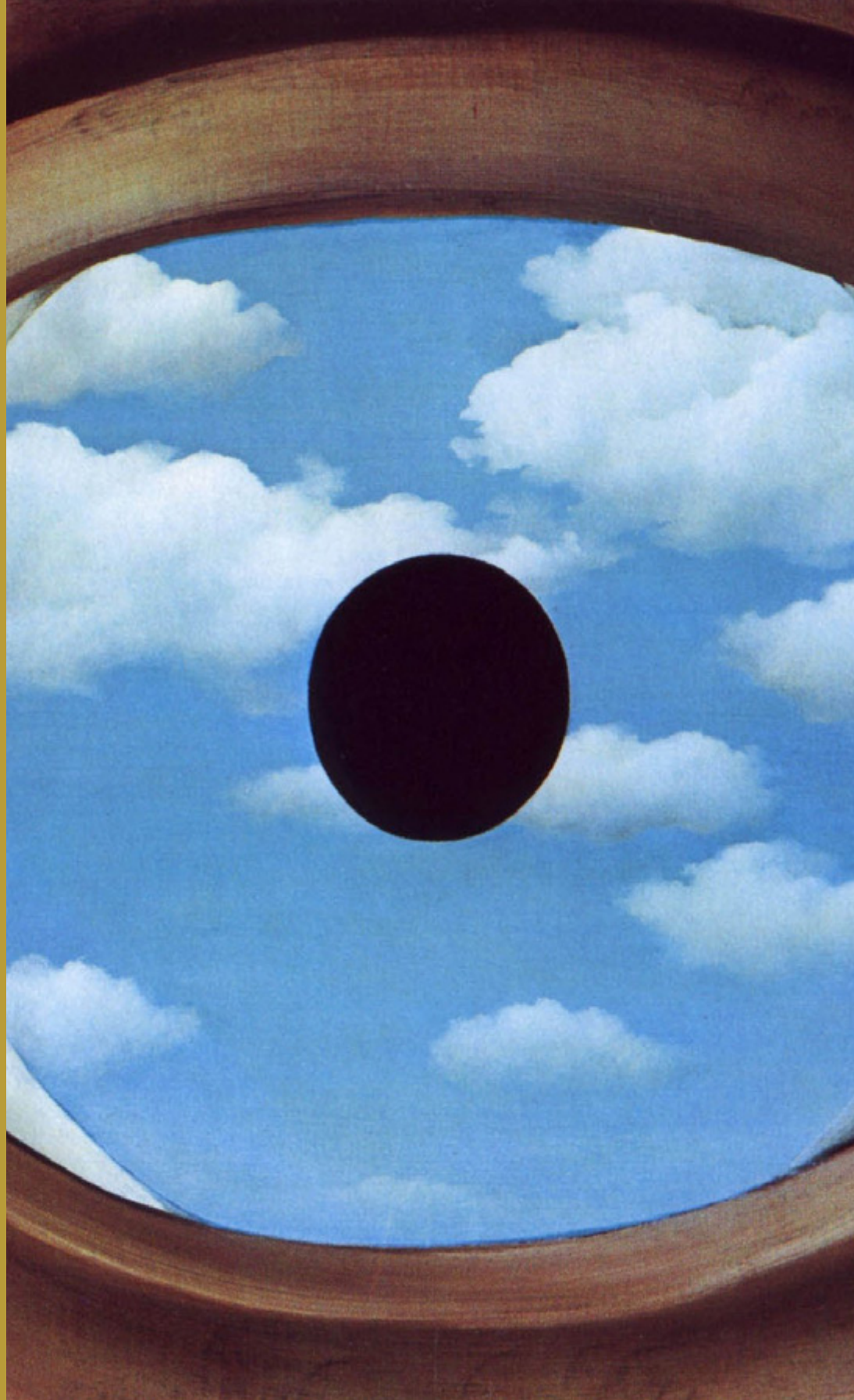




LA MAGISTRATURA

n° 1 | 2022



**RIVISTA QUADRIMESTRALE ONLINE
A CURA DELL'ASSOCIAZIONE
NAZIONALE MAGISTRATI**

Semestrale – In attesa di registrazione presso il Tribunale di Roma
Anno I, n.1

Rivista a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati

C/o Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour snc - 00193 Roma
Telefoni: +39 06 6861266 • +39 06 6873812

redazione@lamagistratura.it

Direttore Editoriale: Cecilia Bernardo

Direttore Responsabile: Sabrina Iadarola

Redazione: Stefano Celli - Roberta D'Onofrio - Chiara Gagliano - Aldo Morgigni - Andreina Baccaro

Comitato Scientifico: Niccolò Abriani - Michele Ainis - Franco Anelli - Ferruccio Auletta - Santi Bologna - Antonio Briguglio - Roberto Carleo - Vincenzo Chionna - Fabio Cintio - Agostino De Caro - Alberto De Vita - Marco Evola - Italo Federici - Pasquale Femia - Pietro Paolo Ferraro - Stefano Fiore - Gianluigi Gatta - Fabrizio Guerrera - Eugenia Italia - Anna Lorenzetti - Rocco Maruotti - Roberto Miccù - Michele Nardelli - Giorgio Pino - Guido Romano - Umberto Ronga - Francesca Ruggieri - Federico Russo - Laura Salvaneschi - Claudio Scognamiglio - Gaetano Silvestri - Roberta Tiscini - Michele Trimarchi - Giancarlo Vecchi - Maria Carmela Venuti.

Revisori: Prof. Silvio Martuccelli, presidente (*Università LUISS*) - Prof. Andrea Abbagnano Trione (*Università del Molise*) - Prof. Antonio Albanese (*Università Cattolica di Milano*) - Prof. Andrea Alberico (*Università di Napoli Federico II*) - Prof.ssa Miriam Allena (*Università Bocconi di Milano*) - Prof. Enrico Al Muredeen (*Università di Bologna*) - Prof. Giuseppe Amadio (*Università di Padova*) - Prof. Giuseppe Amarelli (*Università di Napoli Federico II*) - Prof. Roberto Bocchini (*Università Parthenope di Napoli*) - Prof. Carlo Bonzano (*Università di Roma Tor Vergata*) - Prof.ssa Lucia Bozzi (*Università di Foggia*) - Prof.ssa Susanna Maria Cafaro (*Università del Salento*) - Prof. Antonio Caratta (*Università Roma Tre*) - Prof.ssa Cecilia Cardarelli (*Università del Salento*) - Prof. Federico Casolari (*Università di Bologna*) - Prof. Antonio Cetra (*Università Cattolica Milano*) - Prof.ssa Camilla Crea (*Università degli studi del Sannio*) - Prof.ssa Donatella Curtotti (*Università di Foggia*) - Prof.ssa Elena D'Alessandro (*Università di Torino*) - Prof. Giacomo D'Attorre (*Università degli Studi del Molise*) - Prof.ssa Elisa De Belvis (*Università Padova*) - Prof.ssa Angela Della Bella (*Università di Milano*) - Prof.ssa Lucia Antonietta Di Bitonto (*Università di Camerino e Università LUISS di Roma*) - Prof. Giovanni Di Rosa (*Università di Catania*) - Prof.ssa Vera Fanti (*Università di Foggia*) - Prof. Giuseppe Fauceglia (*Università di Salerno*) - Avv. Alberto Figone (*Aiaf*) - Prof.ssa Erika Giorgini (*Università Politecnica delle Marche*) - Prof. Marco Gradi (*Università di Messina*) - Prof. Mauro Grondona (*Università di Genova*) - Prof.ssa Monica Lugato (*LUMSA*) - Prof.ssa Manuela Mantovani (*Università di Padova*) - Prof.ssa Elena Marinucci (*Università Statale di Milano*) - Prof. Luca Masera (*Università di Brescia*) - Prof. Vincenzo Mongillo (*Unitelma Sapienza*) - Prof.ssa Teresa Maria Moschetta (*Università Roma Tre*) - Prof. Andrea Nervi (*Università di Sassari*) - Prof. Vincenzo Pinto (*Università di Pisa*) - Prof. Saverio Ruperto (*Università La Sapienza di Roma*) - Prof. Giandomenico Salcuni (*Università di Foggia*) - Avv. Giulia Sarnari (*Aiaf*) - Avv. Mariacarla Serafini (*Aiaf*) - Prof. Michele Sesta (*Università di Bologna*) - Prof. Marco Speranzin (*Università di Padova*) - Prof. Ferruccio Tommaseo (*Università di Verona*) - Prof.ssa Valeria Torre (*Università di Foggia*) - Prof.ssa Loredana Tullio (*Università degli studi del Molise*) - Prof. Michele Vellano (*Università di Torino*) - Avv. Valeria Vezzosi (*Aiaf*) - Prof.ssa Mariacristina Zarro (*Università Politecnica delle Marche*) - Prof. Salvatore Ziino (*Università di Palermo*).

La pubblicazione degli articoli sulla rivista semestrale La magistratura è subordinata alla valutazione positiva del Comitato dei referees.

I contributi devono essere inviati all'indirizzo redazione@lamagistratura.it. I contributi ricevuti sono valutati in forma anonima secondo le regole di referaggio della Rivista, dandone riscontro agli autori. Non si pubblicano contributi già apparsi in altre riviste.

Tutto il materiale pubblicato sul sito www.lamagistratura.it è protetto da copyright © Anm.

È consentita la riproduzione parziale citando la fonte. Tutti gli articoli firmati sono protetti dalla legge 633/1941 sul diritto d'autore.

Indice

CIVILE

Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese a struttura complessa e nei gruppi societari
di Paolo Bastia

Interessi moratori e usura
di Cecilia Bernardo

PENALE E SORVEGLIANZA

Novità normative e ricadute applicative in materia di reati di ricettazione, impiego di proventi illeciti, riciclaggio e autoriciclaggio
di Angelo Salerno

I referendum, le riforme e il colore del gatto
di Alberto De Vita

PROCEDURA CIVILE

L'unificazione dei riti in materia di licenziamenti
di Chiara Gagliano

L'udienza cartolare post pandemica
di Giuseppe Fichera

ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA E DEONTOLOGIA

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e l'attuazione dell'ufficio per il processo
di Gianluca Grasso

INFORMATICA E NUOVE TECNOLOGIE

Le semplificazioni: un inquadramento
di Pierluigi Tommara

Il futuro della memoria digitale
di Roberto Carleo

DIRITTO EUROPEO E SOVRANAZIONALE

La parità di genere nel Piano nazionale di ripresa e resilienza. Brevi considerazioni in chiave UE
di Marco Evola

La Corte di Giustizia UE sul foro del creditore di alimenti
di Paolo Bruno

PERSONE MINORI FAMIGLIA

Una riforma a misura di persone, minori e famiglie?
di Roberta D'Onofrio

Parto anonimo e accesso alle origini: l'affermazione di un diritto che inciampa nella prassi
di Roberta Del Giudice

Si apre una nuova stagione per “La Magistratura”

Lo scorso anno è stato per la giustizia, così come per tutto il Paese, complesso e difficile, segnato da grandi sfide e da continui imprevisti; ma è stato anche un anno davvero ricco di opportunità e di spinta al rinnovamento.

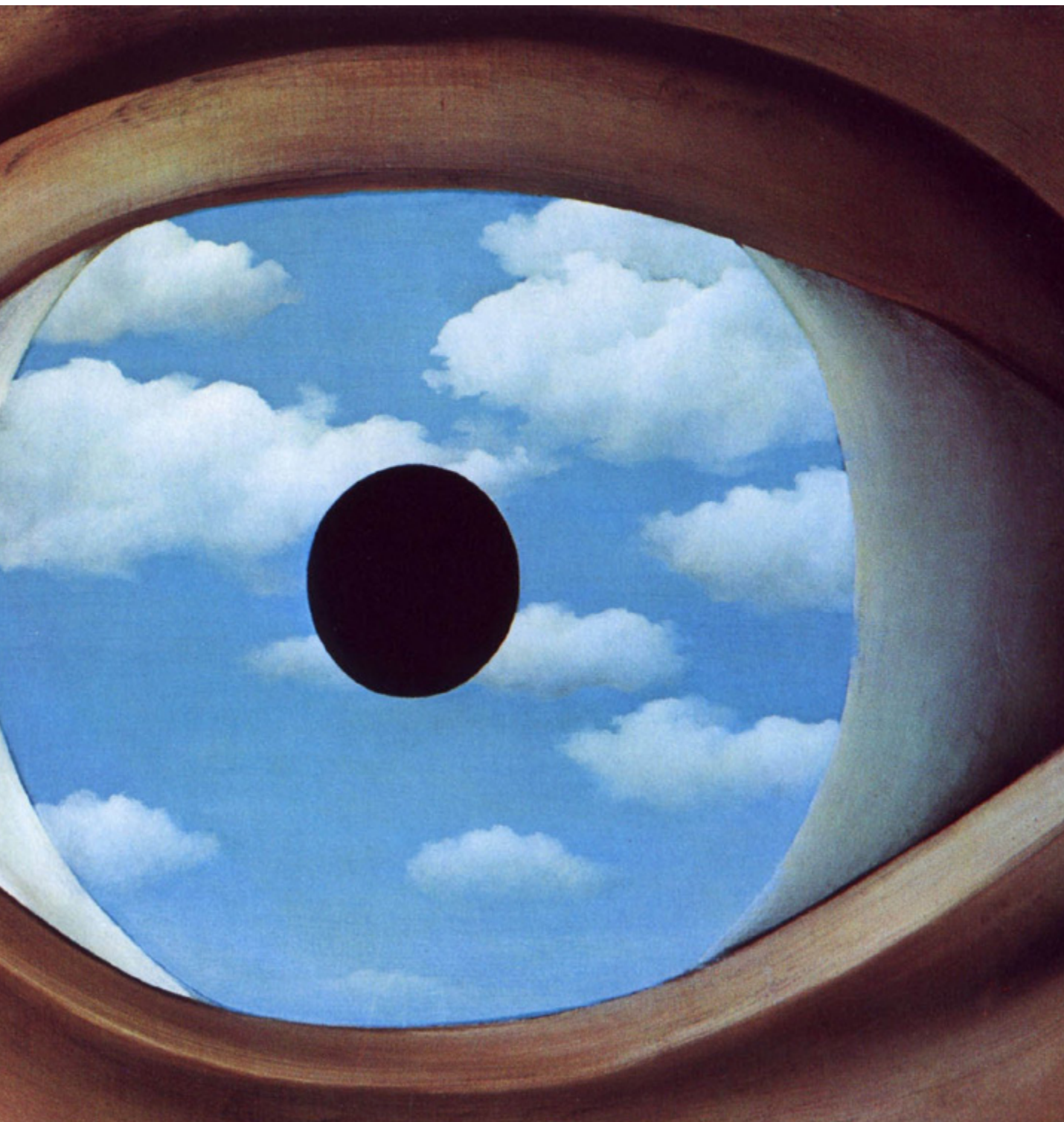
Abbiamo visto prendere forma nell'agenda politica, e in parte già nel nostro ordinamento, le riforme sulla giustizia, tra le altre: la riforma della crisi d'impresa, la riforma del processo penale e quella del processo civile - con un capitolo importante per il diritto di famiglia e dei minori. Passaggi decisivi e delicati attesi da tempo. In un Paese che costruisce la sua ripartenza, anche grazie ai fondi del PNRR, la giustizia deve poter contare su un nuovo impianto di regole e su adeguati investimenti, supportati dalle necessarie risorse, per vedere realizzato il suo percorso di rinnovamento già avviato. Un processo virtuoso che richiederà tempo e, soprattutto, richiederà sinergia tra tutti gli attori del sistema giustizia. La collaborazione istituzionale, oltre che un principio costituzionale e una regola di buona amministrazione, è un'esigenza imperativa nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, anche in considerazione dei principi di indipendenza e di autonomia del potere giudiziario e dei singoli magistrati.

In un mondo di regole che cambiano, il confronto sulle direzioni intraprese dal diritto è quanto mai opportuno e necessario. Come Associazione Nazionale Magistrati abbiamo cercato di interpretare questa esigenza e seguire l'impulso rinnovatore anche individuando moderni sistemi di comunicazione e di informazione. In tal senso si inserisce il nuovo progetto editoriale della rivista online La Magistratura - prima attraverso il sito www.lamagistratura.it, oggi anche in una veste editoriale che ambisce al riconoscimento del proprio valore scientifico presso le competenti sedi - che riprende una storica rivista con cento anni di vita, per darle nuova linfa, sollecitando in modo vivo, contemporaneo e sempre approfondito il dibattito giuridico e culturale, grazie al contributo non solo di operatori del diritto ma anche di giuristi, accademici e, in generale, della società civile.

In questo percorso ci muoviamo con lo sguardo sempre rivolto agli alti principi costituzionali ed europei e sempre attenti al contesto storico, alle esigenze concrete, per poter imboccare le strade realisticamente percorribili. Costantemente orientati alla realtà proprio come “l'occhio di Magritte”, con gli occhi aperti sul futuro del diritto, per il miglior futuro de “La Magistratura”.

di Cecilia Bernardo e Sabrina Iadarola





"Il falso specchio"

René Magritte

Data: 1929

Materiale: Olio su tela

Dimensioni: 54 x 80.9 cm

Sito: New York, U.S. - MoMA

"Lo scopo dell'educazione è quello di trasformare gli specchi in finestre" scriveva Sydney J. Harris qualche anno fa. In copertina è riprodotto "Il falso specchio" di René Magritte, una delle più significative opere del Surrealismo.

Il quadro raffigura un grande occhio il cui iride però è un cielo. La pupilla al centro rappresenta il sole. Nel suo significato concettuale c'è l'obiettivo di stimolare una riflessione sulla realtà che ci circonda che vada oltre i limiti della visione umana. L'occhio non riflette semplicemente come uno specchio ma pensa ed elabora la nostra percezione del mondo.

A photograph of a library with wooden bookshelves filled with books. A wooden ladder is leaning against the shelves on the right side. The scene is lit with a warm, golden light. On the left side of the image, there are vertical labels 'g', 'f', 'e', 'd', and 'c' in a serif font. The main title 'Diritto civile' is overlaid in the bottom center in a large, white, serif font.

Diritto civile

g

f

e

d

c

Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese a struttura complessa e nei gruppi societari



di Paolo Bastia

Ordinario di Economia Aziendale
presso l'Università degli Studi di Bologna
e docente presso la Luiss "Guido Carli"
di Roma

It

Gli obblighi introdotti in capo all'imprenditore collettivo con il secondo comma dell'art. 2086 c.c. - dotazione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, anche in funzione della prevenzione della crisi e della perdita della continuità aziendale, con la tempestiva adozione di idonei rimedi - sollevano numerose questioni progettuali e attuative, che devono essere calibrate a misura d'impresa, declinando il concetto di adeguatezza, quale clausola generale, alle singole fattispecie. L'articolo intende rappresentare, in maniera sistematica, ancorché essenziale, il contributo che la Scienza aziendaleistica può ampiamente fornire, con rigore e versatilità, orientando le soluzioni degli amministratori e le valutazioni e i giudizi che anche gli organi di giustizia sono chiamati ad esprimere, tenendo conto del fatto che, al di là dei profili di legittimità, gli adeguati assetti concorrono alla continuità aziendale e alla mitigazione dei rischi, specie per le imprese del nostro paese, a conduzione prevalentemente familiare, con stili di governo e di gestione informali. La recente giurisprudenza ed in particolare quella del Tribunale di Roma - 8.4.2020 (Guido Romano) e 15.9.2020 (Pres. Giuseppe Di Salvo, Est. Cecilia Bernardo) - in assoluta coerenza con gli orientamenti della letteratura scientifica, hanno ricondotto le scelte organizzative nell'alveo di quelle strategiche, desumendo la loro insindacabilità, entro i limiti di ragionevolezza e di proporzionalità, secondo natura e dimensione dell'impresa da individuare nel caso concreto. La ricerca si pone come fine specifico quello di sviluppare uno schema di analisi e di orientamento delle soluzioni per le grandi imprese a struttura complessa e per i gruppi aziendali, che presentano peculiari esposizioni ai rischi, rispetto alle imprese minori, dovute alla complessità gestionale, all'articolazione a più livelli dei processi decisionali, all'impegno strategico più pronunciato, alla maggiore scala di risorse attivate, con una conseguente più grave ricaduta di eventuali criticità o stati di crisi. D'altro canto, tali organizzazioni economiche possiedono condizioni che, se correttamente orientate, consentono di assolvere agli obblighi di dotazione di adeguati assetti, anche sulla base di una managerialità più evoluta e di una strumentazione più completa, fornendo esempi imitativi, opportunamente riadeguati, per le imprese minori.



