertinenzialità del nuovo manufatto rispetto ad altro già esistente”; allo stesso tempo sono compresi “interventi di una certa portata e non sempre privi di una qualche incidenza reale”<sup>57</sup>.

possedere per rientrare nell'attività edilizia libera v., ad esempio, Cons Stato, VI, 27 aprile 2021, n. 3393, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Emilia-Romagna, Parma, I, 30 agosto 2021, n. 221, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2021, p. 1666; TAR Liguria, II, 23 giugno 2021, n. 571, *ivi*, p. 1667; cfr. inoltre, ad esempio, TAR Campania, Salerno, II, 24 gennaio 2019, n. 183, *ivi*, n. 3/2019, p.734; TAR Calabria, Catanzaro, II, 25 settembre 2019, n. 1611, *ivi*, n. 4/2019. Più di recente v., ad esempio, Consiglio di giustizia amministrativa Regione siciliana, Ad. Sez. riunite, 9 dicembre 2022, n. 573, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per quanto riguarda le “aree ludiche senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici”, per alcuni esempi di opere realizzabili secondo il regime dell'edilizia libera e quindi senza nessun titolo abilitativo v., ad esempio, TAR Campania, Salerno, II, 20 settembre 2021, n. 1964, *ivi*, n. 5/2021, p.1674 sgg., e per esteso in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Di recente l'art. 33-quater del d.l. 9 agosto 2022, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 settembre 2022, n. 34, ha inserito all'interno dell'art. 6, comma 1, la lettera b-bis), che riguarda gli interventi di realizzazione e installazione di vetrate panoramiche amovibili e totalmente trasparenti, le cd. VEPA: per poter rientrare nell'edilizia libera esse devono soddisfare tutti i requisiti specificati nella lettera b-bis) e devono essere dirette ad assolvere le finalità espressamente indicate. A questo proposito, per alcune considerazioni critiche, v. F. VOLPE, *Appunti sulla cosiddetta liberalizzazione edilizia delle verande*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2022, pp. 79 sgg.

<sup>56</sup> A questo proposito di recente v. A. CASSATELLA, *L'attività edilizia*, cit., pp. 78 sgg., secondo cui anche la necessità di incentivare la ripresa del settore edilizio dopo alcuni anni di contrazione del mercato può avere inciso sull'ampliamento del catalogo delle attività libere. Cfr. altresì E. BOSCOLO, *sub Art. 6 L, Attività edilizia libera*, cit., p. 198. Come è ampiamente noto l'art. 6 riguarda l'attività “totalmente libera”, che quindi può essere svolta senza alcuna comunicazione al Comune e ricomprende gli interventi che rientrano nelle prerogative del proprietario del bene o dei soggetti che hanno titolo per intervenire sugli immobili, mentre nell'art. 6-bis sono disciplinate le attività libere sottoposte a CILA: la scelta così compiuta dal legislatore trova la propria *ratio* nell'esigenza di rendere noto al Comune lo svolgimento di attività e interventi che, sebbene liberi, hanno comunque una maggiore incidenza sul patrimonio edilizio, e qui v. A. CASSATELLA, *op. cit.*, pp.78 sgg.

<sup>57</sup> Cfr. G. PAGLIARI, *Le recenti novelle relative alla definizione degli interventi sul patrimonio edilizio esistente*, cit., p. 219, che a tale proposito precisa che «tutto questo può essere considerato un segnale positivo semmai davvero testimoniasse una crescente sensibilità legislativa a restringere l'area dell'attività edilizia “amministrata”».

#### 4. Brevi riferimenti alla promozione della concorrenza e alla non discriminazione e parità di trattamento tra operatori

Può essere utile richiamare brevemente l'attenzione sul profilo che investe la promozione della concorrenza e la parità di trattamento tra operatori<sup>58</sup>. Occorre infatti considerare che – nel quadro delle politiche di decarbonizzazione dei trasporti e con l'obiettivo di imporre l'attivazione di meccanismi di concorrenza per il mercato – di recente l'art. 12 della legge 5 agosto 2022, n. 118 ha modificato e integrato l'art. 1, comma 697, della legge 30 dicembre 2020, n. 178: in base a quest'ultima disposizione i concessionari autostradali provvedono a dotare le tratte di propria competenza “di punti di ricarica di potenza elevata (...), garantendo che le infrastrutture messe a disposizione consentano agli utilizzatori tempi di attesa per l'accesso al servizio non superiori a quelli offerti agli utilizzatori di veicoli a combustione interna”. Nell'ipotesi in cui i concessionari autostradali non provvedano a dotarsi direttamente di un numero adeguato di punti di ricarica, essi consentono a tutti coloro che ne facciano richiesta di candidarsi alla installazione delle infrastrutture di ricarica all'interno delle tratte di propria competenza. Più precisamente, entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta, il concessionario è tenuto a pubblicare una manifestazione di interesse per selezionare l'operatore, e – secondo la modifica introdotta dall'art. 12, comma 1, lettera a), della legge n. 118 del 2022 – la selezione deve risultare improntata a “*procedure competitive, trasparenti e non discriminatorie, nel rispetto del principio di rotazione (...)*”<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Con riferimento ai punti di ricarica accessibili al pubblico, sulla base dell'art. 4, comma 10, della direttiva 2014/94/UE (cd. direttiva AFID) e dell'art. 4, comma 11, del decreto legislativo 16 dicembre 2016, n. 257, che ha recepito la direttiva nel nostro ordinamento, è stato introdotto un obbligo di non discriminazione a carico degli operatori dei punti di ricarica. A tale proposito v., anche per più completi e sistematici riferimenti normativi, il provvedimento n. 30576 del 4 aprile 2023 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, su cui v. subito *infra*. In particolare v. il par. 2. dedicato al “quadro normativo e settoriale di riferimento”.

<sup>59</sup> L'art. 12, comma 1, lettera b), della l. 5 agosto 2022, n. 118, ha poi aggiunto un nuovo periodo all'interno dell'art. 1, comma 697, della l. n. 178 del 2020, disponendo che le procedure relative alla selezione “*prevedono l'applicazione di criteri premiali per le offerte in cui si propone l'utilizzo di tecnologie altamente innovative, con specifico riferimento, in via esemplificativa, alla tecnologia di integrazione tra i veicoli e la rete elettrica, denominata vehicle to grid, ai sistemi di accumulo dell'energia, ai sistemi di ricarica integrati con sistemi di produzione di energia da fonti rinnovabili dotati di sistemi evoluti di gestione dell'energia, ai sistemi di potenza di ricarica superiore a 50 kW, nonché ai sistemi per la gestione dinamica delle tariffe in grado di garantire la visualizzazione dei prezzi e del loro*”

Ci sono anche altri riferimenti a procedure competitive trasparenti e non discriminatorie che è opportuno considerare nuovamente in questo paragrafo. Si è già ricordato che la realizzazione e la gestione di infrastrutture di ricarica può essere consentita da parte dei comuni a soggetti pubblici e privati, e può avvenire anche a titolo non oneroso, e anche con la previsione di un'eventuale suddivisione in lotti, da assegnare, appunto, “*mediante procedure competitive, trasparenti e non discriminatorie*”<sup>60</sup>. Inoltre, nell'ipotesi in cui l'istanza di autorizzazione per la realizzazione e l'eventuale gestione dell'infrastruttura sia stata presentata da più soggetti e non sia possibile il rilascio dell'autorizzazione a più soggetti, oppure non sia compatibile “*con la programmazione degli spazi pubblici destinati alla ricarica dei veicoli elettrici adottata dal comune, l'ottenimento della medesima autorizzazione avviene all'esito di una procedura valutativa trasparente che assicuri il rispetto dei principi di imparzialità, parità di trattamento e non discriminazione tra gli operatori*”<sup>61</sup>.

Di recente l'Autorità garante per la tutela della concorrenza e del mercato ha avviato un'istruttoria per abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 14 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti di Enel X Way Italia s.r.l., Enel X Way s.r.l. ed Ewiva s.r.l., al fine di accertare l'e-

*aggiornamento*”. L'art. 12 della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 ha come rubrica “*colonnine di ricarica*”, ed è collocato nel Capo IV che contiene disposizioni in materia di concorrenza, energia e sostenibilità ambientale. Sulla legge n. 118 del 2022, v., ad esempio, A. MOLITERNI, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2022, pp. 581 sgg.; sulle difficoltà legate alla sua attuazione v. E. BRUTI LIBERATI, *La legge annuale per la concorrenza e la sua difficile attuazione*, *ivi*, n. 2/2023, pp. 143 sgg. Per quanto riguarda il modello di disciplina dei mercati che si è via via affermato negli ultimi anni v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2021, pp. 389 sgg.; F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Il Mulino, Bologna, 2021. Sulla tutela della concorrenza v. poi M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir., I tematici*, Vol. III. *Funzioni amministrative*, diretto da B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 292 sgg. Con riferimento alla delega legislativa di cui all'art. 26 della l. n. 118 del 2022, preordinata alla “ricognizione”, “semplificazione” e “individuazione” dei regimi amministrativi delle attività private, oltre che alla “semplificazione”, e “reingegnerizzazione” dei procedimenti amministrativi anche attraverso una loro completa digitalizzazione, v. di recente C.P. SANTACROCE, *PNRR, «riforma orizzontale» della pubblica amministrazione e disciplina generale del procedimento amministrativo*, cit., pp. 351 sgg.

<sup>60</sup> Cfr. il primo periodo del comma 8 dell'art. 57 del d.l. n. 76 del 2020, come sostituito dall'art. 45, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 199 del 2021.

<sup>61</sup> Cfr. il quinto e ultimo periodo del comma 8 dell'art. 57 del decreto-legge n. 76 del 2020, inserito dall'art. 23, comma 1, lettera a), del decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 novembre 2022, n. 175.

ventuale sussistenza di possibili violazioni della concorrenza ex art. 102 del TFUE<sup>62</sup>.

Occorre tenere presente che la diffusione dei veicoli elettrici risulta direttamente connessa alla realizzazione di una rete di punti di ricarica diffusa e capillare, in grado di poter sostenere le scelte di consumo nei confronti della nuova forma di mobilità. Le attività che vengono in considerazione nel procedimento avviato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) sono quelle di installazione e gestione delle infrastrutture di ricarica svolte dai cd. *charging point operators* (CPO) e l’attività, che sta a valle, di fornitura del servizio di ricarica agli utenti finali svolta dai cd. *mobility service providers* (MSP).

Nel settore della mobilità elettrica e nel particolare segmento relativo alla ricarica su suolo pubblico, come pure su suolo privato aperto al pubblico, è possibile distinguere due mercati rilevanti, e precisamente: a) il mercato che si trova a monte della costruzione e gestione delle infrastrutture di ricarica pubbliche (il cd. mercato dei CPO), e b) il mercato a valle, e collegato al primo, della fornitura dei servizi di ricarica alla clientela finale (cd. mercato dei MSP o EMP).

In data 2 dicembre 2022 la società Route220 s.r.l. denunciava il progressivo aumento delle tariffe praticate all’ingrosso agli MSP che si trovino ad accedere alla rete di infrastrutture di ricarica del gruppo Enel per offrire servizi alla clientela finale<sup>63</sup>: si tratta delle cd. tariffe *roaming*, che sono previste nei contratti di “interoperabilità” tra CPO e MSP, e che - nel momento in cui vengono messe in relazione con i prezzi al dettaglio praticati da Enel X Way direttamente alla clientela finale sulla propria *app* - risultavano realizzare una compressione dei margini per gli MSP come la segnalante, che non sono più in grado di svolgere l’attività di offerta dei servizi di ricarica nei confronti della clientela finale con profitti positivi. Da qui la richiesta di intervento istruttorio dell’Agcm al fine di scongiurare il rischio di uscita dal mercato<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Cfr. il provvedimento n. 30576 del 4 aprile 2023 (Rif. A557 – ENEL X WAY ED EWIVA/ CONDOTTE ABUSIVE NEL MERCATO DEI SERVIZI DI RICARICA ELETTRICA), in [www.agcm.it](http://www.agcm.it). Sulle parti v. i paragrafi da 1 a 3, sulla segnalante v. il par. 4. Il procedimento deve concludersi entro il 30 giugno 2024.

<sup>63</sup> Route220 è una società che opera nei servizi di ricarica per veicoli elettrici dal 2014. A partire dal 2016 opera tramite una propria *app* e mediante l’apposito marchio “*enway*”, marchio regolarmente registrato. In particolare essa opera nella filiera della mobilità elettrica come MSP, e pertanto offre servizi alla clientela (e servizi accessori) sulla base di accordi di interoperabilità con i diversi CPO.

<sup>64</sup> A seguito di una richiesta di informazioni da parte dell’Agcm del 16 dicembre 2022, la

Per parte sua l'Agcm ha deliberato l'avvio dell'istruttoria, in quanto appare sussistere un potenziale pregiudizio al commercio intra-europeo. Le condotte di EXWI ed EWIVA investono infatti mercati nazionali che costituiscono una parte sostanziale del mercato comune, e, di conseguenza, sono idonee, a produrre effetti nei confronti di operatori italiani e stranieri, già attivi o interessati ad entrare nei mercati della fornitura di servizi di ricarica per veicoli elettrici<sup>65</sup>.

## **5. Le infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici: l'aumento costante, qualche cifra e qualche criticità**

Già sulla base di quanto si è cercato di ricostruire nell'ambito del presente lavoro, risulta in modo chiaro come le infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici siano interessate da molteplici interventi legislativi, che sono andati decisamente aumentando in questi ultimi anni. Si registrano infatti continui ed incessanti interventi di riforma, che perseguono obiettivi anche molto diversi tra loro, e che comunque rendono molto difficoltoso ogni possibile tentativo di delineare un quadro omogeneo e unitario. Le continue modifiche sono riscontrabili, oltre che sul piano dell'ordinamento interno, anche a livello di ordinamento UE: ad esempio, la Commissione UE ha svolto una valutazione *ex post* della direttiva AFID e ha accertato che *“non rispecchia adeguatamente la finalità di un aumento dell'ambizione climatica per il 2030”*; inoltre ha sottolineato che tra i problemi principali vi è il *“fatto che la pianificazione delle infrastrutture degli Stati membri manca in media del grado necessario di ambizione e coerenza, una circostanza questa che determina carenze e disomogeneità infrastrutturali”*. Ritenendo quindi necessaria un'ulteriore e più incisiva azione dell'UE per scongiurare il rischio che la carenza di infrastrutture di ricarica e di rifornimento interoperabili e facili da utilizzare diventi un ostacolo alla crescita necessaria del mercato dei veicoli, e delle navi, e, in futuro, degli aeromobili a basse emissioni e a zero emissioni, nel luglio del 2021 ha presentato al Parlamento europeo e al Consiglio una proposta per un nuovo Regolamento che abroga appunto la direttiva AFID<sup>66</sup>.

segnalazione è stata integrata una prima volta in data 13 gennaio 2023, e successivamente, con ulteriori informazioni, il 7 e il 14 marzo 2023.

<sup>65</sup> Per le valutazioni relative ai mercati rilevanti cfr. i punti da 32 a 39 del provvedimento n. 30576 del 4 aprile 2023, e per quanto riguarda la posizione dominante v. punti da 40 a 46.

<sup>66</sup> Cfr. la proposta della Commissione COM (2021) 559 final del 14 luglio 2021, relativa appunto ad una *“Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla realiz-*

Tra i dati oggettivi che non possono essere posti in discussione, in quanto concretano i pochi punti fermi in uno scenario costantemente mutevole, oltre al già ricordato susseguirsi di interventi legislativi, vi è l'aumento costante delle infrastrutture di ricarica e dei veicoli elettrici.

Nonostante la pandemia, al 31 dicembre 2021 erano stati calcolati 26024 punti di ricarica, pari al 35% in più rispetto al 2020, ed era stato raggiunto il numero di 136.754 veicoli elettrici immatricolati, con un aumento del 128% rispetto al 2020<sup>67</sup>. Nel 2022 si è assistito ad un ulteriore incremento delle installazioni di ricarica ad uso pubblico. Al 31 dicembre 2022 risultavano installati 36.772 punti di ricarica in 19.334 infrastrutture di ricarica (o stazioni, o colonnine): nel corso del 2022 i punti di ricarica sono complessivamente cresciuti di 10748 unità, con un tasso di crescita del 41%<sup>68</sup>. E ancora: al 31 maggio 2023 è stato registrato un ulteriore aumento, atteso che i punti di ricarica sono arrivati a 41.173 e le infrastrutture di ricarica installate sono diventate 22.107<sup>69</sup>.

*zazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi, che abroga la direttiva 2014/94/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*: in particolare, cfr. nel par. 1, sul contesto giuridico della proposta, il punto 1.1. sui motivi e contenuti della proposta. La proposta - che può essere letta al seguente link EUR-Lex - 52021PC0559 - EN - EUR-Lex (europa.eu) - fa parte delle iniziative politiche interconnesse del Pacchetto "Pronti per il 55%" ("Fit for 55%"), iniziative che corrispondono alle azioni necessarie in tutti i settori dell'economia al fine di integrare gli sforzi nazionali nella prospettiva della maggiore ambizione climatica fissata per il 2030, secondo il programma di lavoro della Commissione per il 2021, e per il quale cfr. la Comunicazione COM (2020) 690 final del 19 ottobre 2020, reperibile al link resource.html (europa.eu). La Commissione ha deciso di proporre un regolamento, e non una direttiva, per garantire lo sviluppo rapido e coerente di una rete capillare e ampiamente diffusa di infrastrutture di ricarica pienamente interoperabili in tutti gli Stati membri: cfr. il punto 2.4 sulla scelta dell'atto giuridico. La proposta di regolamento persegue un triplice obiettivo, e precisamente: a) garantire l'esistenza di una rete infrastrutturale sufficiente per la ricarica o il rifornimento di veicoli stradali e navi con combustibili alternativi; b) approntare soluzioni alternative in modo tale che le navi ormeggiate e gli aeromobili in stazionamento non debbano tenere accesi i motori; c) assicurare la piena interoperabilità nell'Unione europea e garantire la facile utilizzabilità delle infrastrutture. In data 28 marzo 2023 il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno raggiunto un accordo provvisorio in merito alla proposta di regolamento: per il comunicato stampa v. Infrastruttura per i combustibili alternativi: accordo provvisorio per un maggior numero di stazioni di ricarica e di rifornimento in tutta Europa - Consilium

<sup>67</sup> A tale proposito cfr. la terza edizione del Report di Motus-E, pubblicato il 26 gennaio 2022, intitolato *Le infrastrutture di ricarica pubbliche in Italia* - dicembre 2021, cit.

<sup>68</sup> Per questi dati e per un'analisi degli stessi, oltre che per un confronto con altri Paesi UE, v. la quarta edizione del Report pubblicato da Motus-E a febbraio 2023, intitolato *Le infrastrutture di ricarica a uso pubblico in Italia* -dicembre 2022, reperibile *sub* Report-Infrastrutture-di-ricarica-a-uso-pubblico-Italia-quarta-edizione.pdf (motus-e.org)

<sup>69</sup> Per questi ultimi dati v. l'analisi di mercato, a cura di Motus-E, pubblicata il 1 giugno



Tra i diversi tipi di misure che poi possono contribuire ad incrementare l'installazione delle infrastrutture di ricarica vi sono quelle racchiuse rispettivamente nel decreto del Ministero della transizione ecologica 25 agosto 2021<sup>70</sup>, nonché nell'art. 119, comma 8, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, cd. "Decreto Rilancio", convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, che riguarda gli "incentivi per l'efficienza energetica, sisma bonus, fotovoltaico e colonnine di ricarica di veicoli elettrici"<sup>71</sup>.

In questo contesto un ruolo determinante viene giocato dalle politiche industriali per la riconversione, ricerca e sviluppo del settore automotive: è questa, peraltro, la rubrica dell'art. 22 del decreto-legge 1 marzo 2022, n. 17, convertito, con modificazioni dalla l. 27 aprile 2022, n. 34, e recante "misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali": in base al primo comma nello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico è istituito un fondo con una dotazione di 700 milioni di euro per l'anno 2022 e 1000 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2023 al 2030, con l'obiettivo di "favorire la transizione verde, la ricerca, gli investimenti nella filiera del settore automotive

2023 e relativa al mese di maggio: l'analisi è intitolata *Maggio 2023 - I record non bastano: l'auto elettrica cresce in Italia, ma i major market europei restano lontani*. Nei primi cinque mesi del 2023 le immatricolazioni di auto elettriche (BEV) sono state 26.525 e il numero complessivo di auto elettriche circolanti in Italia al 31 maggio è pari a 193.619 (<https://www.motus-e.org/analisi-di-mercato/maggio-2023-i-record-non-bastano-lauto-elettrica-cresce-in-italia-ma-i-major-market-europei-restano-lontani/>).

<sup>70</sup> Il decreto, pubblicato in *G.U.* n. 51 del 20 ottobre 2021, disciplina la "erogazione di contributi per l'installazione di infrastrutture per la ricarica di veicoli elettrici effettuata da persone fisiche nell'esercizio di attività di impresa, arti e professioni, nonché da soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (IRES)". Come precisato nell'art. 2, comma 1, in attuazione della l. n. 126 del 2020, il decreto disciplina la concessione nonché l'erogazione di contributi in conto capitale per l'acquisto e l'installazione di infrastrutture di ricarica effettuati da imprese e da professionisti. Le spese ammissibili sono individuate nell'art. 6, e in base all'art. 7, comma 1, il Ministero può concedere ai soggetti beneficiari un contributo in conto capitale pari al 40% delle spese ammissibili.

<sup>71</sup> L'art. 119, comma 8, del cd. "decreto rilancio" è stato sostituito dall'art. 1, comma 66, lettera l) della l. 30 dicembre 2020, n. 178, ed è stato successivamente modificato dall'art. 1, comma 28, lettera c), della l. 30 dicembre 2021, n. 234. (cd. legge di Bilancio 2022): quest'ultima legge ha introdotto una detrazione pari al 110% delle spese relative a determinati interventi di efficienza energetica, tra i quali vi sono anche quelli inerenti alle infrastrutture per la ricarica di veicoli elettrici a condizione che siano eseguiti congiuntamente ad uno degli interventi già considerati "trainanti". Con riguardo al superbonus, e specificamente con riguardo ai profili che investono i titoli edilizi e le iniziative di semplificazione attuate per l'effettiva diffusione dell'incentivo, v. E. BOSCOLO, *Semplificazioni e flessibilizzazioni nella disciplina dei titoli edilizi*, cit., pp. 193 sgg.

*finalizzati all'insediamento, alla riconversione e alla riqualificazione verso forme produttive innovative e sostenibili, in linea con gli obiettivi europei di riduzione delle emissioni nocive per l'ambiente e di sviluppo digitale, nonché per la concessione di incentivi all'acquisto di veicoli non inquinanti e per favorire il recupero e il riciclaggio dei materiali*<sup>72</sup>. Il secondo comma dell'art. 22 demanda a uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (D.P.C.M) la definizione degli interventi ammissibili al finanziamento del fondo, nel rispetto della normativa europea sugli aiuti di Stato, nonché dei criteri e delle modalità per dare attuazione allo stesso articolo 22, oltre al riparto delle risorse del fondo di cui al comma 1. Il D.P.C.M 6 aprile 2022 ha introdotto disposizioni relative al *"riconoscimento degli incentivi per l'acquisto di veicoli non inquinanti"*<sup>73</sup>, mentre con un successivo D.P.C.M 4 agosto 2022 sono stati definiti gli incentivi *"per il sostegno agli investimenti per l'insediamento, la riconversione e la riqualificazione verso forme produttive innovative e sostenibili"*, e ciò al fine di favorire la transizione verde, la ricerca e gli investimenti nel settore delle automotive, anche con particolare riferimento allo sviluppo e alla produzione di sistemi infrastrutturali per il rifornimento e la ricarica dei veicoli<sup>74</sup>. Con un altro D.P.C.M di pari data è stata introdotta la lettera f-bis) all'interno dell'art. 2, comma 1, del D.P.C.M 6 aprile 2022<sup>75</sup>, che contempla un contributo per l'acquisto di infrastrutture di potenza standard per la ricarica dei veicoli alimentati ad energia elettrica da parte di utenti domestici<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Il primo comma dell'art. 22 del d.l. n. 17/2022 è stato così modificato dall'art. 1, comma 1, della l.n. 34/2022, in sede di conversione.

<sup>73</sup> Il D.P.C.M 6 aprile 2022 è stato pubblicato nella *G.U.*, 16 maggio 2022, n. 113.

<sup>74</sup> Il decreto reca *«Attuazione del Fondo "Riconversione, ricerca e sviluppo del settore automotive" - Incentivi per l'acquisto di veicoli non inquinanti»*, ed è stato pubblicato in *G.U.*, 4 ottobre 2022, n. 232. Cfr. in particolare l'art. 1, comma 1, lett. e). Per quanto riguarda le disposizioni procedurali per l'erogazione dei benefici v. il decreto del Ministero dello Sviluppo economico 10 ottobre 2022, concernente *"Accordi per l'innovazione nella filiera del settore automotive. Presentazione delle domande"*, reperibile nel sito del Ministero.

<sup>75</sup> Cfr. infatti l'art. 1, comma 1, lett. a), del D.P.C.M 4 agosto 2022, recante *"modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 6 aprile 2022. Riconoscimento degli incentivi per l'acquisto di veicoli non inquinanti"*. Con l'art. 1, comma 1, lettera b), numero 1, del D.P.C.M 4 agosto 2022 è stato poi introdotto il comma 1-bis all'interno della lettera f-bis), mentre sulla base dell'art. 1, comma 1, lettera b), numero 2), è stato inserito un nuovo periodo all'interno dell'art. 2, comma 2, del D.P.C.M 6 aprile 2022.

<sup>76</sup> Con riferimento all'estensione alle annualità 2023 e 2024 della misura prevista dall'art. 2, comma 1, lettera f-bis), del D.P.C.M. 6 aprile 2022, come modificato dal D.P.C.M. 4 agosto 2022, v. l'art. 12, comma 3, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, che ha introdotto disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, e che è stato convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14.

A dicembre 2022, nel confronto con altri Paesi UE, e considerando il rapporto tra punti di ricarica e veicoli elettrici circolanti, l'Italia risulta seconda solo ai Paesi Bassi e al Belgio<sup>77</sup>. Allo stesso tempo persistono alcune criticità.

Come è noto, per poter ottenere la quarta rata da 16 miliardi del PNRR ci sarebbero 27 obiettivi da conseguire entro il 30 giugno 2023<sup>78</sup>. Una misura prevista dal PNRR riguarda le infrastrutture di ricarica elettrica, e più precisamente la costruzione di stazioni di ricarica rapida per veicoli elettrici in autostrada e in zone urbane. Tale misura e l'investimento ad essa collegato comportano le riforme dei prezzi della ricarica e delle relative concessioni; sono inoltre necessarie le procedure di aggiudicazione relative alle gare competitive per la selezione dei progetti. Un profilo critico potrebbe riguardare gli aspetti qui richiamati e la conclusione delle procedure di aggiudicazione degli appalti<sup>79</sup>.

Per favorire lo sviluppo di una rete di ricarica pubblica efficiente sarebbero altresì necessari "interventi di semplificazione burocratica ed armonizzazione, oltre che contributi pubblici al fine di rendere il *business case* della ricarica pubblica sostenibile nel breve termine"<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. la quarta edizione del Report pubblicato da Motus-E, *Le infrastrutture di ricarica a uso pubblico in Italia* -dicembre 2022, cit., pp. 34 sgg.

<sup>78</sup> Sull'attuazione del PNRR e sugli obiettivi da conseguire per la terza rata da 19 miliardi e per la quarta rata da 16 miliardi, v., nell'area Documentazione della Camera dei Deputati, XIX legislatura, *sub* L'attuazione del PNRR (camera.it), nonché, *ivi*, a cura dei Servizi Studi della Camera e del Senato, il Dossier dal titolo *Monitoraggio dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. I traguardi e gli obiettivi da conseguire entro il 30 giugno 2023*, aggiornato all'11 aprile 2023. In data 7 giugno 2023 il Governo ha trasmesso al Parlamento la terza Relazione sull'attuazione del PNRR, aggiornata al 31 maggio 2023: v. *sub* L'attuazione del PNRR (camera.it)

<sup>79</sup> In realtà le criticità più significative riguardano altri obiettivi. Sull'attuazione della Componente M2C2- Investimento 4.3 (Sviluppo di infrastrutture di ricarica elettrica), v. la terza Relazione sull'attuazione del PNRR, aggiornata al 31 maggio 2023, e presentata al Parlamento il 7 giugno 2023, specie pp. 99-101: v. *sub* L'attuazione del PNRR (camera.it).

<sup>80</sup> Cfr. il par. 11 della quarta edizione del Report pubblicato da Motus-E, *Le infrastrutture di ricarica a uso pubblico in Italia* -dicembre 2022, cit., p. 41 sg., dove sono elencate le azioni ritenute necessarie per incrementare la ricarica ad uso pubblico.

# **Su alcuni sviluppi della presunzione giurisprudenziale di distribuzione occulta dei redditi accertati in capo a società di capitali a base ristretta**

*Roberto Schiavolin*

*Professore ordinario di Diritto tributario*

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza sulla presunzione di distribuzione di utili non contabilizzati da società di capitali a base ristretta. 2. Gli indirizzi secondo i quali gli utili di cui si presume il riparto comprendono i costi indeducibili e ad essi non si applica il trattamento ordinario dei dividendi. 3. Conclusioni.

## **1. La giurisprudenza sulla presunzione di distribuzione di utili non contabilizzati da società di capitali a base ristretta**

L'esperienza ormai ventennale della sezione tributaria della Suprema Corte di cassazione dimostra come talvolta essa non rifugga da interpretazioni contrastanti con i dati normativi, specie quando ritenga prevalente sulla *ratio* e sulla *littera legis* l'esigenza di tutelare l'interesse fiscale a fronte di condotte evasive o elusive<sup>1</sup>. Questa tendenza mi pare emerga anche dai più recenti sviluppi della giurisprudenza in materia di presunzione di occulta spartizione tra i soci degli utili non contabilizzati

<sup>1</sup> Basti qui l'esempio della giurisprudenza in materia di interpretazione antielusiva dell'art. 20 d.lgs. n. 131/1986, t.u. imposta registro, sulla quale si v. per tutti G. CORASANITI, *All'indomani della consolidata giurisprudenza costituzionale sulla ragionevolezza della scelta legislativa la querelle sull'interpretazione dell'art. 20 del t.u.r. può ritenersi finalmente conclusa?*, «Diritto e pratica tributaria», 2021, pp. 1382 e sgg.

di società di capitali a ristretta base partecipativa<sup>2</sup>. A mio avviso, in tale indirizzo una certa forzatura nell'interpretazione<sup>3</sup> è determinata da una sottintesa preoccupazione di non consentire ai soci di conservare i frutti di condotte evasive di cui erano consapevoli, sfruttando lo «schermo societario» risultante dalla disciplina degli artt. 45, 47, 59 e 89 t.u.i.r., per la quale i dividendi sono tassabili in capo ad essi soltanto se percepiti, sicché l'amministrazione finanziaria avrebbe lo scomodo onere di provarne l'incasso, e non v'è responsabilità solidale dei medesimi per il debito Ires della società.

Conviene muovere dal nucleo fondamentale di questo indirizzo (le cui prime manifestazioni precedono la riforma del 1971/1973)<sup>4</sup>, cioè dal

<sup>2</sup> Porta tale indirizzo come esempio di «presunzioni nate nella pratica applicazione del giudice» le quali «hanno finito per consolidarsi nella giurisprudenza, fino a costituire vere e proprie presunzioni giurisprudenziali, che, in alcuni casi, sembrano proporre soluzioni contrastanti con scelte sistematiche del legislatore», G. TINELLI, *Diritto processuale tributario*, Cedam, Padova 2021, p. 218; secondo A. CARINCI, S. ROSSETTI, *Distribuzione di utili in nero ai soci di società a ristretta base partecipativa: presunzione o regime di tassazione?*, «Il fisco», 2021, I, pp. 2707 e sgg., «quella che era nata come una presunzione semplice si è trasformata in una presunzione che, in tutto e per tutto, funziona alla stregua di una presunzione legale: con un esito imposto, ossia senza alcun libero apprezzamento del giudice, salvo solo la prova contraria a carico del contribuente».

<sup>3</sup> La consapevolezza della quale mi sembra sia rivelata da ultimo da Cass. civ., n. 35293/2022, laddove nella motivazione si dà atto che il Collegio ha deciso, in difformità dalla proposta del Presidente-Relatore, di confermare l'indirizzo secondo il quale agli utili la cui distribuzione sia presunta non si applicherebbe il regime sostanziale dei dividendi, cioè l'art. 47 t.u.i.r. oppure l'art. 27 d.P.R. n. 600/1973.

<sup>4</sup> Per una rassegna della dottrina e della giurisprudenza meno recenti sul tema, si v. per tutti F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria. Profili ricostruttivi di un modello impositivo*, Cedam, Padova 2012, pp. 38 e sgg. Tra i contributi più recenti, M. BEGHIN, *Gli utili da ristretta base partecipativa nelle torbide acque dei 'costi indeducibili' (nota a Cass. Sez. trib., 12 novembre 2020, n. 25501)*, «Il fisco», 2021, I, pp. 79 e sgg.; A. CARINCI, S. ROSSETTI, *Distribuzione di utili in nero ai soci*, cit., pp. 2707 e sgg.; M. CEDRO, *In tema di accertamento nei confronti dei soci di redditi non dichiarati dalle società di capitali a ristretta base sociale: segnali di maggiore tutela per i soci*, «Rassegna tributaria», 2020, pp. 846 e sgg.; P. COPPOLA, *La questione dell'onere della prova contraria (vincolata) in capo ai soci di società a ristretta base azionaria*, «Rivista telematica di diritto tributario», 2021, pp. 924 e sgg.; G. CONSOLO, *La presunzione giurisprudenziale di distribuzione di utili occulti, nelle società a ristretta base sociale, alla luce del nuovo regime di tassazione dei dividendi per le persone fisiche non imprenditori*, «Rivista telematica di diritto tributario», 2019, pp. 80 e sgg.; B. IANNELLO, *S.r.l. 'a ristretta base' e presunzione di distribuzione di utili extracontabili: nodi irrisolti e distorsioni applicative*, «Corriere tributario», 2020, pp. 31 e sgg.; F. RASI, *Aggiornamenti in tema di società a ristretta base proprietaria: finalmente un approccio sincretico*, «Diritto e pratica tributaria», 2019, pp. 2399 e sgg.; da ultimo, ID., *L'inarrestabile «lotta» della Cassazione contro le società a ristretta base proprietaria: nuove difese dalla riforma del processo tributario?*, «Rivista telematica di

riconoscimento dei requisiti di gravità, precisione e concordanza di cui all'art. 38, co. 3, d.P.R. n. 600/1973<sup>5</sup> nella presunzione che gli utili non contabilizzati di una società di capitali con pochi soci siano stati occultamente incassati, in proporzione alla rispettiva partecipazione, da ciascuno di questi, laddove esso non provi il contrario<sup>6</sup>. Infatti, secondo la Corte di cassazione, un numero limitato di soci, quale si presenta soprattutto nelle compagini a base familiare<sup>7</sup>, comporta una «complicità» o «solidarietà» tra essi, tale da rendere probabile la conoscenza da parte di ciascuno delle reali vicende della gestione sociale (alcune sentenze affermano che questi abbiano un dovere o un onere di controllo su di essa)<sup>8</sup>. Per inciso, tale presunzione è considerata applicabile anche se i soci siano altre società

diritto tributario», 17 novembre 2022.