Assetti, adeguatezza, insindacabilità, grandi imprese, gruppi, crisi.

Eng

The obligations introduced in relation to the collective entrepreneur with the second paragraph of art. 2086 of the Italian Civil Code - provision of adequate organizational, administrative and accounting structures, also in function of the prevention of the crisis and the loss of business continuity, with the timely adoption of suitable remedies - raise numerous planning and implementation issues, which must be calibrated on an enterprise basis, declining the concept of adequacy, as a general clause, to individual cases. The article intends to represent, in a systematic, albeit essential way, the contribution that business Science can amply provide, with rigor and versatility, guiding the solutions of the administrators and the evaluations and judgments that also the justice bodies are called upon to express, taking account of the fact that, beyond the legitimacy profiles, the adequate structures contribute to business continuity and risk mitigation, especially for enterprises in our country, mainly family-run, with informal governance and management styles. Recent jurisprudence and in particular that of the Court of Rome - 8.4.2020 (Guido Romano) and 15.9.2020 (Pres. Giuseppe Di Salvo, Est. Cecilia Bernardo) - in absolute coherence with the orientations of scientific literature, have brought back the organizational choices into the strategic ones, deducing their unquestionability, within the limits of reasonableness and proportionality, according to the nature and size of the enterprise to be identified in the concrete case. The specific research aim is to develop a scheme of analysis and orientation of solutions for large enterprises with a complex structure and for corporate groups, which have particular exposures to risks, compared to smaller enterprises, due to management complexity, multi-level articulation of decision-making processes, the more pronounced strategic commitment, the greater scale of resources activated, with a consequent more serious fallout of any critical issues or states of crisis. On the other hand, these economic organizations possess conditions which, if correctly oriented, allow them to fulfill the obligations of providing adequate assets, also on the basis of a more advanced managerial approach and a more complete instrumentation, providing imitative examples, appropriately adapted, for smaller enterprises.



Structure, adequacy, unquestionable, large companies, groups, crisis.

Sommario

1. Finalità e rilevanza degli adeguati assetti organizzativi. 2. Gruppi e grandi imprese strutturate: il presupposto soggettivo. 3. L'adeguatezza degli assetti organizzativi, l'insindacabilità delle scelte e i profili di responsabilità. 4. Gli assetti contabili per l'emersione anticipata della crisi.

Finalità e rilevanza degli adeguati assetti organizzativi

Con l'intervento normativo del secondo comma dell'art. 2086 c.c., l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa diviene il supporto attraverso il quale la percezione della crisi può raggiungere tempestivamente gli organi societari, affinché la sua completa conoscenza consenta di predisporre con prontezza i rimedi più opportuni.

Viene così riconosciuta anche a livello normativo un'esigenza da tempo avvertita e senz'altro sostenuta dalla migliore letteratura aziendale e manageriale, anche a livello internazionale, circa la necessità di valorizzare l'adeguatezza degli assetti aziendali, nell'interesse della durevole continuità operativa e della tutela degli interessi convergenti nella gestione dell'impresa da parte dei diversi *stakeholders*, compresi i creditori. Più precisamente, un'adeguata struttura organizzativa, con i correlati assetti amministrativi, pianificatori e contabili, costituisce "la condizione" necessaria (la più importante) per assicurare il successo o comunque l'equilibrio dell'impresa: di qui la rilevanza degli assetti, quali ineludibili strutture e meccanismi per realizzare le strategie aziendali e per conferire loro razionali e fondate probabilità di corretta implementazione. Ne consegue che *l'inadeguatezza degli assetti è già di per sé, potenzialmente, un grave fattore di rischio per l'impresa e per la sua continuità.*

Questo articolo intende chiarire, per linee essenziali, quali sono alcuni fondamentali criteri per la progettazione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, con particolare riferimento alle imprese a struttura complessa e ai gruppi societari, posto che queste organizzazioni economiche possiedono delle specificità nelle loro configurazioni, ma anche delle potenzialità in termini di soluzioni che, rispetto alle imprese meno dimensionate, consentono di realizzare assetti rispondenti ai loro livelli di complessità interna, di cui gli organi sociali dovrebbero tener conto, così come i professionisti eventualmente coinvolti.

Peraltro, questi obiettivi di ricerca, con le precisazioni di metodo che si vanno a sviluppare, offrono utili riferimenti ed elementi di comprensione e di valutazione in sede giudiziaria, in particolare quando emergono problematiche di responsabilità degli organi sociali inerenti i profili di adeguatezza.

Il percorso del ragionamento che si intende sviluppare è guidato dal fine che il legislatore ha evidenziato, come meglio andremo a precisare, con una nuova prospettiva dell'azione organizzativa dell'impresa, *orientata al futuro*, prospettica, intendendosi l'esigenza di tempestività sia come *prontezza* di percezione e di risposta a manifesti segnali di crisi; sia necessariamente anche come *anticipazione* della diagnosi e dei rimedi rispetto al rischio di un'involuzione verso situazioni di crisi e di insolvenza irreversibili, giacché diversamente la conoscibilità della crisi e della perdita di continuità aziendale non avrebbe finalità salvifiche, ma meramente ricognitive. Questa tensione verso l'orientamento al futuro è peraltro appalesata a livello sistematico, fin dalla legge delega n. 155/2017, che aveva già introdotto una definizione dello stato di crisi, inteso come probabilità di futura insolvenza, "*anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica*".

Ebbene, il riferimento alla scienza aziendalistica costituisce ulteriore rinforzo del nostro percorso metodologico, che intende richiamare, constatando una felice correlazione con le recenti indicazioni del legislatore, i contributi della letteratura aziendale e manageriale sui temi trattati, sia per rigore di metodo, sia per offrire validi riferimenti per la prassi, anche in considerazione dello stadio assai evoluto degli Studi relativamente alle tematiche qui trattate, che può confortare circa la piena fattibilità di quanto il legislatore oggi richiede.

La scelta delle più complesse organizzazioni aziendali come campo di interesse risponde sia a sollecitazioni di maggiore ampiezza di argomenti che possono essere trattati; sia all'importanza che tali imprese rivestono nell'economia generale, ancorché abbiano un'incidenza numericamente limitata, in considerazione della quota di valore aggiunto realizzato, di occupazione, di leadership strategica, di comportamenti imitativi e quindi di traino per le imprese minori (si pensi alle reti di fornitori di grandi imprese, che tendono a conformarsi agli stili di gestione dei loro grandi clienti).

L'utilità concreta degli "adeguati" assetti organizzativi, amministrativi e contabili trova varie direzioni di sviluppo, che ne giustificano l'onere progettuale e di funzionamento e quindi la loro economicità:

- a) a livello endoaziendale, essi concorrono alla protezione dell'impresa (o del gruppo) dai rischi a cui essa è esposta, ivi compreso quello di crisi, che tuttavia costituisce un rischio sistemico, essendo la risultante di una molteplicità di rischi (strategici, organizzativi, di mercato, operativi, finanziari) e di svariate concause di criticità: rischi che sono sempre più ricorrenti e accelerati nella loro manifestazione, a motivo della maggiore turbolenza del contesto (volatilità dei mercati, globalizzazione, transizioni tecnologica e ambientale, ricorrenti eventi di crisi esterna, dal crunch finanziario del 2008 agli effetti economico-sociali della pandemia covid-19);
- b) come detto, adeguati assetti organizzativi e operativi costituiscono la preconditione per la concreta "messa a terra" delle strategie aziendali e di qualsiasi iniziativa, anche relative a operazioni straordinarie, le quali non avrebbero concretezza e razionalità di attuazione;
- c) ancora, a livello di corretta amministrazione aziendale, gli adeguati assetti incrementano il livello di reputazione dell'impresa, la sua visibilità e competitività, l'accesso a migliori opportunità, l'attrattività di risorse (anche finanziarie) e di consenso esterno, in generale il valore stesso dell'azienda, vista non solo come unità produttiva, ma come sistema atto a perdurare e a competere in mercati sempre più complessi;
- d) la grande impresa, poi, trova negli adeguati assetti la soluzione ai propri problemi di complessità interna, in quanto essi concorrono in maniera decisiva al coordinamento interno del management e del personale, all'armonizzazione delle prassi, delle gestioni, delle relazioni con banche, clienti, fornitori, partner (*stakeholders* in genere), specie per imprese multiprodotto, multi-business, internazionalizzate;
- e) in considerazione del dominante carattere familiare della struttura del capitalismo italiano (oltre l'80% del totale), con prevalente composizione familiare anche degli organi di *corporate governance*, gli adeguati assetti concorrono a mitigare i rischi di non continuità aziendale e di una progressiva e latente crisi d'impresa, che può esplodere in presenza di una discontinuità non sufficientemente pianificata al vertice dell'azienda;
- f) a livello professionale, le soluzioni di consulenza e di *advisory*, le operazioni straordinarie, i progetti di sviluppo - questo vale anche per le imprese minori che vogliono crescere per essere maggiormente competitive -, gli interventi di finanza esterna, trovano negli adeguati assetti la condizione, non meno importante di quella "industriale", su cui costruire solidi percorsi evolutivi dell'impresa;

g) a livello giudiziario, vengono fissati nuovi paradigmi e criteri di riferimento con cui comprendere, valutare e giudicare le responsabilità e le criticità inerenti i doveri degli organi di amministrazione e di controllo, nonché per la comprensione delle cause di crisi e di insolvenza, anche ai fini della valutazione di fattibilità dei percorsi di superamento della crisi e della concretezza e ragionevolezza dei piani di risanamento.

Il novellato art. 2086, secondo comma, c.c. non specifica, opportunamente, le soluzioni organizzative, ma si limita a definire gli obblighi e a dettare criteri generali di adeguatezza: “natura e dimensioni” dell’impresa. In questa clausola generale vi sono quindi ampi margini di discrezionalità, ma non di arbitrarità, perché la scienza aziendale è già assai sviluppata in materia da molti anni.

La norma, peraltro, non concerne la gestione, il sistema delle decisioni, ma solo gli adeguati assetti, che però a loro volta non sono neutri rispetto alla gestione e ai processi decisionali, sia perché devono conformarsi al modello di business, sia perché costituiscono supporti per la gestione in termini di razionalità, verificabilità, attendibilità, trasparenza, in un quadro sistemico in cui tutti gli elementi sono interconnessi e si alimentano in maniera diacronica secondo processi iterativi. L’obbligo di adottare adeguati assetti organizzativi non è una novità assoluta, essendo stato introdotto nel codice civile dalla riforma del diritto societario e, secondo alcuni interpreti, potendo essere ricavato anche prima della riforma, quale riflesso del più generale *dovere di diligenza*, che imporrebbe di dotare la società di un adeguato assetto organizzativo, funzionale al fine di garantire corretti processi decisionali e gestionali.

Gruppi e grandi imprese strutturate: il presupposto soggettivo

L’applicazione degli obblighi contenuti nell’art. 2086, secondo comma, c.c., in ordine agli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, per le finalità ivi indicate, è rivolta a tutti gli imprenditori collettivi, quindi alle società, di qualsiasi dimensione e configurazione strutturale, con particolari finalità di rilevazione tempestiva della crisi e a tutela della continuità aziendale. Nell’ambito del presupposto soggettivo sono compresi, dunque, le grandi imprese e i gruppi societari, che presentano delle peculiarità per la realizzazione degli assetti adeguati.

Le *imprese di grandi dimensioni*, tipicamente quelle con oltre 250 dipendenti, sono naturalmente ricomprese tra i destinatari della norma, presentando profili specifici in termini di adeguatezza rispetto alle imprese minori, non soltanto con riferimento al criterio dimensionale esplicitato dal dettato normativo, ma anche con riferimento alle modalità peculiari di conduzione dell’impresa e del business.

Le imprese a struttura complessa e decentrata sono tipicamente *imprese manageriali*, dove la presenza del management non è solo collocata ai vertici, ma è articolata a più livelli della macrostruttura organizzativa, con processi decisionali che tipicamente si avvalgono di supporti informativi (sistemi manageriali) e con modalità di indirizzo e di coordinamento “indirette”, a distanza, necessariamente basate su procedure e su flussi informativi.

In tali contesti, nelle moderne logiche organizzative, anche l’imprenditorialità è diffusa e soprattutto le leve decisionali, le responsabilità e le informazioni rilevanti non sono concentrati al vertice o soltanto nell’ambito della direzione generale e dell’organo amministrativo (che comunque riassumono prerogative di *general management*), ma sono allocate a più livelli della catena di comando, anche per la maggiore articolazione di competenza specializzate e spesso di alto profilo tecnico detenute dal management specialistico, individuato per aree funzionali (approvvigionamenti, logistica, produzione, gestione commerciale, marketing, ricerca e sviluppo, finanza, risorse umane, sistemi informativi, pianificazione e controllo, amministrazione e contabilità, ecc.).

Analogo ragionamento può essere esteso ai *gruppi societari*, che in senso economico costituiscono strutture di coordinamento e quindi organizzative, estremamente versatili rispetto alle varie strategie, per la loro peculiare natura flessibile, adattabile ai diversi business gestiti, aperta a percorsi particolarmente rapidi di crescita per linee esterne e, tipicamente, meno onerosi in termini di costi organizzativi e di efficienza decisionale, rispetto alle grandi imprese monolitiche. Peraltro, gli obblighi contenuti nell’art. 2086 c.c. non sono espressamente rivolti ai gruppi societari, ma alle singole entità legali, lasciando comunque aperte le soluzioni tagliate su misura per le società appartenenti a un gruppo, che devono necessariamente definire i propri assetti, considerando la propria appartenenza a un gruppo e non altrimenti, poiché diversamente perderebbero di efficacia e di perseguibilità delle finalità poste dalla norma. Qui si tratta di approfondire come progettare e strutturare adeguati assetti a livello di gruppo e/o a livello di singole società e come risolvere il *trade off* tra esigenze di unicità di coordinamento e previsione normativa che, comunque, è rivolta alle singole società e non al gruppo nella sua interezza. Al riguardo, una prima risposta che appare plausibile è quella che appare inevitabile la predisposizione di

assetto societari per singole società, anche per le responsabilità degli specifici organi sociali, anche allorché una soluzione unitaria di gruppo - e non declinata sulle singole società, che ne recepirebbero i contenuti - possa risultare efficace o addirittura più funzionale all'indirizzo strategico unitario del gruppo e al coordinato funzionamento delle attività di gruppo innervate nelle diverse società (solo) giuridicamente indipendenti, ma sostanzialmente non autonome sul piano economico.

La questione rileva soprattutto nei gruppi particolarmente integrati, vale a dire in quei gruppi tecnicamente e strategicamente connessi da vicoli produttivi e commerciali, dove le singole società gestiscono di fatto fasi della stessa filiera produttivo-distributiva o, con migliore linguaggio strategico, processi della medesima catena del valore (come si osserva nei settori tessile, agroindustriale, meccanico, farmaceutico, impiantistico, bancario e assicurativo).

Diversa è invece la questione nei gruppi fortemente diversificati o conglomerati (con società unite pressoché da sole relazioni finanziarie), dove le autonomie societarie sono assai forti anche a livello di strategia e di performance economiche e l'articolazione di modelli organizzativi specifici per singole società appare plausibile e forse necessaria.

Per inquadrare la rilevanza del problema, va precisato che il tema in questione - l'applicazione degli adeguati assetti organizzativi ai grandi complessi aziendali - concerne un numero limitato di imprese rispetto all'intera popolazione presente nel nostro tessuto economico, per lo più formato da micro e piccole imprese.

Secondo i dati ISTAT, i gruppi in Italia sono circa 100.000, nel cui perimetro rientrano circa 220.000 imprese, pari al 5% dell'intera popolazione di aziende. I gruppi italiani sono prevalentemente condotti su base familiare, con l'80% di gruppi domestici e il 20% di gruppi internazionali, equamente ripartiti tra holding italiane ed holding estere.

Le grandi imprese (con oltre 250 addetti) costituiscono solo una frazione di unità percentuale della popolazione (0,3%) secondo il censimento ISTAT, ma esprimono livelli occupazionali pari a circa il 23% dell'intera popolazione aziendale.

In definitiva, gruppi aziendali e grandi società, pur rappresentando un'incidenza assai modesta sull'intera composizione di imprese in Italia, producono assai più della metà del valore aggiunto del paese e creano occupazione per oltre la metà degli addetti, con responsabilità economiche e sociali elevatissime.

Da qui emerge la rilevanza del problema, quello di definire adeguati assetti organizzativi per strutture aziendali dimensionate e complesse, che investe gestioni aziendali e di gruppo importanti, sia per i valori economici e patrimoniali che esprimono, che per il sistema delle imprese e degli *stakeholders* a vario titolo coinvolti nelle sfere di influenza delle loro gestioni.

L'adeguatezza degli assetti organizzativi, l'insindacabilità delle scelte e i profili di responsabilità

Un aspetto di cruciale importanza, sia dal punto di vista progettuale che da quello delle responsabilità degli amministratori, attiene al tema dell'*insindacabilità* del merito delle scelte inerenti agli adeguati assetti organizzativi, in applicazione della regola della *business judgment rule*.

A tale riguardo appaiono rilevanti, a livello giurisprudenziale, le recenti decisioni con la quale il Tribunale di Roma, 8 aprile 2020 e 15 settembre 2020, ha concluso in senso favorevole all'applicazione della regola della *business judgement rule* alle scelte riguardanti gli assetti organizzativi dell'impresa. Viene così riconosciuto il fatto che le scelte organizzative rientrano nell'ambito della gestione sociale, in senso strategico, comportando per loro natura delle valutazioni discrezionali. Questa considerazione appare del tutto coerente con l'impostazione economico-aziendale, che afferma la ferrea correlazione tra scelte strategiche e strutture e processi organizzativi.

Osserva il Tribunale che il legislatore non ha predeterminato il contenuto degli assetti organizzativi, richiedendone l'adeguatezza sulla base di una previsione generale ed elastica da adattarsi alle caratteristiche e dimensioni dell'impresa, trattandosi in sostanza di un obbligo a contenuto generico.

Ne discende dunque la non imputabilità agli amministratori degli atti di gestione che appaiano, sulla base di una valutazione *ex ante*, legittimi e non irrazionali, ivi comprese le scelte relative agli assetti organizzativi, in quanto definite ragionevolmente e secondo criteri di proporzionalità rispetto al caso concreto.

Secondo il Tribunale di Roma, l'obbligo organizzativo può dunque essere efficacemente assolto guardando non tanto a rigidi parametri normativi, quanto ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche.

La norma di legge qualifica gli assetti organizzativi in termini di adeguatezza, limitandosi a enunciare due soli criteri, per quanto fondamentali: quelli della natura e della dimensione, lasciando evidentemente alla Scienza aziendale, come quadro di riferimento, il compito di

esprimere criteri più penetranti e sostanziali, specialmente in ottica progettuale.

L'adeguatezza, come principio, per quanto generale ed elastico, applicabile ad una svariata gamma di realtà aziendali, secondo criteri di proporzionalità e di coerenza, nega la sostenibilità di una soluzione astratta e universale, dovendo l'organo amministrativo, a cui compete l'adozione degli assetti, puntare ad attuare delle soluzioni il più possibili rispondenti alle specificità della data impresa, secondo una visione assolutamente in linea con i principi aziendalistici.

La grande impresa e il gruppo, escludendo i gruppi minori, esprimono una più vasta gamma di opzioni progettuali ed anche una assai maggiore complessità di disegno ; inoltre, possiedono alcune specificità proprie, da declinare poi a seconda dei settori di appartenenza, dei modelli di business, delle storie evolutive trascorse:

- a) un'elevata complessità interna, rappresentata da una molteplicità di livelli e di ruoli organizzativi, di articolazione di unità operative e logistiche, anche disperse territorialmente, di una numerosità di prodotti e di processi produttivi, con problematiche di grande scala della gestione delle risorse umane, distribuite tra varie classi di inquadramento normativo;
- b) un'elevata complessità esterna, costituita da molteplici relazioni con migliaia di clienti e centinaia di fornitori e terzisti, dalla presenza in vari mercati, anche internazionali, con confronti competitivi differenziati;
- c) una capacità di accesso ai finanziamenti maggiore e più diversificata rispetto alle imprese minori, con una presenza maggiore nei mercati finanziari e una gestione finanziaria e di tesoreria assai più sofisticate e generatrici di rischi specifici, finanziari e in certi casi anche valutari;
- d) una dimensione investitoria assai più potente, con propensione alla dotazione tecnologica, alla digitalizzazione, all'utilizzo di *big data*.