<sup>5</sup> Peraltro, pur essendo applicabile per l'accertamento di redditi di capitale l'art. 38 d.P.R. 600/1973, Cass. civ., n. 6073/2018, Cass. civ., n. 7168/2021 e Cass. civ., n. 25737/2022 fondano la presunzione di distribuzione sull'art. 39, comma 1, lett. *d*, d.P.R. n. 600/1973, in materia di accertamento di redditi di impresa.

<sup>6</sup> Tale distribuzione extra-bilancio si presume sia avvenuta durante il periodo d'imposta di conseguimento degli utili (cfr. Cass. civ., n. 28789/2008).

<sup>7</sup> Nel senso che non siano necessari rapporti di parentela tra i soci, bensì un numero ristretto di essi, per presumere la distribuzione occulta di utili non risultanti dalla contabilità, cfr., per esempio, Cass. civ., n. 19680/2012, Cass. civ., n. 11599/2021. La giurisprudenza non individua comunque un limite numerico della «base ristretta» o della «stretta cerchia familiare»: oltre all'ovvio caso di socio unico (Cass. civ., n. 11045/2019), la riconoscono, per esempio, nel caso di sette soci Cass. civ., n. 3254/2000, nel caso di «tre soli nuclei familiari» Cass. civ. n. 19803/2003. Inoltre, la presunzione si ritiene applicabile anche se un socio sia a sua volta una società di capitali, qualora anch'essa sia a ristretta base sociale, in forza di un'interpretazione conforme ai principi di eguaglianza e di capacità contributiva e del principio del divieto dell'abuso di diritto (Cass. Civ., n. 27049/2019, Cass. civ., n. 13841/2021). Da notare la peculiare applicazione della presunzione da parte di Cass. civ., n. 32451/2022, con riferimento non ai nove soci effettivi di una società cooperativa, ma solo a due coniugi soci «di fatto» e «tiranni» che avevano assunto in essa un ruolo gestionale.

<sup>8</sup> Cfr. per esempio Cass. civ., n. 2224/2021, par. 17.3; nonché Cass. civ., n. 3254/2000, Cass. civ., n. 1932/2016, Cass. civ., n. 17358/2009. Secondo Cass. civ., n. 15828/2016 la ristrettezza dell'assetto societario normalmente implica un vincolo di solidarietà e di «reciproco controllo» dei soci nella gestione sociale ed un elevato grado di compartecipazione e di conoscenza degli affari sociali; Cass. civ., n. 1906/2008, nel senso che tale «maggiore conoscibilità degli affari societari» comporti «la sottoposizione del socio all'onere di conoscere», anche se di giovane età (ma maggiorenne), potendo esso provare «fatti impeditivi della conoscibilità, dei comportamenti adottati per acquisire la conoscenza che siano risultati vani, così che si giustifica anche il suo stato di ignoranza, e dei comportamenti volti a far valere la responsabilità dei gestori della società per le anomalie contabili»; nel senso che in società siffatte tutti i soci, ed a maggior ragione il legale rappresentante (pur se nel caso concreto questi affermava di essere stato un mero prestanome), siano «tenuti ad esercitare la vigilanza sull'attività sociale, anche al fine di escludere la propria responsabilità personale», Cass. civ., n. 14220/2021.

di capitali, qualora abbiano a loro volta una base sociale ristretta, ed ai rispettivi soci; tale estensione è stata giustificata con le esigenze di eguale trattamento a parità di capacità contributiva, nonché di contrasto all'abuso del diritto attraverso lo «schermo della personalità giuridica» e con la «tendenza all'oggettivazione del diritto commerciale ed all'attribuzione di rilevanza giuridica dell'impresa, indipendentemente dalla forma giuridica assunta dal suo titolare»<sup>9</sup>.

Dunque, benché i redditi di capitale, inclusi i dividendi, siano tassati soltanto quando vengono percepiti<sup>10</sup>, all'amministrazione finanziaria è sufficiente accertare in capo alla società utili superiori a quelli risultanti dal bilancio e provare la ristrettezza della base sociale per fondare sulla presunta ripartizione di essi le pretese nei confronti di ciascun socio, al quale toccherebbe pertanto dimostrare di non avere incassato la quota di detti utili a lui spettante<sup>11</sup>.

Parte della dottrina vede in ciò la pretesa di una «prova diabolica», in quanto avente ad oggetto un fatto negativo<sup>12</sup>. Tuttavia, anche se in giurisprudenza si considera insufficiente, per esempio, provare l'assenza di versamenti fatti dalla società su conti bancari dei soci o di investimenti o spese di questi ulteriori rispetto a quanto giustificato dai redditi da essi dichiarati<sup>13</sup>, la Suprema Corte richiede in effetti la dimostrazione di fatti

<sup>9</sup> Cfr. Cass. civ., n. 13841/2021; si v. inoltre, per esempio, Cass. civ., n. 9849/2011, Cass. civ., n. 27049/2019.

<sup>10</sup> Cfr. art. 45 t.u.i.r. Come è noto, sono invece imputati ai soci «per trasparenza», cioè indipendentemente dalla percezione, i redditi di società di persone residenti in Italia, ex art. 5 t.u.i.r., nonché quelli delle società di capitali che, possedendo i requisiti di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r. abbiano optato, assieme ai soci, per il regime di trasparenza fiscale ivi previsto.

<sup>11</sup> Nel senso che non si tratti di una doppia presunzione, in quanto il fatto noto non è costituito dalla sussistenza dei maggiori redditi accertati nei confronti della società, ma dalla ristrettezza della base sociale e dal vincolo di solidarietà e di reciproco controllo dei soci che, in tal caso, normalmente caratterizza la gestione sociale, p.es. Cass. civ., n. 9519/2009 e Cass. civ., n. 17076/2022, la quale, comunque, esclude la sussistenza di un generale «divieto di presunzioni di secondo grado o a catena»; secondo Cass. civ., n. 7103/2016 pertanto, «la sussistenza di utili extracontabili costituisce il presupposto non della presunzione di distribuzione degli stessi tra i soci, ma dell'accertamento della concreta percezione di una determinata somma, da ciascun socio, in ragione della sua quota di partecipazione agli utili sociali».

<sup>12</sup> Cfr. p.es. L. LOVECCHIO, *La diabolica prova contraria alla presunta distribuzione di utili nella società a ristretta base sociale*, «Il fisco», 2014, pp. 1943 e sgg.; M. CEDRO, *In tema di accertamento nei confronti dei soci*, cit., pp. 846 e sgg.; P. COPPOLA, *La questione dell'onere della prova contraria*, cit., p. 924 e sgg.

<sup>13</sup> Cfr. p.es. Cass. civ., n. 16525/2022.

incompatibili con il fondamento della suddetta presunzione: per esempio, che siano stati impediti al socio i controlli sulla gestione sociale previsti dall'art. 2476 cod. civ.<sup>14</sup> (mentre non basta provare di non aver esercitato un'influenza significativa su di essa)<sup>15</sup>, oppure che la società abbia accantonato o reinvestito gli utili extracontabili<sup>16</sup> (raramente, si considera

<sup>14</sup> Dimostrando, per esempio, che il socio aveva promosso un'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore per avergli impedito di controllare tale gestione (cfr. Cass. civ., n. 1932/2016). Cass. civ., n. 25807/2021 ha considerato idonea la prova del «disenso con il socio amministratore» e delle «iniziative giudiziarie volte proprio al conseguimento della documentazione contabile» per svolgere il controllo previsto dall'art. 2476 cod. civ.; Cass. civ., n. 32468/2018 ha cassato la sentenza di merito che aveva trascurato la «mole di documenti» adottati come prova dell'estraneità di un socio alla gestione effettiva della società; Cass. civ., n. 26112/2019 richiede una prova la quale «lasci dubitare che il socio non solo non sia stato messo a parte delle decisioni gestionali ma anche degli utili d'impresa, ovvero sia stato ad esso anche impedito di controllarne l'esistenza (avvalendosi dei poteri di accesso che ad esso competono ex art. 2476 c.c.)»; Cass. civ., n. 29794/2021 fa riferimento a rapporti «profondamente deteriorati» tra il ricorrente ed il socio amministratore, con «liti giudiziarie civili e procedimenti penali» e la revoca dell'incarico al commercialista di fiducia della società, per cui «il socio non aveva avuto la possibilità di effettuare controlli sull'attività gestoria dell'amministratore, responsabile dell'acquisizione degli utili in nero». Per casi concreti in cui si è, invece, considerata inidonea la prova di liti giudiziarie, cfr. Cass. civ., n. 15365/2018 (secondo la quale l'azione di responsabilità verso l'amministratore non bastava a provare l'estraneità del ricorrente alla gestione della società, anzi confermava indirettamente la presunta distribuzione di utili extracontabili) e Cass. civ., n. 27637/2019, nel senso che la commissione tributaria regionale avesse «correttamente» disatteso una sentenza civile di accertamento della simulazione assoluta dell'acquisto delle quote sociali con un «implicito giudizio di irrilevanza e di inopponibilità all'Agenzia delle Entrate»; similmente, Cass. civ., n. 9849/2011 ha considerato insufficiente la documentazione della cessione delle quote, sotto il profilo dell'autenticità e della certezza della data, a provare l'«uscita di scena» di un socio.

<sup>15</sup> Cfr. per esempio, Cass. civ., n. 1932/2016, Cass. civ., n. 18042/2018, Cass. civ., n. 26112/2019 (secondo la quale «il fatto che il socio di S.r.l. a base ristretta rimanga distante dalle decisioni che attengono all'amministrazione e alla gestione dell'impresa sociale non è incompatibile con la distribuzione degli utili extracontabili»), Cass. civ., n. 17352/2022 (nel senso che non rilevi se il controllo della società sia in mano ad altri soci); Cass. civ., n. 27445/2020 (secondo la quale il socio dovrebbe provare di aver avuto «un ruolo meramente formale di semplice intestatario delle quote sociali», senza svolgere nessuna delle «attività di gestione e controllo riservate dalla legge (e dallo statuto) al socio della società a responsabilità limitata»); Cass. civ., n. 26873/2016 (nel senso che non basti la richiesta, fatta dal socio, di un rendiconto della gestione, né il suo lavoro presso un'altra azienda); Cass. civ., n. 7103/2016 (secondo la quale non bastano un estratto del conto corrente personale del socio ed una denuncia penale nei confronti dell'altro socio e di un «socio occulto»).

<sup>16</sup> Cfr. per esempio, Cass. civ., n. 8351/2002, Cass. civ., n. 1906/2008, Cass. civ., n. 20722/2010, Cass. civ., n. 10898/2015, Cass. civ., n. 18042/2018.



possibile anche provare «l'assenza di una concreta provvista finanziaria trasferibile nella sfera patrimoniale» dei soci)<sup>17</sup>.

Benché a fondamento della presunzione stia anzi tutto il conseguimento da parte della società degli utili di cui si presume la distribuzione occulta, non è pacifico se un socio, impugnando l'accertamento a suo carico, possa lamentare l'infondatezza di quello, divenuto definitivo, del reddito societario. La diversità delle posizioni di società e soci, in quanto destinatari di distinti atti impositivi (ciascuno impugnabile, come è noto, solo per «vizi propri», ex art. 19, d.lgs. n. 546/1992), fa infatti sorgere il problema della modalità per contestare la premessa del presunto incasso di utili da parte di questi, ossia la misura del reddito societario non dichiarato. Varie sentenze, pur negando che al socio sia sufficiente lamentare la «mancanza di prova di un valido e definitivo accertamento» nei confronti della società (non occorrendo la definitività di quest'ultimo per emanare quelli a carico dei soci)<sup>18</sup>, lo ammettono a confutare «non solo l'avvenuta distribuzione degli utili in nero, ma finanche la stessa ricorrenza della loro formazione in capo alla società»<sup>19</sup>, ed alcune pongono a suo carico un onere di contestare il reddito societario accertato<sup>20</sup>. Secondo altre decisioni, tuttavia, un socio, nel giudizio sull'avviso di accertamento nei suoi confronti, potrebbe provare di non aver percepito gli utili extracontabili, ma non contestare l'accertamento del reddito societario divenuto defini-

<sup>17</sup> Cfr. Cass. civ., n. 30351/2019, Cass. civ., n. 12019/2022, Cass. civ., n. 23432/2022.

<sup>18</sup> Cfr. per esempio, Cass. civ., n. 5076/2011; Cass. civ., n. 19013/2016; nonché Cass. civ., n. 17461/2017 e Cass. civ., n. 11045/2019 per la sufficienza di una sentenza non ancora passata in giudicato nei confronti della società.

<sup>19</sup> Cfr. Cass. civ., n. 25678/2022, Cass. civ., n. 39285/2021, Cass. civ., n. 15422/2021, Cass. civ., n. 16913/2020, Cass. civ., n. 33976/2019, Cass. civ., n. 25115/2014.

<sup>20</sup> Secondo Cass. civ., n. 386/2016 non sussisterebbe «alcun rapporto di pregiudizialità necessaria tra accertamento a carico del socio ed a carico della società»: il maggior reddito accertato a carico di quest'ultima, ripercuotendosi sul reddito del primo, comporterà per esso «l'onere di contestare non solo la presunzione, ma pure le risultanze della verifica e la rideterminazione del reddito della società effettuato dall'Ufficio»; secondo Cass. civ., n. 29503/2020, una censura relativa al reddito societario sollevata dal socio in «un ricorso proposto congiuntamente alla società», ma non nella sua separata domanda di annullamento dell'accertamento nei propri confronti, non sarebbe apprezzabile con riferimento a quest'ultima, ancorché poi riunita al giudizio intrapreso dalla società; secondo Cass. civ., n. 19117/2022, «non è sufficiente che il socio contesti la mancanza di prova di un valido e definitivo accertamento nei confronti della società ma è necessario che contesti lo stesso effettivo conseguimento, da parte della società, di tali utili, ove non sia in grado di dimostrare la mancata distribuzione degli stessi, stante l'autonomia dei giudizi nei confronti della società e del socio ed il rapporto di pregiudizialità dell'accertamento nei confronti della prima rispetto a quello verso il secondo».

tivo<sup>21</sup> (pur precisandosi talora che esso potrebbe difendersi partecipando al procedimento nei confronti della società)<sup>22</sup>.

Si è però condivisibilmente osservato in dottrina che non è opponibile ad un soggetto la definitività di un atto impositivo ad esso non notificato<sup>23</sup>. Infatti, secondo la giurisprudenza, l'accertamento del reddito della società deve essere notificato solo a quest'ultima ed i soci sarebbero «privi di legittimazione processuale» nel giudizio sulla determinazione di tale reddito<sup>24</sup>. Inoltre, gli avvisi di accertamento nei loro confronti potrebbero essere motivati semplicemente rinviando a quello societario, senza bisogno di allegarlo, in quanto l'art. 2476 c.c. dà ad essi il diritto di consultare la documentazione contabile della società, comprendente tale atto<sup>25</sup>.

Riguardo a tale possibilità di motivare l'avviso di accertamento rinviando ad un altro atto, è ben noto come l'art. 42, secondo comma, ult. per., d.P.R. n. 600/1973 l'ammetta solo se quest'ultimo sia allegato al primo, ne sia riprodotto in esso il contenuto essenziale o se sia già «conosciuto» o sia già stato «ricevuto» dal destinatario dell'atto che effettua il

<sup>21</sup> Secondo Cass. civ., n. 441/2013, quando «il reddito nei confronti della società risulti accertato in maniera definitiva, il giudizio nei confronti del socio, per quanto attiene all'esistenza degli utili extracontabili realizzati dalla società, è pregiudicato dall'esito dell'accertamento effettuato nei confronti della società stessa» (nel caso di specie, la società non aveva impugnato); per Cass. civ., n. 19565/2014, al socio è preclusa «la facoltà di contestare, in sede di impugnazione dell'avviso di accertamento nei suoi confronti, l'accertamento di maggiori utili divenuto ormai definitivo a carico della società», anche se ciò dipendesse da un condono; Cass. civ., n. 15828/2016, esclude che il socio possa contestare nel merito, ricorrendo contro l'avviso di accertamento a lui notificato, quello a carico della società divenuto definitivo per omessa impugnazione; per Cass. civ., n. 7103/2016 il socio, nel ricorso contro l'accertamento nei suoi confronti, essendo oggetto del contendere l'applicabilità della presunzione di distribuzione di utili extra-contabili, non può lamentare vizi formali dell'avviso di accertamento societario definitivo.

<sup>22</sup> Secondo Cass. civ., n. 3980/2020, il socio nel giudizio sull'accertamento nei propri confronti non può far valere vizi di quello nei confronti della società, anche se questa non l'abbia impugnato, ma potrebbe «prendere parte attiva agli accertamenti esperiti nei confronti della società, al fine di contrastarli». La Sez. sesta civile, con ord. n. 30458/2022, ha rimesso alla Sez. quinta la decisione segnalando il contrasto tra Cass. n. 17356/2020 e Cass. n. 3980/2020.

<sup>23</sup> Cfr. A.CONTRINO, *Ancora sulla presunzione di distribuzione di utili occulti nelle società di capitali «a ristretta base proprietaria»*, «Rassegna tributaria», 2013, pp. 1113 e sgg.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. civ., n. 441/2013.

<sup>25</sup> Cfr. Cass. civ., n. 12698/2022, Cass. civ., n. 39285/2021, Cass. civ., n. 33915/2019; per un caso in cui, comunque, l'accertamento societario era stato allegato a quello notificato al socio, Cass. civ., n. 11045/2019; per la rilevanza della riproduzione del contenuto essenziale dell'accertamento societario nella motivazione di quello nei confronti del socio, Cass. civ., n. 1906/2008.

rinvio: non basta, dunque, la semplice «conoscibilità», cioè la possibilità di procurarselo. La giurisprudenza in questo caso sembra appagarsi di una presunzione semplice di conoscenza dell'avviso di accertamento societario basata sul diritto del socio *ex art. 2476 c.c.*, ma la ragione della quale è facilmente ravvisabile nella «complicità» tipica di una ristretta compagine societaria. Tuttavia, il socio può ovviamente dimostrare che l'avviso di accertamento nei suoi confronti sia nullo perché in concreto gli è stato impedito di conoscere l'accertamento societario almeno fino ad una data successiva alla notifica di quello individuale, eventualmente perché in tale momento non era più socio<sup>26</sup>.

Al di là del dovere di motivazione, il diritto di difesa di un socio non può essere compromesso perché la società non ha impugnato l'accertamento nei propri confronti, né perché si è formato un giudicato in un processo al quale egli non abbia potuto partecipare<sup>27</sup>, essendo le rispettive posizioni indipendenti. Tale indipendenza risulta anche dalle sentenze secondo le quali l'accertamento con adesione della società non è vincolante rispetto ai soci<sup>28</sup> (sicché non occorre farli partecipare al contraddittorio

<sup>26</sup> Cfr. per esempio, Cass. civ., n. 4239/2022 nel senso della nullità della motivazione *per relationem* se il socio sia receduto dalla società prima della notifica dell'avviso di accertamento ad essa e se quest'ultimo non sia allegato o riprodotto nei contenuti essenziali (non bastando un mero accenno alle voci di maggiore imponibile accertato in capo alla società); Cass. civ., n. 16914/2017, secondo la quale occorre verificare, a posteriori, se il socio avesse la possibilità concreta, al momento della notifica dell'atto impositivo a lui diretto, di conoscere le ragioni dell'accertamento nei confronti della società, in virtù della sua possibilità di accedere agli atti amministrativi sociali; secondo Cass. civ., n. 19117/2022, in un caso in cui l'atto nei confronti del socio conteneva «integralmente la motivazione posta a fondamento dell'atto di accertamento destinato alla società» la notifica del primo anteriormente a quello societario non incidere, di per sé, sulla sua legittimità, trattandosi di «atti distinti e separati pur essendo legati da vincolo di pregiudizialità», ed essendo il secondo «unicamente il presupposto di fatto, ma non condizione» dell'accertamento nei confronti del socio.

<sup>27</sup> Secondo Cass. civ., n. 13839/2022, «il socio non può, di norma, dolersi dell'accertamento effettuato nei confronti della società proponendo doglianze ad esso riferibili», ma può contestare la determinazione degli utili extracontabili se essa non l'avesse impugnato. Secondo Cass. civ., n. 19013/2016, i soci possono contestare la determinazione del reddito della società se non abbiano preso parte, né siano stati messi in grado di farlo, al processo da essa instaurato.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. civ., n. 16810/2017, per la quale il reddito accertato con adesione della società «non si presume distribuito ai soci, incombendo sull'ufficio l'onere della prova in ordine alla distribuzione di esso», e gli elementi emersi nel contraddittorio «possono essere considerati, nella fase contenziosa instauratasi tra l'amministrazione ed il socio, solo quali elementi di prova da valutare unitamente alle prove offerte dal contribuente»; secondo Cass. civ., n. 32959/2018, il «verosimile maggior reddito accertato» con l'adesione della

come i soci di società di persone ai sensi dell' art. 4, comma 2, d.lgs. n. 218/1997<sup>29</sup>; nonché da quelle per cui, se (solo) la prima definisce il rapporto mediante condono, l'amministrazione finanziaria non deve per questo ridurre l'imposta pretesa dai soci<sup>30</sup>. Per converso, in giurisprudenza si riconosce un'efficacia riflessa *in bonam partem* dell'accertamento giudiziale del reddito societario: un annullamento per motivi formali non avrebbe rilevanza nei processi sui redditi dei soci<sup>31</sup>, mentre uno, anche parziale, per ragioni di merito, determinando l'utile distribuibile in misura inferiore a quella di cui si era presunta la distribuzione, comporterebbe l'illegittimità delle conseguenti pretese (secondo un altro indirizzo, i soci potrebbero avvalersi come prova del giudicato nei confronti della società)<sup>32</sup>.

società «specie in mancanza di evidenze in senso opposto» si può presumere distribuito ai soci, ma questi possono «fornire la più ampia prova contraria»; mentre Cass. civ., n. 19068/2022 sottolinea piuttosto che «l'imputazione ai soci del reddito ... prescinde dall'eventuale natura adesiva dell'accertamento nei confronti dell'ente», in quanto, «accertato con adesione o in altro modo, il maggior reddito di una società a ristretta base partecipativa si presume distribuito *pro quota* ai soci in forma di utili extracontabili».

<sup>29</sup> Cfr. Cass. civ., n. 37193/2021.

<sup>30</sup> Secondo Cass. civ., n. 6073/2018, presentare domanda di condono è un diritto lasciato al libero e prudente apprezzamento di ciascun contribuente, quindi la scelta della società di fruirne è irrilevante ai fini delle pretese fiscali verso i soci; per Cass. civ., n. 386/2016 «la presunzione di attribuzione *pro quota* ai soci ... degli utili extra bilancio ... non viene meno in ipotesi di presentazione di domanda di condono da parte della società, essendo questa ed il socio titolari di posizioni fiscali distinte e indipendenti ... potendo dunque notificarsi avviso di accertamento del maggior reddito da partecipazione nei confronti del socio di società di capitali a ristretta base, anche in caso di condono tombale della società, i cui effetti preclusivi non si estendono ai soci, stante la distinta soggettività e posizione fiscale di questi ultimi»; per Cass. civ., n. 11599/2021, la dichiarazione integrativa «non comporta alcuna preclusione all'accertamento nei confronti dei soci dell'ammontare dei dividendi da questi effettivamente percepiti»; secondo Cass. civ., n. 29503/2020, prescindendo le definizioni per condono dall'accertamento dell'imponibile, il reddito da partecipazione dei soci non deve essere adeguato a quello della società, se solo questa vi ha aderito. Cass. civ., n. 19565/2014, invece, considera vincolante per il socio «l'accertamento di maggiori utili divenuto ormai definitivo a carico della società» in seguito a condono.

<sup>31</sup> Secondo Cass. civ., n. 39285/2021, un «annullamento per vizi del procedimento (come nell'ipotesi di inesistenza della notifica e per errata intestazione dell'avviso), le quali danno luogo ad un giudicato formale, e non sostanziale, difettando una pronuncia che revochi in dubbio l'accertamento sulla pretesa erariale» non avrebbe «carattere pregiudicante» nei giudizi sui redditi dei soci; secondo Cass. civ., n. 10455/2021, «l'assenza di un accertamento irrefutabile sulla inesistenza nel merito della pretesa correlata ai ricavi non contabilizzati può essere posto a base della pretesa nei confronti del socio».

<sup>32</sup> Cfr. per esempio, Cass. civ., n. 13839/2022, nel senso che il giudicato sull'accertamento nei confronti della società ha un «effetto riflesso» nei giudizi sugli accertamenti nei confronti dei soci; Cass. civ., n. 39285/2021, secondo la quale l'accertamento societario sarebbe «presupposto» e «pregiudicante» rispetto a questi ultimi; secondo Cass. civ., n.

Benché in dottrina si sia ricollegata a tale pregiudizialità delle decisioni sul reddito della società l'esigenza del litisconsorzio necessario, come in materia di società di persone<sup>33</sup>, la giurisprudenza la nega, ritenendo invece applicabile ai processi sui redditi dei soci la sospensione<sup>34</sup> ai sensi dell'art. 39, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 546/1992 (in precedenza, ai sensi dell'art. 295 c.p.c.)<sup>35</sup>.

13989/2019, se dal giudicato nei confronti della società risulta l'insussistenza o la minore consistenza di utili extracontabili, questo ha efficacia riflessa nei giudizi sui redditi dei soci perché «rimuove (in tutto o in parte) il presupposto da cui dipende il maggior utile da partecipazione». Secondo Cass. civ., n. 30568/2017, invece, «la sentenza irrevocabile favorevole alla società contribuente, che esclude il conseguimento di superiori ricavi non contabilizzati ... può essere utilizzata dal socio come prova nel giudizio tributario per contestare ai fini Irpef i presunti utili percepiti».

<sup>33</sup> In dottrina, cfr. per esempio, F. AMATUCCI, *Diritto di difesa e presunzioni di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, «Corriere tributario», 2018, pp. 522 e sgg. e M.V. SERRANÒ, *La presunzione di distribuzione di utili extracontabili e la legittimità dell'accertamento sul socio implicano il rispetto del contraddittorio endoprocedimentale e del litisconsorzio necessario*, «Diritto e pratica tributaria», 2022, pp. 550 e sgg., la quale però (nonostante il titolo) afferma che «l'istituto della sospensione tuteli maggiormente l'esigenza di evitare l'ingenerarsi di giudicati contrastanti».

<sup>34</sup> Cfr. Cass. civ., n.30568/2017, nel senso che non sussista litisconsorzio necessario, ma il rapporto di pregiudizialità tra le due cause comporti la sospensione del processo sul reddito del socio, in attesa della decisione di quello pregiudicante promosso dalla società; Cass. civ., n. 25556/2017, secondo la quale l'accertamento nei confronti della società sarebbe un indispensabile antecedente logico-giuridico di quello nei confronti del socio «in virtù dell'unico atto amministrativo da cui entrambe le rettifiche promanano»; Cass. civ., n. 10793/2016, nel senso che vi sia «un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico» tra i processi sull'uno e sull'altro accertamento; Cass. civ., n. 5393/2016, per la quale «la contemporanea pendenza del processo sull'avviso di accertamento nei confronti della società e del processo sull'avviso di accertamento nei confronti del socio impone un coordinamento», realizzabile con la sospensione del processo sull'avviso di accertamento nei confronti del socio fino al giudicato sull'avviso di accertamento nei confronti della società, o mediante la riunione dei processi; Cass. Civ., n. 15009/2017, che nega si dovesse sospendere un processo o riunire le cause se i ricorsi della società e dei soci siano stati esaminati nella stessa udienza e «decisi con medesimo esito dallo stesso collegio e relatore, senza quindi alcun pregiudizio del diritto di difesa, essendo invece la sospensione del processo prevista solo per il diverso caso di pendenza separata dei procedimenti nei quali si controverte del maggior reddito nei confronti della società e del reddito di partecipazione contestato dall'ufficio ai singoli soci»; secondo Cass. civ., n. 39285/2021 grava sul socio l'onere di allegare e provare la pendenza del processo pregiudicante per ottenere la sospensione di quello sull'accertamento pregiudicato.

<sup>35</sup> Se il processo pregiudicante pende in appello, la sospensione è facoltativa (ai sensi dell'art. 337 c.p.c., applicabile al processo tributario in base all'art.49, d.lgs. n. 546/1992 come mod. dall'art. 9, d.lgs. 156/2015): cfr. Cass. civ., n. 12900/2018, Cass. civ., n. 9843/2020, Cass. civ., n. 3188/2020. Secondo Cass. civ., n. 18182/2022, però, se è stata impugnata la sentenza sull'accertamento nei confronti della società, nel processo sul reddito di un socio

## **2. Gli indirizzi secondo i quali gli utili di cui si presume il riparto comprendono i costi indeducibili e ad essi non si applica il trattamento ordinario dei dividendi**

Il reddito imponibile di una società di capitali non coincide di per sé (trascuando qui i regimi opzionali di trasparenza previsti dagli artt. 115 e 116 t.u.i.r.) con gli utili suscettibili di essere ripartiti tra i soci: basti pensare alla quota di esso assorbita dall'Ires, nonché alla normale presenza di variazioni fiscali al risultato del conto economico. Pertanto, anche la presunzione di distribuzione non si potrebbe direttamente riferire al reddito accertato, ma soltanto a risorse le quali, oltre a non risultare dalla contabilità, possano essere prelevate dai soci: come si è osservato in dottrina, occorre «che la ricchezza non transitata nel bilancio e non indicata nella dichiarazione dei redditi sia riconducibile ad una violazione di norme tributarie sostanziali capace di generare, in capo all'ente, risorse monetarie», in quanto la «mancanza della suddetta liquidità impedisce che si possa immaginare un'effettiva distribuzione»<sup>36</sup>.

La giurisprudenza, però, ritiene legittimo presumere anche la distribuzione del maggior reddito dipendente dall'ineducibilità di una spesa effettivamente sostenuta<sup>37</sup>, adducendo a giustificazione che il recupero a tassazione di un costo si rifletterebbe comunque in una rettifica del conto economico<sup>38</sup>, o che nemmeno un'effettiva perdita contabile escluderebbe

il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può tenerne conto oppure sospendere il processo in attesa della decisione definitiva nel giudizio "pregiudicante": quindi, dovrebbe disporre la sospensione se non intenda conformarsi alla pronuncia impugnata.

<sup>36</sup> Cfr. M. BEGHIN, *Gli utili da ristretta base partecipativa*, cit., pp. 79 e sgg. Nel senso che in caso di «ineducibilità fiscale di costi sostenuti dall'impresa e imputati a bilancio, la presunzione di distribuzione è priva di ogni logica: manca infatti, in questi casi, la percezione di somme (ricavi) non dichiarate al Fisco, suscettibili di materiale distribuzione ai soci», D. STEVANATO, *La presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito societario*, «Corriere tributario», 2004, pp. 1009 e sgg.

<sup>37</sup> Parla però solo di costi «fittizi», osservando che il socio non aveva «dedotto (né tantomeno provato) che la indeducibilità contestata dall'Amministrazione riguardasse soltanto costi non inerenti (e quindi effettivamente sostenuti)», Cass. civ., n. 25737/2022.

<sup>38</sup> Cfr. p.es. Cass. civ., n. 17959/2012, secondo la quale «non può riscontrarsi alcuna differenza tra la percezione di maggiori ricavi e l'ineducibilità o inesistenza di costi»; per Cass. civ., n. 3980/2020 e Cass. civ., n. 25501/2020, la presunzione di distribuzione opera anche in relazione a costi fiscalmente non deducibili, perché fiscalmente neutrali «nel senso che di essi non è dato tener conto ai fini della determinazione della base imponibile, la quale tuttavia è da considerare comunque alterata, con conseguente inevitabile ricaduta sulla quantificazione delle imposte dovute»; secondo Cass. civ., n. 11599/2021 e Cass. civ., n. 2224/2021, «anche nel caso in cui il costo è indeducibile, per le più variegate ragioni

una distribuzione occulta ai soci di somme non transitate attraverso la contabilità<sup>39</sup>. Poiché questi argomenti ovviamente non dimostrano che alla spesa effettuata corrisponda una somma erogabile ai soci, forse la Suprema Corte con essi intende semplicemente negare che l'amministrazione finanziaria debba individuare una liquidità da distribuire<sup>40</sup>. Si può immaginare, alla base di questa posizione, l'idea che in una società a base ristretta, la dichiarazione della quale sia risultata infedele, i soci probabilmente attingessero ai flussi monetari via via prodotti dall'attività sociale, senza far emergere dalla contabilità detti prelievi e senza porsi il problema della corrispondenza di essi con gli utili risultanti dai futuri bilanci, sicché ai fini di un avviso di accertamento sarebbe sufficiente de-

(magari perché è stato violato il principio di competenza d.P.R. n. 917 del 1986, ex art. 109, sicché la somma doveva essere versata in altro esercizio, o per mancata inerenza o per violazione di norme fiscali, come il d.P.R. n. 917 del 1986, art. 99), ma è stato effettivamente sostenuto, con somme erogate in concreto ... la società matura un reddito di impresa di importo maggiore a quello dichiarato, con presunzione di distribuzione dello stesso ai soci in proporzione della quota posseduta. In tali ipotesi, infatti, la società ha erogato tutte le somme presenti nel passivo del conto economico tra i costi, ma si tratta di costi indeducibili che vanno ad alterare il conto economico, che, una volta emendato da tale errore, comporta inevitabilmente ricavi maggiori e, quindi, un reddito maggiore rispetto a quello dichiarato ... che si presume distribuito ai soci delle società a ristretta partecipazione»; conf. Cass. civ., n. 10724/2022, la quale aggiunge che «i costi indeducibili, quale che sia la ragione di tale indeducibilità, non possono essere considerati nel passivo del conto economico del bilancio, che, per il principio di derivazione di cui all'art. 83 d.P.R. 917/1986, è alla base del bilancio fiscale»; conf. Cass. civ., n. 8709/2022 e Cass. civ., n. 25322/2022; su quest'ultima si v., criticamente, F. RASI, *L'inarrestabile "lotta" della Cassazione contro le società a ristretta base proprietaria: nuove difese dalla riforma del processo tributario ?*, «Rivista telematica di diritto tributario», 17 novembre 2022; C. PRINO, «Automatismo presuntivo per gli utili accertati in capo alle società di capitali a ristretta base sociale», «Corriere tributario», 2022, pp. 1025 e sgg.; P. COPPOLA, *Ancora sui costi indeducibili ma effettivi attribuiti per presunzione ai soci di società di capitali a ristretta base azionaria*, «Rivista telematica di diritto tributario», 18 ottobre 2022. Aderisce invece alla posizione della giurisprudenza M.V. SERRANÒ, *La presunzione di distribuzione di utili extracontabili*, cit., p. 563.

<sup>39</sup> Cfr. per esempio, Cass. civ., n. 18640/2008, Cass. civ., n. 5488/2009, Cass. civ., n. 17358/2009, Cass. n. 8954/2013, Cass. n. 27778/2017.

<sup>40</sup> Cfr. Cass. civ., n. 10679/2022 e n. 19578/2022: «l'accertata dichiarazione o esposizione in bilancio di costi fittizi, da parte di una società di capitali a ristretta base partecipativa, è di per sé sufficiente a far presumere l'esistenza di un maggior reddito imponibile in misura pari ai costi fittiziamente dichiarati, senza alcuna necessità per l'amministrazione finanziaria di dimostrare che dal maggior reddito siano derivati maggiori utili distribuibili ai soci, e ferma restando la possibilità, per il contribuente, di fornire la prova contraria». Tuttavia in altre sentenze quell'esigenza sembra ammessa: cfr. Cass. civ., n. 16379/2022, la quale, equiparando a un costo non contabilizzato un'agevolazione disconosciuta, precisa che questa si concreta «in somme rimaste in disponibilità della società».

terminare correttamente i dividendi. Però, quando una somma sia stata effettivamente erogata dalla società per sostenere un costo, nonostante la «complicità» tra i soci ed anzi proprio perché essa dovrebbe renderli consapevoli degli affari sociali, è ovvio che non si siano potuti spartire denaro già pagato a terzi, e palesemente improbabile che decidano di dividerci una cifra equivalente, sicché una presunzione basata su un siffatto indizio risulta priva dei requisiti di gravità, precisione e concordanza<sup>41</sup>. Inoltre, è ovvio che non comporta un maggiore utile di bilancio l'indeducibilità di una spesa fondata solo sulla «violazione di norme fiscali» diverse da quelle applicabili ai fini del conto economico<sup>42</sup>. Tuttavia, anche se la regola tributaria violata fosse identica ad un principio contabile o ad una regola di diritto commerciale da applicare per determinare l'utile che sarebbe stato distribuibile ai soci, quest'ultimo non coinciderebbe con la base imponibile Ires, giacché nel «rettificare» il conto economico si dovrebbe quantomeno considerarlo al netto della maggiore imposta.

Se la Suprema Corte volesse correggere gli equivoci insiti in quelle affermazioni salvaguardando la logica di fondo della presunzione e la tutela dell'interesse fiscale da cui è ispirata, forse potrebbe chiarirle come specificazioni della ripartizione dell'onere della prova tra amministrazione finanziaria e soci. Vale a dire che, quando l'amministrazione finanziaria contesti la deduzione di spese effettive ma indeducibili ai sensi di regole applicabili ai fini sia della base imponibile, sia del conto economico, dovrebbero essere i soci ad eccepire l'impossibilità, per carenza di liquidità, di ripartire i maggiori utili i quali risulterebbero dal bilancio se in esso non fossero stati illegittimamente inseriti detti costi. Ai soci, dunque, per escludere la presenza dei requisiti di gravità, precisione e concordanza dovrebbe essere sufficiente dimostrare l'impiego nell'erogazione di quella spesa delle risorse corrispondenti ai suddetti maggiori utili. Questo non esclude uno sviluppo del contraddittorio amministrativo sulla fattispecie concreta, se, per esempio, l'amministrazione finanziaria possa dimostrare che il maggiore utile è stato invece effettivamente ripartito attingendo a

<sup>41</sup> Si comprende dunque l'auspicio di F. RASI, *L'inarrestabile "lotta" della Cassazione contro le società a ristretta base proprietaria*, cit., che il nuovo comma 5-bis dell'art. 7, d.lgs. n. 546/1992, introdotto dalla l. n. 130/2022, imponendo all'amministrazione finanziaria l'onere di provare, in modo circostanziato e puntuale, le ragioni oggettive della pretesa fiscale, possa portare al superamento di questo indirizzo.

<sup>42</sup> L'errore è evidente proprio nell'esempio fatto da Cass. civ., n. 2224/2021, riferito all'art. 99 t.u.i.r., concernente l'indeducibilità di oneri fiscali e contributivi, perché il "risultato prima delle imposte" del bilancio sarebbe interamente distribuibile solo se non ci fossero quei prelievi a decurtarlo.



somme tratte *aliunde*, o che una spesa non inerente era andata occultamente a vantaggio di uno o più soci.

Mi sembra inopportuno, invece, indicare questi indirizzi giurisprudenziali con la formula «trasparenza per presunzione»<sup>43</sup>, anche se l'intento fosse di criticarli laddove portano all'esito *contra legem* di imputare ai soci il reddito accertato in capo alla società anziché le somme distribuibili in base alle regole sul bilancio. L'aspetto essenziale dei regimi di trasparenza fiscale, come quelli di cui agli artt. 5, 115 e 116 t.u.i.r., è la tassazione del reddito societario *soltanto* in capo ai soci (appunto in quanto la società, essendo «trasparente», non fa da «schermo» ad essi). Tuttavia, appunto perché il legislatore, per le società di capitali, prevede regimi siffatti solo nelle ipotesi ben delimitate degli artt. 115 e 116 t.u.i.r., confermandone così la soggettività Ires negli altri casi, se si ricollegasse alla presunzione giurisprudenziale di spartizione degli utili extrabilancio l'inapplicabilità alla società dell'Ires sui medesimi, la violazione delle norme sostanziali sarebbe macroscopica<sup>44</sup>. Poiché pure in giurisprudenza si esclude che agli utili di cui si presume la ripartizione sia applicato il regime delle società personali<sup>45</sup>, mi pare meglio non usare una formula come «trasparenza per presunzione», la quale potrebbe essere piegata allo scopo di razionalizza-

<sup>43</sup> Si v., per esempio, S. FURIAN, *Utili presunti in capo ai soci se l'accertamento societario è annullato per vizi procedurali*, «il fisco», 2022, I, pp. 557 e sgg.; M.V. SERRANÒ, *La presunzione di distribuzione di utili extracontabili*, cit., pp. 550 e sgg.; F. AMATUCCI, *Diritto di difesa e presunzioni di distribuzione di utili*, cit., pp. 522 e sgg.; M. GOLISANO, *Brevi note in tema di trasparenza per «presunzione» e limiti soggettivi del giudicato*, in «Diritto e pratica tributaria», 2015, pp. 523 e sgg.; F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, cit., pp. 38 s.; F. RASI, *La 'trasparenza per presunzione' delle società a ristretta base proprietaria: l'attendibilità della presunzione ed il problema della qualificazione del reddito*, in «Rivista trimestrale di diritto tributario», 2013, pp. 119 e sgg.; G. SCANU, *La presunzione di distribuzione degli utili nelle 'piccole' società di capitali tra ragione fiscale e difesa del contribuente*, in «Rivista trimestrale di diritto tributario», 2012, pp. 443 e sgg.; V. FICARI, *Presunzione di assegnazione di utili extrabilancio ai soci e imputazione di costi fittizi*, in «Corriere tributario», 2008, pp. 1049 e sgg.

<sup>44</sup> Infatti, F. RASI, *La 'trasparenza per presunzione' delle società a ristretta base proprietaria*, cit., pp. 119 e sgg., critica tale applicazione del meccanismo di trasparenza fuori dei casi previsti dalla legge, la quale impone di recuperare le imposte rispettivamente evase dalla società e dai soci.

<sup>45</sup> Cfr. per esempio, Cass. civ., n. 17358/2009, Cass. civ., n. 19803/2003, Cass. civ., n. 2224/2021. Secondo Cass. civ., n. 17461/2017, «diversamente da quanto avviene per le società di persone, il cui regime fiscale è improntato al principio di trasparenza ed i redditi della società sono considerati redditi dei soci, nelle società di capitali non sussiste un simile meccanismo di imputazione dei redditi delle società ai soci».

re la costruzione pretoria di un diverso trattamento sostanziale degli utili così accertati, rispetto ai dividendi distribuiti in base a bilancio<sup>46</sup>.

Ciò vale ancor più di fronte ad un altro sviluppo criticabile della giurisprudenza in esame, secondo il quale gli utili extracontabili concorrerebbero per intero alla base imponibile Irpef di ciascun socio, anziché essere soggetti ai regimi ordinari, da un lato, di cui all'art. 27, d.P.R. n. 600/1973<sup>47</sup>, dall'altro, di cui all'art. 47 (nel testo anteriore alla mod. di cui alla l. n. 205/2017) e 59 t.u.i.r. ed al d.m. 26 maggio 2017<sup>48</sup>. Si afferma infatti che questi trattamenti si applicherebbero solo agli utili distribuiti in base a delibera, mentre quando «la società risulta, nel concreto, trasparente come una società di persone poiché i soci, come avviene in tali entità» si sarebbero ripartiti *sic et simpliciter* l'utile societario<sup>49</sup>, non vi sarebbe

<sup>46</sup> Cfr. A. CARINCI, S. ROSSETTI, *Distribuzione di utili in nero ai soci*, cit., pp. 2707 e sgg., nel senso che si stia consumando un «fraitendimento ... nel far funzionare la presunzione alla stregua di un peculiare regime di trasparenza societaria, in difetto di qualsivoglia base normativa». In effetti, una propensione a cercare appigli per costruzioni evolutive a sostegno dell'indirizzo giurisprudenziale risulta, per esempio, da Cass. civ., n. 13841/2021, la quale, ricollegando, come si è detto, la presunzione di distribuzione occulta al divieto di abuso del diritto, ha ricordato la «tendenza legislativa degli ultimi venti anni ... nel senso dell'accentuazione della natura personalistica della s.r.l., ove la persona del socio è fondamentale per garantire la fiducia che il mercato deve riporre nel sodalizio», onde «già sulla base del solo diritto societario comune» si legittimerebbe «l'assimilazione della s.r.l. alle società di persone nella questione che ne occupa, atteso che ne occupa, atteso che la struttura stessa della predetta società è tale per cui il socio conosce tutte le vicende societarie e, qualora la base partecipativa sia ristretta, fa scattare una serie di presunzioni». Nell'apprezzare quest'ampia visione interdisciplinare, non possiamo comunque non notare come l'indirizzo di cui trattasi, oltre a risalire a tempi ormai remoti, riguardi non solo le s.r.l. ma anche le s.p.a. a base ristretta.

<sup>47</sup> Ossia la ritenuta a titolo d'imposta (attualmente del 26%, mentre per i dividendi incassati anteriormente al 1° luglio 2014 era del 20% e per quelli incassati prima del 2012 era del 12,5 %) per dividendi derivanti da qualsiasi partecipazione non relativa ad impresa, se percepiti dal 1° gennaio 2018 (ex art. 1, co. 1003, l. n. 205/2017) e in precedenza solo se tali partecipazioni erano non qualificate, ai sensi dell'art. 67 lett. c-bis t.u.i.r. (in deroga a tale disciplina, l'art. 1, co. 1004, l. n. 205/2017 prevede l'applicazione del d.m. 26 maggio 2017, e quindi il concorso all'imponibile Irpef con esenzione parziale, per gli utili da partecipazioni qualificate prodotti fino al 2017, la distribuzione dei quali sia stata deliberata tra il 2018 e il 2022).

<sup>48</sup> Ossia, per dividendi derivanti da partecipazioni relative ad un'impresa o, con i limiti di applicazione temporale indicati alla nota precedente, da partecipazioni qualificate ai sensi dell'art. 67 lett. c t.u.i.r., il concorso all'imponibile Irpef (originariamente per il 40% e poi per il 49,72 % riguardo agli utili prodotti dall'esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007 e per il 58,14 % riguardo agli utili prodotti dall'esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2016).

<sup>49</sup> Cfr. Cass. civ., n. 35293/2022, la quale si è conformata alla giurisprudenza citata nella prossima nota, ma in difformità, come si è detto alla nota 3, dalla proposta del Presiden-

«alcun obbligo di mitigare una doppia imposizione che non v'è mai stata, non avendo la società dichiarato tali utili extracontabili e quindi avendo essi sfuggita la imposizione a livello societario»<sup>50</sup>.

Anzi tutto, la Suprema Corte, parlando di «sfuggire» all'imposizione a livello societario, non può riferirsi ad un trattamento incompatibile con la disciplina sostanziale e procedurale delle imposte sui redditi, per cui l'Ires sarebbe dovuta dalle società di capitali solo nei limiti del reddito da esse dichiarato, mentre sugli ulteriori utili distribuiti si applicherebbe un regime di «trasparenza», tassandoli soltanto in capo ai soci<sup>51</sup>. L'indirizzo giurisprudenziale qui criticato può al più intendersi come inapplicabilità delle regole volte ad attenuare la doppia imposizione economica degli utili e dei dividendi, come nel sistema «classico» anteriore all'introduzione (con l. n. 904/1977) del credito di imposta su questi ultimi<sup>52</sup>.

Anche nella legislazione successiva si rinvengono ipotesi che si avvicinano a detto sistema «classico», comportando l'inapplicabilità dei meccanismi per ridurre o eliminare la doppia imposizione in capo ai soci. In primo luogo, nella versione del t.u.i.r. anteriore al d.lgs. n. 344/2003, il credito di imposta sui dividendi non spettava, ai sensi dell'art. 14, comma

te-Relatore.

<sup>50</sup> Cfr. Cass. civ., n. 34282/2019, secondo la quale il concorso parziale all'imponibile Irpef non riguarderebbe detti utili extracontabili, perché ha il «fine di mitigare gli effetti della doppia imposizione economica, in quanto gli utili distribuiti sono stati già tassati in capo alla società che li ha prodotti» mentre rispetto ad «utili ... mai pervenuti nella contabilità societaria, è chiaro che non vi è alcun obbligo di mitigare una doppia imposizione che non v'è mai stata». Cass. civ., n. 8730/2021 e Cass. civ., n. 9137/2021 parlano espressamente di un'attribuzione degli utili al socio «per trasparenza». Si v. anche Cass. civ., n. 13550/2020, Cass. civ., n. 26317/2020, Cass. civ., n. 16525/2022, Cass. civ., n. 17352/2022, Cass. civ., n. 35293/2022. Cfr. in senso critico A. CARINCI, S. ROSSETTI, *Distribuzione di utili in nero ai soci*, cit., pp. 2707 e sgg.; A. GAETA, *Società a ristretta base sociale: tassazione integrale degli utili (presuntivamente) distribuiti ai soci*, «Il fisco», 2021, I, pp. 1877 e sgg.; F. RASI, *Aggiornamenti in tema di società a ristretta base proprietaria*, cit., pp. 2399 e sgg.

<sup>51</sup> Cfr. F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, cit., pp. 38 s., il quale afferma che in giurisprudenza, al fine di evitare problemi di doppia imposizione, si ammettesse una tassazione per «trasparenza» sugli utili extracontabili, i quali sarebbero stati pertanto tassati (non sia come reddito d'impresa della società, sia come reddito di capitale dei soci, ma) solo come un «reddito di partecipazione» soggetto ad imposta esclusivamente in capo a questi ultimi; F. RASI, *La 'trasparenza per presunzione' delle società a ristretta base proprietaria*, cit., pp. 119 e sgg. comunque critica tale applicazione della trasparenza fuori dei casi previsti dalla legge, la quale impone invece il recupero anche carico della società, e non solo dei soci, dei tributi rispettivamente evasi.

<sup>52</sup> Si permetta il rinvio a R. SCHIAVOLIN, *Natura del tributo: funzione e caratteri generali*, in *Imposta sul reddito delle persone giuridiche. Imposta locale sui redditi*, a cura di F. Tesaro, UTET, Torino 1996, p. 12.

5, t.u.i.r., se questi non fossero dichiarati dal socio<sup>53</sup>. Detto credito non era però negato per l'evasione dell'Irpeg a livello societario, in quanto era commisurato ai dividendi percepiti dal socio, non al tributo pagato dalla società<sup>54</sup> (dovendo ovviamente l'Irpeg evasa essere recuperata a carico di quest'ultima). In secondo luogo, nel diritto vigente è previsto un concorso integrale alla base imponibile, per esempio, dei dividendi provenienti da società residenti in Stati a regime fiscale privilegiato (art. 47, comma 4, t.u.i.r.).

Si tratta, però, di deroghe espresse alla disciplina generale, la quale prevede l'applicazione, rispettivamente, della ritenuta a titolo d'imposta agli «utili in qualunque forma corrisposti» (art. 27, comma 1, d.P.R. 600/1973) e dell'esenzione parziale agli «utili distribuiti in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione» (art. 47, comma 1, t.u.i.r., nel testo anteriore alla mod. di cui alla l. n. 205/2017) ovvero ad «utili relativi alla partecipazione ... percepiti» (art. 59 t.u.i.r.). Quanto al d.m. 26 maggio 2017, il quale comunque dispone «agli effetti dell'applicazione» degli artt. 47 e 59 t.u.i.r., esso fa bensì riferimento, all'art. 1, commi 4 e 5, a «delibere di distribuzione» ma non come presupposti generali della propria applicabilità, bensì ai fini della riconduzione dei dividendi ad utili formati in certi periodi o di determinati adempimenti formali.

In giurisprudenza, come si è detto, si afferma che l'esclusione parziale dei dividendi, avendo la *ratio* di attenuare la doppia imposizione rispetto al prelievo già avvenuto in capo alla società, non si giustificerebbe per utili non dichiarati<sup>55</sup>. Però, se questo argomento teleologico davvero

<sup>53</sup> Cfr. M. BEGHIN, *L'occulta distribuzione dei dividendi nell'ambito delle società di capitali a «ristretta base» tra automatismi argomentativi e prova per presunzioni*, «GT – Giurisprudenza tributaria», 2004, pp. 433 e sgg. sulla non applicabilità del credito d'imposta, ex art. 14, comma 5, t.u.i.r. (nel testo anteriore al d.lgs. n. 344/2003) a dividendi non dichiarati dal socio (cfr. per esempio, Cass. civ., n. 8351/2002).

<sup>54</sup> Tanto che, se il credito non corrispondeva all'Irpeg dovuta dalla società a causa di agevolazioni applicabili al reddito di essa, tali da rendere l'utile distribuito superiore al 64% dell'imponibile dichiarato, solo a carico di questa operava un correttivo, ossia la maggiorazione di conguaglio (introdotta successivamente al credito, con la l. n. 649/1983 e poi disciplinata dall'art. 105 s. t.u.i.r.), la quale aumentava il prelievo societario in una misura pari al credito riconosciuto ai soci sull'utile distribuito ad essi, anziché reinvestito.

<sup>55</sup> Secondo Cass. civ., n. 35293/2022, la (previgente) formula dell'art. 47 «riguarda la modifica attuata al Tuir con il d. Lgs. n. 344 del 2003, sicché il sistema impositivo degli utili da partecipazione è stato caratterizzato ... dall'adozione di un sistema di parziale esclusione della tassazione degli utili, al fine di mitigare gli effetti della doppia imposizione economica, in quanto gli utili distribuiti sono stati già tassati in capo alla società che li ha prodotti; ma ben diversamente, nel caso in esame, trattandosi di utili ottenuti in evasione di imposta, .... non vi è alcun obbligo di mitigare una doppia imposizione che non

prevalesse sui dati testuali, dovrebbe comportare la perdita del beneficio semplicemente a causa della dichiarazione societaria infedele ed a prescindere dalla ristretta base partecipativa, anche per un socio il quale dichiarasse fedelmente tutti i dividendi da esso percepiti. Il riferimento a detta *ratio*, dunque, a mio avviso non giustifica la suddetta interpretazione restrittiva: finché il legislatore non provveda a riformare la disciplina dei regimi intesi ad attenuare la doppia imposizione, formule come «in qualunque forma corrisposti» e «distribuiti in qualsiasi forma» li rendono applicabili a prescindere dall'evasione societaria.

Nemmeno mi parrebbe sostenibile in contrario che gli utili extracontabili, per la mancanza di una delibera assembleare, dovrebbero considerarsi non già «corrisposti» o «distribuiti», come previsto dall'art. 27 d.P.R. 600/1973 e dagli artt. 47 e 59 t.u.i.r., bensì, per così dire, «sottratti» alla società, in violazione degli artt. 2433 e 2478-bis c.c., non rientrando pertanto nella fattispecie di quelle previsioni ma solo nella generale ipotesi degli «utili derivanti dalla partecipazione al capitale» di società soggette ad Ires, di cui all'art. 44, comma 1, lett. e, t.u.i.r. Infatti, a mio avviso, i riferimenti a «qualunque» e «qualsiasi» forma di distribuzione hanno il significato di non limitare l'applicazione dei regimi ordinari alla ripartizione secondo modalità «regolari», e ciò non è incoerente con la *ratio* di attenuare la doppia imposizione sugli utili, la quale sussiste pure quando l'Ires sia prelevata a carico della società mediante atti impositivi (né il divieto di doppia imposizione interna di cui all'art. 67, d.P.R. n. 600/1973 ed all'art. 163 t.u.i.r. osterebbe a tale azione di prelievo, applicandosi esso con riferimento alla «stessa imposta» ed allo «stesso presupposto», mentre qui si tratta di tributi diversi su redditi la cui fonte è differente)<sup>56</sup>.

v'è mai stata ... il beneficio dell'esenzione parziale nella imposizione degli utili societari viene quindi meno poiché la ripartizione del maggior utile sottratto a imposizione tra i soci giustifica la perdita del beneficio della più mite imposizione degli utili societari, la cui esistenza trova fondamento nel rispetto della normativa sulla loro determinazione in forza unicamente del bilancio di esercizio; -l'utile extrabilancio, non rispettoso delle disposizioni di cui all'art. 81 e seguenti TUIR, diviene in ultima analisi un utile equiparato, anche nella dosimetria della imposizione che lo colpisce, a quello ottenuto per trasparenza da società di cui all'art. 5 TUIR e di cui agli artt. 115 e 116 TUIR». In una logica simile, con riferimento alla disciplina precedente al 2003, Cass. civ., n. 16885/2003 affermava che la somma presuntivamente incassata dai soci «non può essere considerata al netto delle imposte che la società è tenuta a pagare, in quanto, trattandosi di ricavi extracontabili, nessun pagamento di imposte è ipotizzabile».

<sup>56</sup> Cfr. riguardo all'inapplicabilità del divieto di cui all'art. 67, d.P.R. n. 600/1973 per la diversità dei presupposti nel caso di pretese a carico, da un lato, di una società di capitali, dall'altro dei soci di essa, Cass. civ., n. 19803/2003; nel senso che la duplicità sia solo

Inoltre, il fondamento stesso della presunzione di distribuzione, cioè la «complicità» dei soci, sottintende un consenso della compagine sociale alla distribuzione.

Infine, nel regime della ritenuta a titolo di imposta la mancata applicazione concreta (cioè la violazione dei doveri di effettuazione e versamento) di questa agli utili non comporta l'assoggettamento all'imposta personale (essendo esclusi dalla base imponibile Irpef i redditi soggetti a detta ritenuta, ai sensi dell' art. 3, c. 3, lett. a, t.u.i.r.), ma la responsabilità solidale del sostituto per le ritenute né applicate né versate, nonché per sanzioni amministrative ed interessi, ex art. 35, d.P.R. n. 602/1973. Pertanto, la presunzione di distribuzione degli utili non comporta una rettifica delle dichiarazioni Irpef dei soci, ma di quelle di sostituto d'imposta della società, la quale dovrebbe quindi subire sia l'Ires sul maggior reddito accertato, sia le ritenute non applicate su quei dividendi, con la possibilità però di riscossione coattiva nei confronti dei percettori, in quanto responsabili in solido<sup>57</sup>.

### 3. Conclusioni

Il nucleo fondamentale della giurisprudenza della Suprema Corte sulla presunzione di ripartizione degli utili extracontabili di società di capitali a ristretta base partecipativa mi sembra accettabile in quanto esemplificazione del sindacato da essa esercitabile sulla ricostruzione presuntiva dei fatti<sup>58</sup>, con riferimento all'*id quod plerumque accidit* ed ai criteri per mo-

economica e non giuridica, cfr. Cass. civ., n. 10793/2016; secondo Cass. civ., n. 8351/2002 «l'inesistenza di una duplicità di tassazione in senso giuridico ... è stata esclusa in modo espresso dal legislatore, che ha specificamente preso atto della discriminazione derivante ai danni dei soci in relazione alla redditività del capitale investito nell'impresa e ne ha regolato gli effetti mediante il riconoscimento di un credito d'imposta». Cfr. in dottrina M. BEGHIN, *L'occulta distribuzione dei dividendi*, cit., pp. 433 e sgg. il quale ricorda che comunque il divieto di doppia imposizione è limitato alla fase di riscossione in quanto l'art. 67 d.P.R. n. 600/1973 fa riferimento all'imposta "pagata".

<sup>57</sup> Cfr. G. CONSOLO, *La presunzione giurisprudenziale di distribuzione di utili occulti, nelle società a ristretta base sociale, alla luce del nuovo regime di tassazione dei dividendi per le persone fisiche non imprenditori*, «Rivista telematica di diritto tributario», 2019, pp. 80 e sgg.; B. IANNIELLO, S.r.l. 'a ristretta base' e presunzione di distribuzione di utili extracontabili: nodi irrisolti e distorsioni applicative, «Corriere tributario.», 2020, pp. 31 e sgg.; A. ZAPPI, *La nuova tassazione dei dividendi cambia l'accertamento dell'utile extra-contabile*, «Il fisco», 2018, pp. 1217 e sgg.

<sup>58</sup> Nel senso che si tratti di questioni di fatto, cfr. per tutte Cass., sez. trib., 12 giugno 2002, n. 8351.

tivare le decisioni. Ovviamente, gli operatori del diritto hanno bisogno di indirizzi interpretativi idonei a guidare le loro condotte, specie di fronte a regole generali come quelle sulle presunzioni semplici: l'amministrazione finanziaria onde adeguatamente motivare gli avvisi di accertamento, i professionisti per individuare i motivi di impugnazione, i giudici al fine di decidere correttamente. Tuttavia, tale rilievo pratico delle massime giurisprudenziali non può giustificare l'impiego alla stregua di un catalogo tassativo di schemi di prova contraria ammissibili, perché si tratta pur sempre di applicare regole concernenti presunzioni semplici e non legali, nel valutare le quali pertanto il giudice deve tener conto di qualsiasi elemento acquisito al processo che, secondo il suo libero convincimento, sia idoneo a risolvere le questioni di fatto.

Di conseguenza, laddove la Cassazione afferma che i soci (oltre a dimostrare di essere stati esclusi dalla conoscenza dei fatti gestionali) potrebbero «soltanto» dimostrare la mancata divisione degli utili in quanto spesi o trattenuti dalla società<sup>59</sup>, o che certi elementi non sono sufficienti a fornire la prova contraria<sup>60</sup>, il giudice di merito non potrebbe a mio avviso considerarle interpretazioni dell'art. 38, d.P.R. 600/1973 tali da impedirgli di considerare rilevanti dei fatti i quali, secondo il suo libero convincimento, siano incompatibili con l'incasso di dividendi occulti da parte di un socio. Sta a lui valutare nella presunzione semplice (lasciata dall'art. 2729 cod. civ. alla sua «prudenza») la presenza dei requisiti di gravità, precisione e concordanza, in base all'insieme degli elementi conoscitivi a sua disposizione, e la Suprema Corte non può censurare il suo giudizio sul fatto, al di là del sindacato ex art. 360 c.p.c.. Ad esempio, se un reinvestimento degli utili extracontabili in beni strumentali o merci da parte della società è riconosciuto dalla Suprema Corte idoneo come prova contraria, lo stesso dovrebbe valere, come si è detto, per i costi effettivi benché indeducibili, ma pure per furti o rapine aventi ad oggetto denaro tratto da vendite non contabilizzate, o per l'appropriazione indebita di esso da parte dell'amministratore o (solo) di alcuni soci, giacché in tutti questi casi manca una somma concretamente distribuibile agli altri soci.

<sup>59</sup> Cfr. Cass. civ., n. 15828/2016.

<sup>60</sup> Cfr. Cass. civ., n. 18042/2018, ma anche Cass. civ., n. 28344/2018, per il vincolo del giudice di rinvio alla decisione della Corte di cassazione sull'insufficienza, al fine della prova contraria, di certi elementi (nel caso di specie, le dichiarazioni dell'amministratore unico e l'assenza di movimentazioni riferibili alla società sul conto corrente della contribuente) su cui si era fondata la sentenza cassata. In dottrina, cfr. per esempio A. CONTRINO, *Ristretta base sociale e prova mediante presunzione semplice della distribuzione occulta di utili*, «GT – Giurisprudenza tributaria», 2014, pp. 701 e sgg.

Coerentemente con quella natura di presunzione semplice, si deve anche ammettere il socio a contestare la misura dell'utile societario pur quando la società non abbia impugnato l'avviso di accertamento ad essa notificato. Infatti, la preclusione in cui essa sia incorsa non può limitare il diritto del socio di difendersi dalla pretesa fiscale a suo carico dimostrando l'infondatezza della presunzione di distribuzione degli utili, perché in tal modo esso non fa valere un vizio proprio di un atto (l'avviso di accertamento societario) diverso da quello da lui impugnato<sup>61</sup>, ma cerca di provare un fatto secondario, cioè la somma che la società sarebbe stata in grado di distribuire, incompatibile con la presunta percezione da parte sua di dividendi non dichiarati. Tuttavia, qualora il reddito societario sia stato determinato, in seguito al ricorso della società, da una sentenza passata in giudicato, chi sia stato parte in detto processo (cioè in ogni caso l'Agenzia delle entrate, ma anche i soci i quali vi abbiano partecipato, esercitando così il loro diritto di difesa) subirà gli effetti di detto accertamento giudiziale. Laddove questo effetto non operi, nel processo di impugnazione dell'accertamento del reddito di un socio il giudice potrà comunque utilizzare la determinazione degli utili societari risultante da un giudicato non vincolante per il ricorrente, assieme agli altri elementi acquisiti, inclusi quelli eventualmente adottati da quest'ultimo per dimostrare l'erroneità di tale decisione.

<sup>61</sup> Su questo aspetto si permetta il rinvio a R. SCHIAVOLIN, *Rapporto fra atto impugnabile e difesa spiegabile*, in *Il giudizio tributario*, a cura di C. CONSOLO, G. MELIS, A.-M. PERRINO, Giuffrè, Milano 2022, pp. 327 e sgg.





# Diritto alla *privacy* ed esigenze investigative, tra incertezze normative e criticità sistematiche<sup>1</sup>

*Silvia Signorato*

*Professoressa associata di Diritto processuale penale  
nell'Università degli Studi di Padova*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto alla *privacy*: genesi e declinazioni. – 3. Protezione della *privacy* e atti investigativi tipici. – 4. Gli atti investigativi atipici nel crinale della ardua calibratura tra esigenze securitarie e tutela della *privacy*. – 5. *Segue*: il difficile raccordo tra art. 8 Cedu ed art. 189 c.p.p. – 6. Conclusioni.

## **1. Premessa.**

Il processo penale rischia di essere ridotto ad una sorta di "catena di montaggio" della trattazione dei fascicoli. Talora, gli stessi attori processuali sembrano avere abdicato ad ogni aspettativa di giustizia, in una sorta di disillusione generale che provoca preoccupanti effetti distorsivi. Inoltre, sempre più spesso, si assiste ad una vittimizzazione da processo non solo delle vittime, ma anche degli indagati. C'è bisogno di un risascimento giuridico, che si riverberi in un nuovo modo di concepire il processo<sup>2</sup>, in cui la «bellezza» evocata da Dostoevskij innervi anche il

<sup>1</sup> Il presente scritto riproduce parte dell'articolo S. SIGNORATO, *Diritto alla privacy ed esigenze investigative, tra incertezza normative e criticità sistematiche*, in P.P. Paulesu, M. Daniele, S. Signorato, M. Bolognari, A. Boldrin (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 67 ss. Si ringrazia l'editore Giappichelli per averne autorizzato la pubblicazione anche in questa sede.

<sup>2</sup> Non bisogna dimenticare che «il processo penale rappresenta il terreno in cui si manifesta con maggior forza lo scontro tra autorità dello Stato e libertà del cittadino, e su di esso si riflettono in modo del tutto peculiare le scelte di fondo di una società e i valori a

processo penale, affinché la vittima e l'indagato siano davvero trattati secondo l'imperativo categorico kantiano «*Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest*»<sup>3</sup>.

Viviamo in un'epoca di transizione, che deve approdare a nuovi lidi. «Stiamo camminando in una terra di mezzo che non è più il “prima”, ma che, però, non è ancora il “dopo”. Un luogo nel quale molto dell'antico apparato – le istituzioni pubbliche, le formazioni sociali, gli strumenti e gli istituti giuridici del passato – rimane, ma assume significati e ruoli diversi, subisce un'anamorfosi di cui non sono sempre chiari la portata e i contorni<sup>4</sup>». Un luogo ove si avverte l'esigenza di diritti nuovi e di declinazioni sempre nuove dei diritti noti, come la *privacy*. È su quest'ultimo diritto che si focalizzerà l'attenzione.

## 2. Il diritto alla *privacy*: genesi e declinazioni.

L'esigenza di protezione della *privacy* ha radici antiche<sup>5</sup>, anche se non è stata avvertita in modo uniforme nei diversi Paesi, essendo anzi avvertita in taluni. Si pensi alla Cina dell'epoca rivoluzionaria, ove una tale istanza veniva ritenuta in contrasto con la tradizione etica<sup>6</sup>, sul presupposto che chi conduce una vita *secundum ius* non ha nulla da nascondere alla comunità.

Va rilevato come pure nei sistemi che non hanno registrato simili resistenze, la *privacy*, per lungo tempo, non sia stata riconosciuta quale diritto a sé stante. Di conseguenza, essa riceveva protezione per i meri profili che ricadevano nella sfera di tutela di altri diritti come, ad esempio, il diritto di proprietà o il diritto all'inviolabilità del domicilio.

cui essa si ispira». In questi termini, R.E. KOSTORIS, *Le materie processualpenalistiche: il diritto processuale penale*, in G. VESPERINI (a cura di), *Studiare a giurisprudenza*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 127.

<sup>3</sup> Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona, sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine, mai solo come mezzo. Così, I. KANT, *Critik der practischen Vernunft*, AA IV, 429.

<sup>4</sup> In questi termini, R.E. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, cit., p. 17.

<sup>5</sup> Nega peraltro che tale diritto sia espressivo di *ius naturalis*, S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 23.

<sup>6</sup> Cfr. S. WU, *La tutela penale della privacy nell'epoca di Internet. Esperienze italiane e cinesi a confronto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. XXI.