Con questa scala di problematiche, la grande impresa e il gruppo esprimono più alti fabbisogni di coordinamento e di formalizzazione, anche per la natura prevalentemente indiretta e a distanza dei rapporti intersoggettivi e il venir meno, relativamente, delle possibilità di controllo personale dei processi operativi e di coordinamento interpersonale delle decisioni e delle attività. Particolare conseguenza di raggiunti livelli dimensionali e di complessità, interna ed esterna, è poi quello della ricerca delle competenze manageriali, sia specialistiche nelle linee operative, sia generaliste nelle posizioni di vertice e comunque di coordinamento trasversale (*general management*), sviluppando in questo modo delle strutture organizzative più specializzate nei ruoli che le compongono, ma al tempo stesso *multilivello*.

Gli assetti organizzativi sono dunque chiamati a rispondere a queste esigenze di gestione della complessità, secondo caratteristiche di adeguatezza che la letteratura ha individuato nelle *strategie di fondo* dell'impresa o del gruppo e fondamentalmente:

- strategie di integrazione: *verticale* nella specializzazione di un dato business con il presidio dell'intera filiera produttiva e distributiva; ovvero *orizzontale*, nell'articolazione dell'offerta produttiva (omogenea) in diverse unità distribuite territorialmente (filiali, agenzie, negozi, punti vendita);
- strategie di diversificazione, con lo sviluppo di business differenti, correlati tra loro attraverso fattori sinergici (marchi, tecnologia, rete distributiva); ovvero non correlati e quindi percorsi secondo opportunità essenzialmente finanziarie.

La formalizzazione necessaria per il coordinamento e la managerialità che deve assicurare le mirate competenze e prerogative all'interno della struttura aziendale, vengono a costituire i presupposti per lo sviluppo di assetti coerenti con queste tipologie di imprese.

L'*organigramma* costituisce tradizionalmente la rappresentazione della macrostruttura aziendale, con la definizione dei ruoli e delle responsabilità individuali, attraverso il chiaro riconoscimento formale delle responsabilità secondo il principio dell'unicità di comando, limitando quanto più possibile la copertura di posizioni a interim o le carenze prolungate in determinati ruoli chiave. L'importanza tradizionalmente assegnata all'organigramma è rispondente ad una visione *meccanicistica* dell'impresa, caratterizzata da routine operative e da ruoli stabili per lungo tempo, da chiare e permanenti identificazioni di poteri, compiti e responsabilità formali assegnati in maniera permanente, rigidamente distinti e non sovrapponibili. Si tratta di una macrostruttura organizzativa rigida e coerente con ambienti esterni caratterizzati da persistenza e bassa incertezza. In una visione più attuale e in presenza di ambienti incerti, se non addirittura turbolenti, appare più rispondente una configurazione *organica*, vale a dire flessibile, adattiva, con ruoli trasversali, in grado di coordinare non solo verticalmente, ma anche orizzontalmente le attività e il personale assegnato, secondo logiche di *teamwork*, di processi orientati al cliente (o al committente) e quindi temporanei, di corresponsabilità e condivisione delle risorse.

Oggi, per le accennate modalità dinamiche di gestione, assume pertanto non minore importanza, rispetto all'organigramma, la *mappatura dei processi*, cioè delle filiere di attività (logistiche, progettuali, amministrative, di gestione integrata dei rischi, di servizi) trasversali alle divisioni dell'azienda diversificata o alle società del gruppo, secondo una logica di progettazione di catene del valore virtuose orientate a definiti target di clientela.

In definitiva, deve essere chiaro che l'adeguatezza degli assetti organizzativi andrà identificata in termini relativi all'orientamento strategico di fondo dell'impresa o del gruppo, divenendo dunque la strategia il *farò* per l'orientamento della progettazione, della realizzazione, della valutazione e della verifica di funzionamento di un dato assetto nel caso concreto, unitamente alle condizioni esterne dei mercati e dell'ambiente competitivo specifico, che necessiteranno di configurazioni organizzative più o meno rigide o flessibili.

Queste connessioni non valgono solo per l'aspetto strutturale, morfologico, degli assetti organizzativi, ma anche per i *processi organizzativi* atti a rendere operativa la struttura (dalla morfologia alla fisiologia): regolamentazione interna, procedure, protocolli, sistema dei controlli interni, risk management, formazione del personale, sistemi incentivanti, sistemi informativi, sistemi di pianificazione e controllo.

Le imprese a struttura complessa tendono ad accentrare al vertice talune funzioni strategiche e di controllo e coordinamento: finanza, *cash pooling*, pianificazione e controllo, *internal auditing*, progettazione, marketing, area legale, ricerca e sviluppo. Analogamente, nei gruppi si assiste all'accentramento, presso la capogruppo, di tipiche funzioni di direzione e coordinamento, come quelle sopra indicate, al fine di assicurare un indirizzo strategico unitario a tutte le società del gruppo. Di più, nei gruppi fortemente integrati (si pensi ai gruppi bancari e assicurativi, ma anche a molti industriali), vengono costituite anche funzioni omologhe a quelle delle società controllate, con compiti di coordinamento (per l'intero gruppo) delle politiche di area funzionale impartite tramite linee guida e direttive di gruppo (gestione del credito; controlli interni; approvvigionamenti, con comuni fornitori; logistica, con comuni canali distributivi; produzione, con coordinamento delle forniture intragruppo). Sovente vengono accentrate anche funzioni operative per conseguire importanti vantaggi in termini di economie di scala: prima fra tutte la funzione di approvvigionamenti e quella logistica.

In talune realtà più complesse è stata anche osservata, in capo alla holding, la costituzione di *due livelli di direzione*: una direzione della capogruppo, per indirizzare e condurre l'attività propria, comunque complessa; un'ulteriore direzione di gruppo, volta al coordinamento dell'intero gruppo, magari di ampiezza internazionale, con un compito di vasto coordinamento del portafoglio business gestito dal complesso di società facenti parte del gruppo.

Queste soluzioni di governo, nelle varie modalità, tendono a creare all'interno di ciascuna società del gruppo (o di ciascuna divisione dell'impresa multidivisionale) delle doppie dipendenze: dalla direzione generale e dall'organo amministrativo della società di appartenenza (o divisione di appartenenza), nonché dalla direzione generale e dall'organo amministrativo della capogruppo (o dai vertici interdivisionali dell'impresa).

Capita pertanto sovente, ad esempio, che la direzione commerciale di una società controllata dipenda *gerarchicamente* dalla propria direzione generale societaria, ma *funzionalmente* dalla direzione commerciale della capogruppo, che definisce, coordina e rende omogenee e coerenti le politiche commerciali di tutte le società del gruppo. Queste complesse architetture organizzative esprimono dei fabbisogni informativi adeguati, a cui devono rispondere gli assetti contabili, che secondo la prescrizione di legge devono essere funzionali anche all'emersione anticipata della crisi.

Gli assetti contabili per l'emersione anticipata della crisi

Il fatto che la grande impresa manageriale e il grande gruppo societario presentino un profilo organizzativo a struttura decentrata e che verosimilmente adottino o vadano ad adottare principi e metodi manageriali, produce delle conseguenze assai significative anche sul piano dell'adeguatezza dell'assetto contabile, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale. Ulteriori riflessi si devono produrre, per altro, in ordine all'adozione degli strumenti previsti dall'ordinamento per la soluzione della crisi, non ultima la novellata composizione negoziata della crisi, che vede come presupposto soggettivo un'apertura a tutte le società, anche di grandi dimensioni, e ai gruppi.

In estrema sintesi, la presenza di una classe manageriale professionalmente qualificata e inserita in un coerente assetto organizzativo, implica che questa adotti continuamente dei sistemi di controllo per la direzione (*management control system*): un controllo sulla gestione amministrativo (non intuitivo), formale, basato irrinunciabilmente sull'adozione di supporti informativi rilevanti, quindi specifici e coerenti con le prerogative decisionali e con la posizione organizzativa attribuite a ciascun manager.

Ne consegue il fatto che l'azienda o il gruppo sviluppino al proprio interno dei processi decisionali razionali (più razionali rispetto all'impresa minore, priva di così potenti supporti informativi) - in quanto basati su informazioni economico-finanziarie specifiche - non solo a livello di

consiglio di amministrazione, ma anche decentrati a vari livelli, societari (nei gruppi), divisionali (nelle imprese diversificate), funzionali (all'interno di ciascuna società del gruppo o di ciascuna divisione dell'impresa multi-business).

Queste grandi organizzazioni aziendali dispongono dunque, come routine ad uso della direzione, della ricorrente circolarità di flussi informativi da e verso l'alta direzione e la direzione intermedia, nonché di reportistiche (cruscotti o *tableau de bord* nel gergo professionale) predisposti o accessibili a video per ciascuna posizione manageriale, con possibilità, per le professionalità più versate con l'utilizzo della IT, di effettuare in autonomia delle simulazioni e degli *stress test* facilitati dai *software* oggi disponibili, per effettuare quel controllo anticipato che risponde alle esigenze di tempestività e, ancor meglio, di anticipazione dei segnali di crisi.

La cultura d'impresa che emerge dal nuovo d.l. n.118/2021 e dai supporti indicati nell'allegato al decreto dirigenziale (test *on line*, lista di controllo, protocollo) è quella di un approccio probabilistico alla gestione e alla vigilanza sulla gestione, con largo impiego di strumenti predittivi, conseguentemente, di cui le analisi di sensitività e gli *stress test* o ancora i KPI (*key performance indicators*) sono strumenti raccomandati sia dalla dottrina che dalla *best practice* professionale. Il legislatore del d.l. 118 parla di *probabilità di crisi*, di *probabilità di insolvenza* (come già il CCII, all'art. 2), interiorizzando la classica nozione ultradecennale dell'azienda, intesa come *sistema probabilistico*.

Non si va verso il superamento della strumentazione contabile e dei bilanci, che sempre mantengono un ruolo decisivo sia per la fattualità delle misurazioni che per la qualità della rappresentazione delle risultanze aziendali, ma semmai verso una loro integrazione con nuovi strumenti e modalità di approccio all'informativa aziendale e ad una loro ulteriore valorizzazione, perché il dato contabile consuntivo, ora, assume anche la nuova veste di conferma (o rettifica) delle ipotesi di piani e di budget, divenendo così il fondamentale presupposto per correggere le tendenze con nuove proiezioni fondate proprio sugli scostamenti del dato contabile rispetto al corrispondente dato di budget.

Nell'evoluta impresa o nel gruppo manageriale sussistono sistemi e competenze per poter sviluppare nel continuo simulazioni (analisi di sensitività) e *stress test*, in grado di verificare anticipatamente le conseguenze probabilistiche di fenomeni tendenziali o di rischi da sottoporre a valutazioni d'impatto economico-finanziario, proprio per prevenirne e contrastarne i potenziali effetti.

Questo sistema informativo, alimentato dalla funzione di pianificazione e controllo e gestito tramite idonei sistemi informatici, risulta estremamente capillare e tempestivo, superando i grandi limiti della contabilità generale e di quell'unico prodotto informativo che è il bilancio (ancorché possa essere redatto anche con frequenza infra-annuale).

L'impresa o il gruppo manageriale - a differenza dell'azienda minore - possiede dunque le condizioni organizzative e informative per attuare una *allerta diffusa*, decentrata, capillare, tempestiva o addirittura anticipatoria, dato il fisiologico impiego in questi contesti dei budget mensilizzati e dei ripetuti controlli budgetari a ritmo mensile o secondo opportunità, tramite il flusso aggiornato dei dati consuntivati dalla contabilità industriale e delle reportistiche sugli scostamenti tra obiettivi e risultati rilevati in corso d'anno.

Oltre agli indici di allerta generali, sintetici, come quelli indicati all'art. 13 del CCII ed elaborati dal CNDCEC, comuni a tutte le imprese di qualsiasi dimensione, in quelle maggiori e nei gruppi, in presenza di un assetto organizzativo manageriale e degli strumenti che ne costituiscono la dimensione informativa, sono disponibili dati e indizi diffusi, capillari e articolati ai vari livelli e nelle diverse unità organizzative in cui sia individuato un manager responsabile.

Si viene così a configurare, insieme agli strumenti di allerta *generali* previsti dal CCII come indici di bilancio, un assai più cospicuo e articolato sistema di allerta *diffuso*, capace di fornire nel continuo e in maniera pervasiva nella struttura aziendale indici rivelatori di condizioni di squilibrio economico e finanziario e, in certi casi anche patrimoniale.

Si pensi alla tipica architettura della struttura informativa manageriale per centri di responsabilità economica (centri di costo, centri di ricavo, centri di profitto), dove ciascun centro, secondo il classico principio manageriale dell'unicità di comando, identifica una responsabilizzazione formale del manager che lo presiede, anche in termini economici e finanziari e non solo gestionali e organizzativi.

A tale ultimo riguardo, il documento allegato al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, con il test *on line* e la *check list*, ha particolarmente enfatizzato come dato economico rilevante il MOL o Margine Operativo Lordo (in pratica l'EBITDA - *earning before interest, taxes, depreciation and amortization*), proposto invero secondo alcune varianti metodologiche. Questo margine intermedio, che potrebbe essere utilizzato su base facoltativa per costruire indici segnalatori molto espressivi, proprio in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale, è già largamente interiorizzato nella cultura d'impresa e i *centri di profitto* - intesi come le divisioni della grande impresa o le società del gruppo - possono utilmente avvalersene per le finalità indicate dalla normativa, ma in modo localizzato e quindi in grado di facilitare l'individuazione di una criticità e di circoscrivere il problema, per tempo, prima che possa propagarsi ad altre aree aziendali: senz'altro prima che emerga un MOL insufficiente a livello di bilancio

aziendale e con assai minori difficoltà interpretative e diagnostiche.

Si consideri inoltre, aspetto non secondario, che in questo impianto informativo, che si appoggia su un assetto organizzativo evoluto, i primi destinatari di questi dati e informazioni segnalatici sono i manager direttamente responsabili di un'area o di un settore produttivo, con le migliori competenze per interpretare i fenomeni sottostanti e provi immediatamente rimedio, sì da contenere le criticità e soprattutto di evitarne la propagazione.

Va valutato infine il fatto che solitamente, in tali realtà, operano funzioni di controllo di secondo livello, in grado di intercettare anomalie e di incrociare dati e indizi: il *controller* per quanto concerne l'informazione economico-finanziaria manageriale; il *risk manager* per le verifiche di coerenza dei parametri di rischio specifici nei vari processi operativi; il *compliance officer*, per le verifiche di conformità rispetto alle procedure e alla regolamentazione interna.

Nei gruppi societari, oltre a questi profili di segnalazione contabile evoluta, insistono diversi livelli di informativa societaria e quindi anche di bilanci (annuali, semestrali e spesso mensili), secondo una struttura multilivello, lungo la quale scorrono verticalmente e in duplice verso svariati flussi informativi preventivi e consuntivi (piani, budget, reportistiche consuntive economico-finanziarie).

I livelli dipenderanno dalla complessità interna e dalle esigenze di articolazione organizzativa del gruppo, nonché dalla sua origine di formazione progressiva, potendo prevedere, senz'altro la capogruppo, ma poi anche eventuali subholding operative, differenziate per tipologie di business (industriale, immobiliare, finanziario) e, all'interno di ciascuna subholding, ulteriori linee di controllo diretto e indiretto (sviluppo verticale "a catena") di varie consociate.

Ai fini degli assetti contabili ex art. 2086, emerge in definitiva una dicotomia, sia per la moltiplicazione dei rischi di crisi diffusi all'interno di un gruppo complesso con la possibilità che rimangano annidati in seno a qualche società periferica del gruppo; sia, per contro, con le potenzialità di disporre di risorse informative diffuse, capillari, in grado di segnalare in qualsiasi società e in qualsiasi livello della struttura del gruppo, anche in forma consolidata o sub-consolidata, anomalie e criticità utili per la tracciabilità di pericoli di crisi e di insolvenza o di fenomeni patologici già attivi.

Esiste dunque, almeno astrattamente, una correlazione tra dilatazione e pervasività dei rischi all'interno di complesse strutture aziendali e di gruppo, da un lato, e capillarità di informazioni rilevanti e qualificate ai vari livelli e nei diversi punti, anche periferici, delle macrostrutture organizzative dei grandi complessi aziendali, dall'altro lato. Tuttavia, in considerazione del più alto tasso di managerialità, esistono le condizioni favorevoli a un approccio proattivo, fondato sul costante utilizzo di supporti informativi di tipo predittivo e simulativo, per facilitare l'emersione anticipata della crisi e della perdita di continuità aziendale.

Questa possibilità di allerta diffusa, risultando oggettivamente inadeguata un'allerta solo apicale in così complesse strutture aziendali, necessita però del riconoscimento del valore strategico degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili di parte degli organi amministrativi, consapevoli del corretto e completo funzionamento di un sistema informativo-contabile integrato e in grado, al contempo, di filtrare essenziali indicatori sintetici, secondo i canonici principi di rilevanza, di selettività e di tempestività delle informazioni.

Note

- 1 La rilevanza di un'adeguata struttura organizzativa e di adeguati assetti operativi (amministrativi, pianificatori e contabili), è da tempo affermata nella migliore letteratura manageriale internazionale ed economico-aziendale, nonché nelle *best practices* aziendali: cfr. Alfred Chandler, *Strategia e struttura*, F. Angeli, Milano, 1992 (ediz. americana, *Strategy and Structure*, 1962); Giuseppe Airoidi, *I sistemi operativi*, Giuffrè, Milano, 1980; Henry Mintzberg, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Il Mulino, Bologna, 1985. A questa, fa da sfondo la letteratura di *Law and Economics*, nel cui alveo si è sviluppato il pensiero di Oliver Williamson, Premio Nobel per l'Economia del 2009 con la motivazione «per la sua analisi della governance»: vedasi il suo libro *L'organizzazione economica*, Il Mulino, Bologna, 1991, in cui valorizza la dimensione organizzativa dell'impresa come dimensione costitutiva della stessa, al pari, se non di più, di quella produttiva.
- 2 Questo approccio probabilistico alla nozione di crisi e all'esigenza di una vigilanza proattiva dell'insolvenza è ribadito nel CCII, all'art. 2, ove si definiscono: @Ea) «crisi»: *lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate;*
- 3 @Eb) «insolvenza»: *lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.*