Pian piano, però, è emersa l'esigenza di configurare la *privacy* alla stregua di un diritto autonomo. Il che è avvenuto nel contesto di *common law* nel XIX secolo. Infatti, è in tale epoca che viene pubblicato il celebre articolo "The Right to Privacy" di Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis<sup>7</sup>, il quale, recependo talune impostazioni già emerse a livello dottrinale e giurisprudenziale<sup>8</sup>, ma attraverso una solida ed innovativa argomentazione giuridica, giunge ad individuare la *privacy* quale diritto in sé, meritevole di tutela autonoma<sup>9</sup>.

Un simile diritto alla *privacy* finiva per identificarsi con il *Right to be let alone* e, quindi, con il diritto ad essere lasciati soli, quale diritto a non subire illegittime ingerenze altrui nella propria sfera. Si trattava di una tutela c.d. statica o negativa, a cui, con il tempo, si è però aggiunta una tutela dinamica o positiva, nel senso di identificare nella *privacy* anche il diritto all'*habeas data*, vale a dire al monitoraggio dei propri dati personali sia nel momento della loro acquisizione sia in seguito.

Quanto alle fonti vigenti, alcune di esse tutelano congiuntamente l'aspetto statico e dinamico della *privacy*<sup>10</sup>. Diversamente, altre fonti offrono una tutela disgiunta delle due accezioni, secondo un'evoluzione giuridica che ha portato a sganciare dal nucleo della *privacy* l'aspetto dinamico, individuando in esso un ulteriore autonomo diritto, identificabile nel diritto alla protezione dei dati personali<sup>11</sup>.

### 3. Protezione della *privacy* e atti investigativi tipici.

Di primo acchito, potrebbe sembrare che un maggiore numero di informazioni a disposizione degli organi inquirenti si traduca, *ipso facto*, in una maggiore efficacia investigativa.

<sup>7</sup> Cfr. S. WARREN-L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 15 dicembre 1890, pp. 193-220.

<sup>8</sup> Cfr. T.M. COOLEY, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, II ed., 1879, p. 29.

<sup>9</sup> Nell'articolo, il diritto alla *privacy* viene soprattutto posto in rapporto al diritto di cronaca ed indicato quale limite del diritto di cronaca stesso.

<sup>10</sup> Si pensi all'art. 8 Cedu.

<sup>11</sup> È questo, ad esempio, l'approccio della Carta di Nizza, che dedica l'art. 7 al *rispetto della vita privata e della vita familiare* e l'art. 8 al distinto diritto alla *protezione dei dati di carattere personale*. Come noto, il Trattato di Lisbona ha riconosciuto alla Carta di Nizza «lo stesso valore giuridico dei Trattati», schiudendo nuove prospettive anche in tema di protezione dei dati personali. Al riguardo, cfr. B. CORTESE, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2013, p. 313 ss.

In realtà, questo assunto deve tenere conto di una serie di fattori. In primo luogo, non è sufficiente un ampio numero di informazioni, ma è necessario che tali informazioni siano corrette<sup>12</sup>. In secondo luogo, occorre sapere selezionare le informazioni.

Di regola, è lo stesso legislatore che effettua un bilanciamento tra esigenze investigative e tutela della *privacy*. Si pensi alla disciplina della *data retention*, vale a dire alla disciplina che esclude la possibilità di conservare i contenuti delle comunicazioni, ma impone ai fornitori di servizi di trattenere, per finalità di accertamento e di repressione dei reati, i dati di traffico telefonico, telematico e relativi alle chiamate senza risposta di ogni persona per determinati archi temporali. Al riguardo, da un lato, vi è l'esigenza di scongiurare il rischio di un controllo orwelliano e di tutelare, quindi, la *privacy*; dall'altro lato, vi è la necessità di fissare tempistiche di conservazione in grado di assicurare l'efficacia delle indagini. Nel tentativo di individuare un punto di equilibrio, l'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. codice *privacy*) detta una disciplina che prevede i seguenti archi temporali di conservazione: ventiquattro mesi per i dati relativi al traffico telefonico; dodici mesi per i dati relativi al traffico telematico e trenta giorni per i dati relativi alle chiamate senza risposta<sup>13</sup>. Solo per finalità di accertamento e repressione di reati di forte allarme sociale (reati di cui agli artt. 51 comma 3-*quater* c.p.p. e 407 comma 2 lett. a c.p.p.) il tempo di conservazione viene elevato a settantadue mesi per ogni tipo di dato.

Le tempistiche di ventiquattro mesi per i dati relativi al traffico telefonico; dodici mesi per i dati relativi al traffico telematico e trenta giorni per le chiamate senza risposta non sono esenti da profili di criticità<sup>14</sup>. Infatti, non è agevole comprendere come mai, in un'epoca in cui le co-

<sup>12</sup> Assai opportunamente, quindi, sia l'art. 5 regolamento (UE) 2016/679 (c.d. GDPR), sia l'art. 4 direttiva (UE) 2016/680 annoverano espressamente la correttezza tra i principi applicabili al trattamento di dati personali.

<sup>13</sup> La disciplina in materia è stata modificata in forza dell'art. 1 comma 1 lett. a d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2021, n. 178, recante misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP. In particolare, l'acquisizione dei dati è ora consentita solo in presenza di sufficienti indizi di reati. Inoltre, è necessario che si tratti di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, nonché dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi.

<sup>14</sup> Per un approfondimento sul tema cfr., volendo, S. SIGNORATO, *Data retention, tra diritto alla protezione dei dati personali ed esigenze di accertamento dei reati*, in R. BRIGHI (a cura di), *Nuove questioni di informatica forense*, Aracne, Aprilia, 2022, pp. 101-114.

municazioni telematiche svolgono un ruolo di primaria importanza, i relativi dati debbano essere conservati per un arco di tempo inferiore a quello dei dati relativi al traffico telefonico. Inoltre, si dimentica che il fornitore, nel momento in cui conserva i dati, ignora per quale tipo di reato quei dati gli verranno richiesti, con la conseguenza che non potrà far altro che conservare ogni tipologia di dato per sei anni. Al di là degli aspetti problematici, resta comunque il fatto che il legislatore ha inteso trovare un punto di equilibrio tra esigenze investigative e tutela della *privacy*.

Anche in riferimento ai mezzi tipici codicistici di ricerca della prova (ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni), il legislatore non manca di effettuare un bilanciamento che tiene conto della rosa di diritti in gioco, tra cui la *privacy*. Ne derivano delle discipline variamente graduate sul piano delle garanzie, in ragione della diversa incidenza sui diritti che vengono in rilievo in relazione al singolo atto investigativo. Al riguardo, va però rimarcato come sia il legislatore ad effettuare il contemperamento tra i diversi diritti.

#### **4. Gli atti investigativi atipici nel crinale della ardua calibratura tra esigenze securitarie e tutela della *privacy*.**

Oltre a prevedere una specifica disciplina per le prove tipiche, il legislatore ha ritenuto opportuno ammettere anche le prove e le indagini non disciplinate dalla legge (per questo motivo, definite atipiche)<sup>15</sup>. In tale prospettiva, l'art. 189 c.p.p. stabilisce che il giudice possa assumere una prova non disciplinata dalla legge se essa «risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona». Inoltre, il giudice provvede all'ammissione «sentite le parti sulle modalità di assunzione». Tale disciplina è ritenuta applicabile anche alle indagini atipiche<sup>16</sup>.

Naturalmente, la previsione *ex art.* 189 c.p.p. non può essere riferita alle indagini tipiche *contra legem*. Altrimenti, essa fungerebbe da grimaldello di elusione della tipicità. Tale norma si applica quindi solo agli

<sup>15</sup> Sottolinea come tali prove non siano state previste perché imprevedibili, R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 24.

<sup>16</sup> In senso contrario, cfr. F. FALATO, *Sulla categoria dei mezzi atipici di ricerca della prova e le c.d. intercettazioni GPS*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2422, che esclude la riferibilità dell'art. 189 c.p.p. sulla base dei concetti di potere, atto e scopo.

atti investigativi atipici, al fine di consentirne una duttilità, anche in ragione delle nuove possibilità offerte dallo sviluppo tecnologico<sup>17</sup>, come è accaduto a fronte della possibilità di videoriprendere o di effettuare una localizzazione satellitare.

Tuttavia, la disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. si limita a prevedere che l'atto investigativo sia caratterizzato da idoneità accertativa e che non determini una incidenza sulla libertà morale della persona, oltre al fatto che le parti debbano essere sentite dal giudice in ordine alle modalità di assunzione. Si tratta di comprendere se tali requisiti fungano da garanzie sufficienti a fronte della violazione della *privacy* di regola determinata dagli atti investigativi atipici.

Al riguardo, la Costituzione non contempla una previsione *ad hoc* in tema di *privacy*. Secondo alcuni, un simile assetto sarebbe la riprova della mancanza di una copertura costituzionale. In una diversa prospettiva si è però affermato che la *privacy* sarebbe senz'altro riconducibile nell'alveo di una previsione costituzionale, identificata, a seconda degli autori, negli artt. 2, 3, 13, 14, 15, 21 Cost.<sup>18</sup> o, secondo altri, in più di queste norme, con conseguente tutela costituzionale plurima.

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha ascrivito la tutela della *privacy* all'art. 2 Cost., secondo un orientamento che appare ormai costante. Tale previsione si limita a riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, senza richiedere che venga attuata alcuna garanzia.

Di conseguenza, la blanda previsione dell'art. 189 c.p.p. sembrerebbe costituzionalmente conforme. In realtà, la questione è più complessa, dato che un corretto inquadramento del problema non può prescindere dal considerare la disciplina *ex art.* 8 Cedu, specificamente dedicata al diritto al rispetto della vita privata e familiare. Non bisogna infatti dimenticare che le norme della Cedu, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, costituiscono parametro interposto di costituzionalità della normativa interna<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> In argomento, v. S. MARCOLINI, voce *Prove atipiche (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, X, 2017, p. 695.

<sup>18</sup> In tema, si rinvia a S. CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Aracne, Aprilia, 2007, p. 9 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e Id., 24 ottobre 2007, n. 349. Per una riflessione, cfr. R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 33.

### 5. *Segue*: il difficile raccordo tra art. 8 Cedu ed art. 189 c.p.p.

Se l'art. 2 Cost. non è corredato da alcuna tutela specifica, l'art. 8 Cedu presenta invece una disciplina più garantista, ammettendo la possibilità di una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare da parte di una autorità pubblica solo in presenza di determinati requisiti, che si declinano nei seguenti. In primo luogo, l'ingerenza nella *privacy* deve rappresentare una misura necessaria ad assolvere ad una serie di finalità, tra cui la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati. In secondo luogo, secondo un parametro individuato dalla Corte di Strasburgo, la violazione della *privacy* deve essere proporzionata allo scopo da raggiungere. Infine, essa deve essere prevista dalla legge e compensata da adeguate garanzie.

Occorre quindi verificare se tali requisiti risultino soddisfatti nel caso delle indagini atipiche. I problemi non si incentrano sul primo parametro. Infatti, le esigenze investigative rientrano nel catalogo delle finalità che legittimano l'ingerenza. Quanto al rispetto del principio di proporzionalità, esso dovrà essere valutato in concreto, di volta in volta.

Più delicato appare invece il presupposto della previsione di legge<sup>20</sup>, rispetto al quale sembra verificarsi una sorta di cortocircuito. Infatti, da un lato, l'art. 8 Cedu richiede che qualunque tipologia investigativa lesiva della *privacy* sia prevista dalla legge; dall'altro lato, l'art. 189 c.p.p. si riferisce proprio alle «prove non disciplinate dalla legge». Di qui il quesito se una indagine non prevista dalla legge possa soddisfare il requisito della previsione di legge.

La risposta alla domanda è rilevante non solo per valutare se la disciplina prevista dall'art. 189 c.p.p. sia convenzionalmente conforme, ma anche per comprendere se l'Italia rischi una condanna in un eventuale giudizio instaurato innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Al riguardo, le soluzioni astrattamente prospettabili sono almeno tre.

Seguendo un approccio rigoroso, non si potrebbe che prendere atto dell'antinomia esistente tra l'art. 8 Cedu e l'art. 189 c.p.p., rilevando che l'art. 8 Cedu richiede una previsione di legge. Poiché le indagini che rientrano nell'alveo dell'art. 189 c.p.p. non sono previste dalla legge, gli atti

<sup>20</sup> Pone in evidenza come i requisiti di ammissibilità previsti dall'art. 189 c.p.p. non siano in grado di attuare la riserva di legge richiesta dalla Costituzione, M. DANIELE, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 121. L'autore approfondisce anche le conseguenze di un simile assetto, sottolineando come non ne derivi un'inutilizzabilità delle prove ottenute, ma, al più, la necessità di sollevare una questione di illegittimità della previsione.



investigativi compiuti *ex art.* 189 c.p.p. non sarebbero convenzionalmente conformi. Di conseguenza, il giudice dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 189 c.p.p. per contrasto con l'art. 117.1 Cost. alla luce del parametro interposto rappresentato dall'art. 8 Cedu, peraltro da valutarsi con «margine di apprezzamento».

In una diversa prospettiva, si potrebbe sostenere che le indagini *ex art.* 189 c.p.p. risultano “non previste dalla legge” poiché sono atipiche, ma il requisito della previsione di legge *ex art.* 8 Cedu sarebbe comunque soddisfatto dato che vi è una norma (l'art. 189 c.p.p.) che disciplina la possibilità dello svolgimento di simili indagini.

Infine, un diverso ragionamento potrebbe far leva sulla constatazione che il concetto di previsione di legge, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, non solo appare piuttosto ampio, ma viene anche inteso in modo differente da quello interno, tanto che la Corte ha ritenuto soddisfatto tale requisito pure in presenza di giurisprudenza consolidata, di diritto non scritto e di fonti che non assurgono al rango legislativo<sup>21</sup>. In tale prospettiva, si potrebbe forse ritenere che le indagini atipiche di largo uso (si pensi al pedinamento), ancorché non previste dalla legge, soddisfino comunque il requisito della previsione di legge in quanto tipizzate dalla prassi, laddove sussista una giurisprudenza ormai consolidata sul punto.

## 6. Conclusioni.

Non è chiaro quale potrebbe essere la tesi accolta dalla Corte europea tra quelle prospettate. Inoltre, ciascuna di esse sembra presentare dei profili di criticità.

Certamente più garantista, la rigorosa tesi di una disciplina dell'art. 189 c.p.p. non convenzionalmente conforme implicherebbe la necessità di prevedere norme *ad hoc* per ogni attività investigativa lesiva della *privacy*. Ne deriverebbe però un ingessamento investigativo incompatibile con la realtà operativa che, sempre più spesso, richiede invece fluidità e fantasia, anche alla luce delle nuove possibilità investigative offerte dall'impiego delle tecnologie.

Quanto alla impostazione secondo la quale l'art. 189 c.p.p. integrerebbe la previsione di legge richiesta *ex art.* 8 Cedu, con conseguente conformità convenzionale, tale impostazione sconta il limite delle assai

<sup>21</sup> Cfr. Corte EDU, 24 aprile 1990, n. 11801/85, *Kruslin c. Francia*, § 29.

blande garanzie previste dall'art. 189 c.p.p. stesso, a fronte di una giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ribadisce costantemente la necessità di un'ingerenza nella *privacy* compensata dalla sussistenza di adeguate tutele.

Infine, il far leva su un concetto duttile di legge lascia ancora una volta irrisolto il problema delle garanzie che devono assistere un atto investigativo lesivo della *privacy*.

Invero, in materia sarebbe particolarmente auspicabile un intervento del legislatore<sup>22</sup> su due fronti.

Da un lato, in rapporto a taluni atti investigativi atipici particolarmente invasivi, parrebbe opportuna una loro tipizzazione, prevedendo specifiche disposizioni di legge corredate da adeguate garanzie. È quanto appare ad esempio auspicabile in rapporto all'impiego investigativo del captatore informatico che, allo stato, risulta disciplinato nella sua mera funzione di intercettazione tra presenti mediante attivazione del microfono, oltretutto limitatamente ai dispositivi informatici mobili, relegando quindi nell'atipicità tutti gli altri possibili utilizzi.

Dall'altro lato, occorrerebbe ripensare l'art. 189 c.p.p., corredando la norma di tutele, che andrebbero diversamente modulate a seconda che l'ingerenza nella *privacy* sia "forte" o "debole"<sup>23</sup> e tenendo anche conto del bilanciamento con la più ampia rosa di diritti che di volta in volta potrebbero essere compressi dalle diverse attività investigative.

## Bibliografia.

CARNEVALE S., *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in NEGRI D. (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Aracne, Aprilia, 2007, p. 9 ss

COOLEY T.M., *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, II ed., 1879, p. 29.

<sup>22</sup> Per una riflessione sul tema, che individua l'opportunità dell'inserimento di nuovi articoli nel corpo del codice di procedura penale (dall'art. 271 *bis* c.p.p. all'art. 280 *octies* c.p.p.), cfr. S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 760-792.

<sup>23</sup> Si tratta di una distinzione che ricorre di frequente nelle sentenze della Corte di Strasburgo. Cfr. Corte edu, 2 settembre 2010, n. 35623/05, Uzun c. Germania, § 66.

- CORTESE B., *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2013, p. 313 ss.
- DANIELE M., *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 121.
- FALATO F., *Sulla categoria dei mezzi atipici di ricerca della prova e le c.d. intercettazioni GPS*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2422.
- KANT I., *Critik der practischen Vernunft*, AA IV, 429.
- KOSTORIS R.E., *Verso un processo penale non più statocentrico*, in BALSAMO A.- KOSTORIS R.E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 33.
- KOSTORIS R.E., *Le materie processualpenalistiche: il diritto processuale penale*, in VESPERINI G. (a cura di), *Studiare a giurisprudenza*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 127.
- KOSTORIS R.E., *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in Kostoris R.E. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, cit., p. 17.
- MARCOLINI S., *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 760-792.
- MARCOLINI S., voce *Prove atipiche (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, X, 2017, p. 695.
- ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 24.
- RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 23.
- SIGNORATO S., *Data retention, tra diritto alla protezione dei dati personali ed esigenze di accertamento dei reati*, in BRIGHI R. (a cura di), *Nuove questioni di informatica forense*, Aracne, Aprilia, 2022, pp. 101-114.
- WARREN S.- BRANDEIS L.D., *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 15 dicembre 1890, pp. 193-220.
- WU S., *La tutela penale della privacy nell'epoca di Internet. Esperienze italiane e cinesi a confronto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. XXI.

# **Gli APA unilaterali\***

*Mauro Trivellin*

*Professore ordinario di Diritto tributario*

SOMMARIO: 1.- Gli accordi unilaterali come tessera di un mosaico di scelte di gestione fiscale dei prezzi di trasferimento. 2.- Gli elementi caratterizzanti della disciplina e gli obiettivi di certezza e prevenzione del rischio. 3.- L'accordo concluso come fattispecie di "definitività" non provvedimentale: le dubbie ricadute sulle Mutual Agreement Procedure europee ed internazionali, in particolare quanto agli aggiustamenti correlativi. 4.- Il Carry-back dell'accordo e l'avvio di attività di verifica. La fissazione dei corretti prezzi di trasferimento come criterio guida del riporto all'indietro. 5.- Accordi preventivi e indagini tributarie: i principi di buona fede e cooperazione impongono un costante coordinamento delle iniziative. 6.- Le criticità sul piano della tutela dell'affidamento: la decorrenza della caducazione in caso di mancato accordo a fronte della modifica delle condizioni di fatto e di diritto ed in caso di violazione dell'intesa. 7.- Le circostanze non emerse nell'istruttoria originaria: un problema al crocevia tra poteri istruttori officiosi, vizi del consenso e tutela delle aspettative del contribuente su questioni tecnicamente complesse. 8.- I vari possibili inceppamenti della procedura e la necessità di una tutela giurisdizionale. 9.- Gli APA conseguenti a procedure internazionali di soluzione delle controversie fiscali. Cenni ad alcuni elementi di criticità di natura interpretativa.

\* Il contributo è destinato alla pubblicazione in un'opera collettanea sul transfer pricing, curata dal Prof. E. Della Valle.

## 1. Gli accordi unilaterali come tessera di un mosaico di scelte di gestione fiscale dei prezzi di trasferimento.

La disciplina del *transfer pricing*, probabilmente per i profili di elevata complessità che connotano la determinazione dei valori di libera concorrenza, sembra costituire, per certi versi, terreno di sperimentazione delle dinamiche evolutive dei rapporti tra amministrazione e contribuente, al punto che la gestione delle relative questioni da parte dell'impresa offre una serie di alternative che permettono di modulare i rischi, anticipare il contenzioso, proiettare la controversia in una dimensione internazionale e, per di più, con diversi strumenti, raggiungere gradi di progressiva certezza nelle relazioni con l'Autorità nazionale o spingersi fino a ricercare condivisioni anche con quelle straniere interessate. Se la predisposizione della *transfer pricing documentation* depotenzia significativamente l'impatto delle misure punitive attraverso il riconoscimento della *penalty protection*, la potenziale emersione di una contestazione pone il contribuente di fronte ad una serie di scelte strategiche. Ed invero, anche prima della notifica dell'atto impositivo, quando ancora, ad esempio, le criticità emergono in atti istruttori, è possibile attivare i meccanismi di soluzione delle controversie fiscali internazionali, potendosi, a seconda dei casi, ricorrere al regime delle convenzioni bilaterali, ovvero a quello della Direttiva 1852/2017, ovvero ancora a quello della Convenzione arbitrale europea, con una calibrazione delle scelte anche in funzione del *set* di regole che si intende intercettare. Questa opzione non si perde neppure dopo la notifica degli atti impositivi, ove la tutela internazionale convive con quella nazionale avanti al Giudice tributario, con un complesso, ma potenzialmente proficuo, coordinamento di procedimenti e processi. Ed accanto a questi scenari si staglia la prospettiva della prevenzione, e, anche in questo caso, con differenti ambiti di possibile ampiezza, vale a dire con il coinvolgimento delle Amministrazioni dei diversi Paesi interessati (APA Bilaterali o Multilaterali) o della sola Agenzia delle Entrate (APA Unilaterali). E ciò a non voler considerare la gestione di questi temi nella prospettiva della *Cooperative Compliance*, per ora riservata ad imprese di rilevante dimensione. Se poi si considera che le questioni di *Transfer Pricing* sono tipicamente valutative e si prestano, per questo, ad essere discusse in sedi quali il procedimento di adesione o la conciliazione, ben si comprende come, di fronte a simili rilievi, il contribuente possa muoversi entro un perimetro di opzioni ben più ampio rispetto ai tradizionali moduli autoritativi

della verifica fiscale e non del tutto scevro da considerazioni di convenienza economica.

## 2. Gli elementi caratterizzanti della disciplina e gli obiettivi di certezza e prevenzione del rischio.

All'interno di questo spettro di opportunità si situano gli accordi con le imprese aventi attività internazionale, nel cui ambito si possono collocare gli APA unilaterali <sup>(1)</sup>. Invero, l'art. 31-ter del DPR n. 600/1973 stabilisce che l'ambito dello strumento in esame permette di includervi la “*preventiva definizione in contraddittorio dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni di cui al comma 7, dell'articolo 110*” del TUIR. Come si può agevolmente osservare dalla lettura della disposizione, il contraddittorio e la cooperazione, definiti dalla Dottrina “linfa vitale” dell'istituto <sup>(2)</sup>, si configurano come nucleo caratterizzante della procedura di accordo, ancorchè la disciplina dell'art. 31-ter sia assolutamente scarna nel descriverne l'attuazione e sia invece più orientata a disciplinare gli effetti della definizione, una volta intervenuta. Proprio con riguardo a quest'ultimo aspetto, qualora gli accordi qui in esame rientrino nel tipico schema unilaterale (cioè senza coinvolgimento delle autorità straniere, nemmeno nel quadro di procedure amichevoli), producono effetti vincolanti per le parti con riguardo al periodo di imposta nel corso del quale sono stati stipulati e nei quattro periodi successivi. La portata di tale vincolo è chiarita dal comma 5 dell'art. 31-ter, laddove si prevede che “*Per i periodi d'imposta di validità dell'accordo, l'Amministrazione finanziaria esercita i poteri di cui*

<sup>1</sup> In argomento, cfr. PISTONE, P. (2021), *Diritto tributario internazionale*, Torino, 2021, 160; CORDEIRO GUERRA, R. (2016), *Diritto tributario internazionale*, Milano-Padova, 531 ss.; SABBÌ L. (2016), *Il ruling e le norme procedurali (interpelli)*, in Sacchetto C. (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, II ed., Torino, in particolare 340. Per un approfondimento del contesto sistematico in cui si colloca l'istituto qui in esame, nel quadro del progressivo potenziamento degli strumenti della *Tax Compliance*, cfr. STRIANESE, L., *Decisioni anticipate in materia fiscale, lo scambio dei ruling in Italia: nuove regole e possibili strategie*, *Dir. prat. trib. Internaz.*, n. 1/2018, 123 ss. Per un'analisi dell'istituto, cfr. CONTE, D. (2018), *Dal controllo fiscale sul dichiarato al confronto preventivo sull'imponibile*, Milano-Padova, 119 ss. Per un raffronto del quadro evolutivo attuale rispetto al precedente *ruling* e per uno sguardo alle relazioni tra lo strumento qui in esame, l'interpello sui nuovi investimenti, la cooperazione rafforzata e l'attività di accertamento, cfr. MASCITTI, M., *Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale... “Why ruling no more”*, *Riv. dir. trib. internaz.*, 2018, 3, 227 ss.

<sup>2</sup> Così ZIZZO, G., *Accordi preventivi e prospettive evolutive della cooperazione tra Fisco e imprese*, in *Corr. trib.*, 1/2019, 66 ss., in particolare 69.

agli articoli 32 e seguenti soltanto in relazione a questioni diverse da quelle oggetto dell'accordo medesimo". Ne deriva, come ovvia conseguenza, che l'accertamento emanato in contrasto con le intese sarebbe illegittimo, ma ritengo che il vizio vada fatto valere con gli ordinari strumenti di impugnazione, essendo arduo configurare più gravi sanzioni di nullità radicale<sup>(3)</sup>, nonostante la norma sembri escludere persino l'esistenza dei poteri di verifica (e quindi rettifica) della fattispecie.

Quanto ai fini, è evidente che l'istituto consente di realizzare apprezzabili obiettivi di certezza nel rapporto tributario, con particolare riguardo, per quanto qui interessa, alla disciplina dei prezzi di trasferimento, perché permette di ridurre il rischio fiscale pianificando i relativi oneri, non senza un collegamento con la sempre più avvertita prospettiva della responsabilità sociale di impresa<sup>(4)</sup>; consente di anticipare possibili problemi derivanti dall'attività di controllo (ivi incluso l'intrinseco pericolo di ogni sindacato condotto con il "senno di poi"); disinnesci *pro futuro* l'eventualità che siano irrogate sanzioni; affida questioni complesse a funzionari specializzati; può avere effetti indiretti in relazione ad altri rapporti simili con differenti giurisdizioni impositive o a contenziosi aperti su problemi simili<sup>(5)</sup>. Più dubbio è se il modulo dogmatico su cui la ridetta certezza poggia sia quello di una statuizione sul rapporto con carattere accertativo, quello di una definizione negoziale di questione controversa con connotazioni transattive, ovvero sia riconducibile ad una (ancora) differente qualificazione teorica, non incasellabile nella prospettata alternativa<sup>(6)</sup>

<sup>3</sup> Così, condivisibilmente, CONTE, D., *Imposizione fiscale e nuovi accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in Riv. dir. trib., 2016, I, 677 ss., in particolare 703.

<sup>4</sup> FAZIO A., *L'interpello tributario nella prospettiva della responsabilità sociale dell'impresa*, in Dir. prat. trib., 2019, 2, 542 ss.

<sup>5</sup> Cfr. BERQUIST, P.J., *Experience concerning Advance Pricing Agreements*, Intertax, 1992, n. 6/7, 387 ss.

<sup>6</sup> La questione è molto articolata e ad essa si è dedicata accorta Dottrina, le cui riflessioni si sono sviluppate anche sul precedente regime del *ruling* di *standard* internazionale. Senza la benchè minima pretesa di rappresentare compiutamente argomentazioni e teorie, interessanti riflessioni si leggono in GRANDINETTI, M., *Gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, Rass. trib., 2017, 3, 660 ss., in particolare 682 ss., il quale, nel ravvisare elementi di convergenza tra la procedura in esame e l'accertamento con adesione, individua il fine dell'istituto nell'attribuire certezza e stabilità al rapporto tributario, creando così legittimo affidamento in relazione allo stesso. PISTOLESI, F. (2007), *Gli interpelli tributari*, Milano, 108, afferma che l'espressione "accordo" non dovrebbe fuorviare, perché non consente di compiere atti di disposizione del rapporto tributario, giacché l'intesa dovrebbe mirare alla corretta e condivisa ricostruzione dello stesso, con la conseguenza che emerge il carattere dichiarativo e non negoziale dello strumento. Si-

milmente mi pare orientato ADONNINO, P., *Considerazioni in tema di ruling internazionale*, Riv. dir. trib., 2004, IV, 57 ss., in particolare 69, ove si afferma che l'accordo dovrebbe tendere a definire metodologie estimative di prezzi/corrispettivi, operando su aspetti tecnici, per consentire una quantificazione coerente con il valore normale, sulla base di "principi emanati dall'ordinamento internazionale". Sul fatto che, nell'esame dell'istituto, il "nucleo pattizio" assuma una "notevole pregnanza", cfr. GAFFURI, G., *Il ruling internazionale*, Rass. trib., 2004, 2, 488 ss., in particolare 493, ove si evidenzia che questo carattere conduce a distinguere gli accordi dall'attività consultiva dell'Amministrazione finanziaria, permettendo di invocare "almeno per tendenza, compatibilmente con la peculiarità del contesto e se non siano previste deroghe", le regole "proprie del contratto contenute nel codice civile (...)". In non dissimile prospettiva, TOSI L., *Il ruling: tra natura negoziale e principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria*, in TOSI, L., TOMASSINI, A., LUPI, R., *Il Ruling di standard internazionale*, Dialoghi dir. trib., 2004, 489 ss., in particolare 496, dopo aver osservato che la relativa disciplina "anziché impernarsi su un provvedimento unilaterale dell'Amministrazione, rinvia alla tipica figura negoziale", giunge a prefigurare che tra le parti si possa svolgere "una vera e propria trattativa alla stregua non solo di un criterio di legalità, ma, verosimilmente, anche di un criterio di opportunità", pur all'interno di limiti costituiti dalle norme speciali e da quelle caratterizzate da una ratio preponderante (es. antielusiva), "nel quadro delle priorità assunte dall'ordinamento tributario". Di "forte componente tipicamente contrattuale" parla SUCCIO, R., *Advanced Pricing Agreement e procedure negoziate di determinazione del valore normale: la Cassazione nega il potere di veto dell'Amministrazione finanziaria*, Riv. dir. trib., 2016, V, 19 ss., in particolare 35. TORIBIO LEÃO, M., *Advance Pricing Agreements and the Principles of Legality and Equality: The Problems Surrounding Contracts in Tax Law*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2014, 258 ss., in particolare 259 evidenzia come la natura dell'APA sarebbe "from the start, an act of consensus of a contractual nature", pur dovendo essere rispettati i principi di "unavailability of tax credit" e di "equality in taxation". Sui profili di negoziabilità, cfr. anche CROVATO, F. (2005), *Gli accordi preventivi nella determinazione del reddito imponibile*, Padova, 204; TOMASSINI, A., LUPI, R., *Problematiche applicative del nuovo ruling internazionale*, in TOSI, L., TOMASSINI, A., LUPI, R., *Il Ruling di standard internazionale*, cit., 506, i quali peraltro escludono che la procedura possa essere piegata ad attrarre o trattenere capitali esteri e ad elaborare regimi tributari personalizzati, fondati sul potere contrattuale dell'investitore o sull'interesse statale al mero incremento del gettito. In prospettiva differente, intercettando ulteriori sfumature qualificatorie, si è affermato, con riferimento al ruling previgente, che la decisione assunta in seno alla procedura avrebbe natura di "accordo pubblico (sia pure con funzione di mero accertamento)", con il che si renderebbe ad essa applicabile, in via analogica, l'art. 11 della L. n. 241/1990: cfr. DEL FEDERICO, L., *Autorità e consenso nella disciplina degli interpelli fiscali*, in AA.Vv., *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario* (2008), a cura di La Rosa, S., Milano, 155 ss., in particolare 169 ss. Sul fatto che l'istituto in esame possa essere ascritto "all'«ideal tipo» dell'accordo amministrativo", cfr. VERSIGLIONI M., *Accordi amministrativi (Dir. trib.)*, AA.Vv., *Dizionario di Diritto Pubblico* (2006), diretto da Cassese, S., Vol. 1, 91 ss. Con nuances ancora diverse, sull'inquadrabilità degli strumenti qui in esame negli schemi della MAP, cfr. PERRONE, A., *Sulla possibilità di assimilare gli accordi preventivi per le imprese multinazionali alle "Mutual Agreement Procedure"*, Riv. dir. trib. – Suppl. online, 20 settembre 2019. Si è peraltro osservato in Dottrina che, quale che sia la più adeguata qualificazione, non si potrebbe non tenere conto della regolamentazione europea, perché un'eccessiva dilatazione della discrezionalità riconosciuta ai protagonisti



Il contenuto dell'accordo è suscettibile di essere proiettato all'indietro alle annualità precedenti, per le quali i termini di cui all'art. 43, DPR n. 600/1973 non siano scaduti (<sup>7</sup>), qualora ricorrano le (medesime) circostanze di fatto e di diritto alla base dell'accordo e semprechè non siano iniziate attività di controllo delle quali il contribuente abbia avuto formale conoscenza. La facoltà di far valere retroattivamente l'accordo in questi casi si effettua mediante ravvedimento o presentazione di dichiarazione integrativa, ma con la peculiarità che è esclusa l'applicazione delle sanzioni, fatto questo che, più che avere a che fare con un difetto di colpevolezza, sembra piuttosto configurarsi come un beneficio.

Il descritto regime di stabilità dell'accordo è peraltro subordinato al fatto che non si verifichino “*mutamenti delle circostanze di fatto o di diritto rilevanti ai fini degli accordi sottoscritti e risultanti dagli stessi*”.

L'asciutta regolamentazione è integrata da una serie di fonti, la cui principale è il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, Prot. 2016/42559 (<sup>8</sup>), denominato “*Disposizioni per l'attuazione della disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*”, il quale regola l'accesso alla procedura e le condizioni di ammissibilità

dell'accordo rischierebbe di proiettarne le statuizioni nell'area della selettività, incompatibile con il divieto di aiuti di Stato. In argomento, anche per i richiami bibliografici, cfr. PEPE, F., “*Concorrenza fiscale dannosa e tax ruling: l'uso “strategico” dell’arm’s length principle nella disciplina europea degli aiuti di Stato e l’imprevista (?) “egemonia” della Commissione europea nell’area della fiscalità internazionale*, in *Federalismi.it.*, 28 febbraio 2018, in particolare 7 ss. Il problema è evidenziato, tra gli altri, anche da QUATTROCCHI, A. (2020), *Gli aiuti di stato nel diritto tributario*, Padova, 2020, 141 ss, in particolare nota n. 372, ove si richiama GREGGI, M., *Il caso Apple: vecchi e nuovi limiti europei alla potestà impositiva statale nei tax rulings*, *Quad. cost.*, 2016, 4, 817 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici sui temi di questa nota, mi permetto di rinviare a TRIVELLIN, M. (2018), *Studi sugli strumenti di risoluzione delle controversie fiscali internazionali*, Torino, 21 ss. Più di recente, cfr. PERRONE, A., *Sull'inquadramento sistematico e sulla natura giuridica degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale e sulla loro estensibilità all'Iva*, *Riv. dir. trib.*, 2019, 4, 387 ss.