- 4 @E Questa visione aderisce alla più moderna precettistica dottrinale, anche nell'ottica della conoscibilità preventiva dei rischi, ivi compreso quello di crisi e di insolvenza: cfr. Franco Amigoni, *I sistemi di controllo direzionale*, Giuffrè, Milano, 1979; Paolo Bastia, *Sistemi di pianificazione e controllo*, Il Mulino, Bologna, 2008; William H. Newman, *Direzione e sistemi di controllo*, Etas Libri, Milano, 1981, che ha introdotto il "controllo della direzione di marcia, proiettato in avanti" (*steering control*). Sulle analisi di scenario si veda Alberto Bubbio a altri, *Scenario Planning*, Wolters Kluwer, Milano, 2014.
- 5 @E In ambito di crisi d'impresa, sull'utilizzo di assetti coerenti e di strumenti conoscitivi anticipatori, si vedano Luigi Guatri, *Crisi e risanamento delle imprese*, Giuffrè, Milano, 1986; L.C. GUPTA, *Financial Ratios for Monitoring Corporate Sickness*, Oxford University Press, Delhi, 1983, che anticipa il tema degli indici della crisi previsti dall'art. 13 del CCII; nonché Paolo Bastia, *Crisi aziendali e piani di risanamento*, Giappichelli, Torino, 2019. A livello di raccomandazioni professionali, cfr. CNDCEC, *Principi per la redazione dei piani di risanamento*, 2017.
- 6 Il rapporto di Deloitte, *Il passaggio generazionale e il family business*, 2019, precisa che l'85% delle imprese (e dei gruppi) in Italia è a conduzione familiare, ma con evidenti fattori di fragilità: meno del 30% supera il terzo passaggio generazionale, quasi un quarto delle imprese ha una leadership ultrasettantenne, oltre al perdurare di stili manageriali obsoleti. L'indagine ISTAT del novembre 2021 (*Conti economici delle imprese e dei gruppi di imprese*) evidenzia, anche per i gruppi, un preoccupante sottodimensionamento dei gruppi domestici rispetto a quelli internazionali, con implicazioni sulle condizioni di competitività.
- 7 Sul significato di adeguatezza e sui contenuti degli assetti in parola, cfr. Paolo Bastia, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, in "Ristrutturazioni aziendali", 27 luglio 2021.
- 8 Cfr. Istat, *Conti economici delle imprese e dei gruppi di imprese*, novembre 2021.
- 9 L'amministratore di una società non può essere responsabile ex art. 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, trattandosi di valutazione che attiene alla discrezionalità imprenditoriale e che può tutt'al più rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può pertanto investire le scelte di gestione, né le modalità e circostanze di tali opzioni, ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità (cfr., Cassazione civile, sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652). Cfr. Federico Tallia, *Il dovere di diligenza e la business judgement rule*, in *Nuovo diritto delle società*, 2013, 3, 14 - 39; nonché, per una rassegna giurisprudenziale, Davide Cesiano, *L'applicazione della "Business Judgement Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 941 - 965; inoltre, CONSOB, *Business judgement rule e mercati finanziari*, novembre 2016.
- 10 @E In presenza di crisi d'impresa, invero, emergono vincoli alla discrezionalità imprenditoriale, in quanto sorge un vero e proprio obbligo di intervenire a tutela della conservazione dell'integrità del patrimonio sociale: gli amministratori devono quindi individuare uno strumento di soluzione della crisi, a meno che non decidano di procedere alla liquidazione della società.
- 11 @E Non è sindacabile, invece, la scelta dello strumento in sé, posto che tanto a livello concorsuale (concordato preventivo e accordo di ristrutturazione dei debiti) che a livello extra-concorsuale (piano attestato e convenzione di moratoria) sono presenti discipline finalizzate a favorire la soluzione della crisi (cfr. Paolo Bastia - Raffaella Brogi, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Kluwer, Milano, 2016, pagg. 63 e segg.).
- 12 Cfr. Tribunale di Roma, 8 aprile 2020 (Dott. Guido Romano) e 15 settembre 2020 (Pres. Giuseppe Di Salvo, Est. Cecilia Bernardo), *Il Caso.it*, 20.4.2021, con le ampie e approfondite motivazioni.
- 13 Cfr. Tribunale di Venezia (Lisa Torresan) 16 dicembre 2020, in merito ai doveri dell'amministratore di dotare l'azienda di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, da configurare tuttavia non in maniera generica. Cfr. inoltre Tribunale di Milano, Sez. Imprese B, sentenza del 19 ottobre 2019, circa l'obbligo degli amministratori di rilevare tempestivamente la crisi e di attivarsi senza indugio per l'adozione di adeguati rimedi.
- 14 Relativamente ad un'azienda complessa, vigilata da CONSOB, sul tema delle carenze nell'adozione di adeguati assetti organizzativi, cfr. Cassazione civile, sez. II, 6 agosto 2019, n. 21017.
- 15 Circa la valenza segnaletica del MOL nel percorso della composizione negoziata della crisi e in particolare ai fini della predisposizione del test pratico *on line*, si veda Paolo Bastia, *Prime considerazioni aziendalistiche sulla composizione negoziata della crisi*, in "Ristrutturazioni aziendali", 4 novembre 2021. Per una possibile estensione dello strumento anche agli indici per la rilevazione tempestiva della crisi in ottica di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, si veda Riccardo Ranalli, *La governance dell'impresa in crisi: i rafforzamenti, le opportunità e i possibili sviluppi derivanti dalla composizione negoziata*, in "Diritto della crisi", 17 gennaio 2022.

Interessi moratori e usura



di Cecilia Bernardo

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Suprema Corte di Cassazione

It

Il presente contributo si sofferma sul tema della rilevanza degli interessi moratori ai fini della verifica del superamento del tasso soglia usura e sul recente intervento delle Sezioni Unite della Cassazione (con la sentenza n. 19597 del 18 settembre 2020), che si sono pronunciate sulla questione, ritenuta di massima di particolare importanza ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., se anche gli interessi di mora siano soggetti, o meno, alla normativa antiusura di cui agli artt. 644 c.p. e 1815 c.c.. L'articolo offre, quindi, un inquadramento delle problematiche che si erano poste, dei principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite e delle questioni ancora aperte.



Interessi moratori, usura, tasso soglia, Sezioni Unite.

Eng

This contribution focuses on the issue of the relevance of default interest for the purpose of verifying that the usury threshold rate has been exceeded and on the recent intervention of the Supreme Court Joined Sections (with judgment no. 19597 September 18th 2020), which ruled on the issue, considered of general importance pursuant to Article 374, paragraph 2, c.p.c., whether or not default interest is also subject to the anti-usury legislation referred to in articles 644 of the Italian Criminal Code and 1815 of the Italian Civil Code. The article therefore offers a framework of the problems that had arisen, the principles of law affirmed by the Joined Sections and the questions still open.



Default interest, usury, threshold rate, Joined Sections.

Sommario

1. Premessa; 2. Gli orientamenti contrapposti; 3. L'intervento delle Sezioni Unite; 4. Le conseguenze della individuazione del tasso moratorio usurario; 5. Profili probatori; 6. Conclusioni.

1. Premessa

Con il termine “usura” si intende solitamente la concessione di un prestito di denaro ad un tasso di interesse considerato, secondo taluni parametri normativamente individuati, eccessivo. Tuttavia, nel corso dei secoli, la disciplina dell’usura è stata influenzata dalla mutevole percezione che ha avuto il fenomeno della remuneratività del denaro e del suo impiego. Ad esempio, nell’antichità era ritenuta inaccettabile dalla religione cristiana la richiesta del pagamento di un interesse a fronte del prestito di una somma di denaro. Poi, a partire dal Medioevo, questa posizione estrema si ammorbidì con il riconoscimento della legittimità di un compenso, purché giustificato da situazioni di danno emergente o di lucro cessante. Per contro, il liberismo economico dell’Ottocento aveva portato alla abrogazione del reato di usura, valorizzando l’importanza della autonomia contrattuale delle parti. Successivamente, stante la portata destabilizzante del fenomeno, nel codice penale del 1930 fu reintrodotta il divieto penalistico dell’usura e il codice civile del 1942 è stato contrassegnato dalla presenza di specifiche disposizioni volte a sanzionare l’usura sul piano privatistico. È stata, così, prevista la nullità della clausola di pattuizione di interessi usurari (art. 1815, comma 2, c.c.) e si è introdotto il rimedio della rescissione del contratto per lesione quanto all’ipotesi di sproporzione tra le prestazioni dovuta all’approfittamento di una parte ai danni dell’altra.

Tuttavia, il riferimento all’approfittamento dello stato di bisogno, su cui si fondava la vecchia formulazione della norma penale, si è rivelato equivoco, ciò giustificando il nuovo intervento del legislatore sul tema con la legge n. 108 del 1996.

La nuova disciplina si caratterizza, infatti, per la previsione di una usura “oggettiva”, con individuazione di un tasso soglia, che era inizialmente il tasso medio (TEGM) risultante dall’ultima rilevazione operata dal Ministro del tesoro, ora Ministro dell’economia, aumentato della metà. Oggi, a seguito della previsione contenuta nel d.l. n. 70 del 2011, è pari al tasso medio aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali (con la precisazione che la differenza tra il limite e il tasso medio non può essere però superiore a otto punti percentuali).

L’attuale art. 644, comma 4 c.p. stabilisce che per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all’erogazione del credito¹. Inoltre, il legislatore, con l’art. 1, comma 1, del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito con modifiche nella legge 28 febbraio 2001, n. 24, è ulteriormente intervenuto al fine di fornire l’interpretazione autentica della suindicata disposizione, stabilendo che, ai fini dell’applicazione dell’art. 644 c.p. e dell’art. 1815, comma 2, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento.

Ai fini della individuazione del tasso soglia è previsto l’intervento della Banca d’Italia che deve fornire le indicazioni alle banche e agli operatori finanziari autorizzati per la rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi (TEGM). Le Istruzioni della Banca d’Italia provvedono, quindi, alla classificazione delle operazioni omogenee rispetto alle quali attuare la rilevazione dei tassi medi e all’individuazione delle commissioni, remunerazioni e delle spese collegate all’erogazione del credito che devono essere incluse nelle rilevazioni statistiche, oltre che alla classificazione delle altre voci che devono essere escluse.

Tuttavia, la discrezionalità di tale compito è alla base delle diverse questioni sollevate nell’ambito delle controversie bancarie.

I problemi si pongono con riferimento all’individuazione delle singole operazioni da includere o da escludere nel calcolo del tasso economico globale medio e le questioni si atteggiano diversamente a seconda che vengano in questione operazioni di finanziamento a utilizzo flessibile (come aperture di credito, anticipazioni bancarie, rapporti di sconto, contratti di factoring) ovvero operazioni di finanziamento con piano di ammortamento prestabilito (come mutui, prestiti personali, contratti di leasing). Nei primi il debito di restituzione sorge in capo al correntista solo alla chiusura del rapporto, mentre per i secondi il debito va onorato da subito, giacché il rimborso è rateizzato.

2. Gli orientamenti contrapposti

Con riguardo alle operazioni di finanziamento con piano di ammortamento prestabilito, ci si è interrogati sulla possibilità di computare, ai fini dell’usura, l’interesse moratorio.

Il problema si è posto in quanto i decreti trimestrali del Ministero dell’economia, che rilevano il TEGM, non prendono in considerazione tali interessi. Anzi, a decorrere dal decreto del 25 marzo 2003, essi dichiarano espressamente che i tassi effettivi globali medi non sono comprensivi degli

interessi di mora. Analoga indicazione è fornita dalla Banca d'Italia nelle sue "Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi".

Tale orientamento è stato giustificato, da un lato, dall'eventualità dell'applicazione connessa esclusivamente al ritardo del cliente; dall'altro, dalla necessità di evitare il significativo innalzamento dei tassi soglia ².

Nella comunicazione del 3 luglio 2013, la Banca d'Italia ha precisato che l'esclusione degli interessi di mora dal calcolo del TEG evita di considerare, nella media, operazioni e rapporti con andamento anomalo: infatti gli interessi moratori sono più alti e compensano la banca del mancato adempimento; quindi, se inclusi nel TEGM, determinerebbero un eccessivo innalzamento delle soglie in danno della clientela in generale. Viene aggiunto che questa impostazione è coerente con la disciplina comunitaria del credito al consumo, che esclude dal calcolo del tasso globale gli interessi di mora.

In passato, tuttavia, la giurisprudenza della Cassazione è sempre stata ferma nel ritenere che la disciplina dell'usura riguardasse anche tali interessi ³, escludendo però che il rispetto del tasso soglia dovesse essere verificato sommando gli interessi moratori a quelli corrispettivi.

Ed invero, tale principio non si trova espresso nella nota pronuncia della Suprema Corte n. 350/2013, laddove i giudici di legittimità si sono limitati a ribadire il principio secondo cui -ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c. e dell'art. 644 c.p.- si considerano usurari gli interessi che superano il limite stabilito nella legge al momento in cui sono promessi o comunque convenuti a qualunque titolo, e quindi anche a titolo di interessi moratori. Ed infatti, a tale affermazione non consegue affatto che gli interessi corrispettivi e quelli moratori vadano cumulati mediante la sommatoria dei tassi corrispondenti. Del resto, l'interesse moratorio è un accessorio del credito che viene ad esistenza solo ipoteticamente, laddove il mutuatario si renda inadempiente, onde sarebbe erroneo applicarlo all'intero capitale da restituire. Tale interesse incide, piuttosto, sulle singole rate di ammortamento che non siano corrisposte o siano tardivamente corrisposte: se anche volesse credersi, dunque, che i due interessi si cumulano, l'interesse moratorio andrebbe calcolato prendendo in considerazione non già l'intero montante, quanto la frazione o le frazioni del debito che sono oggetto di inadempimento.

In altri termini, se è vero che il superamento del tasso soglia debba essere accertato con riferimento al momento in cui gli interessi stessi siano promessi o convenuti, non è altrettanto vero che ai fini della verifica dell'usurarietà possano semplicisticamente sommarsi i tassi degli interessi corrispettivi e di quelli moratori, giacché gli uni in quel frangente sono sicuramente dovuti nella misura pattuita (e quindi sull'intero capitale, se pure il rimborso risulta essere frazionato), mentre gli altri verranno ad esistenza se vi sarà inadempimento e saranno da corrispondere nella misura che potrà determinarsi solo a posteriori, sulla base dell'entità dell'inadempimento stesso.

Sicché, una eventuale verifica del superamento del tasso soglia andrebbe effettuata parallelamente e separatamente con riferimento ai due tassi, che assolvono a due funzioni diverse.

Tuttavia, si poneva il problema di quali parametri confrontare, attesa la assenza di rilevazione da parte della Banca d'Italia, nonché delle conseguenze pratiche in caso di superamento del tasso soglia con riferimento all'interesse moratorio.

Per risolvere il problema, una parte della giurisprudenza di merito aveva preso spunto dalla Comunicazione della Banca d'Italia del 3 luglio 2013, con la quale è stato affermato quanto segue: "in ogni caso, anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura. Per evitare il confronto tra tassi disomogenei (TEG applicato al singolo cliente, comprensivo della mora effettivamente pagata, e tasso soglia che esclude la mora), i Decreti ministeriali riportano i risultati di un'indagine per cui la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali. In assenza di una previsione legislativa che determini una specifica soglia in presenza di interessi moratori, la Banca d'Italia adotta, nei suoi controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati di 2,1 punti per poi determinare la soglia su tale importo".

Di conseguenza, secondo tale orientamento, il tasso di mora andava considerato usurario solo qualora fosse risultato superiore al tasso soglia (TEGM) aumentato di 2,1 punti percentuali.

In senso contrario, tuttavia, si era pronunciata la Suprema Corte ⁴, secondo la quale doveva ritenersi nulla la clausola di pattuizione di interessi convenzionali moratori eccedenti il tasso soglia, con la precisazione che il riscontro dell'usurarietà andava compiuto confrontando puramente e semplicemente il saggio degli interessi moratori pattuito nel contratto con il tasso soglia calcolato con riferimento a quel tipo di contratto, senza alcuna maggiorazione od incremento ⁵. Alla nullità della clausola, secondo la suddetta pronuncia, doveva conseguire il riconoscimento degli interessi al tasso legale, stante la inapplicabilità dell'art. 1815, comma 2 c.c. agli interessi moratori usurari, riferendosi tale norma ai soli interessi corrispettivi, aventi causa diversa da quelli moratori.

L'Arbitro Bancario Finanziario, invece, aveva escluso la rilevanza usuraria degli interessi moratori con la conseguente inapplicabilità dell'art. 1815, comma 2, c.c., sulla base della distinzione logica, strutturale e funzionale delle due tipologie di interessi ⁶.

3. L'intervento delle Sezioni Unite

Essendosi registrati contrapposti orientamenti, sia in dottrina che in giurisprudenza, tra coloro che sostenevano la non applicabilità della disciplina antiusura agli interessi di mora e coloro che, invece, ritenevano che tale disciplina fosse applicabile a tutte le forme di remunerazione del capitale, allo scopo di tutelare le vittime dell'usura ed il superiore interesse pubblico all'ordinato e corretto svolgimento delle attività economiche, le Sezioni Unite ⁷ -con recente intervento nel 2020- hanno chiarito molteplici aspetti, statuendo i seguenti principi di diritto:

1. La disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria che sia dovuta in relazione al contratto concluso;

2. La mancata indicazione dell'interesse di mora nell'ambito del T.e.g.m. non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengono comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo ed unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché "fuori mercato", donde la formula: "T.e.g.m., più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto";

3. Ove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista;

4. Si applica l'art. 1815, comma 2 c.c. onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'art. 1224, comma 1 c.c., con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti;

5. Anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia del momento dell'accordo; una volta verificatosi l'inadempimento ed il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento;

6. Nei contratti conclusi con un consumatore, concorre la tutela prevista dagli artt. 33, comma 2, lett. f) e 36, comma 1, del codice del consumo, di cui al d.lgs. n. 206 del 2005, già artt. 1469-bis e 1469-quinquies c.c.;

7. L'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 c.c., si atteggia nel senso che, da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento; dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto.

Ad avviso delle Sezioni Unite, dunque, la disciplina antiusura deve trovare applicazione anche con riferimento agli interessi moratori (seppur ontologicamente distinti dagli interessi corrispettivi). Di conseguenza, il tasso pattuito nel contratto andrà confrontato con il tasso soglia previsto nei decreti ministeriali via via vigenti. Tuttavia, mentre per gli interessi corrispettivi i decreti ministeriali fissano trimestralmente il tasso-soglia dal 1996, con riferimento agli interessi moratori la Banca d'Italia ha iniziato a rilevare la misura media dell'incremento applicato dagli Istituti di credito rispetto agli interessi corrispettivi ⁸ solo dal dm 25.3.2003 in poi, ed a soli fini statistici.

Ciò nonostante, tale incremento medio è stato ritenuto utile per rappresentare l'indicazione oggettiva (priva di discrezionalità in quanto basata su dati fattuali di tipo statistico medio), idonea a determinare la soglia rilevante per gli interessi di mora, nel senso di ritenere usuraria la clausola sugli interessi moratori che si ponga "fuori dal mercato", in quanto nettamente distante dalla media delle clausole analogamente stipulate dagli operatori. Ciò, del resto, conferma la piena validità e razionalità del cd. principio di simmetria, secondo cui deve esservi simmetria tra il tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente ed il tasso effettivo globale della singola operazione, al fine di rispettare l'esigenza logica propria di ogni procedimento comparativo, che richiede un certo grado di omogeneità dei termini di riferimento.

Tale maggiorazione media rispetto agli interessi corrispettivi rappresenta, quindi, il parametro oggettivo di confronto per verificare la usurarietà degli interessi moratori.

Prima del marzo 2003, però, tale rilevazione statistica dell'incremento medio non veniva effettuata. Ciò nonostante, le Sezioni Unite hanno ritenuto che, "in ragione della esigenza primaria di tutela del finanziato, sia allora giocoforza comparare il T.e.g. del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori in concreto applicati, con il T.e.g.m. così come in detti decreti rilevato; onde poi sarà il margine, nella legge previsto, di tolleranza a questo superiore, sino alla soglia usuraria, che dovrà offrire uno spazio di operatività all'interesse moratorio lecitamente applicato".

Devesi, pertanto, ritenere che –sino al marzo 2003- il confronto (sia per quanto riguarda gli interessi moratori pattuiti, sia per quanto riguarda quelli concretamente applicati) vada effettuato con riferimento al medesimo tasso soglia fissato per gli interessi corrispettivi.

Le Sezioni Unite hanno, quindi, optato per una soluzione volta a contemperare le posizioni delle parti, nell'ottica della migliore tutela del debitore ed ispirata, secondo alcuni, al compromesso tra le esigenze dei sovvenuti e la salvaguardia del sistema bancario⁹. Sembra, infatti, che la Corte abbia ritenuto applicabile la disciplina antiusura anche agli interessi moratori semplicemente perché ritenuta preferibile rispetto alla soluzione opposta, al fine di garantire la più compiuta tutela del debitore. Tuttavia, non sembra che -nel ragionamento della Corte- sia stato affrontato l'ulteriore nodo da risolvere, e cioè se l'esigenza di tutela del debitore sia davvero sempre sussistente e, in particolare, se tale protezione debba essere sempre assicurata, nei medesimi termini, ad ogni tipo di debitore, e dunque anche a quello inadempiente quando il superamento della soglia riguardi unicamente gli interessi moratori. In tale ultimo caso, infatti, non si tratta di tutelare l'accesso al credito (evitando che questo abbia un costo eccessivo), ma di valutare la non eccessività del risarcimento del danno, determinato forfaitariamente, imposto al debitore inadempiente che abbia comunque avuto accesso al credito ad un costo ragionevole¹⁰.

Ed infatti, è stato osservato che la disciplina antiusura, dettata per gli interessi corrispettivi al fine di contenere il lucro che il finanziatore persegue, tace sugli interessi moratori, in quanto essi recano profili ora diversi (quali la connessione a un danno per la tardiva restituzione anziché a un lucro per l'uso del denaro) ora simili (quali la sopportazione di un ulteriore onere sproporzionato) rispetto a quelli posti dagli interessi corrispettivi¹¹.

I profili che hanno mostrato maggiore criticità sono stati individuati nell'applicazione dell'art. 1815, comma 2, c.c. con esclusione degli interessi moratori pattuiti e debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti ai sensi dell'art. 1224 c.c., nonché nella valutazione di usurarietà attinente all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento¹².

4. Le conseguenze della individuazione del tasso moratorio usurario

Una volta indicati i criteri per l'accertamento della natura usuraria degli interessi, la Corte passa ad esaminare il problema delle conseguenze derivanti dall'eventuale pattuizione di interessi di mora usurari.

Ebbene, come è noto l'art. 1815, comma 2 c.c. –a differenza di quanto accade in altri ordinamenti- commina la sanzione della gratuità del contratto in caso di pattuizione di interessi usurari. Tuttavia, le Sezioni Unite hanno ritenuto che la norma debba essere interpretata nel senso di applicare la sanzione della gratuità solo alla tipologia di interesse che abbia superato la soglia. Invero, qualora ad aver superato la soglia sia solo il tasso degli interessi moratori, mentre l'interesse corrispettivo sia lecito, sarà preclusa solo l'applicazione dei primi e non dei secondi e dovrà farsi riferimento all'art. 1224, comma 1 c.c.. Andranno, quindi, applicati gli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti, ciò al fine di evitare di premiare il debitore inadempiente, rispetto a colui che adempia ai suoi obblighi con puntualità. Del resto, l'art. 1224 c.c. rappresenta una regola generale del risarcimento, che verrà commisurato non più alla misura preconcordata (e rivelatasi usuraria), bensì alla misura pattuita per gli interessi corrispettivi, così come previsto dalla disposizione.

Con riferimento alle conseguenze della pattuizione usuraria, altra importante questione affrontata dalla pronuncia in esame attiene alla rilevanza del tasso pattuito in astratto e del tasso in concreto applicato. Può, infatti, accadere che –pur a fronte della pattuizione in contratto di un determinato tasso degli interessi moratori - al momento dell'inadempimento la Banca abbia applicato in concreto un tasso di misura inferiore.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto sempre sussistente l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. per la declaratoria di nullità della clausola relativa alla pattuizione di interessi usurari. Tuttavia, l'effetto del giudicato di accertamento sarà limitato ad escludere che l'interesse pattuito in astratto sia dovuto, ma non sarà idoneo automaticamente a valere con riguardo alla futura applicazione di un interesse moratorio in concreto inferiore al tasso soglia. Realizzatosi, quindi, l'inadempimen-

to, ciò che rileva è unicamente il tasso di fatto richiesto ed applicato al debitore inadempiente, venendo di conseguenza meno l'interesse ad agire per l'accertamento della eventuale illegittimità del tasso astratto mai di fatto richiesto. In ogni caso, i parametri di riferimento della usurarietà restano quelli esistenti al momento della conclusione del contratto che comprende la clausola censurata.

Sicché, ciò che rileva in ipotesi di inadempimento è il tasso moratorio effettivamente applicato dalla Banca. Se il finanziato intenda agire prima, allo scopo di far accertare l'illiceità del patto sugli interessi rispetto alla soglia usuraria, la sentenza ottenuta vale come accertamento, in astratto, di tale nullità, laddove esso fosse, in futuro, effettivamente richiesto. Ove, invece, il tasso applicato in concreto sia sotto soglia, esso sarà dovuto senza che possa farsi valere la sentenza di accertamento mero, che non ha considerato il tasso in concreto, ma solo quello pattuito in astratto e mai applicato.

Orbene, con riferimento a tali aspetti la pronuncia delle Sezioni Unite, pur giungendo ad un equilibrato contemperamento delle contrapposte posizioni delle parti, si basa su passaggi motivazionali che, almeno in taluni punti, appaiono opinabili.

Ed infatti, viene espressamente escluso che la nullità della pattuizione degli interessi moratori usurari possa condurre alla totale non debenza degli stessi (come invece previsto dall'art. 1815 c.c.), giustificando ciò con la irragionevolezza di premiare il debitore inadempiente rispetto a quello adempiente, nonché con la necessità di applicare la regola generale prevista dall'art. 1224 c.c..

Tuttavia, appare opinabile la parte della sentenza in esame, in cui si cerca di assegnare distinta rilevanza tra il "tasso astratto" (ossia quello pattuito al momento della conclusione del contratto) ed il "tasso concreto" (ossia quello che la banca applica concretamente in caso di inadempimento).

Ed infatti, il cliente può certamente agire per far accertare la nullità della clausola anche prima dell'inadempimento, al fine di eliminare l'incertezza obiettiva su quale sia il tasso applicabile in caso di mora. Ciò che, invece, appare poco convincente è che l'eventuale accertamento della nullità, ottenuto prima dell'inadempimento, non consentirebbe -ove poi la mora si concretizzasse- di continuare a pagare solo gli interessi corrispettivi ex art. 1224 c.c.. Tale diritto, infatti, diverrebbe sussistente solo qualora la banca applicasse in concreto il tasso di mora sopra soglia accertato come illecito, ma non anche se la banca applicasse un tasso inferiore a tale livello.

Tale soluzione, però, presenta alcune incongruenze. Si pensi, ad esempio, al caso in cui -a fronte di una soglia in ipotesi al 9%- sia stato pattuito un tasso inferiore per gli interessi corrispettivi (6%) ed un tasso superiore per gli interessi moratori (10%). Applicando i principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite, il cliente potrebbe certo ottenere -anche prima dell'inadempimento- l'accertamento giurisdizionale della nullità della clausola di fissazione del tasso di interesse moratorio, ciò impendendo alla Banca di applicare in futuro tale tasso (pari al 10%). Ciò nonostante, in caso di inadempimento, il cliente non avrebbe diritto di pagare interessi di mora al 6%, secondo la regola dettata dall'art. 1224 c.c., qualora la banca -non attenendosi alla clausola- applicasse in concreto un tasso moratorio superiore a quello corrispettivo, ma comunque inferiore alla soglia (ad esempio dell'8%)¹³.

In tale situazione si rischia di giungere ad un risultato contraddittorio. Se, infatti, alla pattuizione di un tasso di interesse usurario consegue la nullità della relativa clausola, tale vizio genetico rende la pattuizione medesima totalmente improduttiva di effetti *ab origine*. Il contratto, quindi, dovrebbe considerarsi come privo *ab origine* della clausola di determinazione di un tasso moratorio e, conseguentemente, dovrebbe applicarsi la regola generale di cui all'art. 1224 c.c.. Tale disposizione, infatti, detta un meccanismo per la individuazione del tasso di mora, derogabile pattiziamente dalle parti con la fissazione di un interesse moratorio maggiorato rispetto al corrispettivo, purché nei limiti della soglia usuraria.

Sicché, a fronte della inefficacia *ab origine* (in ragione della sua nullità per violazione della normativa antiusura) di una pattuizione che stabilisca una maggior misura degli interessi di mora, dovrebbe ritenersi semplicemente non derogato validamente tra le parti il meccanismo dell'art. 1224 c.c., con conseguente preclusione per la Banca di poter applicare un tasso di interesse moratorio superiore a quello corrispettivo. Del resto, qualora invece la Banca -in un contesto di tal tipo- pur non applicando il tasso usurario pattuito, richiedesse comunque un tasso moratorio superiore al tasso pattuito per gli interessi corrispettivi, farebbe una richiesta priva di qualsiasi titolo giuridico, non perché quell'interesse concreto sia usurario, ma molto più semplicemente perché si tratterebbe di un interesse contrattualmente non dovuto, risultando inefficace *ab origine* la clausola di fissazione del tasso di mora e dovendosi ritenere mai derogata dalle parti la regola generale di cui all'art. 1224 c.c..

5. Profili probatori

Altro importante aspetto affrontato dalla sentenza in esame attiene all'atteggiamento

dell'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e misura degli interessi moratori. Viene affermato, in particolare, che il debitore (che intenda provare l'entità usuraria degli stessi) ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del Tegm nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel periodo ministeriale di riferimento. Per contro, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto. Sul punto, la Corte sembra incentrare l'attenzione più sugli oneri assertivi che su quelli probatori, sottolineando la necessità di una precisa e circostanziata deduzione di tutta una serie di dati afferenti al rapporto contrattuale controverso.

Tale affermazione delle Sezioni Unite appare particolarmente rilevante, perché sembra intendere il profilo della tutela della parte debole come profilo di ordine sostanziale e non processuale. Ciò, del resto, appare in linea con i principi del nostro ordinamento processuale, che prevedono l'obbligo di difesa tecnica, anche per la parte "debole".

Inoltre, l'aver sottolineato la necessità di allegazioni specifiche appare rilevante sia con riferimento alle altre contestazioni che solitamente vengono sollevate dai clienti nell'ambito delle controversie in materia bancaria, sia con riferimento alla documentazione esaminabile dal giudice. Va, infatti, ricordato che -secondo la costante giurisprudenza di legittimità- il giudice ha il potere-dovere di esaminare i documenti prodotti dalla parte solo nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza, esponendo nei propri scritti difensivi gli scopi della relativa esibizione con riguardo alle sue pretese. Altrimenti, sarebbe impossibile per la controparte controdedurre e sarebbe altresì impedita, per lo stesso giudice, la valutazione delle risultanze probatorie e dei documenti ai fini della decisione. Infatti, poiché nel vigente ordinamento processuale, caratterizzato dall'iniziativa della parte e dall'obbligo del giudice di rendere la propria pronuncia nei limiti delle domande delle parti, al giudice è inibito trarre dai documenti comunque esistenti in atti determinate deduzioni o indicazioni, necessarie ai fini della decisione, ove queste non siano specificate nella domanda, o - comunque - sollecitate dalla parte interessata.

Ad applicare strettamente i principi della Corte in materia di oneri probatori, l'ambito della consulenza tecnica potrebbe quindi restringersi. Ed infatti, l'accertamento della usurarietà degli interessi di mora non implica, come visto, quale presupposto, l'inadempimento. Infatti, può essere richiesto anche prima ed a prescindere dalla loro concreta applicazione da parte della Banca. Pertanto, se non vi sia stato inadempimento del cliente - e questo dovrebbe risultare *per tabulas* dagli atti di causa - la decisione potrebbe essere presa anche senza l'ausilio di una consulenza tecnica. Si tratta, del resto, di una azione di mero accertamento, in cui ci si limiterà a dichiarare la nullità del patto riguardante gli interessi di mora usurari.

Per contro, se vi sia stato inadempimento e, poi pagamento di interessi moratori, probabilmente sarà necessario l'ausilio di un tecnico, al fine di verificare -per il periodo fino al DM 25 marzo 2003- l'eventuale usurarietà degli interessi moratori, confrontando il tasso moratorio pattuito nel contratto, nonché (solo se specificamente dedotto dalla parte debitrice) il tasso moratorio concretamente applicato in caso di inadempimento, con il tasso soglia fissato per gli interessi corrispettivi nel DM relativo al trimestre di riferimento. Poi, per il periodo dal DM 25 marzo 2003 in poi, il consulente potrà essere chiamato a verificare l'eventuale usurarietà degli interessi moratori, confrontando il tasso moratorio pattuito nel contratto, nonché (solo se specificamente dedotto dalla parte debitrice) il tasso moratorio concretamente applicato in caso di inadempimento, con il T.e.g.m. fissato nel DM relativo al trimestre di riferimento per gli interessi corrispettivi, maggiorato dell'incremento medio rilevato per gli interessi moratori dalla Banca d'Italia, seguendo la formula indicata nella citata sentenza delle Sezioni Unite.

Qualora venga riscontrata la usurarietà del tasso di interesse moratorio (non quello pattuito in astratto ma quello concretamente applicato dopo l'inadempimento), il consulente dovrà provvedere ad eliminare gli interessi moratori concretamente applicati per tutto il periodo di inadempimento e poi, con riferimento al medesimo periodo, ad applicare il tasso pattuito per gli interessi corrispettivi (se non usurario), ovvero a non applicare alcun interesse (qualora anche l'interesse corrispettivo sia risultato usurario all'esito delle verifiche effettuate).

6. Conclusioni

Nell'ambito dei contrapposti orientamenti che si erano affermati in tema di usurarietà degli interessi moratori, l'intervento delle Sezioni Unite in esame ha, quindi, cercato di temperare le posizioni delle parti, ritenendo applicabile la disciplina antiusura anche agli interessi moratori semplicemente perché ritenuta preferibile rispetto alla soluzione opposta, al fine di garantire la più compiuta tutela del debitore.

È stato condivisibilmente osservato che, alla luce della particolare complessità funzionale della disciplina antiusura e della pluralità di *rationes legis*, quali la tutela del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del

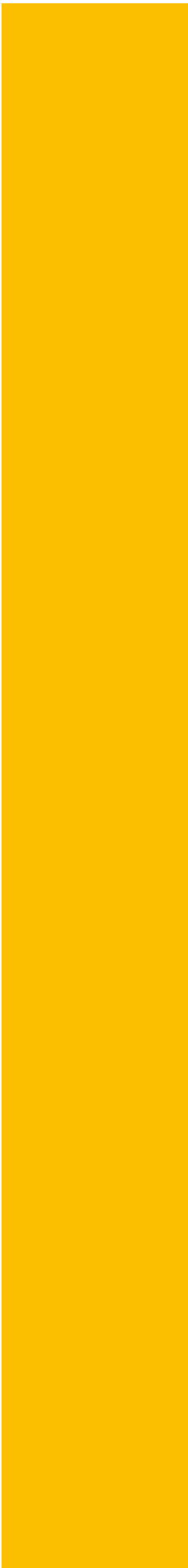
sistema bancario, le Sezioni Unite hanno dato alla normativa una lettura orientata ad assicurarne la complessità, in una visione sistematica che tenga conto della pluralità di fonti nazionali e sovranazionali ¹⁴.

Tuttavia, assegnando distinta rilevanza tra il “tasso astratto” (ossia quello pattuito al momento della conclusione del contratto) ed il “tasso concreto” (ossia quello che la banca applica concretamente in caso di inadempimento), la sentenza rischia di giungere ai medesimi risultati dell’orientamento che negava la applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori, ritenendo invece applicabile la disciplina della clausola penale e la conseguente possibilità per il giudice di una riduzione ad equità della medesima ¹⁵.

Ritenere, però, possibile una sorta di riduzione ad equità del tasso di interesse moratorio (peraltro effettuata in via extragiudiziaria dando rilevanza al tasso in concreto applicato da una delle parti contraenti) espone al rischio di una deriva casistica ed appare difficilmente giustificabile alla luce del meccanismo generale disciplinato dall’art. 1224 c.c..

Note

- 1 Disposizione introdotta dall’art. 1 della l. n. 108 del 1996.
- 2 Pagliantini S., *Spigolature su di un idolum fori: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284*, in *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, a cura di G. D’Amico, Milano, 2017.
- 3 In massima, Cass. 6 marzo 2017, n. 5598; cfr. pure Cass. 9 gennaio 2013, n. 350, Cass. 11 gennaio 2013, n. 602; Cass. 11 gennaio 2013, n. 603, tutte in Foro it., 2014, I, 149 ss., ma la prima affermazione in tal senso risale a Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, in Foro it., 2000, I, 2180;
- 4 Ordinanza n. 27442/2018, che ha enunciato il seguente principio di diritto: “è nullo il patto col quale si convengano interessi convenzionali moratori che, alla data della stipula, eccedano il tasso soglia di cui all’art. 2 della l. 7.3.1996 n. 108, relativo al tipo di operazione cui accede il patto di interessi moratori convenzionali”.
- 5 Nella motivazione si precisa che sarebbe impossibile, in assenza di qualsiasi norma di legge in tal senso, pretendere che l’usurarietà degli interessi moratori vada accertata in base non al saggio rilevato ai sensi dell’art. 2 Legge 108/96, ma in base ad un fantomatico tasso talora definito nella prassi di “mora-soglia”, ottenuto incrementando arbitrariamente di qualche punto percentuale il tasso soglia.
- 6 ABF, Coll. coord., 28 marzo 2014, n. 1875; ABF, Coll. coord., 23 maggio 2014, n. 341.
- 7 Con la sentenza n. 19597 del 18.9.2020, al fine di pronunciarsi sulla questione, ritenuta di massima di particolare importanza ai sensi dell’art. 374, comma 2, c.p.c., se anche gli interessi di mora siano soggetti, o meno, alla normativa antiusura di cui agli artt. 644 c.p. e 1815 c.c..
- 8 Nei recenti decreti ministeriali risultano rilevati i tassi effettivi globali medi riferiti ad anno; poi viene individuato il tasso-soglia mediante l’aumento dei predetti tassi di un quarto, cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali; infine si dà conto dell’ultima rilevazione statistica condotta dalla Banca d’Italia, da cui risulta che i tassi di mora pattuiti sul mercato presentano, rispetto ai tassi percentuali corrispettivi, una maggiorazione media pari a 1,9 punti percentuali per i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, a 4,1 punti percentuali per le operazioni di leasing e a 3,1 punti percentuali per il complesso degli altri prestiti;
- 9 Piraino F., *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, in *Contratti*, 2021, p. 6
- 10 Guizzi G., *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, in *Il corriere Giuridico* 11/2020, 1311.
- 11 Gentili A., *Usura e interessi moratori dal punto di vista della ratio legis*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, p. 97.
- 12 Morisi V. L., *Usura e interessi di mora: in medio stat virtus?*, in *Contratti*, 2021, pp. 113 ss.; Iamiceli P., *Credito al consumo, nullità parziale e integrazione del contratto: la sorte dei tassi moratori tra vessatorietà della clausola e disciplina anti-usura*, *ivi*, 2021, pp. 102 ss..
- 13 Guizzi G., *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, *Il corriere Giuridico* 11/2020, 1311;
- 14 Quadri E., *La via delle sezioni unite alla rilevanza usuraria degli interessi moratori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 186.
- 15 Guizzi G., *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, *Il corriere Giuridico* 11/2020, 1313.





Penale e sorveglianza

Novità normative e ricadute applicative in materia di reati di ricettazione, impiego di proventi illeciti, riciclaggio e autoriciclaggio: il D.Lgs. n. 195/2021 e la Direttiva 2018/1673/UE



di Angelo Salerno

Giudice del Tribunale di Bari

It

Nel presente contributo si procede ad un'analisi delle novità introdotte con il decreto legislativo n. 195 dell'8 novembre 2021, in attuazione della direttiva 2018/1673/UE, sulla lotta al riciclaggio mediante diritto penale, che ha interessato le fattispecie criminose di ricettazione (art. 648 c.p.), riciclaggio (art. 648 bis c.p.), impiego di proventi illeciti (648 ter c.p.) e autoriciclaggio (art. 648 ter1 c.p.), estendendo la tutela penale anche alle condotte criminose aventi ad oggetto beni provento di contravvenzioni e di delitti colposi. L'esame delle novità normative introdotte con il decreto n. 195 è condotto attraverso un costante confronto con le disposizioni della Direttiva del 2018, mettendo in evidenza i problemi interpretativi e di possibile contrasto tra la normativa europea e quella nazionale



Ricettazione; riciclaggio; autoriciclaggio; reato presupposto; provento del reato.

Eng

The present paper analyses the recent amendments to the existing legislation, introduced with Legislative Decree 2021 november 8th, nr. 195, in implementation of Directive 2018/1673/UE, on combating money laundering by criminal law, concerning crimes of fencing (Art. 648 c.p.), laundering (Art. 648 bis c.p.), reinvestment of proceeds from criminal activities (Art. 648 ter c.p.) and self-laundering (Art. 648 ter1 c.p.), which extended criminal protection to behaviours that involve criminal-related proceeds from minor and involuntary offences. The examination of the new regulations introduced by the Decree n. 195 is carried out by a constant comparison with 2018 Directive provisions, highlighting the interpretative problems as well as the possible discrepancies between European law and national law.



Fencing; laundering; self-laundering; predicate offence; crime-related proceeds.

Sommario

1. Premessa; 2. Le modifiche all'art. 9 c.p. e la giurisdizione transfrontaliera; 3. Le modifiche all'art. 240 bis c.p.: coordinamento con il nuovo testo dell'art. 648 c.p.; 4. Le novità in materia di ricettazione; 4.1. L'autonomia del reato presupposto; 4.2. Il locus commissi delicti; 4.3. L'oggetto della condotta criminosa; 5. Le novità in materia di riciclaggio; 6. Le novità in materia di impiego di proventi illeciti; 7. Le novità in materia di auto-riciclaggio; 8. Considerazioni finali; 9. Approfondimenti bibliografici.