<sup>7</sup> Anche se la riflessione difetta di realismo, non mi trattengo dall'osservare che, se un soggetto avesse omesso la presentazione della dichiarazione (con la conseguenza che i termini scadrebbero al settimo anno), potrebbe invocare una retroattività pesino più ampia di chi, invece, abbia presentato una dichiarazione regolare, il che forse può essere considerato un po' distonico. Se è assai arduo che il caso si verifichi in materia di *transfer pricing*, non è da escludere che, ove si faccia questione di residenza, qualcosa di simile possa accadere.

<sup>8</sup> Si veda anche il Provv. del Direttore dell'Agenzia, Prot. n. 2021/297428, recante “*Disposizioni per l'attuazione dei commi 3-bis e 3-ter dell'articolo 31-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. Modalità di determinazione e di pagamento della commissione per l'accesso o il rinnovo degli accordi preventivi bilaterali e multilaterali*”.

della relativa domanda, lo svolgimento del procedimento nei vari casi, le cause di estinzione, la verifica degli accordi, la violazione, la modifica ed il rinnovo degli stessi.

Queste essendo le linee di fondo dell'istituto, sembra utile tentare qualche riflessione generale sul suo inquadramento, nella relazione con gli altri strumenti che permettono di affrontare le questioni di *transfer pricing*.

### **3. L'accordo concluso come fattispecie di "definitività" non provvedimentale: le dubbie ricadute sulle *Mutual Agreement Procedure* europee ed internazionali, in particolare quanto agli aggiustamenti correlativi.**

Si è detto che la gestione delle varie opportunità impone qualche riflessione strategica ed in effetti il primo interrogativo che non pare inutile porsi attiene al rapporto tra la conclusione di un APA unilaterale ai sensi dell'art. 31-ter e l'eventuale avvio di un controllo da parte dello Stato estero in cui si trova la consociata i cui rapporti commerciali sono oggetto di definizione. Il tema non appare di rilievo meramente teorico, non solo per l'ovvio motivo che simili verifiche sono sempre possibili, ma anche per l'empirica considerazione che un APA unilaterale sarà ragionevolmente più agevole da concludere quanto più risponda ad una allocazione degli imponibili favorevole per l'Autorità amministrativa che vi aderisce. Ebbene, vi è da chiedersi che cosa accada in questa eventualità, se cioè, a fronte della rettifica dello Stato estero, l'Amministrazione nazionale possa o debba, anche eventualmente all'esito di una procedura amichevole, apportare gli aggiustamenti correlativi pur in contrasto con le determinazioni contenute nell'APA.

*Prima facie*, la questione parrebbe dover essere diversamente affrontata a seconda degli scenari in cui si colloca la fattispecie. Più in particolare, laddove non possa applicarsi la Direttiva 1852/2017 (e quindi in area extraeuropea) e trovino applicazione le Convenzioni contro le doppie imposizioni, parrebbe pacifico (peraltro in forza di indicazioni per lo più ritraibili dai Protocolli, costituenti parte integrante del Trattato) che la definitività degli atti precluda la possibilità di rimettere in discussione il contenuto del provvedimento impositivo, di fatto inibendo il recepimento e l'attuazione degli esiti di una procedura amichevole e, forse, perfino la sua attivazione. Né si potrà giungere a sicure diverse conclusioni quando sarà ratificata la *Multilateral Convention BEPS*, giacché questa normativa

non contiene disposizioni di coordinamento che permettano di ritenere superati i Protocolli che esigono l'impugnazione dei provvedimenti e, d'altra parte, il limite della definitività parrebbe essere stato investito di portata generale nella Circolare Ag. Entr. 21/E del 2012 <sup>(9)</sup> <sup>(10)</sup>.

Per converso, laddove si applichi la Direttiva 1852/2017, al netto di alcuni scrupoli interpretativi che altrove avevo avuto occasione di prospettare <sup>(11)</sup>, parrebbe ragionevole affermare che la definitività non preclude la soluzione internazionale della vertenza, conclusione che si ritrae essenzialmente dalla formulazione dell'art. 3, comma 2, del D.Lgs. n. 49/2020, ove si legge che *“La presentazione dell'istanza di apertura di procedura amichevole non è preclusa dalle procedure amministrative tributarie che comportano la definitività dell'imposta e non richiede la preventiva instaurazione delle procedure contenziose nazionali”*.

Questa digressione sul regime della definitività può apparire un fuor d'opera, perché l'accordo APA unilaterale non integra quel concetto di “cristallizzazione provvedimentoale” derivante dalla tipica dinamica esecutiva ed esecutoria dell'incedere amministrativo. Quale che sia, tuttavia, la natura giuridica della definizione di cui all'art. 31-ter, non vi è dubbio

<sup>9</sup> (...) in essa si legge, alle pagg. 14 e 15 quanto segue: *“L'opportunità di adire il giudice tributario corrisponde alla necessità di evitare che, in pendenza di procedura amichevole, l'imposta accertata in Italia diventi definitiva e, pertanto, non modificabile ai sensi dell'eventuale accordo raggiunto fra le autorità competenti”*. Si veda, ancora pag. 42 (§7.1), ove è scritto: *“In altri termini adesione, mediazione e conciliazione giudiziale (con l'apporto qualificante di una volontà transattiva negoziale) determinano il medesimo effetto di chiudere la posizione che da parte dell'Amministrazione non può essere riaperta e ridiscussa in ambito MAP, anche in considerazione di evidenti ragioni di economia dei mezzi giuridici e delle risorse già impiegati”*.

<sup>10</sup> Quanto alla Convenzione Arbitrale Europea, nella citata Circolare 21/E, 2012 si legge che *“l'elemento caratterizzante che emerge dal testo convenzionale (articoli 6 e 7 in particolare) è l'alternatività che la procedura amichevole arbitrale introduce rispetto al procedimento giurisdizionale interno, nel senso che la MAP qui si propone come mezzo alternativo al contenzioso interno, con “obbligo di risultato” (...). Ora, in tale ambito, adesione, mediazione e conciliazione mirano a chiudere la posizione erariale, anche a fronte della prospettiva di coltivare il contenzioso internazionale. La volontà transattiva di definizione non può, pertanto, consentire il riesame in sede di MAP arbitrale proprio perché è venuta meno quell'alternatività (la possibilità in concreto di scegliere) tra contenzioso interno e internazionale, nel senso che non si vuole più contendere alcunché; e anche qui giocano, a supporto, ragioni di economia dei mezzi giuridici e delle risorse impiegati”*.

<sup>11</sup> Mi permetto di rinviare a TRIVELLIN M., *La risoluzione delle controversie fiscali in base agli strumenti di diritto europeo e internazionale*, in TRIVELLIN, M., ALBERTINI, F.V., GIANONCELLI, S., QUATTROCCHI, A., *Le controversie fiscali internazionali* (2022), a cura di G. Ragucci, Quaderni del Corso di perfezionamento di Diritto tributario dell'Università degli Studi di Milano, Diretta da Ragucci, G., Torino, 5 ss., in particolare 15.

che essa permette di raggiungere un regime di stabilità che “vincola” le parti per il periodo considerato e, in questo, presenta elementi di contiguità teorica con le procedure che determinano una fissazione del rapporto, come ad es. l'accertamento con adesione<sup>12</sup>), specialmente quando il medesimo si sviluppi prima della notifica dell'atto impositivo.

Se queste conclusioni possono *prima facie* indurre a sminuire la portata del problema almeno quando si applichi la Direttiva, a ben guardare le cose non sono così semplici neppure per l'area europea, perché è sempre il D.Lgs. 49/2020, all'art. 3, comma 3, a precisare che “*l'istanza di apertura di procedura amichevole non può essere presentata qualora sulla questione controversa sia intervenuta (...) una decisione del giudice a seguito di conciliazione ai sensi degli articoli 48 e 48-bis*” del D.Lgs. 1992/546. Poiché è ben noto che il controllo dell'Organo Giudicante in questi casi è estrinseco e formale<sup>13</sup>), ciò che caratterizza l'istituto preclusivo è pur sempre una definizione della vertenza essenzialmente basata su una concorde determinazione delle parti in causa, tanto più che la decisione di chiudere la vertenza può maturare in un contesto extraprocessuale.

Quindi, ad un più approfondito esame, anche in area europea ci troviamo di fronte ad una fattispecie dubbia, perché l'APA unilaterale non è incasellabile direttamente né nei meccanismi procedimentali di adesione, né in quelli di conciliazione, ma questi due istituti, pur caratterizzati da una medesima logica di convergenza volontaristica, hanno effetti diversi sul piano delle preclusioni, impedendo di intravedere una soluzione di sistema, costituente criterio per risolvere la questione degli eventuali effetti preclusivi dell'APA.

Né sembra, almeno in prima battuta, che la soluzione venga offerta dalla disciplina propria dell'istituto. Invero, ciò che può “far saltare” l'accordo sono i “*mutamenti delle circostanze di fatto o di diritto rilevanti ai fini degli accordi sottoscritti e risultanti dagli stessi*”. Sembra difficile ritenere che una verifica dello Stato estero possa considerarsi un mutamento delle circostanze di fatto e di diritto rilevanti e risultanti dagli accordi. Più

<sup>12</sup> Secondo la Dottrina (ZIZZO, G., *Op. ult. cit.*, 71), “*Consenso e condivisione attengono al concorso di entrambe le parti alla composizione di un quadro conoscitivo ritenuto adeguato e alla convergenza di entrambe sulla ricostruzione di un determinato presupposto impositivo e/o di una determinata soluzione interpretativa. Non implicano che nella sede considerata l'Ufficio debba attribuire rilievo ad interessi diversi da quelli ai quali ordinariamente attribuisce rilievo nell'esercizio di detta funzione*”.

<sup>13</sup> Con sintesi, PISTOLESI, F. (2021) *Il processo tributario*, Torino, 159, precisa che “*il giudice non può interloquire nel merito della conciliazione. E la Corte Costituzionale, con sentenza n. 433 del 24 ottobre del 2000, lo ha reputato corretto*”.

probabilmente, si tratterà di una diversa valutazione di elementi di fatto e diritto già oggetto di considerazione nell'APA nazionale. E comunque i fatti non emergenti dall'accordo (perché magari rimasti sotto traccia nelle trattative), anche se valorizzati dall'Amministrazione straniera, non parrebbero bastare a giustificare la revisione della definizione nazionale.

Neppure utile per risolvere il problema sembra essere l'art. 31-*quater*, lett. c) del DPR 600/1973, laddove riconosce al contribuente il diritto di chiedere gli aggiustamenti correlativi “*a fronte di una rettifica in aumento definitiva e conforme al principio di libera concorrenza effettuata da uno Stato con il quale è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni*”. E' chiaro, infatti, che in tanto la rettifica in diminuzione avverrà, in quanto l'Agenzia riconosca che l'accertamento estero è conforme al principio di libera concorrenza. Ma se l'Ufficio è già pervenuto ad una determinazione del valore normale ritenuta corretta, come potrà, se non prendendo atto di avere errato, rideterminarsi in senso diverso e riconoscere spontaneamente l'esattezza della rettifica estera? Certo l'autotutela è indiscutibilmente sempre possibile ed auspicabile, ma se non si vuole peccare di difetto di pragmatismo, si è costretti a prendere atto di tutti i suoi limiti.

A complicare la soluzione del problema c'è poi anche l'apporto volontaristico del privato, perché se allo stesso si voglia riconoscere una portata negoziale, si potrebbe anche rispondere al contribuente che chieda gli aggiustamenti correlativi, che il vincolo preclusivo nasce da una sua decisione e da una sua scelta. Del resto, dal Provvedimento attuativo si evince (§ 9.3.) che per il contribuente la modifica dell'accordo è collegata al sopravvenire di circostanze “*non prevedute né altrimenti prevedibili*” e “*sostanziali mutamenti*” di quelle iniziali, pure “*non preveduti né altrimenti prevedibili*”, suscettibili di incidere “*significativamente*” sulla validità delle conclusioni raggiunte in sede di accordo. Anche se vi sono buone ragioni per dubitare che questa regola sia legittima, in quanto non solo restringe le condizioni che autorizzano la modifica degli accordi oltre i parametri fissati dal Legislatore primario, ma anche parrebbe creare una disparità di trattamento rispetto all'Agenzia delle Entrate, legittimata ad attivare la ridetta modifica sul semplice presupposto del mutamento delle condizioni di fatto e di diritto <sup>(14)</sup>, non vi è dubbio che essa dimostra come

<sup>14</sup> Sottolinea la diversità delle condizioni PIZZONIA, G., *Gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale: opportunità e criticità*, in Riv. dir. fin. Sc. Fin., 2016, 495 ss., in particolare 503, richiamato anche da GRANDINETTI, M., *Gli accordi preventivi...*, cit., 680 e, *ivi*, nota 44.

la volontà del contribuente di addivenire all'accordo sia elemento caratterizzante di un regime peculiare di stabilità ed immodificabilità, la cui *ratio* non appare, tra l'altro, nemmeno nitidissima<sup>15</sup>).

Se non appare necessario, in questa sede, prendere posizione sulla questione dogmatica della natura giuridica degli accordi *ex art. 31-ter* al fine di orientare la soluzione del problema dell'eventuale vincolo da essi creato, impediente la revisione derivante dalle rettifiche di un Paese estero, è però opportuno rifuggire da un atteggiamento interpretativo rinunciatorio. Con questo spirito, allora, ci si può limitare ad osservare che il contesto della conciliazione immette nel perimetro della definizione considerazioni attinenti a profili anche estranei all'obbligazione tributaria e riguardanti il rapporto processuale ed i vizi procedurali dedotti con il ricorso; che l'estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere resiste ad ogni revisione con una stabilità che non si riscontra né nell'adesione né negli accordi (l'una e gli altri suscettibili, a certe, seppur diverse, condizioni, di essere integrati o modificati); che proprio il silenzio del Legislatore sul valore preclusivo degli accordi suggerisce di prescegliere soluzioni ricostruttive che favoriscono la più estesa applicazione delle norme europee, allo scopo di attuare quanto più possibile i fini della Direttiva sul potenziamento degli strumenti di soluzione internazionale delle controversie.

Per queste ragioni, sarei propenso a preferire l'assunto che equipara gli APA unilaterali alle definizioni in adesione, ammettendo dunque che il contribuente possa invocare la disciplina di cui al D.Lgs. n. 49/2020 anche dopo aver concluso uno degli accordi di cui all'art. 31-ter. Ma è certo che, al di fuori dell'ambito europeo, la questione pare tutt'altro che pacifica e suggerisce, dunque, la massima prudenza nel valutare l'opportunità di ricorrere all'istituto qui in esame se si ha ragione di temere rettifiche dell'altro Paese. E i motivi di ponderazione strategica si rafforzano qualora si possa invocare la *Penalty Protection*, perché se lo scopo della definizione non è correlato alla riduzione del rischio sanzionatorio (e non dovrebbe esserlo se vi è la *Transfer Pricing Documentation*, a meno di non

<sup>15</sup> Se, invero, il vincolo sembra spiegarsi, dal lato dell'Agenzia, per le esigenze di certezza, prevenzione del rischio e tutela dell'affidamento, più dubbio è il fondamento di un regime ancora più rigoroso dal lato del contribuente. Le esigenze di certezza del gettito non appaiono così decisive, a meno che non si tratti di definire prezzi di trasferimento di Multinazionali con fatturati simili a PIL statali, mentre i principi di effettività e capacità contributiva indurrebbero a semmai a riconoscere una maggiore, e non una minore, flessibilità a favore del privato. In questa prospettiva, non appare allora casuale che, nell'interpello, il vincolo sussista solo per l'Agenzia.

accedere a non condivisibili interpretazioni dell'art. 26, D.L. n. 78/2010 e 1, comma 6, D.Lgs. n. 471/1997 che subordinano la disapplicazione delle sanzioni all'adeguatezza della documentazione, per come valutata dall'Agenzia (<sup>16</sup>), un APA unilaterale finirebbe per condizionare in modo potenzialmente esiziale l'efficacia di una MAP volta ad ottenere, all'esito di contestazioni da parte dello Stato estero, la corretta fissazione internazionale dei prezzi di trasferimento.

#### **4. Il *Carry-back* dell'accordo e l'avvio di attività di verifica. La fissazione dei corretti prezzi di trasferimento come criterio guida del riporto all'indietro.**

Un altro aspetto rilevante attiene al rapporto tra accordi internazionali e verifiche fiscali. La norma, nella sua più recente formulazione, autorizza il contribuente a proiettare indietro l'efficacia dell'accordo agli anni per i quali non sia scaduto il termine di accertamento, alla condizione che le circostanze di fatto e di diritto siano le medesime e che non siano iniziati accessi, ispezioni o verifiche. Ciò potrebbe avvenire con dichiarazione integrativa e/o ravvedimento e senza l'applicazione delle sanzioni.

La previsione, ritenuta incoerente dai primi commentatori (<sup>17</sup>), appare, per certi versi, singolare, perché suggerisce di interrogarsi su possibili scenari.

Sotto un primo profilo, occorre chiedersi se l'avvio di attività di indagine, pervenuto formalmente nella sfera di conoscenza del contribuente, inibisca il *carry-back* in sé, ovvero impedisca soltanto la disapplicazione delle sanzioni. La prima conclusione, almeno per quanto riguarda l'area del *transfer pricing*, non avrebbe molto senso, perché, se l'accordo deve rispettare il criterio di libera concorrenza, è difficile immaginare che, in

<sup>16</sup> Su questi problemi, cfr. DEL FEDERICO, L., *Le sanzioni amministrative in materia di prezzi di trasferimento*, Riv. trim. dir. trib., 2022, 2, 247 ss.; DELLA VALLE, E., *Transfer price: l'esimente relativa alla rettifica del valore normale*, Riv. trim. dir. trib., 2012, 2, 65 ss.

<sup>17</sup> Si è osservato, infatti che la preclusione derivante dall'inizio di attività di controllo non è in armonia con il fatto che il ravvedimento risulta precluso, per il settore delle imposte dirette, solo dalla notifica del provvedimento impositivo: cfr. FRANCONI, F., *Accordi preventivi internazionali retroattivi ma "a pagamento"*, il fisco 3/2021, 267 ss., in particolare 271., il quale osserva come, "non pare possa escludersi la possibilità di far valere l'APA bilaterale/multilaterale sopravvenuto anche in spregio degli atti di controllo intrapresi medio tempore, e addirittura degli atti impositivi contrari notificati con riguardo a periodi d'imposta coperti dall'APA medesimo, in virtù della prevalenza delle disposizioni convenzionali su quelle nazionali (anche) sulla base dell'art. 75 del D.P.R. n. 600/1973".

presenza di circostanze di fatto e diritto omogenee, l'Amministrazione possa assumere determinazioni differenti in sede di rettifica. Detto in altri termini, la condizione che non siano iniziati accessi, ispezioni e verifiche, normalmente giustificata sul valore della spontanea respiscenza del contribuente, perde di significato quando si tratta di attuare una determinazione dell'Amministrazione stessa. L'Agenzia non potrebbe, infatti, pretendere in sede di controllo più di quanto pretenda in sede di accordo a parità di elementi fattuali e giuridici, perché, diversamente, o sarebbe erroneo l'accordo (ed addirittura, come abbiamo accennato nelle note precedenti, forse in conflitto con il divieto di aiuti di Stato) o sarebbe illegittima la rettifica.

Allora forse si potrebbe pensare che ciò che è inibito non è tanto il riporto all'indietro, ma il riporto all'indietro senza sanzioni. Ma anche qui bisogna tener conto che, se è presente la prescritta documentazione, dovrebbe essere garantita la *Penalty Protection*. Se così fosse, dunque, almeno nel caso che ci occupa, la stipula dell'accordo avrebbe sempre l'effetto di disinnescare le conseguenze pregiudizievoli di una verifica. Un tanto esige, a maggior ragione, di chiedersi come si coordinino le procedure dell'istituto in esame con le attività di indagine. Cercherò di affrontare il tema nel prossimo paragrafo, ma prima vorrei far notare che il richiamo alla disciplina del ravvedimento ed a quello della dichiarazione integrativa (anche a favore) non chiarisce se il *carry-back* possa essere invocato anche mediante istanza di rimborso ed il punto non è proprio irrilevante. Invero, se l'unico modo di avvalersi del *carry-back* fosse la dichiarazione integrativa, il rischio potrebbe essere che l'Agenzia ne contestasse la correttezza, adducendo che non vi era la coincidenza delle situazioni di fatto e diritto sottese e applicando così le sanzioni. Un tanto, renderebbe più rischioso avvalersi del riporto all'indietro, a meno che non si riesca ad ottenere, nell'ambito dell'accordo stesso, una dichiarazione dell'Ufficio che lo avalla (il che, forse, sarebbe una soluzione da suggerire sul piano pratico). Sarei, tuttavia, dell'avviso che, sulla scorta dei consolidati indirizzi della Suprema Corte evidenziati come gli strumenti dell'istanza di rimborso e della dichiarazione integrativa siano concorrenti, entrambi siano eligibili per il fine qui in considerazione<sup>18</sup>). Del resto, se la determinazione concordata è ascrivibile all'area dogmatica dell'accertamento dei corretti valori di libera concorrenza (ciò che non è agevole negare, alla

<sup>18</sup> Cfr. Cass., Sez. Unite, sent. n. 13378 del 2016, su cui cfr. FRANSONI, G., *La rettifica della dichiarazione dall'asistematicità giurisprudenziale al riordino legislativo*, Riv. dir. trib., Suppl. Online, 31 ottobre 2016. Più di recente, cfr. Cass., sent. n. 19002 del 2019.



luce della *littera legis* e del contesto europeo), difficilmente il rimborso potrebbe essere rifiutato dall’Agenzia delle Entrate.

### **5. Accordi preventivi e indagini tributarie: i principi di buona fede e cooperazione impongono un costante coordinamento delle iniziative.**

Veniamo ora al coordinamento tra indagine tributaria e istanza di accordo. Il caso è quello dell’avvio di un’attività di investigativa parallelamente o a seguito della presentazione di una di queste istanze. Nel periodo di vigenza dell’art. 8 del D.L. n. 269/2003, l’Agenzia ha riconosciuto la possibilità che l’attività di controllo sia “*avviata simultaneamente ad una istruttoria di ruling internazionale*” (19). A riguardo, si precisava che, sebbene non esistessero preclusioni formali all’avvio di una verifica “*in costanza di ruling*”, bisognava valutare attentamente l’opportunità (20) di tali iniziative, “*al fine di evitare una sovrapposizione di interventi i quali, pur se condotti alla stregua di norme e logiche diverse, implicano lo svolgimento di attività istruttorie assimilabili*” (21). Accanto a questa fattispecie possiamo considerare il caso che sia il contribuente a presentare un’istanza di accordo successivamente all’avvio di un’attività di indagine.

La prima situazione, che sottende il rischio che l’indagine parta proprio dalle informazioni offerte in sede di avvio della procedura (22), non appare irrealistica e pone anche un problema di assetto della disciplina. Invero, l’Amministrazione potrebbe apparire arbitra del *carry-back*, per-

<sup>19</sup> Cfr. Circ. Ag. Entrate n. 25/E, del 31 luglio 2013, pagg. 21, 22. La medesima indicazione si ritrova nella Circ. Ag. Entrate n. 25/E del 6 agosto 2014, 22

<sup>20</sup> (...) testualmente: “*il manifestarsi di tale circostanza richiede comunque una attenta valutazione di opportunità*”

<sup>21</sup> A questo fine è stato sviluppato un servizio informativo interno mediante il quale, una volta selezionato il contribuente da sottoporre potenzialmente ad attività di controllo, sarà possibile riscontrare in SERPICO l’esistenza di *ruling* in corso o conclusi, con le relative informazioni di sintesi.

<sup>22</sup> La possibilità che una simile evenienza si presenti sembra essere tenuta in considerazione dallo stesso Provvedimento attuativo (v. Prov. Direttore Ag. Entrate, 21 marzo 2016, Prot. n. 2016/42295, punto 2.9.), il quale, allo scopo di superare la preoccupazione del contribuente per la *disclosure* a cui si espone, prevede la facoltà di richiedere un incontro preliminare all’Ufficio al fine di ottenere anche “*per il tramite di (...) procuratori ed in forma anonima, chiarimenti e/o indicazioni in merito alla procedura*”. Il problema è da tempo evidenziato: BERGQUIST, P.J., *Experience concerning advance pricing agreements*, in Intertax, 1992, n. 6/7, 387 ss., in particolare 390, ove si legge: “*the procedure may merely highlight an issue for audit that the agent might not otherwise have spotted (...)*”.

ché, almeno ad una prima lettura, sarebbe sufficiente che, a fronte dell'istanza di accordo, notificasse un questionario al contribuente sulle annualità precedenti per inibire la proiezione all'indietro degli effetti della definizione, quantomeno in assetto di non punibilità, attuando così una sorta di *blocking method* selettivo sugli esercizi definibili.

Il problema si attenuerebbe se il Legislatore impiegasse come spartiacque della facoltà di *roll-back* l'istanza di accordo, anziché l'accordo raggiunto, in modo che la presentazione della richiesta di attivazione della procedura anteriormente all'avvio di attività di indagine formalmente conosciute, costituisse "prenotazione" della proiezione retroattiva dell'accordo stesso. Ma tale conclusione sembra difficilmente attingibile mediante un'operazione interpretativa, perché occorrerebbe accedere ad una sorta di riscrittura della norma. Se non abbiamo male inteso, inoltre, l'avvio di un'indagine inibirebbe persino il *carry-back* rispetto alle annualità anteriori alla stipula dell'accordo ma successive alla presentazione dell'istanza. Invero, i periodi di imposta oggetto di traslazione retroattiva della definizione sono, stando alla *littera legis*, quelli "*precedenti alla stipulazione*", non quelli precedenti all'istanza. Si tratta di una conclusione che suscita notevoli perplessità, perché nel momento in cui il contribuente introduce l'istanza per la procedura di accordo lo fa per conseguire obiettivi di certezza sugli esercizi successivi alla domanda (di lì, in avanti), anche perché le circostanze di fatto e di diritto che egli rappresenta saranno proprio quelle attuali al momento dell'inoltro della stessa (domanda). La precedente versione della norma era, infatti, strutturata in coerenza con questa considerazione, perché assicurava un *carry-back* automatico (non condizionato dall'avvio di attività di indagine) per i periodi di imposta precedenti alla stipula, ma non anteriori alla presentazione dell'istanza.

A complicare il quadro, si aggiungono i tempi delle procedure (i 180 giorni previsti non sono ritenuti perentori), perché quanto più lungo sia il periodo tra l'istanza e la stipula dell'accordo, tanto più vi è il rischio di incoerenze applicative, perché più passa il tempo e più le condizioni di fatto e di diritto alla base della richiesta potrebbero mutare, rendendo inattuale la domanda, problematico il *carry-back*<sup>(23)</sup> e costringendo ad un monitoraggio costante dell'istanza "in corso d'opera".

Tuttavia, le preoccupazioni sui limiti del *carry-back* in tema di *transfer pricing* non dovrebbero forse essere eccessivamente enfatizzate, perché l'avvio di un'attività di indagine su annualità pregresse, per le quali

<sup>23</sup> Lo notano di ASCOLI, G., ROMAGNOLI, V., *Davvero efficaci le modifiche alla disciplina degli accordi preventivi?*, il fisco 47-48/2020, 4566 ss., in particolare 4568.

ovviamente le condizioni di fatto e di diritto siano omogenee, non dovrebbe spaventare. La definizione operata in sede di accordo, rappresentando, come detto, i corretti prezzi di concorrenza, dovrebbe, infatti, imporsi anche agli uffici procedenti <sup>(24)</sup>, mentre il carico sanzionatorio potrebbe essere disinnescato dalla *Penalty Protection*, cosicché lo specifico regime del riporto all'indietro sembrerebbe svuotarsi un poco di rilevanza nella materia che ci occupa.

Sfumature diverse emergono se si considera il caso dell'avvio previo di una attività di indagine, seguito da un'iniziativa del contribuente, volta ad attivare la procedura di accordo, perché questa scelta potrebbe caricarsi di un significato strategico e di opportunità.

Invero, di fronte ad un contemporaneo svolgimento di un'attività di indagine e di una procedura di accordo, che potrebbero anche riguardare le medesime annualità (in particolare quelle ricadenti tra l'istanza di accordo e la stipula dello stesso) sembra imprescindibile un adeguato coordinamento ed un potenziamento dei canali di comunicazione tra i diversi livelli amministrativi interessati e tra questi ed il contribuente, non fosse altro che in applicazione di più generali principi di correttezza e cooperazione. E a me parrebbe che la procedura che dovrebbe guidare il ridetto coordinamento dovrebbe essere quella di accordo <sup>(25)</sup>, sia perché affidata a funzionari, e soprattutto ad organi, maggiormente specializzati, sia perché imperniata sul principio del contraddittorio. In questo contesto, se è vero che un coordinamento si impone, vi è da chiedersi se sia legittima, alla luce della portata precettiva dell'art. 10, comma 1, L. 212/2000, l'emissione anticipata di un avviso di accertamento, almeno quando non ci siano in gioco i termini di decadenza del potere impositivo. E' evidente, infatti, che l'atto impositivo non potrebbe non condizionare lo sviluppo successivo del confronto, perché costituirebbe una statuizione sul rapporto controverso empiricamente influente sul processo decisionale degli organi incaricati di gestire il procedimento

<sup>24</sup> Come dice la Dottrina (Zizzo, G., *Op. loc. ult. cit.*), "a invarianza di condizioni, difficilmente l'Ufficio potrebbe giustificare l'assunzione di una posizione difforme"

<sup>25</sup> Sul fatto che "Parrebbe opportuno, quindi, attribuire prevalenza alla procedura di accordo preventivo", cfr. ASCOLI, G., ROMAGNOLI, V., *Davvero efficaci le modifiche alla disciplina degli accordi preventivi?*, cit., 4569, i quali addirittura suggeriscono la sospensione o la chiusura della verifica, in attesa di comprendere se si possa pervenire alla definizione.

di accordo <sup>(26)</sup> ed, in ogni caso, impedirebbe il *carry-back* perché precluderebbe il ravvedimento <sup>(27)</sup>.

Si potrebbe, dunque, pensare che l'istanza proposta dal contribuente valga a ricollocare in chiave di contraddittorio l'insieme delle procedure connesse, immettendole in un perimetro di partecipazione che abbraccia le necessariamente dialoganti fasi di rettifica e accordo. Se così fosse, la presentazione dell'istanza sarebbe un'altra delle opzioni strategiche da considerare.

## **6. Le criticità sul piano della tutela dell'affidamento: la decorrenza della caducazione in caso di mancato accordo a fronte della modifica delle condizioni di fatto e di diritto ed in caso di violazione dell'intesa.**

Sempre in chiave di esame generale dell'istituto è opportuno porre all'attenzione del paziente lettore due questioni che impingono sul tema dell'affidamento e della certezza del rapporto tributario, temi che sono alla base della *ratio* degli strumenti della prevenzione.

Ci si riferisce, in particolare, al problema delle modificazioni dell'accordo in dipendenza del mutamento delle circostanze di fatto e di diritto ed al problema degli elementi non emersi nel corso dell'istruttoria svoltasi in contraddittorio tra contribuente ed Amministrazione finanziaria.

Del tema avevo già avuto occasione di occuparmi, ragion per cui non è il caso che in questa sede vada oltre un rapido cenno.

Come evidenziato in esergo, la stabilità dell'accordo è destinata a venire meno qualora sopravvengano mutamenti delle circostanze fattuali o giuridiche rilevanti e risultanti dagli accordi. Per queste situazioni, il provvedimento attuativo (punti 9 e segg.) prevede un procedimento di modifica, anch'esso in contraddittorio, che può avere come esito una comune decisione di revisione ovvero una perdita di efficacia dell'accordo nell'ipotesi in cui non si raggiunga una convergenza di vedute o quando le circostanze riscontrate siano di consistenza tale da rendere impossi-

<sup>26</sup> La rilevanza della buona fede può essere in questi casi anche più penetrante. Se emergesse un problema di decadenza, suscettibile di indurre gli Uffici a dover emettere l'atto per evitarla, il dovere di collaborazione dovrebbe condurre ad accelerare la procedura di accordo, per evitare l'adozione di un provvedimento che potrebbe condizionare la definizione in contraddittorio della questione in modo diacronicamente omogeneo.

<sup>27</sup> Fermo restando, com'è naturale, l'eventuale possibile recepimento dell'accordo in fase di adesione o conciliazione.

bile la modifica del patto. In questo caso, la ridetta perdita di efficacia si avrà “*a partire dalla data in cui il mutamento delle condizioni di fatto e/o di diritto risulta intervenuto*” e, se questo momento non è determinabile, a partire dalla comunicazione dell’invito con cui l’Ufficio ha aperto la procedura di revisione. Questa disciplina, dettata dalla fonte secondaria, è molto discutibile perché, se ho ben compreso, appare in contrasto con lo spirito dell’istituto, volto a garantire certezza al contribuente. Invero, il contribuente potrebbe non avere avuto la percezione del sopravvenire di circostanze che l’Ufficio giudica rilevanti al fine della modifica degli accordi e, così, potrebbe continuare a confidare nella stabilità del *ruling*. Di certo il suo affidamento verrebbe meno una volta ricevuto l’invito di cui al § 9.1. (perché da quel momento è costretto a prendere atto che l’accordo potrebbe essere modificato o decadere), ma la perdita di efficacia potrebbe risalire persino più indietro, retroagendo all’anteriore momento in cui si sia verificato il fatto costituente causa della modifica. Egli dunque potrebbe inaspettatamente trovarsi di fronte ad una perdita di efficacia retroattiva dell’accordo, tanto più problematica quanto più siano sfuggenti i casi che giustificano la decadenza <sup>(28)</sup>. Molto più coerente con i fini dell’istituto sarebbe stato, dunque, prevedere che la perdita di efficacia avesse effetti a decorrere dal momento in cui si prende atto che la revisione non è possibile o non vi è consenso al riguardo. Anche in caso di modifica dell’accordo c’è questa retrodatazione degli effetti, perché al punto 9.5 del Provvedimento attuativo si richiama il punto 9.2, che riguarda appunto la decorrenza temporale. Mi pare che questo possa costituire un possibile problema nella disciplina della revisione, almeno quando, per il contribuente, la modifica è peggiorativa.