1. Premessa

Con decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 195, recante norme di *"Attuazione della direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante diritto penale"*, il Governo, in attuazione della legge delega 22 aprile 2021, n. 53, c.d. legge di delegazione europea, ha introdotto rilevanti modifiche alle disposizioni codicistiche penali di cui agli artt. 648 ss., recependo (con quasi un anno di ritardo rispetto alla scadenza del 3 dicembre 2020, di cui all'art. 13 Dir. 2018/1673/UE) la predetta Direttiva.

L'ambito applicativo della normativa europea citata e del Decreto di attuazione è definito dall'art. 1 della Direttiva stessa, ai sensi del cui paragrafo 1 essa *"stabilisce norme minime relative alla definizione dei reati e alle sanzioni in materia di riciclaggio"*, facendo salvi, ai sensi del paragrafo 2, i casi in cui le condotte criminose di riciclaggio (così definite ma comprensive delle fattispecie di ricettazione, impiego di proventi illeciti e autoriciclaggio) riguardino *"beni derivanti da reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione"*, dovendo trovare in tal caso applicazione la disciplina specifica dettata dalla c.d. Direttiva P.I.F., UE/2017/1371.

L'attuazione della delega di recepimento della Direttiva è stata affidata al summenzionato Decreto n. 195, che si compone di soli due articoli, il secondo dei quali contiene le consuete norme di invarianza finanziaria (con forti perplessità evidenziate rispetto alla previsione dell'art. 11 della Direttiva su citata in ordine alla predisposizione di *"strumenti di indagine efficaci, quali quelli utilizzati nella lotta contro la criminalità organizzata o altre forme gravi di criminalità"*).

Le modifiche al Codice penale sono invece affidate all'unico comma dell'art. 1 del Decreto legislativo, che interviene sugli artt. 9, 648, 648 bis, 648 ter e 648 ter1 c.p.

Non sono state invece previste modifiche alla disciplina della responsabilità degli enti, dipendente da reato, di cui al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che all'art. 25 *octies*, rubricato *"Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio"*, prevede al comma primo che *"In relazione ai reati di cui agli articoli 648, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote. Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità*

provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni si applica la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote".

Proprio in relazione alle persone giuridiche (che la Direttiva definisce all'art. 1, par. 1, n. 3) come ogni *"soggetto avente personalità giuridica in forza del diritto applicabile, ad eccezione degli Stati o di altri organismi pubblici nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche"*, il legislatore europeo ha dedicato due articoli della Direttiva 2018/1673/UE.

In particolare, l'art. 7 della Direttiva, rubricato *"Responsabilità delle persone giuridiche"*, prevede che gli Stati membri adottino misure necessarie affinché le persone giuridiche rispondano dei delitti di cui all'art. 3, par. 1 e 5, nonché all'art. 4 della Direttiva stessa.

Le disposizioni citate descrivono condotte suscettibili nelle fattispecie penali di cui agli artt. 648, 648 bis, 648 ter e 648 ter1 c.p., rispetto alle quali si richiede l'intenzionalità della condotta e la consapevolezza della provenienza dei beni da attività criminosa; l'art. 4 cit. estende la punibilità alle condotte di concorso materiale e morale nel reato nonché alle forme tentate dei delitti in questione.

In relazione dunque alle predette fattispecie, già contemplate all'art. 25 *octies* del D.Lgs. n. 231/2001, l'art. 7 della Direttiva prende in considerazione – in linea con quanto disposto dal Decreto stesso – le ipotesi di reato commesso da soggetti apicali ovvero sottoposti all'autorità di questi, richiedendo che il reato sia commesso a vantaggio della persona giuridica.

Il successivo art. 8 della Direttiva richiede invece la previsione di *"sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che comprendano sanzioni pecuniarie penali o non penali"*, indicando una serie di ulteriori misure sanzionatorie di natura interdittiva.

Rispetto a tali previsioni, dunque, la normativa nazionale vigente risulta in linea con le previsioni europee e non ha richiesto alcun intervento, fermo restando che l'area di responsabilità delle persone giuridiche – stante il rinvio alle disposizioni di cui agli artt. 648 ss. c.p. – è destinata ad estendersi, di riflesso, sebbene in relazione ai soli fatti commessi dopo l'entrata in vigore delle modifiche di seguito analizzate.

2. Le modifiche all'art. 9 e la giurisdizione transfrontaliera

La lettera a) dell'art. 1 del Decreto n. 195 ha modificato, come anticipato, l'art. 9 c.p., che disciplina la giurisdizione in ordine ai reati comuni commessi dal cittadino all'estero.

La disposizione citata prevede tre distinte categorie di reati, con un duplice regime e un'eccezione al comma quarto, integrato dalla novella del 2021.

In particolare, ai sensi del comma primo, è perseguibile secondo la legge italiana il cittadino che abbia

commesso il fatto in territorio estero, purché si tratti di delitto punito con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, a condizione che questi si trovi sul territorio italiano.

Laddove invece si tratti di delitti puniti una pena detentiva di minore durata, è necessaria la richiesta del Ministro della Giustizia ovvero un'istanza o querela da parte della persona offesa.

Del pari, è necessaria la richiesta del Ministro se si tratta di delitti commessi ai danni dell'Unione Europea o di Stato o cittadino estero, quando non sia stata concessa o accettata l'estradizione del cittadino italiano.

Rispetto a tale triplice regime in punto di giurisdizione e procedibilità, il comma quarto dell'art. 9 (introdotto con legge n. 3 del 2019, c.d. Spazza-corrotti) prevede, come anticipato, una serie di eccezioni, stabilendo in particolare che – in relazione ai casi in cui è richiesta, quindi con pena inferiore nel minimo a tre anni di reclusione per quanto in questa sede rileva – *“la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non sono necessarie”* per una serie tassativa di delitti. Tra questi rientrano i delitti previsti dagli articoli 320, 321 e 346 bis c.p., cui la novella del 2021 aggiunge i delitti di ricettazione e auto-riciclaggio.

Va evidenziato che il minimo edittale della pena detentiva (per entrambe quattro anni di reclusione) delle fattispecie di riciclaggio e impiego di proventi illeciti, di cui rispettivamente agli artt. 648 bis e 648 ter c.p., consente invece di fare applicazione del comma primo dell'art. 9 c.p., senza necessità di richiesta, istanza o querela.

Resta in ogni caso ferma la necessità che il cittadino che si sia reso responsabile del fatto si trovi nel territorio dello Stato, da intendersi – salvo rischiare o sfociare in un'interpretazione analogica *in malam partem* – quale Stato Italiano e non già Unione Europea.

Le modifiche in questione costituiscono attuazione, in particolare, dell'art. 10 della Direttiva, rispetto al quale occorre dunque procedere ad un confronto, onde verificare se l'attuazione legislativa nazionale sia stata completa o se sussistano profili di contrasto con le norme dell'Unione Europea, tali da richiedere un intervento in sede di rinvio pregiudiziale o di procedura di infrazione.

Il citato art. 10, rubricato “Giurisdizione”, prevede al paragrafo 1 che, in relazione alle condotte di cui agli artt. 3 e 4 della Direttiva (e dunque suscettibili nelle fattispecie di ricettazione, riciclaggio, impiego di proventi illeciti e autoriciclaggio, ivi comprese le forme tentate e il concorso morale e materiale di persone nel reato), ogni Stato membro preveda la propria giurisdizione nei casi di commissione del reato, anche solo parzialmente, sul proprio territorio (come già previsto dall'art. 6 c.p.), nonché nelle ipotesi in cui l'autore del fatto sia un proprio cittadino (di cui al sopra esaminato art. 9 c.p.).

Al paragrafo 2 è invece previsto che, qualora uno Stato membro intenda procedere, per le medesime condotte, nei confronti di un soggetto che, seppur non cittadino dello Stato stesso, sia abitualmente residente sul territorio, ovvero nei casi di reato commesso a vantaggio di una persona giuridica stabilita sul territorio, debba informarne la Commissione. Qualora invece sussista una giurisdizione concorrente tra gli stati membri, in base ai predetti criteri, il paragrafo terzo dell'art. 10 prevede che questi debbano collaborare per stabilire quale di essi debba procedere – evitando così l'instaurazione di procedimenti multipli, senza tuttavia prendere debitamente in considerazione le ipotesi di difetto di informazione e comunicazione tra Autorità giudiziarie – secondo una pluralità di criteri (territorio ove il reato è commesso, cittadinanza o residenza dell'autore e della vittima, luogo ove si trovi l'autore del fatto), con possibilità di deferire la questione a Eurojust, ove necessario.

Tra i criteri indicati per la soluzione dei casi di giurisdizione concorrente, la Direttiva indica, alla lettera d) del paragrafo 3 dell'art. 10, *“il territorio in cui è stato rinvenuto l'autore del reato”*.

Ne deriva che tale elemento costituisce esclusivamente un indice di risoluzione degli eventuali conflitti di giurisdizione ma non rappresenta per il diritto dell'Unione Europea una condizione di procedibilità o di punibilità del reato commesso, anche solo in parte, sul territorio di uno Stato membro ovvero da un cittadino.

Sorge dunque un dubbio di compatibilità con la Direttiva della vigente disciplina di cui all'art. 9 c.p., nella parte in cui richiede che il reo si trovi sul territorio nazionale (*“sempre che si trovi nel territorio dello Stato”*). In disparte il dibattito registratosi in ordine alla natura dell'istituto, che ha visto contrapporsi la qualificazione in termini di condizione di procedibilità a quella in termini di condizione obiettiva di punibilità (con importanti riflessi in ordine alla prescrizione del reato, il cui *dies a quo* decorrerebbe solo dal verificarsi della condizione, ex art. 158, comma secondo c.p.), tale previsione appare ultronea rispetto al dettato normativo europeo e introduce un ostacolo alla repressione dei delitti disciplinati dalla Direttiva, tale da poter ravvisare un contrasto con essa, con conseguente disapplicazione quantomeno in ordine ai delitti in esame.

3. Le modifiche all'art. 240 bis c.p.: coordinamento con il nuovo testo dell'art. 648 c.p

L'art. 240 bis c.p. disciplina le ipotesi di c.d. confisca allargata, anche per equivalente, indicando una copiosa serie di fattispecie penali che, in caso di condanna o di c.d. patteggiamento, impongono di procedere alla *"confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica"*.

Tra le fattispecie presupposto della confisca allargata obbligatoria di cui all'art. 240 bis c.p. (che ha recepito, in forza del D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21, la disciplina speciale di cui all'art. 12 sexies d.l. n. 306/1992, convertito in legge n. 356/1992) sono previsti gli artt. 648, 648 bis, 648 ter e 648 ter¹, ma il legislatore ha escluso la misura ablatoria nelle ipotesi di ricettazione di lieve entità.

Queste ultime, nella previgente stesura dell'art. 240 bis c.p., erano indicate come le *"fattispecie di cui al secondo comma"*, laddove, a seguito delle modifiche apportate all'art. 648 c.p., di cui nel prosieguo, l'attuale disciplina delle fattispecie di lieve entità è oggi dettata al comma quarto dell'articolo, con conseguente mero aggiornamento del rinvio normativo attraverso la modifica dell'art. 240 bis c.p.

La disciplina della confisca c.d. allargata non ha invece subito modifiche sostanziali e consente di ritenere adeguatamente attuata la previsione di cui all'art. 9 della Direttiva, rubricato *"Confisca"*, ai sensi del quale *"Gli Stati membri adottano le misure necessarie ad assicurare che, se del caso, le loro autorità competenti congelino o confiscino, in conformità della direttiva 2014/42/UE, i proventi derivati dall'atto di commettere o di contribuire alla commissione di uno dei reati di cui alla presente direttiva e i beni strumentali utilizzati o destinati a essere utilizzati a tal fine"*.

4. Le novità in materia di ricettazione

Ben più significative le modifiche che la novella ha apportato al delitto di ricettazione, di cui all'art. 648 c.p.

La modifica più rilevante riguarda il presupposto della condotta criminosa, che viene esteso non più alla provenienza della *res* da delitto, bensì a ogni fattispecie criminosa, sia essa di natura delittuosa ovvero contravvenzionale.

L'estensione dell'area penalmente rilevante, si è resa necessaria – come evidenziato nella Relazione illustrativa – in ragione del rinvio che l'art. 3 della Direttiva, nel descrivere le condotte di riciclaggio in senso lato (in cui è ricompresa alla lettera c) la fattispecie di ricettazione: *"l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni nella consapevolezza, al momento della loro ricezione, che i beni provengono da un'attività criminosa"*, opera alla nozione di *"attività criminosa"* di cui all'art. 2, paragrafo 1, della Direttiva, ai sensi del quale deve intendersi tale *"qualsiasi tipo di coinvolgimento criminale nella commissione di un qualsiasi reato punibile, conformemente al diritto nazionale, con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata massima superiore a un anno ovvero, per gli Stati membri il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, di un qualsiasi reato punibile con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi"*.

Difatti, la novella del 2021 ha introdotto due nuovi commi all'art. 648 c.p., dopo l'originario primo comma, prevedendo in particolare, al nuovo secondo comma che: *"La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 300 a euro 6.000 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi"*.

Se pertanto il reato presupposto ha natura delittuosa, la cornice edittale di riferimento sarà quella di cui al comma primo, da due a otto anni di reclusione e da 516 a 10.329 euro di multa, laddove troverà applicazione il nuovo secondo comma, con pene da uno a quattro anni di reclusione e da 300 a 6000 euro di multa, nel caso in cui il reato presupposti presenti natura contravvenzionale. La previsione di una pena massima edittale non inferiore ai quattro anni costituisce attuazione di quanto previsto dall'art. 5 della Direttiva, ai sensi del cui paragrafo 2 *"Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 5, siano punibili con una pena detentiva massima non inferiore a quattro anni"*.

In merito alla modifica in esame, deve darsi atto della questione relativa alla natura della fattispecie introdotta con la novella, che ha visto contrapporre la tesi della natura di circostanza attenuante all'orientamento che propende per la natura di fattispecie alternativa autonoma.

In assenza di un rapporto di specialità con la condotta di cui al comma primo, che presuppone la provenienza da delitto, appare preferibile la seconda tesi, con conseguente esclusione del bilancia-

mento ex art. 69 c.p. con eventuali aggravanti contestate e operatività dell'art. 81 c.p. nei casi di concorso formale o di continuazione tra condotte di ricettazione aventi ad oggetto beni di provenienza delittuosa e contravvenzionale (analoga a quanto sancito dalla Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con sentenza 9 novembre 2018, n. 51063, in relazione alle condotte delittuose in materia di stupefacenti, aventi ad oggetto droghe cc.dd. leggere e pesanti). Deve ritenersi infine che si tratta di una nuova incriminazione, in quanto tale irretroattiva, ex artt. 2, comma primo, c.p. e 25, comma secondo, Cost.

Il nuovo terzo comma dell'art. 648 c.p., anch'esso introdotto dalla novella, prevede invece una circostanza aggravante, ad effetto comune (fino ad un terzo), *"se il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale"*.

La nuova circostanza aggravante costituisce attuazione della previsione di cui all'art. 6, paragrafo 1, lett. b), della Direttiva, che richiede, per le condotte di cui all'art. 3, paragrafo 1 (tra cui il delitto di ricettazione), di prevedere come circostanze aggravante – unitamente a quella della commissione del fatto nell'ambito di un'organizzazione criminale (che non ha trovato tuttavia piena attuazione, non essendo di portata generale l'aggravante ex art. 416 bis1 c.p. – l'essere l'autore del reato un soggetto cui si applica l'art. 2 della Direttiva UE/2015/849, recante misure di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, e l'aver commesso il fatto *"nell'esercizio della sua attività professionale"*. Occorre al riguardo evidenziare che l'ampia portata delle categorie di soggetti di cui all'art. 2 cit. consente di ritenere sovrapponibile il primo requisito rispetto al secondo, con conseguente sufficienza del richiamo all'esercizio di un'attività professionale nel nuovo comma terzo dell'art. 648 c.p.; anche in questo caso, inoltre, occorre rimarcare che la direttiva detta norme minime, senza precludere una più ampia e severa disciplina nazionale della materia, come nel caso di specie.

Ulteriori ipotesi in cui gli Stati membri hanno facoltà di prevedere circostanze aggravanti, di cui tuttavia il legislatore non si è avvalso – anche in considerazione dell'esistenza di norme di analogo tenore ed effetto nell'ordinamento vigente – sono previste al paragrafo 2 dell'art. 6 cit., nei casi in cui *"i beni riciclati hanno un valore considerevole"* (sovrapponibile all'aggravante comune di cui all'art. 61, n. 7 c.p., danno di rilevante gravità) o si tratti di beni che *"provengono da uno dei reati di cui all'articolo 2, punto 1), lettere da a) ad e) e h)"* (trattasi delle seguenti fattispecie: a) *"partecipazione a un gruppo criminale organizzato e al racket, compreso qualsiasi reato di cui alla decisione quadro 2008/841/GAI"*; e) *"traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, compreso qualsiasi reato di cui alla decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio"*; h) *"corruzione, compreso qualsiasi reato di cui alla convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea e alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio"*).

Continuano invece a presentare natura di fattispecie autonome, come sostenuto dall'orientamento maggioritario e confermato dalla sopra esaminata lettera dell'art. 240 bis c.p. (che le qualifica come tali), quelle c.d. di particolare tenuità, di cui all'attuale quarto comma dell'art. 648 c.p. (già secondo comma).

In particolare, il legislatore delegato ha modificato la disposizione previgente, adattandola al nuovo "doppio binario" delittuoso/contravvenzionale del reato presupposto; la norma oggi dispone infatti che *"Se il fatto è di particolare tenuità, si applica la pena della reclusione sino a sei anni e della multa sino a euro 1.000 nel caso di denaro o cose provenienti da delitto e la pena della reclusione sino a tre anni e della multa sino a euro 800 nel caso di denaro o cose provenienti da contravvenzione"*.

È rimasta invariata la formulazione della cornice edittale che, non prevedendo un minimo espresso, consente di fare applicazione – come previsto con sentenza 21 luglio 2020, n. 156, della Corte Costituzionale – dell'art. 131 bis c.p., per entrambe le ipotesi di reato (tanto in attesa che la c.d. Riforma Cartabia, legge 27 settembre 2021, n. 134, trovi attuazione in ordine alla modifica dell'art. 131 bis c.p., sganciandone l'applicabilità dal massimo edittale della pena detentiva).

Una modifica di minore impatto ma necessaria per coordinare la disposizione con il nuovo impianto normativo, esteso alle condotte aventi ad oggetto beni di provenienza contravvenzionale, riguarda infine l'ultimo comma dell'art. 648 c.p.

La disposizione non fa oggi più riferimento ai soli delitti ma genericamente ai reati, nel prevedere che *"Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando l'autore del reato da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale reato"*.

4.1. L'autonomia del reato presupposto

Così ricostruite le modifiche apportate al delitto di ricettazione, occorre procedere ad una ricostruzione delle ulteriori disposizioni dettate, in merito a tale fattispecie (ma in parte comuni a quelle di riciclaggio, impiego di proventi illeciti e autoriciclaggio), dalla Direttiva, onde valutarne la completa e corretta attuazione.

In primo luogo, viene in rilievo quanto previsto dal paragrafo 3 dell'art. 3 della Direttiva del 2018, nella parte in cui richiede l'adozione di misure volte a garantire che *"a) l'esistenza di una condanna precedente o simultanea per l'attività criminosa da cui provengono i beni non sia un requisito essenziale per una condanna per i reati di cui ai paragrafi 1 e 2"*; il riferimento è alle condotte di riciclaggio in senso lato (che, come anticipato, sono sussumibili nella fattispecie di ricettazione, con riguardo alle previsioni di cui alla lettera c) e di incauto acquisto (quando *"l'autore sospettava o avrebbe dovuto essere a conoscenza che i beni provenivano da un'attività criminosa"*).

Il legislatore europeo richiede, in siffatte ipotesi, di non subordinare la rilevanza penale e l'affermazione di responsabilità per tali fattispecie non sia subordinata a quella dei reati presupposto, come già previsto dal nostro ordinamento al sopra richiamato ultimo comma dell'art. 648 c.p., cui rinviano i successivi articoli 648 bis, 648 ter e 648 ter¹ c.p.; nessuna modifica si è pertanto resa necessaria.