<sup>28</sup> Ci si è chiesti, per esempio, se il mutamento e l’evoluzione dei metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento, in continua evoluzione, possa giustificare la revisione (cfr. SUCCIO, R., *Advanced Pricing Agreement e procedure negoziate di determinazione del valore normale: la Cassazione nega il potere di veto dell’Amministrazione finanziaria*, cit., 41-42. Si segnala che, secondo Circ. Ag. Entr. 25/E del 2016 “*fra le circostanze di diritto alla cui invarianza è vincolata la validità della risposta resa devono includersi (oltre alle modifiche normative, alle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, in particolare nelle ipotesi in cui essa interpreti norme comunitarie cui la norma nazionale si sia conformata) anche le sentenze della Corte di Cassazione, rese dalle Sezioni Unite o dalle Sezioni semplici che esprimano un orientamento consolidato e costante, secondo la definizione del c.d. “diritto vivente” (cfr., ex plurimis, Corte costituzionale: sentenza 21 novembre 1997, n. 350; sentenza 24 giugno 2010, n. 227; sentenza 4 giugno 2014, n. 156)*”. Quindi un’evoluzione giurisprudenziale potrebbe mettere in discussione l’accordo, ciò che, a parte la difficoltà di monitoraggio (quando un indirizzo di legittimità può dirsi divenuto costante?), pone degli interrogativi più generali sul valore del precedente.

Si può, dunque, dubitare della legittimità delle regole in esame, per contrasto con il principio (di fonte primaria) della tutela dell'affidamento, che costituisce fondamento sistematico del vincolo di stabilità previsto per queste forme di *ruling*.

Problemi non troppo dissimili emergono quando sia contestata, ad es., la violazione dell'accordo in dipendenza di "uno o più episodi di mancata collaborazione o trasparenza, che apprezzati complessivamente, non consentano di poter efficacemente verificare il rispetto dell'accordo nei tempi e modi previsti". Anche in questo caso, se non sia possibile accertare la data in cui si è integrato il comportamento costituente violazione dell'accordo, lo stesso si considererà risolto "a decorrere dalla data di efficacia originaria", cioè retroattivamente<sup>(29)</sup>. Posto che gli addebiti muovibili al contribuente sono definiti dal Provvedimento attuativo in modo piuttosto generico e posto che, quando "apprezzati complessivamente", potrebbe essere arduo ascrivere ad un preciso momento temporale la violazione, il rischio di una perdita di efficacia *ab origine* è serio. Anche in questo caso, dunque, la normativa secondaria sceglie di sacrificare il valore della stabilità, ciò che potrebbe discutersi alla luce dei principi e dello spirito che reggono l'istituto. Meglio sarebbe stato, dunque, caducare l'accordo con efficacia *ex nunc*.

A prescindere da questo problema, resta anche da capire quale effetto possano avere sul piano sostanziale uno o più episodi di mancata collaborazione, determinanti la possibile caducazione dell'accordo. Invero, se la caducazione non dipende da violazioni che abbiano inciso sul merito della questione (come ad es. corrispettivi praticati diversi da quelli individuati come corretti), l'Ufficio sarebbe comunque vincolato da una statuizione che fissava prezzi di trasferimento conformi alla libera concorrenza. Difficilmente, dunque, caducato il patto, l'Agenzia potrebbe prescindere in sede accertativa dalle determinazioni in esso accolte, ciò che, peraltro, potrebbe valere anche per il contribuente, al quale, svincolatosi dall'impegno, si potrebbe opporre che non gli è consentito rimettere in discussione i criteri dell'*arm's length* ed impugnare gli atti impositivi che riproducano il contenuto dell'accordo<sup>(30)</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. § 8.3 del Provvedimento attuativo.

<sup>30</sup> Sul punto, cfr. MANZONI, I., VANZ, G. (2007), *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Torino, 135. Analogamente, cfr. GRANDINETTI, M., *Gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, *Rass. Trib.* 2017, 3, 660 ss., in particolare 686.

## **7. Le circostanze non emerse nell'istruttoria originaria: un problema al crocevia tra poteri istruttori officiosi, vizi del consenso e tutela delle aspettative del contribuente su questioni tecnicamente complesse.**

Come sopra dicevamo, altro tema importante, sempre nella prospettiva qui in esame, attiene alle circostanze rilevanti non emerse nel corso dell'istruttoria che conduce all'accordo, vuoi perché non valutate dall'Ufficio nella procedura in contraddittorio, vuoi perché anche magari consapevolmente occultate dal contribuente. Se, per un verso, nell'istanza, il contribuente dovrebbe esplicitare gli elementi ritenuti significativi, per un altro la domanda non è che il punto di avvio di una fase istruttoria in cui l'Ufficio dispone di penetranti poteri di accertamento del rapporto tributario, per molti aspetti omologhi a quelli che caratterizzano l'azione di rettifica (inclusa la cooperazione internazionale). Non è certo, dunque, che eventuali omissioni possano essere addebitate al soggetto passivo, essendo la stessa Amministrazione tenuta alla ricostruzione del quadro completo<sup>31</sup>). Inoltre, la peculiare natura dell'istituto induce a dubitare che siano traslabili *de plano* facoltà di integrazione o modificazione del patto invocando analogicamente le regole di cui agli artt. 43, comma 3, DPR n. 600/1973 o 2, comma 4, D.Lgs. n. 218/1997. Neppure sono decisive previsioni come il § 6.2 del Provvedimento attuativo, ove si prevede che la procedura “*può essere estinta*” in caso di “*sopravvenuta conoscenza di elementi e notizie relativi a fatti e circostanze che fanno venir meno il rapporto di trasparenza, fiducia e collaborazione*” che è alla base dell'istituto. Il riferimento alla procedura e non al suo esito parrebbe riguardare la fase istruttoria mentre è in corso, non autorizzando a caducare l'accordo una volta concluso. Similmente si può argomentare quanto alle regole dedicate alla violazione totale o parziale dell'accordo (§ 8.1, lett. a) e b)), che, riferendosi al mancato rispetto di un accordo in essere, parrebbero riguardare la fase esecutiva ed attuativa, più che a quella genetica e costitutiva. Più dubbia è la portata della regola posta al punto 7.2 del Provvedimento attuativo, secondo cui l'Ufficio ha il potere, durante la vigenza dell'accordo, di invitare il contribuente a fornire chiarimenti e documentazione “*in*

<sup>31</sup> Si tratta di una considerazione che trae spunto dalla Dottrina, ove si legge che “*L'Ufficio può, in questo modo, seguire autonomi canali conoscitivi, al fine di acquisire ulteriori elementi di giudizio e al contempo anticipare il momento della verifica della fedeltà e completezza dei dati e delle informazioni messe a disposizione dall'impresa istante nell'ambito del procedimento*”: cfr. ZIZZO, G., *Accordi preventivi e prospettive evolutive della cooperazione tra Fisco e imprese*, cit., 69

*ordine alla verifica dello stesso*". Visto che la verifica in fase esecutiva è già disciplinata da altre regole, questa previsione potrebbe essere richiamata come strumento per scardinare il vincolo originario. Occorre però osservare che, con particolare riferimento al *transfer pricing*, le questioni sottese sono troppo sfuggenti e complesse e può essere estremamente arduo disquisire sugli elementi rilevanti che il contribuente avrebbe potuto o dovuto fornire, facendone dipendere la caducazione *ad origine* di un accordo concluso. Sarebbe come negare la stabilità del vincolo nel momento in cui la si afferma, perché troppo facile sarebbe trovare un motivo qualsiasi per travolgerla. Bene ha fatto, dunque, il Legislatore a non prevedere per queste ipotesi una perdita di efficacia del *ruling*, anche se rimane sullo sfondo una questione dogmatica non certo trascurabile, vale a dire quella della rilevanza dell'eventuale errore in cui sia incorsa l'Amministrazione, soprattutto se indottavi da consapevoli reticenze del contribuente.

## **8. I vari possibili inceppamenti della procedura e la necessità di una tutela giurisdizionale.**

Dalle considerazioni sin qui svolte emerge come la dinamica procedimentale si caratterizza, lungo tutto il suo svolgimento, per diverse fasi nelle quali possono emergere contrasti tra il contribuente e l'Amministrazione, cui possono corrispondere posizioni non conciliabili. Si considerino la declaratoria di inammissibilità o improcedibilità dell'istanza (§§ 3.1. e 3.2 del Provvedimento attuativo 2016); il mancato raggiungimento dell'accordo (§ 5.6); l'estinzione del procedimento (§ 6); la contestazione della violazione dell'accordo e la sua conseguente risoluzione (§ 8.3); la perdita di efficacia in conseguenza della modifica delle circostanze (§ 9.2); il mancato riconoscimento di elementi suscettibili di giustificare una rimodulazione (§ 9.3); il rigetto della richiesta di rinnovo (§ 10.2). Se di fronte ad un mancato accordo sembra difficile immaginare una tutela, perché pare arduo pretendere una convergenza sulla corretta determinazione dei prezzi di trasferimento e se i difetti dell'istanza plausibilmente possono poter essere rimediati, nella maggior parte dei casi, con una riproposizione della stessa, quando si pongano problemi di caducazione, pretese modificazioni delle circostanze sottese o mancato rinnovo, una qualche forma di protezione del contribuente dovrebbe essere riconosciuta. In alcune situazioni (per es. quando sia dedotta una perdita di efficacia dell'accordo), la tutela potrebbe forse anche essere differita, perché il contribuente potrebbe impugnare gli atti di accertamento che gli fossero



eventualmente notificati, adducendo che gli stessi sono in contrasto con il *ruling*, del quale si asserisca la perdurante validità. In altri casi, però (come ad es. quando sia negato il rinnovo), potrebbe emergere un'esigenza di tutela immediata. Più in generale, comunque, anche alla luce delle novità introdotte nell'art. 19 del D.Lgs. n. 546 del 1992, del contenuto accertativo di talune determinazioni endo-procedurali, della sussistenza di un interesse alla stabilità del rapporto definito tramite l'accordo, riterrei immaginabile il ricorso alle Commissioni tributarie, fermo restando che, ove i limiti della giurisdizione fossero ritenuti non travalicabili, la tutela dei diritti e degli interessi legittimi seguirebbe le regole generali e che la *traslatio iudicii* proteggerebbe da eventuali errori.

### **9. Gli APA conseguenti a procedure internazionali di soluzione delle controversie fiscali. Cenni ad alcuni elementi di criticità di natura interpretativa.**

Un cenno merita, infine, anche il comma 3 dell'art. 31-*ter*, il quale, peraltro, parrebbe relativo ad APA plurilaterali e quindi fuoriesce dal perimetro di analisi affidatomi dal piano dell'Opera.

La disposizione stabilisce che gli accordi di cui al comma 1, se conseguono ad altri accordi conclusi con le Autorità competenti di Stati esteri a seguito di procedura amichevole, vincolano le parti, secondo quanto convenuto con dette Autorità, a decorrere dai periodi di imposta precedenti alla data di sottoscrizione dell'accordo, purchè non anteriori a quello in corso alla data di presentazione della relativa istanza da parte del contribuente.

La norma suscita taluni interrogativi.

Sotto un primo profilo, vi è da chiedersi se la previsione renda obbligatoria la procedura di accordo di cui all'art. 31-*ter* per dare attuazione ad una decisione presa in sede MAP. Questo assunto suscita diverse perplessità e non appare condivisibile, perché l'implementazione nell'ordinamento nazionale del contenuto della statuizione internazionale (MAP o arbitrale che sia) dovrebbe avere un carattere meramente esecutivo, che rende del tutto inconferente la struttura procedimentale delineata dall'art. 31-*ter*, nonché il complesso dei poteri istruttori funzionali ad un'indagine sul merito che dovrebbe essere inibita.

E' più ragionevole allora ritenere che la norma intenda disciplinare la fattispecie di un'istanza di accordo unilaterale, avviata in assenza dei presupposti per attivare direttamente la MAP, entro la quale si innesta (e

sarebbe da chiedersi se solo su richiesta del contribuente o anche d'ufficio) l'avvio di un confronto con l'Autorità competente dell'altro Stato contraente, con il fine di pervenire ad una definizione multilaterale della questione<sup>(32)</sup>. Tra l'altro questa interpretazione credo sia l'unica compatibile con la previsione del versamento di una commissione, graduata in base al fatturato del gruppo<sup>(33)</sup>. Subordinare l'attuazione di una MAP attivata sulla base di Convenzioni o Direttive al pagamento di una somma di denaro parrebbe altrimenti assai discutibile e costituirebbe probabilmente violazione della normativa internazionale che non la prevede. L'onere di pagare una somma per sostenere i costi amministrativi induce, inoltre, a ritenere che il coinvolgimento dell'Autorità estera non possa avvenire per iniziativa dell'Autorità competente nazionale.

Si segnala che, nel caso ora in esame, il *carry-back* presenta talune peculiarità rispetto agli accordi unilaterali: (i) è automatico per quanto riguarda i periodi decorrenti dall'istanza alla stipula; (ii) è subordinato ad una apposita richiesta formulata dal contribuente nell'istanza e all'assenso dell'Autorità estera, quanto alle annualità anteriori all'istanza per le quali i termini di cui all'art. 43 non siano ancora scaduti. Rimangono ferme le condizioni relative all'identità delle circostanze di fatto e di diritto alla base dell'accordo ed al mancato avvio di attività di indagine, mentre si ripropone, anche per una ancor più ambigua formulazione normativa, il dubbio che l'inizio dei controlli inibisca in assoluto il *roll-back* o solo il beneficio in termini sanzionatori.

Portando l'attenzione sul requisito dell'assenso delle Autorità estere, riterrai che questo debba intendersi necessario solo nel caso in cui si tratti di conseguire aggiustamenti correlativi nell'altro Stato, perché non vedo quale veto possa porre un'Amministrazione straniera in relazione ad effetti che si producono o si vogliono invocare solo nel nostro ordinamento. Ma se così è, l'utilità della previsione è dubbia, perché è del tutto ovvio

<sup>32</sup> In alternativa, si potrebbe pensare ad una "consecutio temporale", e cioè che l'accordo si riferisca ad anni diversi ma si fondi sulla statuizione MAP che si ritiene recepibile anche per gli esercizi successivi.

<sup>33</sup> Per approfondimenti sulla ridetta commissione, cfr. FRANCONI, F., *Accordi preventivi internazionali retroattivi ma "a pagamento"*, cit., 272, secondo cui avrebbe natura di tributo " - sub specie di tassa -, con conseguente impugnabilità di eventuali atti di recupero dinanzi alle Commissioni tributarie"; apparirebbe come misura sproporzionata nella parte in cui il suo versamento è condizionante l'ammissibilità dell'istanza, rappresenterebbe una "compartecipazione alle spese della procedura sostenute dall'Agenzia"; allineerebbe " - in peius - la normativa italiana con la pratica di altri Paesi UE e OCSE, quali gli Stati Uniti, la Germania e il Lussemburgo".

che l'Amministrazione straniera accetterà un *carry-back* con conseguenze tributarie nella sua giurisdizione impositiva solo se previsto dal suo ordinamento e comunque solo consensualmente.

Anche la previsione della richiesta di *carry-back* anticipata nell'istanza lascia qualche perplessità, perché impone al contribuente di individuare anticipatamente quelle condizioni di fatto e di diritto su cui l'accordo si fonderà, così da preconizzare la possibile retroattività. Ma quali siano le circostanze di fatto e di diritto alla base dell'accordo, e se queste siano omogenee alla situazione pregressa, emergerà, ovviamente, solo dopo che il ridetto accordo sia stato perfezionato.

# **Azione di classe con elementi di estraneità all'ordinamento italiano e clausola per arbitrato estero: analisi di un caso recente nello sfondo della destabilizzante disciplina introdotta per l'attuazione della dir. sulle azioni rappresentative**

*Beatrice Zuffi*

*Professoressa associata, Università degli studi di Padova*

SOMMARIO: 1. Premessa con riepilogo sulle ultime “vecchie” azioni di classe... non ancora del tutto perente, data la transitoria ultrattività dell’art. 140-bis c.cons. – 2. Disamina generale dei primi ricorsi proposti ex artt. 840-bis ss. c.p.c. – 3. *Focus* sulla *class action* c. Binance: la questione inerente la clausola per arbitrato estero e i criteri di giurisdizione in relazione ad azioni di classe con elementi di estraneità all’ordinamento italiano. – 4. (segue) L’incerta applicabilità dei criteri di competenza giurisdizionale dello spazio giudiziario europeo nelle ipotesi di *class action* esperite da associazioni. – 5. Il pasticcio italiano nel recepimento della dir. 2020/1828 sulle azioni rappresentative.

## **1. Premessa con riepilogo sulle ultime “vecchie” azioni di classe... non ancora del tutto perente, data la transitoria ultrattività dell’art. 140-bis c.cons.**

A più di un anno dall’entrata in vigore della l. 31/2019 recante la nuova disciplina sulle azioni risarcitorie di classe e inibitorie collettive, che risultano estese e generalizzate nei loro ambiti applicativi in seno al c.p.c.<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Il parlamento, recuperando un progetto di legge già presentato in una precedente legislatura (su cui leggi, se vuoi B. ZUFFI, *La giurisdizione in materia di servizi nel quadro dei*

si offre l'occasione di una riflessione su alcune tematiche di diritto processuale civile emerse dalla lettura degli atti introduttivi sin qui registrati nella sezione dedicata alle *class action* nel portale dei servizi telematici<sup>2</sup>.

*rapporti tra azione di classe e ricorso per l'efficienza della P.A.*, in *Giur. it.*, 2018, 875 ss., nota 38), ha introdotto, con la legge 12 aprile 2019, n. 31, in G.U. n. 92 del 18 aprile 2019, un nuovo titolo VIII-bis (rubricato «Dei procedimenti collettivi») alla fine del libro IV del codice di rito, disciplinando *ex novo* sia l'azione risarcitoria di classe (artt. 840-bis ss.) sia l'azione inibitoria collettiva (art. 840-sexiesdecies). Sono stati altresì inseriti due nuovi articoli (196-bis e -ter) nelle disp. att. c.p.c. per regolare alcuni aspetti in materia di azioni di classe, relativamente alle comunicazioni e agli avvisi, nonché all'elenco delle organizzazioni e delle associazioni legittimate. «Al fine di consentire al Ministero della giustizia di predisporre le necessarie modifiche dei sistemi informativi per permettere il compimento delle attività processuali con modalità telematiche», la riforma doveva entrare in vigore decorsi dodici mesi dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ma tale *vacatio legis*, contemplata nell'art. 7, comma 1, l. n. 31, cit., è stata prolungata di sette mesi dall'art. 8, comma 5, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, conv. con modificazioni nella l. 28 febbraio 2020, n. 8 e poi di ulteriori sei mesi dall'art. 26, comma 1, d.l. 9 novembre 2020, n. 149. L'art. 7, comma 2, della cit. l. prevede peraltro che le nuove disposizioni si applichino alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data di loro entrata in vigore (19 maggio 2021), mentre per quelle antecedenti potranno essere promosse azioni collettive solo in base agli abrogati artt. 139, 140 e 140-bis cod. cons. Per i primi commenti sulla riforma v. C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 737 ss.; G. FINOCCHIARO, in *Guida al Dir.*, n. 23/25 maggio 2019, p. 24 ss.; M.L. GUARNIERI, *Note a prima lettura sull'art. 840-bis c.p.c.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); AA. VV., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *Quaderni di Judicium*, n. 6, a cura di B. SASSANI, Pisa, 2019; R. GIORDANO, *Sulla "codificazione" dell'azione di classe*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 2019, p. 1 ss.; M. NATALE, *Diritti omogenei e potenziamento dell'azione di classe*, in *Danno e responsabilità*, 2019, p. 113 ss.; M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e responsabilità*, 2019, fasc. 3, pp. 309-311; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e responsabilità*, 2019, p. 301 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Diritti individuali omogenei e azione di classe. L'azione collettiva risarcitoria "di classe"*, in A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 87 ss.; D. AMADEI et al., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. SASSANI, Pisa, 2019; C. CONSOLO, *La azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in M. ABBAMONTE et al., *Tutela giurisdizionale e processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani*, vol. II, Napoli, 2020, 1433 ss. (l'articolo è pubblicato anche in *Riv. dir. proc.*, 2020, 714-751); A. GIUSSANI, *Sulla riforma dell'azione di classe*, in M. ABBAMONTE et al., *Tutela giurisdizionale e processo*, cit., 1469 ss.; B. ZUFFI, *The Italian Class Actions Reform: a Conservative Revolution*, in *ZZP Int.* 24, 2019, 23 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale degli aderenti nella nuova disciplina dell'esecuzione "collettiva" di classe*, in M. ABBAMONTE et al., *Tutela giurisdizionale e giusto processo*, cit., 1497 ss.

<sup>2</sup> Ai sensi dell'art. 840-ter, c. 2, c.p.c. ogni ricorso con cui è proposta un'azione di classe deve essere pubblicato dalla cancelleria, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza (ed entro 10 giorni dall'emanazione di quest'ultimo), nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della Giustizia, «in modo da assicurare l'agevole

Prima di iniziare, è doveroso però tentare di trarre un bilancio dell'esperienza addensata nei dieci anni di applicazione dell'abrogato art. 140-bis c.cons., che, come noto, costituisce l'imprescindibile antecedente dell'attuale normativa.

Sullo scarso successo che l'azione risarcitoria e restitutoria di classe di stampo consumeristico ha riscontrato nel nostro ordinamento si è già avuto modo di scrivere altrove<sup>3</sup>, per cui in questa sede mi limiterò a rinviare a quei resoconti, cercando brevemente di aggiornare la mappatura con le ultime procedure promosse ex art. 140-bis c.cons. Il compito non è facile, perché sfortunatamente non è stato alimentato l'elenco delle azioni di classe consumeristiche su cui il Ministero dello Sviluppo Economico doveva – almeno negli auspici del legislatore – mantenere un certo monitoraggio. Dai dati rinvenibili nelle riviste e in rete allo stato potrebbero essere pendenti almeno le seguenti cause di classe “vecchia maniera”:

- *Altroconsumo c. Volkswagen AG e Volkswagen Gruppo Italia*: la sentenza di accoglimento del 7 luglio 2021<sup>4</sup>, con cui il Tribunale di Venezia ha condannato le imprese convenute a risarcire € 3.300 per danni patrimoniali e non subiti dagli aderenti non esclusi (acquirenti di veicoli a marchio Seat, Audi, Skoda e Volkswagen, equipaggiati con motori diesel Euro 5, le cui prestazioni erano state falsate), è stata appellata da Volkswagen; la Corte di appello di Venezia, con sentenza n. 2260 del 26 novembre 2023 ha accolto in parte il gravame, ritenendo non provati i danni patrimoniali e confermando i risarcimenti accordati per quelli non patrimoniali: l'associazione attrice ha annunciato ricorso in cassazione;
- *Altroconsumo c. Apple*: dal sito dell'associazione risulta la notificazione dell'atto di citazione con cui, allegata l'inadeguata informazione fornita dalla società ai propri clienti circa la riduzione delle *performance* (soprattutto in termini di durata della batteria) conseguenti all'aggiornamento del *firmware* iOS 10 e 10.1.2 per gli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus, insieme ad altre pratiche scorrette di c.d. obsolescenza programmata, si chiede per ciascuno degli aderenti il risarcimento dei danni patiti nella somma compresa tra 89 e 29 € (a seconda che sia stata o meno applicata al singo-

reperibilità delle informazioni in esso contenute».

<sup>3</sup> B. ZUFFI, *sub* art. 140-bis, in *Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2019, 948 ss., spec. 968 ss.; P. GIUDICI - B. ZUFFI, *The New Italian Regulation on Class Actions*, in *The Cambridge Handbook of Class Actions: An International Survey*, edited by R. THOMAS, B. FITZPATRICK, Cambridge Univ. Press, 2021, pp. 217-232.

<sup>4</sup> Leggine l'accurata motivazione in *Foro it.*, 2021, I, 4023 ss.

lo utente una certa campagna di scontistica promossa da Apple); il procedimento è stato sospeso dal Tribunale di Milano prima che fosse adottata la pronuncia sull'ammissibilità, perché l'impresa convenuta ha impugnato dinanzi al TAR il provvedimento emesso dall'Autorità indipendente che aveva sanzionato la sua condotta;

- *Codacons c. Banca popolare Bari*: in rete è reperibile l'ordinanza dell'11 gennaio 2021<sup>5</sup>, con cui il Tribunale di Bari ha respinto, in ragione della disomogeneità dei diritti individuali dedotti, la domanda di classe diretta a richiedere la compensazione per gli azionisti dell'istituto bancario nel periodo 2013-2019 e per i sottoscrittori dell'aumento di capitale negli anni 2014-2015 a causa dei nocimenti patrimoniali discendenti dalla violazione degli obblighi di informazione inerenti la negoziazione dei relativi strumenti finanziari; si ignora se il provvedimento sia stato reclamato;
- *Altroconsumo c. Autostrade per l'Italia (ASPI)*: è edita l'ordinanza del 10 febbraio 2021<sup>6</sup>, con la quale il Tribunale di Genova ha dichiarato la propria incompetenza territoriale, per inderogabilità del foro della sede dell'impresa, nel processo di classe avente ad oggetto l'inefficiente e/o mancata manutenzione della rete autostradale ligure negli anni 2008-2019 e la conseguente riduzione della qualità del servizio reso, a fronte di un aumento dei pedaggi e dei disagi subiti dagli utenti; non si hanno informazioni sulla riassunzione di questa causa.

Nel web si rinviengono comunque notizie rispetto a molte altre iniziative giustiziali *ex art. 140-bis c.cons.*, con riguardo alle quali spesso le associazioni promotrici hanno pubblicato comunicati stampa o dato luogo a campagne pubblicitarie al fine di sondare la consistenza numerica delle potenziali classi di vittime o per raccogliere direttamente delle “pre-ade-

<sup>5</sup> Il provvedimento è consultabile in <https://www.avvocatocivilistaroma.it/wp-content/uploads/sentenza-class-action-bari.pdf>

<sup>6</sup> In *Giur. It.*, 2022, 846 ss. L'ordinanza ha stabilito che nelle azioni consumeristiche proposte ai sensi dell'art. 140-bis c.cons. è inderogabile, anche a scapito del foro del consumatore, ed anche in assenza di espressa previsione legislativa in tal senso, l'attribuzione della competenza individuata in base alla sede dell'impresa convenuta, trattandosi di ipotesi di competenza funzionale in considerazione della ratio del criterio di collegamento “concentrato” stabilito dalla legge, della funzione dell'istituto della *class action* e della rilevanza pubblicistica degli interessi in gioco (resa evidente anche dalla obbligatoria partecipazione del P.M. al procedimento). È, pertanto, ammissibile il rilievo d'ufficio, da parte del diverso giudice adito, della propria incompetenza territoriale.

sioni<sup>77</sup>: non è chiaro però se e a quanti di tali annunci abbia fatto seguito l'effettiva instaurazione di procedimenti.

Il fantasma dell'abrogata azione di classe potrebbe del resto continuare ad aleggiare nelle aule giudiziarie italiane per un tempo non definibile a priori, specie se i consumatori titolari dei diritti individuali omogenei che lamentino violazioni massive *ex art.140-bis c.cons.* abbiano interrotto la decorrenza dei relativi termini prescrizionali o se l'illegittimità del comportamento plurioffensivo venga scoperta molto tempo dopo la sua commissione. Val la pena menzionare, in effetti, che in ragione della disciplina transitoria di cui all'art. 7, c. 2, l. 31/2019, le nuove disposizioni degli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. si applicano solo alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore, ossia al 19 maggio 2021, mentre a quelle perpetrate fino a tale giorno continuano ad applicarsi le disposizioni allora vigenti. La norma sembra contemplare

<sup>77</sup> Si riportano qui solo le iniziative su cui si sono potuti raccogliere ragguagli minimamente circostanziati. Nel novembre 2018 è stato annunciato nel sito di Codacons l'avvio di un'azione di classe contro il Comune di Roma, per l'accertamento dell'inadempimento degli obblighi di manutenzione ordinaria e straordinaria del condotto stradale municipale e la condanna al risarcimento dei conseguenti danni patrimoniali subiti da ciascun residente romano nella misura di € 1.000; la stessa associazione ha poi pubblicizzato nel marzo del 2019 la raccolta di "pre-adesioni" ad una *class action* da esperire nei confronti della Banca popolare di Milano, in relazione alla supposta applicazione di interessi anatocistici nei contratti di conto corrente attivi da prima del 22 aprile 2000 o chiusi entro il 2010. Sempre nella pagina dedicata alle *class action* di Codacons si trovano informazioni sulla promozione di una non ben definita iniziativa giustiziale "pubblica" nei riguardi del Comune dell'Aquila per la mancata installazione e/o revisione dei conta-calorie negli alloggi del Progetto C.A.S.E. costruiti dopo il terremoto del 2016. Ad aprile 2019 il CTCU (Centro consumatori di Trento) ha pubblicato un comunicato stampa per annunciare l'imminente promozione di un'azione di classe contro il Banco popolare di Milano, allegando il comportamento decettivo e non trasparente da questo tenuto nella commercializzazione di diamanti. Nell'autunno del 2019 Codacons diffondeva notizie sull'azione di classe che si apprestava ad intentare contro Crio Save AG in liquidazione, poiché a seguito del fallimento della società svizzera erano insorte preoccupazioni sulla sorte delle cellule staminali cordonali ad essa affidate da 15.000 famiglie italiane (a fronte di un esborso, per ciascuna di esse, compreso tra i 2000 e i 4000 €): nel web si trova però traccia di un accordo, intervenuto nel 2021, tra Cryo Save e FamiCord per il trasferimento al gruppo polacco di quasi tutti i cordoni ombelicali conservati dalla società svizzera, quindi probabilmente al processo non si è dato corso. Infine, nel settembre 2020 Codacons ha iniziato a raccogliere le pre-adesioni alla *class action* prospettata contro Boeing per i difetti di costruzione del veivolo 737 max, con cui si mirerebbe ad ottenere la condanna della società al risarcimento dei danni patrimoniali subiti dagli investitori italiani per il crollo del valore delle sue azioni in seguito all'accertamento delle responsabilità sui disastri aerei del Lion Air 610 (29 ottobre 2018) e del volo Ethiopian Airlines 302 (10 marzo 2019), nei quali persero la vita rispettivamente 189 e 157 persone.



una peculiare “ultrattività” dello strumento processuale di cui all’art. 140-*bis* c.cons. (e degli altri rimedi che hanno ricevuto la stessa sorte, quali quelli previsti agli artt. 139 e 140 c.cons.): in deroga al ditterio *tempus regit actum*, è così tuttora possibile intentare azioni di classe consumeristiche, ove esse siano fondate su comportamenti lesivi anteriori al 20 maggio 2021 e riconducibili alle tre tipologie di fattispecie contemplate nell’art. 140-*bis* c.cons.<sup>8</sup>.

Superfluo ribadire l’inopportunità della scelta operata dal legislatore nell’escludere l’operatività degli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. rispetto a tutti i processi di classe avviati dopo la lunghissima *vacatio legis* prevista, fossero le condotte posteriori o antecedenti<sup>9</sup>: ciò avrebbe consentito di evitare disparità di trattamento tra le vittime di illeciti “permanent” o seriali perpetrati a cavallo della fatidica data.

## 2. Disamina generale dei primi ricorsi proposti ex artt. 840-*bis* ss. c.p.c.

Volgendo adesso l’attenzione ai ricorsi ex artt. 840-*bis* ss. c.p.c. pubblicati nel portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia si riscontra un numero abbastanza contenuto di azioni intentate. Nel complesso, in due anni di applicabilità delle norme, sono stati avviati tredici procedimenti collettivi. Dieci sono le cause di classe risarcitorie sin qui instaurate, che possiamo così brevemente descrivere nei loro elementi essenziali:

- 1) *Colferai et. al. c. Zhao Changpeng et al. (società del gruppo Binance)*: il ricorso è destinato ad ottenere la condanna al risarcimento delle parti convenute per i danni patiti da alcuni investitori *retail* italiani a seguito di plurimi episodi di blackout della piattaforma Binance dedicata alla negoziazione di *future*;

<sup>8</sup> *Contra* A.D. DE SANTIS, in *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, op. cit., 69.

<sup>9</sup> C. CONSOLO, *La azione di classe, trifasica, finalmente inserita nel c.p.c.*, cit., spec. 1435. Ritengono invece nel complesso giustificabile la scelta del legislatore M. MALAVASI- G. RICCIARDI, *La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), settembre 2019, 15. Si segnala la scelta opposta adottata nei Paesi Bassi: quando, il 1° gennaio 2020, è stata introdotta la regolamentazione delle azioni collettive risarcitorie (*Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie*, in breve: WAMCA), si è stabilito di rendere esperibile il nuovo rimedio alle condotte illecite successive al 15 novembre 2016 (data in cui il disegno di legge venne presentato al Parlamento olandese).

- 2) *Verdemare & altri c. Fondazione YMCA, Research Unit One*: con tale azione i ricorrenti domandano la restituzione delle somme pagate e il risarcimento dei danni patrimoniali e morali subiti a causa dell'inadempimento contrattuale addebitato alle parti resistenti per non aver loro erogato, come invece promesso, un master dell'Università Napoli Parthenope;
- 3) *Comitato contro Arneo c. Consorzio Bonifico Arneo*: nell'atto introduttivo la parte ricorrente chiede di accertare l'illegittimità delle pretese di pagamento avanzate dall'ente consortile, in quanto prive di giustificazione, non essendo derivato dall'attività del Consorzio alcun beneficio effettivo al bene oggetto della sua area di competenza: viene dunque domandato, oltre all'annullamento delle ingiunzioni di pagamento, il risarcimento dei danni subiti e subendi dai soggetti riuniti nel Comitato;
- 4) *Sansa et al. c. Autostrade per l'Italia (ASPI)*: la causa di classe è intentata allo scopo di far conseguire ai cittadini liguri maggiorrenni un risarcimento per i danni patrimoniali e non conseguenti all'inadempimento degli obblighi di custodia e manutenzione della rete autostradale locale (soprattutto a seguito del crollo del viadotto Polcevera);
- 5) *Verbraucherzentrale Südtirol Centri Tutela Consumatori Utenti c. Nexi Payments S.p.A.*: la *class action* mira a far ottenere ad alcuni titolari di carte di credito un risarcimento per la pratica commerciale ingannevole e comunque scorretta imputata alla società resistente, concretatasi nella mancata protezione "forte" dei dati personali dei propri clienti, che per l'insicurezza della procedura di recupero e modifica della password, sono stati esposti a tentativi di frode nell'utilizzo degli strumenti di pagamento in loro possesso;
- 6) *Baorda c. Olimpia S.r.l.*: in questo procedimento si lamenta il carattere aggressivo della pratica commerciale con cui la società resistente ha proceduto all'attività di televendita senza comunicare ai soggetti contattati, poi divenuti clienti, i costi effettivi del servizio di erogazione del gas e dell'energia elettrica; con il ricorso *ex art. 840-bis ss. c.p.c.* si chiede pertanto la restituzione della differenza di prezzo (tra quello pubblicizzato e quello effettivamente praticato), oltre al risarcimento dei danni per la lesione di diritti alla trasparenza dei consumatori;

- 7) *Codici – Centro diritti cittadino c. MSC crociere S.p.A.*: gli atti di causa non sono al momento scaricabili dal sito;
- 8) *Comitato promotore “Class Action Programma MilleMiglia” c. Italia Loyalty S.p.A.*: questa *class action* denuncia la pratica commerciale ingannevole e scorretta posta in essere dalla convenuta, consistente nella mancata applicazione retroattiva del regolamento MilleMiglia alle posizioni consolidate dei soci, cui si confida di far avere il risarcimento dei danni patrimoniali (conversione delle miglia raccolte in premi in corrispettivo economico) e dei danni morali (da determinarsi in via equitativa);
- 9) *Codici – Centro diritti cittadino c. Piscine dello Stadio S.r.l. e Comune di Terni*: il procedimento promosso ai sensi degli artt. 840-bis ss. c.p.c. è diretto a far ottenere il rimborso degli abbonamenti pagati per l'accesso ai servizi dell'impianto sportivo natatorio, di cui i soggetti interessati non hanno potuto usufruire per l'improvvisa sua chiusura;
- 10) *E. Vianello c. Veritas S.p.A.*: l'azione di classe è volta a rifondere agli utenti del servizio pubblico di raccolta dei rifiuti fornito dalla società resistente i costi loro addebitati relativi al trattamento e allo smaltimento degli imballaggi, che dovrebbero invece essere interamente a carico dei produttori e degli importatori.

Solo tre invece le azioni collettive inibitorie esercitate:

- 1) *Associazione nazionale per la Lotta alle discriminazioni c. Italia Trasporto Aereo (ITA)*: l'azione mira a far cessare il comportamento discriminatorio contro le donne, che sarebbe stato tenuto dall'ente convenuto nell'assunzione del personale assistente di volo; tra i *petita* figurano anche misure coercitive e risarcimento del danno;
- 2) *Filcams CGIL Roma Lazio & altri c. UilTrasporti, Fisascat CISL Roma e Rieti, Roma Capitale*: il ricorso era destinato ad inibire il comportamento lesivo degli interessi omogenei facenti capo ai lavoratori *part-time* di asili nido e scuole dell'infanzia del Comune di Roma per la stipulazione di contrattazione non corrispondente agli orari effettivamente osservati dai lavoratori impiegati nell'appalto; erano state richieste *astreintes ex art. 614-bis*, oltre a misure volte ad eliminare/ridurre le conseguenze della violazione denunciata; il 15 settembre 2019 è però stata dichiarata la cessazione della materia del contendere;

- 3) *Filcams CGIL Roma Lazio & altri c. Sicuritalia Servizi fiduciari soc. coop.*: si tratta dell'azione inibitoria collettiva promossa da alcune organizzazioni sindacali, alle quali hanno conferito apposito mandato vari lavoratori della società resistente, in ragione dell'insufficienza della retribuzione oraria ordinaria o standard riconosciuta in base al parametro salariale di cui al livello "D" della sezione Servizi Fiduciari del CCNL.

Di primo acchito si possono osservare alcune lampanti curiosità. Innanzitutto le nuove azioni di classe risarcitorie sono state esercitate per lo più da singoli individui, in un paio di procedimenti da comitati, in soli tre casi da centri per i consumatori: risulta quindi ridimensionato, rispetto al passato, il ruolo propulsivo delle associazioni consumeristiche, che invece erano state le assolute protagoniste delle *class action ex art. 140-bis c.cons.* Sicuramente ciò è dovuto al ritardo con cui si è data attuazione – da parte del Ministero della Giustizia – alla prevista regolamentazione dell'elenco in cui vanno iscritte le associazioni e le organizzazioni legittimate *ex art. 840-bis, c. 2, c.p.c.*, che è stata adottata solo con il d.m. n. 27 del 17 febbraio 2022<sup>10</sup>. Per quanto riguarda gli ambiti in cui i procedimenti di nuovo conio sono stati promossi si può notare che mentre, tutto sommato, per le azioni di classe continuano di fatto a prevalere le domande risarcitorie di gruppi di consumatori o utenti, per le azioni inibitorie collettive si è subito approfittato della generalizzazione del rimedio operata dall'*art. 840-sexiesdecies c.p.c.*, dando avvio a tre procedimenti in materia di lavoro. Interessante anche che in tutte queste cause, oltre alla cessazione della condotta lesiva degli interessi collettivi dedotti, sia stata richiesta la concessione di misure coercitive: in una delle due vertenze la parte ricorrente cumula addirittura anche un *petitum* risarcitorio, che dovrebbe

<sup>10</sup> Nell'*art. 196-ter disp. att. c.p.c.* si prevede infatti che «Con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, sono stabiliti i requisiti per l'iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 840-bis, secondo comma, del codice, i criteri per la sospensione e la cancellazione delle organizzazioni e associazioni iscritte, nonché il contributo dovuto ai fini dell'iscrizione e del mantenimento della stessa. Il contributo di cui al presente comma è fissato in misura tale da consentire comunque di far fronte alle spese di istituzione, di sviluppo e di aggiornamento dell'elenco. I requisiti per l'iscrizione comprendono la verifica delle finalità programmatiche, dell'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati e della stabilità e continuità delle associazioni e delle organizzazioni stesse, nonché la verifica delle fonti di finanziamento utilizzate. Con il medesimo decreto sono stabilite le modalità di aggiornamento dell'elenco». Leggi al riguardo G. VECCHIO, *Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi: le associazioni dei consumatori hanno più considerazione in Europa che in Italia?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 13/2022, 231 ss.

però ricevere una battuta di arresto alla luce dell'obbligo, sancito nell'art. 840-*sexiesdecies*, c. 9, c.p.c., di trattazione separata della domanda risarcitoria della classe e di quella inibitoria collettiva<sup>11</sup>. Altra peculiarità che balza agli occhi è che molte delle azioni di classe o collettive inibitorie sin qui avanzate coinvolgono una pluralità di parti resistenti ed è questa una problematica che apparentemente non viene contemplata nelle disposizioni introdotte dalla l. 31/2019 e su cui abbozzare una soluzione non è compito facile, date anche le ulteriori complicazioni che si sono prospettate con l'attuazione della riforma Cartabia<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> La regola sembra discendere dalla netta volontà legislativa – espressa anche tramite la scelta del rito camerale, sebbene “ibridato” dal richiamo all'art. 840-*quinquies* c.p.c. – di assicurare all'azione inibitoria collettiva celerità di decisione, cosa che sarebbe stato impossibile garantire nel caso di cumulo con la ben più complessa procedura congegnata per l'azione di classe (leggi M. STELLA, *La nuova azione collettiva inibitoria tra tradizione e promesse di deterrenza*, in *Corr. Giur.*, 2019, 1453 ss., spec. 1459; A. TEDOLDI-G.M. SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 230 ss, spec. 259). La scelta dei *conditores* è stata oggetto di critiche, ma si può senz'altro giustificare tenendo conto della funzione del rimedio (quel che invece “stona” è forse la legittimazione diffusa riconosciuta in capo a «chiunque»). Nell'azione inibitoria collettiva non possono essere insinuati *petita* individuali, poiché la finalità divisata è quella di far cessare o di impedire la reiterazione di condotte commissive od omissive in grado di pregiudicare gli interessi di una pluralità di persone o enti. Infatti, come chiarito da Cass., 24 maggio 2016, n. 10713, con riguardo alla “vecchia” azione inibitoria consumeristica, l'ente esponenziale legittimato può proporre «tutte quelle domande che siano volte ad eliminare gli effetti delle violazioni in danno degli utenti [...] e ad imporre al trasgressore comportamenti conformi alle regole di correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, sicché può formulare richieste tese ad ottenere una pronuncia di accertamento di ogni questione che, a prescindere dalle peculiarità delle singole posizioni individuali, sia idonea ad agevolare le iniziative dei singoli consumatori, sollevandoli dai relativi oneri e rischi». Cfr. D. AMADEI, *La nuova azione inibitoria collettiva*, in *Class action, Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di Sassani, Pisa, 2019, 229 ss., spec. 241 ss., ad avviso del quale il cumulo con l'azione di classe dovrebbe comunque ammettersi quando il rimedio inibitorio sia esperito dal singolo individuo (anziché dall'associazione).

<sup>12</sup> Col varo della legge n. 31/2019 si sono sviluppati due opposti orientamenti al riguardo: da un lato, vi è chi sostiene che la causa di classe debba rimanere “bilaterale” ossia circoscritta a due parti (il ricorrente e l'impresa), a tal fine enfatizzando il dato letterale contenuto nell'art. 840-*bis*, c. 5, c.p.c., che vieta l'intervento di terzi ai sensi dell'art. 105 c.p.c. (C. CONSOLO, *op. cit.*, 1442); dall'altro, si registra l'opinione di chi invece ammette che la *class action* possa essere intentata contro più parti resistenti, essendo plausibile – specie per gli illeciti antitrust – che siano vari i soggetti corresponsabili dell'illecito dedotto in giudizio (A. GIUSSANI, *Sulla riforma dell'azione di classe*, in *Scritti in memoria di Cipriani*, cit., 1490). Non va sottaciuto che il richiamo fatto dall'art. 840-*ter* c.p.c. al rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. non facilita le cose, in quanto tale procedimento contempla la possibilità della sola chiamata in garanzia. La previsione sembrerebbe derivare dall'inopportunità di estendere la compagine soggettiva per l'inevitabile aggravio

Al di là di queste notazioni superficiali, la disamina dei contenuti dei ricorsi proposti offre una variegata compagine di problemi, su cui non è possibile qui fornire una trattazione puntuale. La tematica che ho scelto di affrontare in questo scritto è quella relativa alla validità di eventuali clausole compromissorie per arbitrato estero e alle regole applicabili per l'individuazione del giudice fornito di giurisdizione rispetto a cause collettive risarcitorie recanti elementi di collegamento con ordinamenti stranieri. Tale questione emerge nell'atto introduttivo inerente l'azione di classe proposta c. Zhao Changpeng e le Società del gruppo Binance e merita senz'altro un approfondimento, anche alla luce del d.lgs. che il Consiglio dei Ministri ha adottato il 28 marzo 2023 per il recepimento del-

di complessità che questo può comportare nella trattazione della causa, ma vi sono forti perplessità sulla mancata menzione, ad es., della chiamata per comunanza di causa, tant'è che si sono affacciate diverse ricostruzioni sulla sua portata (per un riepilogo si rimanda a P. P. LANNI, *sub art. 702-bis*, in *C.p.c. Commentario*, diretto da Consolo, III, Milano, 2018, 451 ss.). Lo scenario si è peraltro ulteriormente complicato con l'emanazione del d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022, con cui si è data attuazione alla legge del 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, in quanto con tale atto normativo si è prevista l'abrogazione degli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. e lo "spostamento" del rito ivi disciplinato – che viene con l'occasione anche rinominato "semplificato" – agli artt. 281-*octies* ss. c.p.c. Tra le modifiche conseguenti a tale novità non constano, allo stato, ritocchi all'art. 840-*ter* c.p.c., per cui questa norma continuerà a far riferimento ad un procedimento non più esistente. L'interprete, salvo interventi emendativi, si trova perciò ora a risolvere la spinosa questione se il rinvio possa essere ritenuto "mobile" e se quindi possano essere applicati al processo di classe gli artt. 281-*octies* ss. c.p.c., ancorché non formalmente richiamati e intitolati ad un procedimento recante una diversa nomenclatura. Ad ogni buon conto, nelle nuove regole del rito semplificato di cognizione è prevista *tout court* la possibilità di chiamata in causa del terzo: il legislatore sembrerebbe pertanto avallare l'idea che il procedimento in parola sia compatibile con un cumulo soggettivo e oggettivo, demandando alla discrezionalità del giudice – in sede di autorizzazione della chiamata – il compito di valutare se in concreto l'intervento coatto non renda troppo complessa la causa. Qualora si giunga alla conclusione che questa indicazione trovi applicazione anche per l'azione di classe, mi sembra ragionevole affermare che, dopo l'entrata in vigore del menzionato decreto legislativo, i rimedi collettivi *ex artt. 840-bis* ss. c.p.c. possano essere esperiti contro più resistenti: se infatti è consentito che un altro soggetto diventi parte del processo per effetto di una chiamata *ex art. 106* c.p.c., non si vedono ragioni per cui quello stesso soggetto non possa essere sin dall'inizio evocato in giudizio dal ricorrente. Del resto, in caso di litisconsorzio facoltativo originario (che è la norma cui tendenzialmente ricondurre le ipotesi comunemente immaginabili per il contenzioso di classe), l'autorità giurisdizionale ha il potere, in forza dell'art. 103, c. 2, c.p.c., di disporre la separazione delle cause connesse, ove la loro trattazione unitaria ritardi o renda eccessivamente gravosa la definizione del processo.

la dir. 2020/1828 in materia di azioni rappresentative, su cui ci soffermeremo nel paragrafo finale. Il caso da cui si muove, in realtà, solleciterebbe anche la soluzione di altri interessanti roveli di diritto processuale civile (come quelli relativi alla vincolatività di pattuizioni recanti *class action waiver* e alla possibilità che dopo l'entrata in vigore della legge n. 31/2019 si diano in Italia "arbitrati di classe", nonché agli spazi di operatività della mediazione obbligatoria e della mediazione delegata nel nuovo contesto dell'azione di classe), sui quali però mi sono cimentata in altri contributi, sicché qui ne posso tacere<sup>13</sup>.

### **3. Focus sulla *class action* c. Binance: la questione della clausola per arbitrato estero e dei criteri di giurisdizione in relazione ad azioni di classe con elementi di estraneità all'ordinamento italiano.**

Sia consentito allora esaminare il caso oggetto del processo di classe promosso c. il CEO, due manager e quindici società del gruppo Binance allo scopo di far ottenere a tre risparmiatori residenti in Italia (oltre che ai futuri aderenti titolari di diritti individuali omogenei) il risarcimento dei danni subiti per l'azzeramento dei loro investimenti in transazioni finanziarie operate tramite la piattaforma *Binance Future*, che i ricorrenti lamentano essere stata colpita da ripetuti episodi di *blackout*, imputabili ad inadempimenti contrattuali delle parti resistenti occorsi in concomitanza con fenomeni di significativa fluttuazione del mercato delle criptovalute.

Il cuore della questione è se il giudice italiano adito possa affermare la propria giurisdizione rispetto a tale azione di classe, atteso che:

- a) le persone fisiche e giuridiche resistenti non hanno residenza, domicilio o sede in Italia;
- b) in base all'art. 10.2 delle condizioni contrattuali predisposte da *Binance* per regolare i rapporti con i propri clienti:
  - fino a marzo 2021 era convenuto che le liti insorgenti tra le parti fossero decise con arbitrato in Svizzera;
  - ad aprile 2021 la clausola viene modificata unilateralmente dall'impresa in modo da prevedere che l'arbitrato si svolga presso l'*Hong Kong International Arbitration Center* con applicazione della legge di Hong Kong.

<sup>13</sup> B. ZUFFI, *Azione di classe e ADR: un binomio in via di definizione*, in *Giustizia consensuale*, 2022, 413 ss.

I ricorrenti contestano in maniera abbastanza brevilinea che, essendo loro investitori *retail* (ergo: consumatori), le clausole compromissorie in parola sono radicalmente nulle, poiché implicanti uno squilibrio significativo a loro svantaggio, non oggetto di specifica trattativa, in violazione di norme ad applicazione necessaria quali gli artt. 1341-1342 c.c. e 33-36 c.cons., non convenzionalmente derogabili in forza dell'art. 6, par. 2, Reg. Roma I. Inoltre rilevano che anche la previsione negoziale che assoggetta la lite alla legge di Hong Kong non è valida ai sensi dell'art. 6, par. 1, Reg. Roma I, dovendo trovare applicazione la legge della residenza abituale del consumatore.

Non tutti i passaggi idonei a sorreggere tali conclusioni vengono svolti in maniera puntuale, per cui proviamo a verificarne la tenuta, allo scopo evidentemente di fornire qualche lume su alcuni rilevanti aspetti di diritto internazionale privato processuale in relazione a questo peculiare tipo di contenzioso.

Occorre al riguardo premettere che gli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. (al pari del previgente art. 140-*bis* c.cons.) nulla prescrivono in relazione ai criteri in base ai quali stabilire a chi spetta la giurisdizione su azioni di classe aventi elementi di collegamento con plurimi ordinamenti giuridici, limitandosi ad affermare solo la regola speciale di competenza esclusiva in capo alle s.s.i. del Tribunale del luogo di residenza della parte resistente. In effetti il legislatore italiano non può disporre sulla giurisdizione internazionale, perché si tratta di materia vincolata dall'esistenza di atti dell'UE che hanno privato gli Stati membri di ogni competenza sul loro ambito di applicazione (v. parere CGUE 1/03 del 7.2.2006)<sup>14</sup>: per le liti aventi elementi di collegamento con altro paese europeo si applicano i criteri del Reg. 1215/2012, mentre per quelle collegate con ordinamenti extra UE operano l'art. 3 l. 218/1995 (che però, oltre a porre - quali criteri aggiuntivi di giurisdizione la residenza in Italia o la presenza in Italia di un rappresentante, richiama comunque le norme comunitarie) o le convenzioni bilaterali (Convenzione di Lugano)<sup>15</sup>.

Di conseguenza, per individuare il giudice fornito di giurisdizione con riferimento a ricorsi proposti *ex artt.* 840-*bis* ss. c.p.c. occorre generalmente riferirsi al Reg. 1215/2012, che prevede:

<sup>14</sup> V. S. BARIATTI, *Le azioni collettive dell'art. 140-bis del codice del consumo: aspetti di diritto internazionale privato e processuale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, 19 ss., spec. 24 ss.

<sup>15</sup> C. CONSOLO, *L'azione risarcitoria di classe "di nuovo in cantiere": comunque, quale giurisdizione sulle imprese convenute straniere?*, in *Int'l Lis*, 2008, f. Autunno, 124 ss.; C. CONSOLO- B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis c.cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, 163 ss.



- il foro generale del domicilio o della sede del convenuto (artt. 3-5);
- i fori speciali in ragione dell'oggetto della controversia (art. 7);
- i fori speciali per ragione di connessione (artt. 8-9);
- i fori speciali per ragioni di tutela della parte debole (artt. 10-23).

Per quanto concerne l'azione di classe c. *Binance* si antepone però a ciò il problema di stabilire se la clausola per arbitrato estero sottoscritta nelle condizioni contrattuali sia valida oppure no. Va infatti tenuto conto che l'art. 2, c. 3, della Convenzione di New York del 1958, ratificata dall'Italia con la legge n. 62 del 1968, sembra imporre al giudice nazionale l'esame sulla validità, operatività ed applicabilità della clausola arbitrale in via preliminare rispetto al riscontro sulla giurisdizione<sup>16</sup>.

Si tratterà allora di stabilire la vincolatività della clausola compromissoria che, nel caso in parola era intesa devolvere le liti intercorrenti tra le parti in arbitrato (con sede in Svizzera o ad Hong Kong), a tali fini dovendo prima appurare in base a quale legge siffatta valutazione debba essere compiuta. Nel caso poi si giunga alla conclusione che la clausola compromissoria è da ritenersi nulla, si procederà ad indagare se possa essere affermata la *potestas iudicandi* del giudice italiano e in base a quale criterio.

Secondo una recente statuizione delle Sezioni Unite<sup>17</sup>, affinché il giudice possa valutare la validità della convenzione di arbitrato estero,

<sup>16</sup> «Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée». Questa norma attribuisce a qualunque giudice adito – sulla base della domanda di una parte che invoca l'esistenza di una clausola arbitrale – il potere-dovere di verificare preliminarmente la validità, operatività e applicabilità di tale clausola e, solo ad esito favorevole di tale verifica, di rimettere le parti dinanzi agli arbitri ed in caso negativo pronunziarsi sulla giurisdizione propria: si tratta insomma di una verifica anteriore al riscontro sulla sussistenza della giurisdizione, simile a quella che viene richiesta al giudice circa la previa pendenza della stessa lite dinanzi ad altro giudice straniero in caso di litispendenza internazionale. Su come tale norma vada "integrata" nel sistema dello spazio giudiziario europeo, per il tramite del considerando n. 12 del Reg. 1215/2012, che appunto richiama la Convenzione di New York, leggi A. MALATESTA, *Le novità relative all'ambito di applicazione materiale: in particolare, i rapporti tra giurisdizione e arbitrato*, in *La riforma del reg. Bruxelles I*, a cura di A. MALATESTA, Milano, 2016, 23 ss.

<sup>17</sup> V. Cass., S.U., 27 maggio 2022, n. 17244: «Il difetto di giurisdizione del giudice italiano, in conseguenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero, non è rilevabile d'ufficio, stante l'imprescindibile carattere volontario dell'arbitrato in forza del quale le parti, pur in presenza di una clausola compromissoria, possono sempre concordemente optare per una decisione da parte del giudice ordinario, anche tacitamente, mediante l'intro-

occorre comunque che le parti resistenti abbiano sollevato l'*exceptio compromissi*, in quanto, pur trattandosi di una pattuizione di deroga alla giurisdizione italiana (a favore di arbitri operanti fuori del territorio nazionale), l'esistenza della convenzione di arbitrato estero sarebbe rilevabile solo su istanza di parte, proprio in considerazione del cit. art. 2, c. 3, della Convenzione di New York. In realtà, si possono avanzare ragionevoli dubbi circa la concluzione di questa affermazione<sup>18</sup>, ritenendo più persuasiva

duzione del giudizio in via ordinaria alla quale faccia riscontro la mancata proposizione dell'eccezione di compromesso, né, in caso di contumacia del convenuto, risulta applicabile l'art. 11 della l. n. 218 del 1995, che non contempla espressamente l'ipotesi in cui alla base del difetto di giurisdizione vi sia una convenzione di arbitrato estero».

<sup>18</sup> Come osserva A. Russo, il cui commento alla pronuncia *de qua* è in corso di pubblicazione in *Giur. it.*, 2023, la tesi non persuade per tre ordini di ragioni. In *primis*, la soluzione prospettata non appare coerente con la *ratio* sottesa alla Convenzione di New York del 1958, che è quella di agevolare la circolazione delle sentenze arbitrali straniere: riconoscere la necessità dell'istanza di parte rischia infatti di neutralizzare tale *favor*. In secondo luogo, va considerato il carattere "cedevole" delle norme convenzionali rispetto alle disposizioni municipali, cui l'art. III, primo periodo, della cit. Conv. riconosce un ruolo preminente nella regolamentazione di tutto ciò che concerne il versante procedurale (cfr. A. BRIGUGLIO, *Le sezioni unite e l'eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*, in *Riv. Arb.*, 2004, spec. 41, il quale sottolinea che, data l'eterogeneità dei sistemi processuali nazionali, si preferì lasciare agli Stati ampia libertà di regolare il riconoscimento degli accordi compromissori e dei lodi, in modo da favorire una più ampia adesione alla Convenzione). A ciò si collega, infine, la specificazione che le norme del trattato possono operare in relazione agli aspetti processuali solo quando la legge nazionale non disciplina una determinata questione oppure ove la loro applicazione comporti una soluzione più favorevole alle finalità della Convenzione (in base al criterio del *more-favorable-right provision* esplicitato all'articolo VII, § 1). Alla luce di queste notazioni, sembra quindi più ragionevole ritenere che l'esistenza di un patto per arbitrato estero dia luogo ad una deroga alla giurisdizione, soggetta, in quanto tale, al rilievo d'ufficio ex art. 11 l. n. 218/1995. In tal senso, del resto, si erano pronunciate le S.U. in precedenti plurime occasioni: v. Cass. 24 novembre 2021, n. 36374: «In presenza di una clausola compromissoria di arbitrato estero, l'eccezione di compromesso, attesa la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da attribuirsi all'arbitrato rituale in conseguenza della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. 5 gennaio 1994, n. 25, e dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, deve ricomprendersi, a pieno titolo, nel novero di quelle di rito, dando così luogo ad una questione di giurisdizione e rendendo ammissibile il regolamento preventivo di cui all'art. 41 c.p.c.; precisandosi, peraltro, che il difetto di giurisdizione nascente dalla presenza di una clausola compromissoria siffatta può essere rilevato in qualsiasi stato e grado del processo a condizione che il convenuto non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, e dunque solo qualora questi, nel suo primo atto difensivo, ne abbia eccepito la carenza» (conf. Cass. S.U. 18 settembre 2017, n. 21551; 13 giugno 2017, n. 14649; 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Riv. Arb.*, 2015, 307 ss.; *contra*, nel senso che si trattasse di questione di merito: Cass. S.U., 21 ottobre 2009 n. 22236 e 22 luglio 2002, n. 10723, decisioni originate dal famoso *révirement* negozialista di Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 259 s., con commento critico di E.F. Ricci; in *Corr. giur.*,

la ricostruzione che ravvisa nell'esistenza di un patto di arbitrato estero una questione di giurisdizione rilevabile d'ufficio.

Cominciando dal primo passaggio, merita ricordare – con Cass., S.U., 24 novembre 2021, n. 36374 – che la validità della clausola arbitrale va valutata alla stregua della legge applicabile al contratto<sup>19</sup>. Ora, stando a quanto narrato nel ricorso, c'è da dubitare che la pattuizione circa la legge applicabile di Hong Kong possa dirsi vincolante per i risparmiatori, visto che la clausola non era presente al momento dell'iniziale registrazione nella piattaforma e della sottoscrizione delle condizioni contrattuali; si allega anzi che il suo successivo inserimento non sia stato nemmeno comunicato agli investitori.

Va considerato che ai sensi dell'art. 6, par. 1, reg. Roma I (593/2008) un contratto concluso da un consumatore con un professionista è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale se in tale paese il professionista svolge le sue attività commerciali o professionali o verso di esso dirige tali attività, con qualsiasi mezzo, purché il contratto riguardi tali attività. Inclinerai a dire che la piattaforma per la negoziazione dei *future* e la campagna di *referral* lanciata tramite messaggi su chat e social per reclutare nuovi clienti, articolate entrambe in lingua italiana, rappresentino gli elementi fattuali in forza dei quali ritenere che l'attività delle società resistenti fosse diretta a *trader* localizzati nel nostro paese<sup>20</sup>.

E' vero che il par. 2 dell'art. 6 reg. Roma I consente alle parti di derogare a tale previsione, pattuendo l'applicazione di una legge diversa, ma

2001, 51 ss., con chiose, diversamente orientate, di C. CONSOLO, RUFFINI, M. MARINELLI; l'indirizzo in parola fu poi abbandonato dopo la riforma della disciplina sull'arbitrato intervenuta nel 2006).

<sup>19</sup> «Ai fini dell'accertamento della validità ed efficacia della clausola compromissoria che deroga la giurisdizione in favore di arbitri stranieri, occorre preliminarmente stabilire quali siano le norme che il giudice deve applicare, e quindi se tale esame debba essere condotto secondo la legge italiana ovvero secondo la legge di un altro Stato».

<sup>20</sup> Come chiarito dalla CGUE nei casi *Peter Pammer c. Reederei Karl Schluter GmbH & Co KG* e *Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver*, entrambi decisi con sentenza del 7 dicembre 2010 (cause riunite c.585/08 e c-144/09), in *Int'l Comp. Law Quart.*, 2011, 557 ss., la direzione dell'attività professionale o commerciale è un concetto che fa perno sull'elemento volontaristico e va ricostruita in base a fatti indiziari che attestino la pianificazione dell'imprenditore di raggiungere uno o più determinati mercati di consumatori: tra le circostanze che possono essere a tali fini valorizzate vi è quella della lingua utilizzata nel sito, specie ove essa non sia l'idioma che si parla anche nel luogo in cui ha sede l'impresa: v. anche CGUE 18 ottobre 2012, causa c-173/11, *Football Dataco Ltd. C. Sportradar GmbH*, punto 42. Sul tema leggi M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, I, *Giurisdizione, competenza, onere della prova*, Milano, 2020, 262 ss.

tale scelta non vale a privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile in base al riportato par. 1: anche a ritenere esistente e vincolante la pattuizione sulla legge di Hong Kong, devono quindi essere garantite al consumatore italiano le protezioni derivanti da disposizioni cogenti nel nostro ordinamento, come gli artt. 17-18 reg. 1215/2012 sul foro del consumatore, che non possono essere convenzionalmente derogate se non in presenza delle condizioni indicate nell'art. 19<sup>21</sup>, apparentemente non soddisfatte nel caso di specie.

In conclusione:

- i. pur assumendo che la legge applicabile sia quella di Hong Kong e che la convenzione di arbitrato possa ritenersi valida, essa non può impedire al consumatore italiano di radicare la lite presso l'autorità giurisdizionale del luogo di sua residenza abituale;
- ii. se si ritiene poi – come appare più plausibile – che la pattuizione sulla legge straniera sia inesistente o nulla, trova applicazione per le ragioni sopra illustrate la legge italiana, sicché il consumatore che abbia sottoscritto la convenzione compromissoria può invocare direttamente l'art. 33, lett. u) c.cons.: come si desume dall'art. 4, c. 2, l. n. 218/1995, infatti, la clausola per arbitrato estero concreta una deroga alla giurisdizione ed in base alla normativa sulle clausole abusive è presunta vessatoria, in assenza di specifica trattativa, la pattuizione che sottragga la lite del consumatore al foro della sua residenza o del suo domicilio;
- iii. nella (remota) ipotesi, infine, che le parti resistenti rimangano contumaci o, pur costituendosi, non abbiano sollevato l'*exceptio compromissi*, stando al menzionato discutibile ripensamento da ultimo operato dalle S.U.<sup>22</sup>, il giudice italiano non potrà neppure verificare la validità della clausola per arbitrato estero e dovrà o

<sup>21</sup> Ai sensi del cit. art 19 la deroga può avvenire solo mediante la stipulazione di una «convenzione:

1) posteriore al sorgere della controversia;

2) che consenta al consumatore di adire un'autorità giurisdizionale diversa da quelle indicate nella presente sezione;

3) o che, stipulata tra il consumatore e la sua controparte aventi entrambi il domicilio o la residenza abituale nel medesimo Stato membro al momento della conclusione del contratto, conferisca la competenza alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro, sempre che la legge di quest'ultimo non vieti siffatte convenzioni».

<sup>22</sup> V. *supra* note 17 e 18.

potrà (rispettivamente se le convenute non si sono costituite o hanno fatto valere gli altri elementi di estraneità all'ordinamento italiano della lite) direttamente considerare i propri titoli di giurisdizione.

Ergo: il giudice italiano, esclusa – per una delle due prime ragioni – l'operatività della convenzione per arbitrato estero ovvero non potendo rilevarne d'ufficio – nella terza eventualità – la sua esistenza, può affermare la propria giurisdizione ai sensi dell'art. 18 Reg. 1215/2012, in quanto i ricorrenti dell'azione di classe sono residenti in Italia, essendo gli investitori/consumatori parti sostanziali dei diritti individuali omogenei dedotti in giudizio<sup>23</sup>.

#### **4. (segue) L'incerta applicabilità dei criteri di competenza giurisdizionale dello spazio giudiziario europeo nelle ipotesi di *class action* esperite da associazioni.**

Le conclusioni attinte con riguardo all'azione di classe avviata nei confronti del gruppo Binance spinge peraltro a chiedersi, astraendo dal caso di specie, se la soluzione prospettata rimarrebbe valida anche qualora l'azione di classe in parola fosse stata intentata da un'associazione iscritta nell'elenco ministeriale di cui all'art. 840-*bis*, c. 2, c.p.c.

La questione non è di immediata soluzione, perché:

- 1) l'art. 18 reg. 1215/2012 fa esplicito riferimento all'«azione *del consumatore* contro l'altra parte del contratto»;
- 2) la CGUE ha escluso – con una pronuncia risalente a vent'anni fa – che l'insieme delle disposizioni dettate a protezione dei consumatori e in particolare quelle sul privilegio del foro sia applicabile alle azioni collettive *inibitorie* di comportamenti abusivi degli imprenditori, atteso che le associazioni legittimate ad esperire que-

<sup>23</sup> Naturalmente, posto che la nuova azione di classe non conosce i limiti di operatività dell'art. 140-*bis* c.cons., potrebbe essere che aderiscano anche investitori “professionali” ossia non consumatori. Rispetto alle domande di costoro, se le parti resistenti sollevano l'eccezione di difetto di giurisdizione, non potrà essere invocato l'art. 18 Reg. 1215/2012 e il giudice adito dovrà verificare se può decidere sulle relative pretese risarcitorie in base, ad es., al *locus destinatae solutionis* (se ritenute fondate su illeciti contrattuali) o al *locus commissi delicti* (qualora reputi trattarsi di responsabilità aquiliana). La verifica sulla giurisdizione si svolgerà in momenti e luoghi diversi: per i ricorrenti nel corso della fase di accertamento avanti alla s.s.i.; per gli aderenti tendenzialmente nello stadio successivo all'emanazione della sentenza dinanzi il giudice delegato.

sti rimedi non sono consumatori, anche se fanno valere interessi collettivi che a loro fanno capo<sup>24</sup>.

A questa isolata presa di posizione dei giudici di Lussemburgo si può però obiettare che l'art. 18 Reg. 1215/2012 possa invece ragionevolmente essere esteso alle azioni di classe *risarcitorie* proposte da associazioni, in quanto funzionalmente dirette a tutelare i diritti individuali omogenei (non i meri interessi collettivi) dei consumatori.