Del pari, la sopra menzionata disposizione nazionale consente di ritenere attuata adeguatamente la previsione di cui alla lettera b) del paragrafo 3, nella parte in cui richiede che *"una condanna per i reati di cui ai paragrafi 1 e 2 sia possibile qualora si accerti che i beni provengono da un'attività criminosa, senza che sia necessario determinare tutti gli elementi fattuali o tutte le circostanze relative a tale attività criminosa, compresa l'identità dell'autore"*; difatti, non essendo richiesta la punibilità dell'autore del reato presupposto e non essendo, a monte, richiesto alcuno di tali requisiti dal testo dell'art. 648 c.p., può affermarsi che l'ordinamento nazionale prescinde dall'identità di tale soggetto, dall'accertamento delle circostanze del reato e dagli elementi non essenziali del reato presupposto.

4.2. Il locus commissi delicti

Più complessa invece la previsione di cui alla lettera c) del paragrafo 3, nella parte in cui richiede che *"i reati di cui ai paragrafi 1 e 2 si estendano ai beni provenienti da una condotta che ha avuto luogo nel territorio di un altro Stato membro o di un paese terzo, qualora tale condotta costituisca un'attività criminosa se posta in atto nel territorio nazionale"*. Invero manca una modifica in tal senso nel testo dell'art. 648 c.p. e tantomeno è possibile individuare norme analoghe nelle modifiche introdotte all'art. 9 c.p., come sopra esaminate.

Deve tuttavia ritenersi che, facendo applicazione dell'art. 6 c.p., in forza del quale la giurisdizione italiana si ravvisa anche quando la fattispecie sia stata realizzata anche solo in parte sul territorio, in combinato disposto con l'art. 648, ultimo comma, c.p., che consente di prescindere dalla punibilità e dalla stessa procedibilità per il reato presupposto, quest'ultimo ben possa essere commesso all'estero, finanche oltre i confini dell'Unione Europea; in tal senso si è altresì espressa la Corte di Cassazione, affermando che *"La mancanza di una condizione di procedibilità (nella specie, di quella prevista dall'art. 10 cod. pen. in relazione alla commissione all'estero, da parte di uno straniero, del delitto di cui all'art. 473 cod. pen. ai danni di un cittadino italiano) non incide sulla configurabilità del delitto presupposto ai fini della sussistenza del delitto di ricettazione"* (Cass., Sez. 2, sentenza 11 giugno 2010, n. 22343). Anche in questo caso, pertanto, non è stata necessaria alcuna modifica o integrazione normativa.

Con specifico riferimento a siffatte ipotesi è altresì prevista la facoltà di esigere che il reato presupposto sia previsto come tale non solo per l'ordinamento nazionale ma anche per lo Stato ove si è verificato il fatto, fuori dalle eccezioni sopra indicate di cui alle lettere a), e) e h) del paragrafo 2, punto 1); si tratta tuttavia di una facoltà di cui il legislatore italiano non si è avvalso.

4.3. L'oggetto della condotta criminosa

Un secondo ordine di questioni riguarda l'oggetto materiale del delitto, ponendo problemi interpretativi trasversali rispetto alle ulteriori fattispecie interessate dalla novella del 2021.

In particolare, la Direttiva, al punto 2) del paragrafo 2, detta una definizione di "beni", indicandoli come *"i beni di qualsiasi tipo, materiali o immateriali, mobili o immobili, tangibili o intangibili, e i documenti o gli strumenti giuridici in qualsiasi forma, compresa quella elettronica o digitale, che attestano il diritto di proprietà o altri diritti sui beni medesimi"*.

L'art. 648 c.p., nel descrivere la condotta di ricettazione, utilizza invece l'espressione *"denaro o cose"*, richiedendo, quantomeno in sede interpretativa, un coordinamento con la ben più ampia previsione europea.

Muovendo dalla nozione di "cose", così come integrata ai sensi dell'art. 624 c.p. (ai sensi del quale *"Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico"*), la definizione nazionale appare di minore portata rispetto a quella dettata dalla Direttiva.

A fronte della altrettanto ampia definizione di "beni", offerta dal Codice civile, all'art. 810 c.p., come *"cose che possono formare oggetto di diritti"*, il legislatore penale adopera il termine "cose", nel cui significato - in disparte le energie con valore economico, per espressa previsione di legge - non pare possano rientrare, senza correre il rischio di estensione analogica *in malam partem*, beni immateriali, intangibili o finanche strumenti giuridici in forma elettronica o digitale attestanti il diritto di proprietà o altri diritti sui tali beni.

La questione è per vero controversa in giurisprudenza e in dottrina, ove si contrappongono interpretazioni estensive o evolutive del concetto di cosa a tesi più rigorose e legate alla portata letterale del termine, con un'evidente - e condivisibile - intento garantista e di rispetto del principio di tassatività: *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Sposando una soluzione intermedia, la giurisprudenza ha esteso la nozione di cosa ai beni immateriali, il cui valore economico sia però incorporato su un bene materiale, ritenendo in tal caso penalmente rilevante la condotta che abbia ad oggetto il supporto. In tal senso, tra le altre, Cass., Sez. II, sentenza 24 maggio 2016, n. 21596, secondo cui *"Ai fini della configurabilità del reato di ricettazione, costituisce "cosa" mobile, proveniente da delitto, il supporto fisico sul quale siano trasferiti dati indebitamente carpiri mediante accesso abusivo in sistema informatico"*.

Si pone dunque un problema di coordinamento con la nozione dettata dalla Direttiva, che richiederà una interpretazione estensiva, innovativa e sfavorevole per il reo, ovvero l'intervento della Corte di Giustizia, affinché si pronunci sulla compatibilità della disciplina nazionale con quella europea.

La questione non è di poco momento ed è destinata assumere crescente rilevanza, specie a fronte della sempre maggiore diffusione del crimine informatico o *cyber-crime* e dell'utilizzo crescente di tecnologie NFT (*non-fungible token*) e *block-chain* (come nel caso delle cc.dd. cripto-valute); in tal senso anche il considerando n. 6 della Direttiva 2018/1673/UE: *"L'uso delle valute virtuali presenta nuovi rischi e sfide nella prospettiva della lotta al riciclaggio. Gli Stati membri dovrebbero garantire che tali rischi siano affrontati in modo adeguato"*.

5. Le novità in materia di riciclaggio

Il Decreto legislativo n. 195 ha interessato, in attuazione dell'art. 3 della Direttiva, anche la fattispecie delittuosa di riciclaggio, di cui all'art. 648 *bis* c.p., che ha visto - al pari di quanto avvenuto per il delitto di ricettazione - estendere la sua portata applicativa.

A fronte della nozione omnicomprensiva di "attività criminosa" sancita dall'art. 2 della Direttiva, infatti, è stato necessario eliminare dalla disposizione dell'art. 648 *bis* c.p. l'esclusione dei delitti colposi dai reati presupposto, così estendendo questi ultimi ad ogni tipologia di delitto.

Nel contempo, attraverso una soluzione analoga a quella adottata per il delitto di ricettazione, è stato inserito un nuovo comma all'articolo, dedicato alle condotte aventi ad oggetto beni di provenienza contravvenzionale, con un trattamento sanzionatorio più mite.

Il nuovo comma secondo dell'art. 648 *bis* c.p. prevede oggi infatti che *"La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi"*; può estendersi alla disposizione in esame quanto osservato in precedenza in ordine alla natura di fattispecie autonoma e non già di circostanza attenuante, nonché riguardo la irretroattività della novella.

6. Le novità in materia di impiego di proventi illeciti

Analoghe modifiche hanno interessato il delitto di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, di cui all'art. 648 *ter* c.p., in relazione al quale il testo previgente già prevedeva, indistintamente, la punibilità delle condotte aventi ad oggetto beni di provenienza delittuosa, a prescindere dalla natura dolosa o non dolosa del delitto.

Il legislatore delegato si è pertanto limitato a introdurre una disposizione analoga a quella sopra esaminata, che punisce le condotte criminose aventi ad oggetto beni di provenienza contravvenzionale, precisando anche in questo caso che deve trattarsi di contravvenzioni punite con la pena dell'arresto non inferiore a un anno nel massimo edittale e a sei mesi nel minimo edittale. Fuori da tali casi, pertanto, non potrà assumere rilevanza penale la condotta di impiego, ferma restando l'irretroattività della novella, in quanto sfavorevole per il reo.

Alla luce della modifica apportata alla struttura dell'art. 648 c.p., il cui previgente secondo comma corrisponde oggi, con modifiche, al comma quarto, è stato modificato anche il rinvio che vi opera l'art. 648 *ter*, al comma terzo, che oggi prevede: *"La pena è diminuita nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 648"*.

7. Le novità in materia di auto-riciclaggio

La disamina delle modifiche apportate dal Decreto legislativo n. 195 del 2021 al Codice penale può dunque concludersi con la fattispecie di c.d. auto-riciclaggio, di cui all'art. 648 *ter*1 c.p. che, al pari del delitto di riciclaggio, ha visto eliminare l'inciso "non colposo" dalla descrizione del reato presupposto, che al primo comma può essere oggi integrato da qualsiasi delitto, anche colposo.

Del pari, è stata introdotta la punibilità delle condotte aventi ad oggetto beni di provenienza contravvenzionale, mediante introduzione di un nuovo secondo comma, ai sensi del quale *"La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi"*.

Anche le circostanze speciali del reato sono state interessate dalla riforma, che ha modificato il previgente comma secondo, oggi terzo comma, sostituendolo con il seguente *"La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni"*: la riduzione della metà della pena prevista prima della novella del 2021 è oggi dunque ridotta ad un terzo, con un effetto comune, sfavorevole e quindi irretroattivo.

Infine, il legislatore ha colto l'occasione per aggiornare il richiamo all'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, contenuto all'attuale comma quarto dell'art. 648 *ter*1 c.p., sostituendolo con quello all'art. 416 *bis*1 c.p., che dal 2018 ha sostituito, incorporandola, la norma extra-codicistica.

La previsione, fin dal 2014, dell'art. 648 *ter*1 c.p. ha reso non necessaria l'attuazione dell'ultimo paragrafo dell'art. 3 della Direttiva, che richiede agli Stati membri *"misure necessarie affinché la condotta di cui al paragrafo 1, lettere a) e b), sia punibile come reato qualora sia posta in atto da persone che hanno commesso l'attività criminosa da cui provengono i beni o che vi hanno partecipato"*.

8. Considerazioni finali

Il considerando n. 1 della Direttiva 2018/1673/UE esordisce con un riferimento a fenomeni criminali di elevata gravità quali *“Il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo e la criminalità organizzata ad esso legati”*, definendoli come *“problemi significativi a livello di Unione, [che danneggiano] l'integrità, la stabilità e la reputazione del settore finanziario e costituiscono una minaccia per il mercato interno e la sicurezza interna dell'Unione”*.

Per questo motivo, al successivo considerando n. 2 si evidenzia la necessità di *“coordinamento e di cooperazione internazionali”* e non già meramente statali, per offrire risposte efficaci e concrete contro tali fenomeni criminali.

Tanto viene rimarcato al considerando n. 17, mettendo in evidenza *“la mobilità degli autori dei reati e dei proventi derivanti dalle attività criminose, così come la complessità delle indagini transfrontaliere necessarie per contrastare il riciclaggio”*, nel richiedere una competenza giurisdizionale diffusa tra gli Stati membri, per consentire alle Autorità competenti di indagare su tali attività e avviare azioni penali.

Per far fronte a siffatte esigenze e alla complessità di tali fenomeni, dunque, il legislatore europeo ha evidenziato la necessità di *“una definizione delle attività criminose che costituiscono reato-presupposto del riciclaggio [...] sufficientemente uniforme in tutti gli Stati membri”*

In particolare, viene chiesto agli Stati membri di assicurare *“che tutti i reati punibili con una pena detentiva ai sensi della presente direttiva siano considerati reato-presupposto del riciclaggio”*, assegnando altresì rilevanza a *“Qualsiasi coinvolgimento perseguibile nella perpetrazione di un reato-presupposto qualificato come reato conformemente al diritto nazionale”*.

Nel contempo, tuttavia, si afferma, nel considerando n. 5, che *“Nei casi in cui il diritto dell'Unione autorizza gli Stati membri a prevedere sanzioni diverse dalle sanzioni penali, la presente direttiva non dovrebbe obbligare gli Stati membri a classificare i reati in tali casi come reato-presupposto ai fini della direttiva stessa”*.

Emergono dunque due principali coordinate interpretative dai considerando della Direttiva 2018/1673/UE, nel senso della necessità di un approccio sinergico e coordinato da parte degli Stati membri, a fronte di fenomeni transfrontalieri e di comune allarme sociale, tali da incidere sulla sicurezza dell'Unione e dei cittadini nonché dei valori tutelati dai Trattati. A tal fine è richiesto agli Stati membri di adottare misure penali efficaci e dissuasive, nonché proporzionate per combattere tali fenomeni.

Nel contempo, tuttavia, viene evidenziato che non sussiste un obbligo generalizzato di elevare a reati presupposto delle condotte di riciclaggio, nell'accezione lata europea (comprensiva di quelle di ricettazione, impiego di proventi illeciti e auto-riciclaggio), qualsiasi fattispecie penale, limitando tale obbligo ai soli casi in cui è previsto un vincolo da parte dell'ordinamento dell'Unione Europea di comminare sanzioni penali (si pensi, ad esempio, ai reati contro l'ambiente).

Ci si chiede pertanto se la definizione di *“attività criminosa”* dettata dall'art. 2, punto 1), della Direttiva 2018/1673/UE richiedesse necessariamente una così ampia estensione delle fattispecie di ricettazione, riciclaggio, impiego di proventi illeciti e autoriciclaggio, sovvertendo gli equilibri che hanno da sempre caratterizzato il sistema penale nazionale.

La novella ha reso ancor più labile il confine tra la contravvenzione dell'incauto acquisto e il delitto di ricettazione, dando potenzialmente la stura ad una notevole mole di procedimenti per gravi delitti, quali quelli di cui agli artt. 648 ss. c.p., anche quando avranno ad oggetto il provento di fattispecie criminose di minor allarme sociale e difficilmente tali da presentare dimensioni transfrontaliere o da poter mettere in pericolo gli interessi dell'Unione Europea.

Finanche le attività indicate come necessariamente criminose, di cui all'elenco dettato all'art. 2 della Direttiva, non appaiono omogenee sul piano della offensività e dell'allarme sociale, rischiando di far confluire nelle aule di giustizia numerosi nuovi processi per fattispecie di ricettazione o riciclaggio, unite a titolo di delitto e con pene rilevanti, a fronte di reati presupposto obblabili e spesso ampiamente prescritti, stante il breve termine previsto per le contravvenzioni.

In mancanza pertanto di un obbligo di assegnare rilevanza penale, sorgono perplessità in ordine alla ragionevolezza delle previsioni neo-introdotte e alla compatibilità con i principi di offensività e di eguaglianza, che solo le prime concrete applicazioni giurisprudenziali potranno fugare o approfondire.



9. Approfondimenti bibliografici

In materia di ricettazione: CARRELLI PALOMBI, *La ricettazione*, Padova, 2004; DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, in CP, 2010, 2555; MANES, sub art. 648, *Ricettazione*, in CANESTRINI, GAMBERINI, INSOLERA, MAZZACUVA, SGUBBI, STORTONI, TAGLIARINI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000, 522; REINOTTI, *Ricettazione e riciclaggio*, in ED, XL, Milano, 1989, 461.

In materia di riciclaggio: ANGELINI, *Il reato di riciclaggio (art. 648 bis c.p.). Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Torino, 2008; ANGELINI, *Riciclaggio*, in *Digesto pen.*, agg., 2, Torino, 2005, 1389; FLICK, *Riciclaggio*, in EG, XXVII, Roma, 1991; LIGUORI, *Le modifiche legislative: l'ampliamento dei reati presupposto e delle condotte principali (panorama giurisprudenziale)*, in Manna (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Torino, 2000; COLOMBO, *Il riciclaggio*, Milano, 1990; MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in RIDPP, 1995, 728; MORGANTE, *Riflessioni su taluni profili problematici dei rapporti tra fattispecie aventi ad oggetto operazioni su denaro o beni di provenienza illecita*, in CP, 1998, 2500; PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in RIDPP, 1991, 1220; ZANCHETTI, *Riciclaggio*, in *Digesto pen.*, XII, Torino, 1997, 203.

In materia di autoriciclaggio: BASILE, *L'autoriciclaggio nel sistema penalistico di contrasto al "money laundering" e il nodo gordiano del concorso di persone*, in CP, 2017, 1277; CIRAULO, *Autoriciclaggio*, in *Digesto pen.*, Agg., 2016; DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in RIDPP, 2015, 796; GULLO, *Il delitto di autoriciclaggio al banco di prova della prassi: i primi (rassicuranti) chiarimenti della Cassazione*, in DPP, 2017, 483; LANZI, *La difficile individuazione di limiti applicativi all'autoriciclaggio: il bene giuridico, il tempo e l'oggetto*, in IP, 2017, 506; SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in DPP, 2016, 1631.

I referendum, le riforme e il colore del gatto



di Alberto De Vita

Ordinario di diritto penale presso
l'Università di Napoli Parthenope

«**不管白猫、黑猫，抓到老鼠就是好猫**»

«*Non importa gatto bianco o gatto nero, un buon gatto è un buon gatto quando cattura un topo*»

Deng Xiaoping

(aforisma attribuito a Confucio)

It

Le riforme che hanno modificato l'assetto economico e istituzionale dell'Italia repubblicana sono state quasi sempre realizzate sotto la spinta di qualche "vincolo esterno": dapprima l'adesione agli accordi di Bretton Woods, poi gli obblighi derivanti dall'ingresso nel sistema monetario europeo, infine il Trattato di Maastricht e l'ingresso nell'Eurozona. Tuttavia, in nessuno di questi casi le riforme sono riuscite a risolvere lo storico problema dell'irragionevole durata dei processi civili e penali. Ora è la volta dell'ultimo vincolo, il fondo Next Generation EU, che impone riforme incisive ed efficaci per beneficiare dei cospicui fondi diretti a superare la recessione determinata dalla pandemia. Sul versante della giustizia penale, è stata varata ed è in fase di attuazione la riforma del Governo alla quale si accompagna l'iniziativa referendaria per la "Giustizia giusta 2021". Le due iniziative si sovrappongono solo in minima parte ma non vi è dubbio che l'incombente referendum possa diventare uno strumento per vincere resistenze al cambiamento e pigrizie burocratiche, intervenendo anche sui temi posti dai quesiti, sebbene non tutti condivisibili.



Riforma della giustizia penale – Economia e Diritto – Referendum "Giustizia giusta"

Penale e sorveglianza

Eng

The main reforms of the economic and institutional organization of Italy since the Republic establishment have been frequently triggered by "external constraints": firstly the Bretton Woods agreements, secondly the rules for accessing the European monetary system and, finally the Maastricht Treaty and the access to the Eurozone. Nevertheless, in no case reforms succeeded to solve the longstanding issue the unreasonable duration of civil and criminal trials. Now it is the turn of the last constraint, the Next Generation EU fund, which requires incisive and effective reforms to benefit from the substantial funds aimed at overcoming the recession caused by the pandemic. On the criminal justice side, the Government's reform has been launched and is being implemented, accompanied by the referendum initiative for "Fair Justice 2021". The two initiatives overlap only to a small extent, but there is no doubt that the impending referendum can become a tool to overcome resistance to change and bureaucratic unsuitability, also dealing with on the issues raised by the referendum questions, although not all agreeable.



Criminal Justice Reform - Law and economics - "Fair Justice" Referendum

Sommario

1. La "perenne emergenza" dell'irragionevole durata del processo penale, dal sistema inquisitorio al sistema para-accusatorio - 2. Riforme e "vincolo esterno": una storia italiana - 3. La teoria del "vincolo esterno" dall'economia al diritto - 4. L'influenza del "vincolo esterno" nel fenomeno di "Tangentopoli" - 5. Crisi italiana e riforma del sistema economico e istituzionale: i "tempi della giustizia" come freno allo sviluppo - 6. Le riforme del sistema penale, i referendum "Giustizia giusta 2021" e il nuovo "vincolo esterno": i fondi europei del piano di ripresa e resilienza.