In tal senso milita del resto anche il tenore delle norme introdotte nel c.cons. dal d.lgs. n. 28 del 2023, con cui l'Italia ha recepito la dir. 2020/1828 sulle azioni rappresentative (v. *infra* par. 5). In effetti nelle premesse della cit. direttiva, sotto lo specifico angolo visuale che qui interessa, è esplicitata la *voluntas legis* di non intaccare le norme sulla cooperazione giudiziaria in materia civile, come quelle del Reg. 1215/2012, del Reg. 864/2007 e del Reg. 593/2008, che vengono specificatamente richiamati. Inoltre, dinanzi alla possibilità che l'azione rappresentativa possa assumere rilevanza transfrontaliera, il considerando n. 31 ammette sia che un'associazione straniera possa promuovere il rimedio davanti al giudice di altro stato membro sia che gli enti legittimati di diversi Stati membri «*uniscano le forze in un'unica azione rappresentativa in un singolo foro, fatte salve le pertinenti norme sulla competenza giurisdizionale*». Il considerando n. 34 stabilisce poi che «Nel proporre un'azione rappresentativa, l'ente legittimato dovrebbe fornire all'organo giurisdizionale o all'autorità amministrativa informazioni sufficienti sui consumatori interessati dall'azione rappresentativa. Tali informazioni dovrebbero consentire all'organo

<sup>24</sup> La sentenza, emessa dalla VI sez. il 1° ottobre 2002, n. 167, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2003, 241 ss. e in *Int'l Lis*, 2004, 19, richiama il precedente *Shearson Lehman Hutton*, deciso dalla stessa Corte il 19 gennaio 1993 (causa C-89/91, Racc., I-139 e in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1993, 761 ss.), secondo cui una persona giuridica che agisca in qualità di cessionaria dei diritti di un consumatore finale privato, senza essere direttamente parte di un contratto concluso tra un professionista ed un privato, non può vedersi riconoscere la qualità di consumatore ai sensi della Convenzione di Bruxelles, cosicché essa non può avvalersi degli artt. 13-15 di detta Convenzione, per poi affermare che tale interpretazione «deve ugualmente valere in ordine ad un'associazione per la tutela dei consumatori [...] che ha intentato un'azione di interesse collettivo per conto di questi ultimi». Secondo la CGUE un'azione giudiziale preventiva, promossa da un'associazione di tutela dei consumatori al fine di ottenere che sia inibito ad un commerciante l'uso di clausole ritenute abusive nell'ambito di contratti conclusi con privati, non ha natura contrattuale, in quanto l'associazione ed il commerciante non sono in alcun modo vincolati da un rapporto negoziale, bensì di azione in materia di delitti o quasi-delitti, poiché mira a far accertare la responsabilità della parte convenuta sulla base dell'obbligo extracontrattuale, gravante sul commerciante, di astenersi, nei suoi rapporti con i consumatori, da taluni comportamenti censurati dal legislatore.

giurisdizionale o all'autorità amministrativa di determinare se detiene la relativa giurisdizione e determinare il diritto applicabile. In un caso collegato a un illecito civile, tale obbligo comporterebbe comunicare all'organo giurisdizionale o all'autorità amministrativa il luogo in cui l'evento dannoso che lede i consumatori è avvenuto o può avvenire». Ciò fa pensare che con la dir. 2020/1828 si sia inteso rendere applicabili anche per le azioni rappresentative esperite da associazioni gli usuali fori previsti nel Reg. 1215/2012<sup>25</sup>, rispetto ai quali le corti sono tenute a valutare, per ritenere o meno sussistente la loro giurisdizione, i rilevanti elementi delle fattispecie costitutive dei diritti dei consumatori che vengono tutelati in via collettiva: l'art. 18 dovrebbe quindi poter operare anche in relazione ad un'azione risarcitoria di classe promossa da un'associazione o da altro ente esponenziale legittimato.

Va tuttavia considerato che, mentre il precipitato del considerando n. 31 può essere rinvenuto nei primi due paragrafi dell'art. 6 della dir.<sup>26</sup>, dedicato appunto alla proposizione delle azioni rappresentative transfrontaliere, le implicazioni del considerando n. 34 vengono – mi pare – alquanto annacquate nella previsione contenuta nel successivo art. 7, intitolato genericamente alle azioni rappresentative, il cui secondo alinea si limita ad imporre all'ente legittimato di fornire all'organo giurisdizionale o all'autorità amministrativa informazioni sufficienti sui consumatori interessati dall'azione rappresentativa: dal tenore e dalla collocazione della norma pare trattarsi di un onere di allegazione funzionale a consentire il vaglio di ammissibilità previsto nel terzo par.<sup>27</sup>, non essendovi invece alcun

<sup>25</sup> Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2022, spec. 1024 ss.

<sup>26</sup> «1. Gli Stati membri provvedono affinché enti legittimati anticipatamente designati in un altro Stato membro per lo scopo di intentare azioni rappresentative possano proporre tali azioni rappresentative dinanzi ai rispettivi organi giurisdizionali o autorità amministrative. 2. Gli Stati membri garantiscono che laddove la presunta violazione del diritto dell'Unione di cui all'articolo 2, paragrafo 1, leda o possa ledere i consumatori in diversi Stati membri l'azione rappresentativa possa essere intentata dinanzi all'organo giurisdizionale o all'autorità amministrativa di uno Stato membro da più enti legittimati di diversi Stati membri al fine di proteggere gli interessi collettivi dei consumatori in diversi Stati membri».

<sup>27</sup> Così, infatti, recitano i primi tre commi dell'art. 7 dir. 2020/1828: «1. Gli Stati membri garantiscono che gli enti legittimati possano intentare azioni rappresentative previste dalla presente direttiva dinanzi ai loro organi giurisdizionali o alle loro autorità amministrative designati ai sensi dell'articolo 4. 2. All'atto di intentare un'azione rappresentativa, l'ente legittimato fornisce all'organo giurisdizionale o all'autorità amministrativa informazioni

riferimento alle verifiche sulla giurisdizione o sulla legge applicabile. La direzione di voler rendere operanti anche per le azioni collettive le regole sulla competenza sulla cooperazione giudiziaria europea risulta quindi solo vagamente additata nelle premesse della dir. 2020/1828.

Una piccola precisazione a chiusura della questione sulla verifica della giurisdizione in capo al giudice adito nel caso *Binance*. *Quid iuris* se il Tribunale reputa che in relazione alla vicenda narrata dagli investitori ricorrenti non sia configurabile un illecito contrattuale, bensì extracontrattuale?

La sussistenza della giurisdizione va verificata in relazione alla *causa petendi* indicata nella domanda: nel caso di specie i *trader* di *future* chiedono, in via principale, alle parti resistenti il risarcimento del danno patito per la perdita dei loro investimenti a causa dei *blackout* della piattaforma gestita dalle società, deducendo come fatto costitutivo, un grave inadempimento contrattuale di queste ultime; in via subordinata fanno comunque valere che il gruppo *Binance* ha offerto servizi finanziari senza avere le autorizzazioni e senza adempiere agli obblighi informativi previsti per tale settore, incorrendo così in una responsabilità extracontrattuale.

In base alla teoria della «prospettazione pura» il giudice si deve basare sulla domanda formulata dall'attore<sup>28</sup>, con la precisazione che qualora questi proponga una domanda principale ed una subordinata, la sussistenza della giurisdizione va verificata con esclusivo riferimento a quella principale<sup>29</sup>. Va tuttavia rimarcato che in alcuni precedenti della S.C. e in più recenti pronunce della CGUE<sup>30</sup> si afferma anche che l'organo giurisdi-

sufficienti sui consumatori interessati dall'azione rappresentativa. 3. Gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative valutano l'ammissibilità di una specifica azione rappresentativa in conformità della presente direttiva e del diritto nazionale».

<sup>28</sup> Cass., S.U., 1° marzo 1998, n. 2156; Cass., S.U., 13 maggio 1992, n. 5668, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, 677 ss.; Cass., S.U., 7 agosto 1998, n. 7759, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 586 ss.; Cass., S.U., 8 aprile 2011, n. 8034; Cass., S.U., 27 febbraio 2012, n. 2926; Cass., S.U., 2 dicembre 2013, n. 26937, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 978 ss; Cass., S.U., 14 luglio 2014, n. 16065, in *Int'l Lis*, 2014, 130, nt. GIOIA.

<sup>29</sup> In questi termini Cass. 2926/2012, cit., la quale “a contrario”, ne ha fatto discendere che, ove un ente pubblico abbia chiesto, in via principale, l'accertamento della responsabilità extracontrattuale di alcune banche a causa di comportamenti tenuti nella fase anteriore alla stipulazione di uno strumento finanziario derivato e, in via concorrente, l'accertamento della responsabilità contrattuale per violazione degli obblighi nascenti dai contratti di consulenza e di *arranging*, l'affermazione della giurisdizione del giudice italiano sulla prima domanda comporta che essa debba estendersi anche alla seconda.

<sup>30</sup> Ci si riferisce rispettivamente a Cass., S.U., 24 luglio 2007, n. 16296; a CGUE 28 gennaio 2015, n. 375/13 e CGUE 16 giugno 2016, n. 12/15.



zionale ha il potere-dovere di qualificare diversamente la domanda o di svolgere un'indagine, da compiersi in base a fatti concludenti e pertinenti, circa la sussistenza del titolo fondante la giurisdizione, qualora esso sia, ad es., contestato dalla parte convenuta.

Ora, la violazione degli obblighi informativi dà luogo a responsabilità contrattuale (da prospetto), per cui tendenzialmente solo la fattispecie relativa all'offerta di servizi di intermediazione finanziaria in assenza di autorizzazione si presta ad essere inquadrata come illecito aquiliano. Nello scenario (poco probabile) che il tribunale considerasse *prima facie* fondata esclusivamente l'ultima delle tre possibili *causae petendi* allegatte, perderebbero naturalmente di rilievo le considerazioni sopra svolte in merito alle pattuizioni sulla scelta della legge applicabile e sull'arbitrato estero, in quanto tali clausole presuppongono una lite contrattuale. Inoltre non potrebbe essere invocato l'art. 18 Reg. 1215/2012 poiché il complesso di norme sul foro a protezione del consumatore ha ad oggetto solo azioni in materia di *contratti* dei consumatori. Escluso poi che la giurisdizione italiana possa fondarsi sul foro generale del convenuto, avendo tutti i soggetti resistenti domicilio o sede all'estero, si tratterebbe dunque di verificare se sussiste la *potestas decidendi* del giudice italiano:

- in forza dell'art. 7, n. 2), cit. Reg., il quale, in materia di illeciti civili dolosi o colposi, prevede il foro del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire *oppure*
- dell'art. 7, n. 5), per cui, in presenza di controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività, si può agire davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui essa è situata.

Non risulta dal ricorso che Binance abbia costituito in Italia un centro operativo permanente che si manifesti all'esterno come estensione della casa madre: non si dà atto di uffici, succursali o agenzie localizzati nel nostro territorio. Sembra che il gruppo societario abbia agito unicamente tramite una piattaforma internet navigabile in italiano, per cui l'art. 7, n. 5) pare concretamente inutilizzabile.

Rimane allora in campo il *forum commissi delicti*: in sintesi si tratta di individuare quale sia il luogo della concretizzazione del danno, che può essere tendenzialmente ravvisato nel domicilio della vittima dell'illecito, quale centro dei suoi interessi patrimoniali, purché tutti gli elementi della fattispecie concreta risultino convergenti in tal senso. In proposito merita ricordare come nella causa *Kolassa c. Barklays Bank*<sup>31</sup> la Corte di giustizia

<sup>31</sup> Si tratta della già cit. sent. del 28 gennaio 2015, n. 375/13.

europea abbia statuito che il criterio del luogo dell'evento dannoso «è applicabile ad un'azione volta a far accertare la responsabilità dell'emittente di un certificato fondata sul prospetto ad esso inerente nonché sulla violazione di altri obblighi di informazione incombenti a detto emittente, purché tale responsabilità non rientri nell'ambito della materia contrattuale». Essa ha, inoltre, affermato che «il giudice del domicilio del ricorrente è competente, sulla base della concretizzazione del danno, a conoscere di un'azione siffatta in particolare qualora il danno lamentato si verifichi direttamente su un conto bancario del ricorrente presso una banca avente sede nell'ambito di competenza territoriale di tale giudice». Nel caso di specie si dovrebbe dunque verificare se i *wallet* tramite i quali venivano effettuate sulla piattaforma *future* le operazioni e gestite le leve fossero agganciati a conti correnti accesi in Italia: come venisse insomma garantita la provvista a copertura dei margini di investimento dei ricorrenti. Va però tenuto conto che alla luce del successivo *arrêt* nel caso *Universal Music International Holding c. Tetrault Schilling*<sup>32</sup> «non può essere considerato quale luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto, in assenza di altri elementi di collegamento, il luogo situato in uno Stato membro in cui sia sorto un danno, consistente esclusivamente in una perdita economica realizzatasi direttamente sul conto bancario dell'attore e direttamente derivante da un atto illecito commesso in un altro Stato membro». Quand'anche fosse possibile individuare dei conti correnti accesi in Italia ciò non basterebbe a radicare la giurisdizione del giudice nostrano: occorrerebbero anche altri elementi di collegamento. Mi chiedo allora, di nuovo, se non potrebbero essere valorizzati a tal riguardo gli indizi derivanti dai fatti che la piattaforma era strutturata in lingua italiana, che il lancio di campagne *referral* sui *social* era diretto ad acquisire nuovi clienti nel Bel Paese, che gli ordini di acquisto dei *future* partivano da *pc* o altri *device* presenti nel territorio nazionale e che sempre dall'Italia non era stato possibile disattivare le leve applicate a causa dei *blackout* della piattaforma.

## **5. Il pasticcio italiano nel recepimento della dir. 2020/1828 sulle azioni rappresentative.**

La disamina della questione relativa ai criteri per l'individuazione del giudice competente in relazione ad azioni di classe con elementi di

<sup>32</sup> CGUE 16 giugno 2016, n. 12/15, cit.

estraneità offre anche l'occasione di parlare del recepimento italiano della dir. sulle azioni rappresentative, anche se ovviamente tale atto normativo non assume rilievo nella soluzione del caso *Binance*, che concerne un'azione di classe intentata ai sensi dell'art. 840-bis ss. c.p.c.

In proposito va ricordato che l'adeguamento della normativa interna alla dir. 2020/1828 era previsto entro il 25 dicembre 2022, dovendo le disposizioni introdotte o modificate per la sua attuazione operare a partire dal 25 giugno 2023<sup>33</sup>. La legge contenente la «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea»<sup>34</sup> non reca criteri direttivi per l'*enforcement* della dir. 2020/1828, che è però menzionata nell'elenco degli atti da recepire dell'allegato A. Il Governo avrebbe dovuto provvedere all'adozione del relativo d.lgs. entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge di delegazione (ossia entro il 10 gennaio 2023). Tuttavia, dal momento che il termine per l'espressione del parere parlamentare sul recepimento di questa dir. scadeva il 19 gennaio 2023, ha avuto modo di operare il c.d. "scorrimento", sicché il periodo di tempo utile all'esercizio della delega è stato prolungato fino al 10 aprile 2023. Il 9 dicembre 2022 il Consiglio dei Ministri ha deliberato uno schema di atto, che ha poi condotto alla promulgazione del d.lgs. n. 28 del 10 marzo 2023. Con esso sono stati inseriti dodici nuovi articoli nel c. cons. (dall'art. 140-*ter* al 140-*quaterdecies*), volti a contemplare l'istituto dell'azione rappresentativa per l'ottenimento di provvedimenti inibitori o compensativi a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, che sono entrati in vigore il 25 giugno 2023.

Per soppesare l'(in)opportunità delle scelte operate nel nostro ordinamento, occorre sottolineare che la dir. 2020/1828 mirava soltanto ad una minima armonizzazione, lasciando ai legislatori municipali la discrezionalità di conformarsi alle sue prescrizioni mediante l'adattamento di meccanismi procedurali già esistenti ovvero tramite la creazione di meccanismi giustiziali inediti<sup>35</sup>. Quindi, l'Italia ben poteva limitarsi a ritoccare gli artt. 840-*bis* ss. c.p.c.: sarebbero bastate poche correzioni o interpolazioni (in particolare in punto di legittimazione passiva, finanziamento, spese)<sup>36</sup> per rendere quell'insieme di norme conforme alle prescrizioni della dir. 2020/1828. Il Governo, invece, ha preferito dare pedissequa trasposizione

<sup>33</sup> V. l'art. 16 cit. dir.

<sup>34</sup> L. n. 127 del 4 agosto 2022, in GU n. 199 del 26 agosto 2022, ripubblicata in G.U. n. 213 del 12 settembre 2022.

<sup>35</sup> V. il considerando n. 11.

<sup>36</sup> Leggi, *si vis*, B. ZUFFI, *Commento sub art. 140-bis*, in *Codice del Consumo*, a cura di V. CUFFARO, A. BARBA, A. BARENGHI, VI ed., Milano, 2023, 1163 ss.

delle previsioni della dir. all'interno del c. cons., facendo così retromarcia rispetto alla strada imboccata con la l. n. 31 del 2019, che aveva abrogato gli artt. 139, 140 e 140 *bis* c. cons. con l'intento di introdurre dei modelli generali di azione di classe risarcitoria e di azione inibitoria collettiva.

A partire dal 25 giugno 2023 il nostro ordinamento accoglie quindi una congerie di rimedi di tutela giurisdizionale collettiva, alcuni a spettro applicativo generale, altri ad operatività circoscritta al settore consumeristico. Per la cessazione nell'utilizzo delle clausole vessatorie si può infatti continuare a promuovere l'azione di cui all'art. 37 c. cons., mentre per la violazione massiva di altre norme del diritto dell'Unione europea a protezione dei consumatori<sup>37</sup> possono essere richiesti provvedimenti compensativi o inibitori ai sensi dei nuovi artt. 140-*ter* ss. c. cons.: queste ultime iniziative possono essere assunte dalle associazioni iscritte nel registro *ex* art. 137 c. cons., con la specificazione che se si tratta di azioni rappresentative transfrontaliere gli enti in parola devono soddisfare i requisiti enumerati nel secondo comma dell'art. 140-*quinquies* c. cons. (i quali a loro volta parafrasano, con minimi adattamenti, quelli imposti dal menzionato art. 4, par. 3, dir. n. 2020/1828) per poter essere iscritti nella sezione speciale a tal fine istituita dal Ministero delle Imprese e del Made in Italy all'interno dell'elenco dell'art. 137 c. cons.<sup>38</sup>. Le associazioni di consuma-

<sup>37</sup> Le disposizioni rilevanti sono indicate nell'allegato II-*septies* del d.lgs. n. 206/2005, ove risultano elencati 68 atti normativi, che ineriscono a materie disparate, tutte relative a discipline adottate o promosse dalle istituzioni comunitarie per la protezione di consumatori o utenti (quali il commercio elettronico, la tutela della vita privata nelle comunicazioni elettroniche, la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati, i mercati degli strumenti finanziari, la responsabilità dei vettori nel trasporto aereo, ferroviario, via mare o autobus di passeggeri, la sicurezza alimentare, i medicinali ad uso umano, i mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale, il trattamento dei dati personali, i servizi con contenuti digitali e di media audiovisivi). In tale catalogo risalta comunque la mancata ricomprendimento della legislazione relativa al *private antitrust enforcement*, ambito nel quale quindi l'unico rimedio collettivo esperibile a tutela dei consumatori sarà quello dell'art. 840-*bis* ss. c.p.c.: sulle incongrue scelte legislative, adottate a tal riguardo a livello europeo, leggi B. ZUFFI, *L'incentivazione del ricorso ai metodi di composizione alternativa (consensual settlements) nelle liti risarcitorie antitrust*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2018, 555 ss.; E. CAMILLERI, *La dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2022, spec. 1060.

<sup>38</sup> Deve in particolare trattarsi di persone giuridiche regolarmente costituite in conformità al diritto nazionale dello Stato membro della designazione, che, al momento della richiesta di abilitazione, abbiano già all'attivo almeno 12 mesi di effettiva tutela degli interessi dei consumatori; che non perseguano scopo di lucro, ma anzi si prefiggano statutariamente proprio di proteggere gli interessi dei consumatori contemplati dalle disposizioni dell'al-

tori iscritte nel registro dell'art. 137 c. cons. possono comunque essere altresì intitolate a promuovere *class action* risarcitorie o restitutorie in base agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., qualora abbiano tra i loro scopi statuari la protezione dei diritti omogenei concretamente dedotti<sup>39</sup>, ma, a quanto par di capire dalla previsione contenuta nell'art. 140-*ter*, c. 2, c. cons., non possono utilizzare questa tipologia di rimedio per gli illeciti plurioffensivi che ricadano nell'ambito operativo delle azioni rappresentative<sup>40</sup>.

Per poter essere inserite nei rispettivi elenchi degli enti legittimati (posti sotto il monitoraggio di due diversi Dicasteri)<sup>41</sup> vanno insomma soddisfatti requisiti differenziati<sup>42</sup> e si deve anche tener conto delle limi-

legato I; che non siano oggetto di procedure di insolvenza e non siano state dichiarate insolventi; che si mostrino indipendenti e non siano influenzate da persone diverse dai consumatori, in particolare da professionisti aventi un interesse economico a intentare l'azione rappresentativa o in caso di finanziamento da parte di terzi; infine, che rendano accessibili al pubblico, in un linguaggio semplice e comprensibile, le informazioni volte a dimostrare il soddisfacimento dei predetti requisiti. *Amplius* B. ZUFFI, *Commento* sub artt. 140-*quater* e -*quinquies*, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, A. BARBA, A. BARENGHI, cit., 1177 ss.

<sup>39</sup> V. l'art. 840-*bis* c.cons. e l'art. 196-*ter* disp. att. c.p.c.

<sup>40</sup> Così infatti recita la norma cit. nel testo «Le disposizioni di cui al presente titolo si applicano alle azioni rappresentative promosse nei confronti di professionisti per violazioni delle disposizioni di cui all'allegato II-*septies*, che ledono o possono ledere interessi collettivi dei consumatori. Nel caso previsto dal primo periodo, gli enti legittimati non possono agire con l'azione di classe prevista dal titolo VIII-*bis* del libro IV del codice di procedura civile. Restano fermi i rimedi contrattuali ed extracontrattuali comunque previsti a favore dei consumatori». Sia consentito rinviare a B. ZUFFI, *Commento* sub art. 140-*ter*, in *Codice del Consumo*, a cura di V. CUFFARO, A. BARBA, A. BARENGHI, cit., 1172 ss."

<sup>41</sup> L'elenco delle associazioni e organizzazione legittimate ad intentare azioni di classe ai sensi degli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. è tenuto dal Ministero della Giustizia, mentre l'elenco di cui all'art. 137 c. cons. fa capo al Ministero delle imprese e del made in Italy.

<sup>42</sup> Per le *class action* il cit. d.m. 27/2022, recante il Regolamento in materia di disciplina dell'elenco pubblico delle organizzazioni e associazioni di cui agli artt. 840-*bis* c.p.c. e 196-*ter* disp. att. c.p.c., detta i requisiti per l'iscrizione, stabilendo che le entità istanti debbano: «essere state costituite almeno due anni prima della presentazione della domanda di iscrizione all'elenco;

avere sede nella Repubblica italiana o in uno degli Stati membri dell'Unione europea; avere come obiettivo statutario, anche non esclusivo, la tutela di diritti individuali omogenei, senza scopo di lucro;

avere un ordinamento a base democratica, con convocazione degli iscritti con cadenza almeno annuale;

svolgere in modo continuativo, adeguato e stabile le attività statutarie attraverso:

- 1) articolazioni territoriali;
- 2) disponibilità di un sito internet aggiornato caratterizzato da contenuti informativi e dall'assenza di alcuna forma di pubblicità anche indiretta,
- 3) attività costante di assistenza e consulenza per gli iscritti e per soggetti terzi;

4) adozione di iniziative pubbliche;  
operare la raccolta delle fonti di finanziamento con le modalità stabilite dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117;  
prevedere requisiti di onorabilità degli associati, amministratori o rappresentanti conformi a quelli fissati dall'articolo 13 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58;  
prevedere a livello statutario la trasparenza amministrativa e contabile, anche mediante la pubblicazione annuale del bilancio e la revisione del medesimo ad opera di soggetti terzi. L'art. 137 c. cons. stabilisce invece che l'iscrizione nell'elenco istituito presso il Ministero delle imprese e del made in Italy è subordinata al possesso dei seguenti requisiti:  
avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, da almeno tre anni e possesso di uno statuto che sancisca un ordinamento a base democratica e preveda come scopo esclusivo la tutela dei consumatori e degli utenti, senza fine di lucro;  
tenuta di un elenco degli iscritti, aggiornato annualmente con l'indicazione delle quote versate direttamente all'associazione per gli scopi statutari;  
numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale e presenza sul territorio di almeno cinque regioni o province autonome, con un numero di iscritti non inferiore allo 0,2 per mille degli abitanti di ciascuna di esse, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalità di cui agli articoli 46 e seguenti del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445;  
elaborazione di un bilancio annuale delle entrate e delle uscite con indicazione delle quote versate dagli associati e tenuta dei libri contabili, conformemente alle norme vigenti in materia di contabilità delle associazioni non riconosciute;  
svolgimento di un'attività continuativa nei tre anni precedenti;  
non avere i suoi rappresentanti legali subito alcuna condanna, passata in giudicato, in relazione all'attività dell'associazione medesima, e non rivestire i medesimi rappresentanti la qualifica di imprenditori o di amministratori di imprese di produzione e servizi in qualsiasi forma costituite, per gli stessi settori in cui opera l'associazione.  
Infine, in base all'art. 140-*quinquies* c.cons. nell'elenco previsto dall'art. 137 sarà istituita una sezione speciale, nella quale verranno iscritti, su loro richiesta, gli enti e le associazioni dei consumatori e degli utenti legittimati a proporre azioni rappresentative transfrontaliere. L'iscrizione in questa sezione speciale potrà avvenire, se risulteranno soddisfatti i seguenti requisiti:  
avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, e dimostrazione di attività pubblica effettiva a tutela degli interessi dei consumatori nei dodici mesi precedenti la richiesta di iscrizione;  
possesso di uno statuto che preveda come scopo la tutela dei consumatori, nelle materie di cui all'allegato II-septies, e l'assenza di fine di lucro;  
non essere assoggettati a procedure per la regolazione dell'insolvenza;  
previsione nello statuto di regole, anche riferite alle cause di incompatibilità relative ai rappresentanti legali, idonee ad assicurare l'indipendenza dell'associazione e l'assenza di influenza da parte di persone diverse dai consumatori e in particolare da parte di professionisti che hanno un interesse economico a intentare azioni rappresentative, nonché misure idonee a prevenire e a risolvere conflitti di interesse che potrebbero insorgere tra l'associazione, i suoi finanziatori e gli interessi dei consumatori;  
previsione della nomina di un organo di controllo, che vigila sul rispetto dei principi di

tazioni derivanti dalle distinte discipline transitorie<sup>43</sup>. L'adozione del predetto atto normativo di recepimento della dir. 2020/1828 rischia pertanto di rendere l'assetto della tutela giurisdizionale collettiva a dir poco confuso: se non proprio un «pasticciaccio brutto». Nella relazione illustrativa che ha accompagnato la cit. deliberazione del Consiglio dei Ministri, si legge che la decisione di aggiungere un titolo dedicato alle azioni rappresentative nel c. cons. risponderebbe all'opportunità di riconoscere a tale corpo normativo il ruolo di naturale *sedes materiae* ove raccogliere in maniera organica la regolamentazione di tutti gli istituti a protezione dei consumatori. A dire il vero non è dato comprendere come questa finalità di ordine e sistematicità possa ritenersi realizzata al cospetto di disposizioni, come quelle introdotte dal d.lgs. n. 28/2023, che, oltre a disegnare la predetta caotica disciplina in punto di enti legittimati e ambiti oggettivi di operatività dei rimedi, recano continui e cavillosi rinvii a specifiche norme del c.p.c. e rendono così quanto mai ostica la ricostruzione della regolamentazione concretamente applicabile alle azioni rappresentative<sup>44</sup>. Il risultato attinto dagli artt. 140-ter ss. c. cons. appare così davvero modesto, se non del tutto controproducente, rispetto all'annunciata aspirazione di voler contribuire a rendere i consumatori consapevoli «dei

indipendenza e delle misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi e al quale si applica l'articolo 30, commi 5, 6, 7 e 8, del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, in quanto compatibile;

rendere pubblico sul proprio sito internet e con eventuali altri mezzi appropriati lo statuto e una sintetica descrizione dell'attività svolta, redatta in un linguaggio semplice e comprensibile, comprensiva delle informazioni relative alla propria costituzione, all'oggetto sociale, all'attività effettivamente svolta a tutela degli interessi dei consumatori, all'iscrizione nella sezione speciale dell'elenco di cui all'articolo 137, all'inesistenza di procedure per la regolazione dell'insolvenza aperte nei propri confronti, alla propria indipendenza, nonché di informazioni sulle proprie fonti di finanziamento.

<sup>43</sup> Nel menzionato d.lgs. si stabilisce, all'art. 4, c. 1, l'applicabilità delle norme sulle azioni rappresentative a decorrere dal 25 giugno 2023 (quindi senza deviare dal principio *tempus regit actum*, a differenza di quanto previsto per le azioni di classe nell'art. 7 l. n. 31/2019, su cui leggi *supra*, § 1). Nel c. 2 si specifica però che l'art. 140-duodecies c. cons. (ovvero la norma che sarà destinata a riconoscere alla notificazione dell'atto introduttivo dell'azione rappresentativa un effetto interruttivo della prescrizione o impeditivo della decadenza per così dire "collettivo" – avente cioè valenza per tutti i titolari dei diritti individuali interessati) si applica ai procedimenti volti ad ottenere provvedimenti compensativi relativi a violazioni verificatesi a partire dal 25 giugno 2023, con un'ulteriore differenziazione tra azioni rappresentative compensative e inibitorie: v. *amplius, si vis*, B. ZUFFI, *Commento sub art. 140-duodecies*, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, cit., in corso di pubblicazione.

<sup>44</sup> Leggi *amplius, si vis*, B. ZUFFI, *Commento sub artt. 140-septies, -octies e -nonies*, in *Codice del Consumo*, a cura di V. CUFFARO, A. BARBA, A. BARENGHI, cit., 1182 ss

diritti loro riconosciuti e degli strumenti posti a presidio di tali situazioni giuridiche, anche in applicazione del principio di effettività della tutela».

Per quanto attiene allo specifico tema dei criteri di giurisdizione da applicare alle azioni rappresentative con elementi di estraneità o transfrontaliere, l' art. 140-*septies* c. cons. professa in maniera abbastanza anodina, al c. 2, che «Restano ferme le norme in materia di diritto internazionale privato, in particolare relative alla giurisdizione nonché al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extra-contrattuali», mentre il c. 3 reitera quanto già stabilito nella dir. 2020/1828, per cui «Se la violazione delle disposizioni [...] lede o può ledere consumatori di diversi Stati membri, l'azione rappresentativa può essere proposta congiuntamente da più enti legittimati di diversi Stati membri, iscritti nell'elenco elaborato e pubblicato dalla Commissione europea». Ora, come già messo in luce nel par. precedente, una (pur datata e discutibile) pronuncia della Corte di Giustizia ha escluso che le regole sulla competenza giurisdizionale dello spazio giudiziario europeo siano tal quali applicabili nelle ipotesi in cui le azioni vengano esperite non da consumatori, ma da associazioni rappresentative.

Dato il quadro incerto appena tratteggiato, l'auspicio è che la giurisprudenza comunitaria possa a breve meditare una soluzione ermeneutica che sia in grado di superare siffatto indirizzo e coerenzare le disposizioni in materia di azioni collettive, le quali – oltretutto – si trovano sparse, senza il dovuto coordinamento, in vari atti normativi: si pensi, ad es., alle pertinenti previsioni in materia di tutela della privacy (art. 80 GDPR). Proprio a tale ultimo riguardo, la CGUE ha avuto modo di sottolineare, nella pronuncia resa il 28 aprile 2022 nella causa *Meta Platforms Ireland Limited c. Bundesverband der Verbraucherzentralen*<sup>45</sup> che gli enti legittimati posso-

<sup>45</sup> La sentenza origina dal procedimento intentato dall'unione federale delle associazioni tedesche dei consumatori contro la società Meta Platforms Ireland (già Facebook Ireland) in relazione alla creazione di un'applicazione denominata *App-Zentrum*, finalizzata ad offrire ai consumatori giochi gratuiti agli utenti di social network. La doglianza oggetto di denuncia concerneva l'utilizzo che la società faceva dei dati personali raccolti tramite la predetta *App* in violazione non solo del GDPR, ma anche delle norme sulle pratiche commerciali scorrette. La CGUE, in risposta al rinvio pregiudiziale domandato dal *Bundesgerichtshof*, ha statuito che l'art. 80, par. 2, reg. (UE) 2016/679 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che consente ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di un mandato che le sia stato conferito a tale scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali,



no agire in via rappresentativa per far cessare trattamenti di dati contrari alle disposizioni del regolamento sui dati personali, indipendentemente dalla violazione dei diritti di una persona individualmente e concretamente pregiudicata da tale violazione, con ciò sottolineando il carattere “preventivo” di tal sorta di rimedio. Non si affronta – in tale decisione – il tema della giurisdizione, ma credo che sia un *arrêt* utile, rispetto al quale attendersi *de futuro* qualche savio *distinguishing* per le ipotesi in cui le associazioni esperiscano vere e proprie azioni di classe, volte a far ottenere il risarcimento di diritti individuali isomorfi, di cui sono titolari singoli individui, oggetto di precisa identificazione al momento dell’adesione o della liquidazione, così confortando e concretizzando le vaghe indicazioni emergenti dalle premesse della dir. 2020/1828 e del d.lgs. n. 28/2023, che in Italia vi ha dato attuazione.

la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle, qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti riconosciuti da tale regolamento a persone fisiche identificate o identificabili. Per quel che qui interessa, nei punti 68 ss. della decisione, si mette in risalto, innanzitutto, che ai fini dell’esercizio di un’azione rappresentativa ai sensi dell’art. 80, par. 2, GDPR, non si può richiedere che un tale ente proceda alla previa identificazione individuale della persona specificamente interessata da un trattamento di dati asseritamente contrario alle disposizioni del reg. 2016/679, in quanto la nozione di «interessato», ai sensi dell’art. 4, punto 1, di tale reg., ricomprende non soltanto una «persona fisica identificata», ma anche una «persona fisica identificabile», ossia una persona fisica «che può essere identificata», direttamente o indirettamente, tramite un riferimento ad un identificativo, quale, segnatamente, un nome, un numero di identificazione, dati relativi all’ubicazione o un identificativo on line. Date tali circostanze, anche la designazione di una categoria o di un gruppo di persone pregiudicate da tale trattamento può essere sufficiente ai fini della proposizione di detta azione rappresentativa. *In secundis*, si rileva che, in virtù dell’articolo 80, par. 2, del GDPR, l’esercizio di un’azione rappresentativa non è neppure subordinato all’esistenza di una violazione concreta dei diritti di cui una persona beneficia sulla base delle norme in materia di protezione dei dati. Infatti, come risulta dal tenore letterale stesso di detta disposizione, la proposizione di un’azione rappresentativa presuppone soltanto che l’ente di cui trattasi «ritenga» che i diritti di un interessato previsti dal regolamento in parola siano stati violati in seguito al trattamento dei suoi dati personali, e dunque che tale ente faccia valere l’esistenza di un trattamento di dati contrario a disposizioni del regolamento stesso.

Ne consegue che, per riconoscere la legittimazione ad agire ad un tale ente, è sufficiente far valere che il trattamento di dati controverso sia idoneo a pregiudicare i diritti che persone fisiche identificate o identificabili si vedono riconosciuti dal suddetto regolamento, senza che sia necessario provare un danno reale subito dall’interessato, in una situazione determinata, a causa della lesione dei suoi diritti.





I contributi pubblicati in questo volume sono il frutto delle ricerche operate nel 2022 dalle studiose e dagli studiosi del Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università di Padova.

I temi trattati sono i più vari, e testimoniano la perdurante vitalità del Dipartimento sia pure nel contesto di un non facile anno di transizione, contraddistinto dalla faticosa uscita da una pandemia che ha, inevitabilmente, rallentato l'attività di ricerca.

ISBN 978-88-6938-378-6