1. La "perenne emergenza" dell'irragionevole durata del processo penale, dal sistema inquisitorio al sistema para-accusatorio

Se si volesse individuare una costante nei periodici cahiers de doléances in materia di giustizia penale, la lunghezza dei processi si rivelerebbe senza dubbio la "doglianza" più frequente. Per fare solo un esempio tra i tanti possibili, ed evitando per carità di Patria le avvilenti contabilità sgranate nelle relazioni di apertura degli anni giudiziari, si può richiamare quanto osservò Vittorio Mele, all'epoca presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati, nell'introduzione al volume che raccoglieva gli atti del Congresso ANM di Bari del 1976: «Che l'amministrazione della giustizia in Italia sia macchinosa, lenta, e, perciò stesso, incapace di rispondere in maniera soddisfacente alle esigenze del Paese, è un dato difficilmente contestabile» [Mele, 1978, p. 5]. È importante notare che nella medesima introduzione erano anche proposti i rimedi: «la istituzione di un giudice monocratico di prima istanza e di un giudice onorario, una distribuzione più razionale dei giudici, l'allargamento dei compiti dei Consigli giudiziari, la temporaneità degli incarichi direttivi, l'aumento delle disponibilità per la edilizia giudiziaria, l'incremento sensibile del ruolo degli ausiliari, la realizzazione effettiva di una polizia giudiziaria alle dipendenze della magistratura» [Mele, 1978, pp. 5-6]. In parte tali rimedi sono stati poi realizzati, sia pure con grande ritardo, senza tuttavia risolvere il problema che anzi, per alcuni aspetti, si è ulteriormente aggravato, salvo alcune virtuose eccezioni. Attribuirne la colpa al codice Vassalli sarebbe ingeneroso (prima del 1990 i procedimenti penali non erano certo più rapidi) e costituirebbe espressione di quel sordo ostracismo all'introduzione nel nostro sistema di un processo penale accusatorio, peraltro in versione molto temperata, che si manifestò già anteriormente all'entrata in vigore del primo, e finora unico, codice dell'Italia repubblicana. Si paventò il rischio di un consolidamento della criminalità economica e politica, che sarebbe inevitabilmente avvenuto grazie «a uno strumento processuale reso innocuo». Ciò avrebbe comportato la conseguente rimozione dalla cronaca giudiziaria del fenomeno corruttivo che, si diceva, «non susciterà più pubblico scandalo», concludendo che «la scomparsa dalla cronaca giudiziaria dei grossi scandali politico-amministrativi sarà un segno della inefficienza del nuovo processo» [Caferra, 1992, pp. 165-167]. Il nuovo codice annunciava quindi «la fine dei grossi scandali... Alla criminalità delle vaste aree di poteri illegali, alle grandi appropriazioni di fondi pubblici, ai peculati bancari (...), alle frodi fiscali internazionali, alle ingenti distrazioni fallimentari, ai gravi episodi di corruzione, di sfruttamento dei pubblici poteri per privati interessi, di inquinamento della pubblica amministrazione grazie a legami occulti; a tutto ciò che genera nel paese malessere, sfiducia, indifferenza politica e civile, la legge non potrà neppure avvicinarsi» [Nannucci, 1990, pp. 176 ss.]. A smentire tali foschi vaticini intervenne, pochi mesi dopo, l'esplosione delle inchieste giudiziarie che avrebbero preso il nome di "Tangentopoli".

Resta tuttavia da domandarsi se le profezie di sventura siano state clamorosamente smentite dai fatti a causa della bontà del codice, dei successivi stravolgimenti che ha subito o se, invece, all'origine delle critiche non vi sia stata una preconcepita, pigra resistenza alle riforme del sistema penale che sembra riproporsi anche rispetto a quelle oggi in gestazione.

2. Riforme e “vincolo esterno”: una storia italiana

Ancora nei primi anni di vigenza del nuovo codice le vischiosità del sistema inquisitorio non svanirono e trovarono espressione anche in alcune ben note sentenze costituzionali. Si ricorderà, infatti, che nel 1992 alcune pronunce di incostituzionalità ridimensionarono notevolmente l'impermeabilità della prova dibattimentale alle acquisizioni dichiarative raccolte nel corso delle indagini, colpendo in particolare l'art. 195 c.p.p. (Corte cost., n. 24 del 1992), l'art. 513 c.p.p. (Corte cost., n. 254 del 1992) e l'art. 500 c.p.p. (Corte cost., n. 255 del 1992). Quest'ultima pronuncia, in particolare, stabilì che «il fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità» e affermò il «principio di non dispersione dei mezzi di prova», in virtù del quale ritenne consentita l'acquisizione dei verbali redatti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria a discapito della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti in dibattimento [per una recente ricostruzione di tali vicende v. Zampaglione, 2020]. Ma il nuovo processo penale, sebbene sfigurato, è sopravvissuto e, grazie anche ad alcuni successivi interventi ricostruttivi (in primo luogo, ovviamente, la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, recante «Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione»), resta testimonianza dell'ultima organica riforma del settore penale compiuta per scelta autonoma del legislatore nazionale, senza fare appello a qualche forma di “vincolo esterno”. Le riforme successive, ad eccezione delle decriminalizzazioni e delle depenalizzazioni contenute nei decreti legislativi nn. 7 e 8 del 2016, sono state realizzate tutte sotto la spinta della necessità di dare attuazione a convenzioni o trattati internazionali: la responsabilità da reato degli enti (D. Lgs. 231/2001) e le riforme in materia di riciclaggio furono deliberate in attuazione del cd. Terzo pilastro dell'Unione Europea sulla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale (titolo VI del Trattato di Maastricht firmato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993) ed ancora oggi è in discussione lo schema di decreto legislativo per l'armonizzazione dell'ordinamento nazionale alla Direttiva UE n. 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018, che prevede per gli Stati membri l'obbligo di criminalizzare condotte riciclatorie in senso ampio; tutte le più recenti riforme in materia di sicurezza sul lavoro, dal D. Lgs. 626/1994 al D. Lgs. 81/2008, incluse le norme penali, sono state emanate in attuazione di direttive comunitarie e l'incidenza delle direttive UE è ancora più evidente nelle riforme del sistema bancario e finanziario, riguardanti anche l'apparato sanzionatorio punitivo penale e penale amministrativo (D. Lgs. 385/1993 e D. Lgs. 58/1998), fino ad arrivare alle più recenti leggi di riforma del processo penale (L. 103/2017) e in materia di anticorruzione (L. 190/2012, cd. Legge Severino, e L. 3/2019, cd. Legge Buonafede, nota con il nome mediatico di “spazzacorrotti”), dettate dall'esigenza di dare attuazione alla Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione, firmata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e alla Convenzione ONU di Merida del 31 ottobre 2003 (ratificata con L. 116/2009).

Proprio nel corso dei lavori preparatori della legge cd. spazzacorrotti venne inserito, non senza aspri dibattiti e lunghe contrattazioni interne alla stessa maggioranza di governo, l'«intruso d'onore» [secondo la definizione di Flora, 2019, p. 13] rappresentato dalla nuova disciplina della prescrizione. La tradizionale “valvola di sfogo” delle lungaggini del nostro processo penale fu così bloccata dopo la sentenza di primo grado, portando alle estreme conseguenze la scelta già operata un anno e mezzo prima con la citata L. 103/2017, cd. riforma Orlando [Gatta, 2019]. Così, all'interno del tradizionale “campo di tensione” costitutivo del diritto penale moderno [Pulitanò, 2016, p. 3], fu ulteriormente privilegiata l'esigenza pubblica di law enforcement a detrimento del diritto dell'individuo ad essere giudicato definitivamente in tempi ragionevoli, come esige il principio del giusto processo che ispira l'art. 111 Cost.

Il blocco della prescrizione dopo il primo grado di giudizio avrebbe dovuto accompagnarsi, secondo l'impegno assunto dalle forze politiche di maggioranza dell'epoca, ad una riforma in grado di rendere più celeri i successivi gradi di giudizio, per recuperare l'evidente squilibrio che si era creato a danno della esigenza ineludibile di garantire al cittadino la tutela del suo diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo [Fiandaca, 2021]. Per tale motivo, l'entrata in vigore della riforma della prescrizione fu rinviata al 1° gennaio 2020. Tuttavia, l'impegno fu disatteso e il disegno di legge che avrebbe dovuto adempierlo, il ddl n. 2435, fu lasciato in giacenza in prima lettura alla Camera dei Deputati, in attesa di essere sottoposto all'esame della Commissione Giustizia [Gatta, 2021]. Per superare questa situazione d'impasse e di evidente squilibrio tra valori costituzionali, la Commissione di studio nominata dal Governo, presieduta dall'ex Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi, propose l'alternativa tra una nuova disciplina della sospensione del decorso della prescrizione dopo la sentenza di condanna in primo grado, “revocabile” retroattivamente in caso di mancato rispetto dei termini massimi pari a due anni per il giudizio di appello e un anno per quello di cassazione, e un innovativo meccanismo di blocco della prescrizione in virtù del mero esercizio dell'azione penale, unito all'improcedibilità in caso di superamento di soglie temporali determinate per ognuno dei tre gradi di giudizio (rispettivamente, quattro, tre e un anno). La soluzione che fu approvata in Consiglio dei Ministri privilegiò quest'ultima soluzione, modificando però la collocazione della norma sulla cessazione della prescrizione (collocata in un nuovo art. 161-bis c.p. anziché nell'art. 158 c.p. come previsto nel progetto Lattanzi), e prolungando i tempi per la dichiarazione d'improcedibilità prevista dal nuovo art. 344-bis c.p.p. La proposta del Governo suscitò vive proteste da parte sia di alcuni degli esponenti della stessa maggioranza, sia di autorevoli magistrati inquirenti. Ma proprio quando la situazione sembrava bloccarsi tra veti incrociati, intervenne a risolverla l'invocazione del vincolo esterno, consueto deus ex machina che risolve le dispute sulle riforme più “costose” in termini di consenso e che è sempre stato utilizzato, nella storia italiana recente, per dirimere controversie ideologiche e per vincere sorde resistenze e riluttanze al cambiamento.

3. La teoria del “vincolo esterno” dall’economia al diritto

Non si tratta certo di un fenomeno inedito. Fu Guido Carli, nel 1992, nell’introduzione al suo libro di memorie [Carli, 1993], il cui primo paragrafo è intitolato significativamente «Il vincolo esterno che ci ha salvato tre volte», a ricostruire il ruolo ricorrente e cruciale svolto in Italia, fin dal secondo dopoguerra, dal “vincolo esterno”. Nel periodo postbellico, di fronte alle spinte politiche maggioritarie a tornare nell’«alveo protettivo» dell’economia d’impronta corporativa, fu l’adesione alle istituzioni monetarie internazionali nate nel luglio 1944 a Bretton Woods, secondo Carli, a proiettare il nostro paese nel contesto delle più mature economie industriali ad economia libera, che avevano impostato la rinascita del dopoguerra secondo i principi della stabilità monetaria, dell’apertura progressiva delle frontiere commerciali e del pieno impiego. L’imminente guerra fredda e la conseguente scelta di campo del nostro Paese in favore delle democrazie parlamentari obbligarono la classe dirigente e la stessa società italiana, che non erano pronte ad accettare le regole cogenti e la stessa cultura dell’economia di mercato, a non opporsi all’adesione alle istituzioni monetarie internazionali «che avrebbe costituito un vincolo esterno di una forza tale da garantire l’ancoraggio del nostro Paese alle economie di mercato e, dunque, alle istituzioni della democrazia parlamentare» [Carli, 1996, p. 5].

All’inizio degli anni Settanta, con la fine degli accordi di Bretton Woods e il sistema di cambi flessibili, iniziò la crisi italiana che terminò, nella visione di Carli, quando nacque il Sistema monetario europeo e l’Italia, sotto il pungolo crescente della legislazione comunitaria, fu “costretta” ad adeguare la propria struttura economica alla legislazione in materia di tutela della concorrenza.

L’ex governatore della Banca d’Italia individuava, infine, nel Trattato di Maastricht del 1992 il terzo “vincolo esterno” che avrebbe potuto «innestare l’economia di mercato nel tessuto vivente, nelle fibre della società, introdurla nella mentalità della classe dirigente, favorire la nascita di una nuova classe dirigente» [Carli, 1996, p. 7]. Questa volta, l’influenza del vincolo esterno si esercitava in via diretta sulle strutture giuridiche e Carli lo riconosceva quando affermava che nel trattato di Maastricht «le privatizzazioni rappresentano una sorta di imbuto nel quale si ritrovano tutti i fili di questi cinquant’anni italiani. Anche i contenuti del trattato di Maastricht compongono in un disegno razionale tutto ciò che il “vincolo esterno” non è riuscito a far allignare nel ceppo della società italiana: l’idea di uno “Stato minimo”, un conflitto sociale che si snoda nel rispetto della stabilità dei prezzi, esaltando la nuda creatività, la capacità di innovare, la flessibilità del lavoro» [Carli, loc. ult. cit.]. Sappiamo che, con il cd. Terzo Pilastro in materia di Giustizia e affari interni, cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, politica estera e di sicurezza comune, il trattato sull’Unione europea eserciterà poi un’influenza diretta nello stesso ordinamento penale, un’influenza che si estenderà dai reati contro la pubblica amministrazione, alla tutela penale dell’ambiente e della privacy, al mandato d’arresto europeo, all’ampliamento delle confische praeter delictum, ai delitti di riciclaggio, estendendo lo stesso ambito degli illeciti che costituiscono presupposto del reato di cui all’art. 648-bis c.p. e promuovendo la criminalizzazione dell’autoriciclaggio.

4. L’influenza del “vincolo esterno” nel fenomeno di “Tangentopoli”

Il “vincolo esterno” rappresentato dall’imminente entrata in vigore del trattato di Maastricht giocò un ruolo anche nell’inesco di “Tangentopoli”, nella cui genealogia il 1991 rappresenta uno snodo cruciale. Alla vigilia dell’«abbattimento delle frontiere europee» previsto per il 1992, mentre negli assetti economici di tutta Europa avveniva una grande “redistribuzione di carte”, le imprese italiane soffrivano di uno stato di paralisi, «restavano al palo». La situazione non sfuggì agli osservatori dell’epoca, qualcuno dei quali rilevò che «nell’ex Germania democratica si vendono centinaia di aziende, dato che il passaggio all’economia di mercato determina un vorticoso giro proprietario, ma noi finora ne abbiamo comprate appena quattro, come il Lussemburgo e meno della Spagna» [Prodi 1991 (2), p. 889]. Il 1991 fu inoltre l’anno nel quale l’industria italiana vide calare i livelli produttivi di oltre il due per cento e, nel contempo, subì una considerevole contrazione dei profitti. Inoltre, nonostante la debolezza della domanda interna, la bilancia dei pagamenti peggiorò ulteriormente.

Anche alcuni fattori strutturali incisero pesantemente sulla situazione di eccezionale difficoltà nella quale si venne a trovare l’industria italiana in quel periodo: trascinato dall’aumento delle retribuzioni nel settore pubblico (+ 25% in due anni), il costo del lavoro nelle industrie manifatturiere aumentò in un solo anno del 10%, contro il 4% della Francia ed il 6,5% della Germania. Senza fare paragoni con il Terzo Mondo, rispetto ad un’economia avanzata come quella francese, in Italia il costo del lavoro per unità di prodotto era superiore del 20%. Ma a fronte di un costo del lavoro altissimo, il livello del salario diretto era inferiore alla media dei paesi europei, sicché, sul piano del contenimento dei salari, i margini erano molto stretti.

Nemmeno era possibile recuperare la situazione attraverso un aumento di produttività, dopo che per tutti gli anni Ottanta la spettacolare ristrutturazione industriale avvenuta nel nostro Paese aveva portato all’aumento di produttività più alto d’Europa (4 per cento medio all’anno), secondo, nel mondo, solo a quello del Giappone. L’esigenza dell’integrazione europea, inoltre, rendeva difficile (ma, come si sa, non impossibile) anche il ricorso alla svalutazione, che pure poteva risultare utile alla competitività delle imprese.

Mancava, infine, una struttura finanziaria adeguata a sostenere l'industria, e ciò «rende(va) le imprese italiane più dipendenti da decisioni politiche quando sono necessarie complesse operazioni di finanziamento e di ristrutturazione» [Trigilia, p. 777; Prodi, 1991 (1) pp. 26-31]. In un simile contesto, diventava vitale il ricorso ai meccanismi di politica industriale, la cui "elargizione", tuttavia, dipendeva dalla discrezionalità di una classe di governo che si rivelava del tutto incapace di comprendere le nuove regole della società industriale "globalizzata" [Prodi, 1991 (2), p. 890].

Fu a questo punto che la classe imprenditoriale "uscì allo scoperto": pur non essendo priva di colpe, per non aver impiegato l'accumulazione degli anni Ottanta nell'innovazione produttiva, la grande industria abbandonò la tradizionale linea "filogovernativa" ad oltranza ed attaccò frontalmente ed esplicitamente la classe politica, soprattutto quella al governo. Nel settembre di quell'anno, un segnale significativo partì dall'annuale Forum Ambrosetti di Cernobbio quando Cesare Romiti, l'amministratore delegato della più grande industria privata italiana (con partecipazioni importanti anche nei maggiori mass-media) che, da sempre, si era definita «governativa per definizione», per la prima volta, nell'esprimere la propria preoccupazione per la situazione economica italiana, marcò la distanza dal governo ed evocò un cambiamento della maggioranza: «Il Paese è un malato grave. Separiamo la nostra responsabilità da quella dei politici. E ricordiamoci che in democrazia esiste il ricambio...» [Romiti, 1991 (1)]. Romiti non si limitò a evocare un cambio di maggioranza ma si spinse oltre, con accenti drammatici: «Il sistema italiano è così degradato che per rimetterci sulla retta via occorre un trauma» [Romiti, 1991 (2)]. Con il senno di poi, sembra quasi un'anticipazione di quanto sarebbe avvenuto cinque mesi dopo.

La situazione, infatti, era già in movimento e solo convenzionalmente l'inizio dell'inchiesta della Procura della Repubblica di Milano può farsi risalire al 17 febbraio 1992. In quella data, infatti, fu arrestato Mario Chiesa, Presidente del "Pio Albergo Trivulzio", che venne colto in flagranza di reato mentre incassava una "tangente" di sette milioni di lire versatagli dall'imprenditore Luca Magni, titolare della Iipi, una piccola impresa di pulizie. Le indagini su Chiesa, tuttavia, andavano avanti già da cinque mesi [Bondiani, 1995, p. 3].

D'altra parte, è ovvio che il calendario di "Tangentopoli" non può iniziare con il 17 febbraio 1992. Se prima di questa data la delegittimazione della classe politica non fosse giunta ad un punto di non ritorno, probabilmente l'arresto di Mario Chiesa avrebbe dato vita soltanto ad una delle tante indagini sulla corruzione. Indagini che erano state svolte anche in passato, sebbene non con la stessa incisività. Ma con riferimento, ad esempio, alla realtà napoletana, sono significative le domande che si pose Corrado Stajano a proposito dell'incriminazione dei leaders politici partenopei: «Do'erano i controllori, la magistratura, i giornali, la Chiesa? E pensare che Percy Allum, lo scrittore inglese autore nel 1975 di *Potere e società a Napoli nel dopoguerra*, un saggio-inchiesta che con grande rigore svelò la struttura del malaffare, suscitò indifferenza, silenzio, non riuscì neppure a provocare una querela di Gava e dei notabili di Napoli come l'autore avrebbe desiderato per discutere in un tribunale quelle accuse sanguinose» [Stajano, 1993, p. 31; Allum, 1975, p. 392; Jannuzzi, 1970, p. 9].

La classe politica che, con alterne geometrie di governo, aveva retto la cd. Prima Repubblica, era delegittimata perché aveva dimostrato di non essere consapevole dei cambiamenti profondi che l'adesione al trattato di Maastricht aveva imposto al Paese, del ruolo essenziale che aveva assunto il rispetto dei criteri di convergenza economica, al punto da far subire al Paese, proprio nel settembre del 1992, l'espulsione della lira dal sistema monetario europeo. Anche nel 1947 gran parte degli uomini politici di governo non si erano resi conto, o avevano sottovalutato, l'impatto che l'adesione agli accordi di Bretton Woods avrebbe comportato per la "costituzione economica" italiana. Tuttavia, nel 1992, dopo la caduta del muro di Berlino, i gruppi politici che avevano governato fino ad allora non rappresentavano più l'unica soluzione di governo possibile. La conventio ad escludendum, il "Fattore K", erano scomparsi insieme alla caduta del comunismo sovietico, e la nuova situazione consentiva di coinvolgere potenzialmente nel governo del Paese anche la maggiore forza politica di opposizione che, sebbene non immune dal virus della corruzione, riuscì a superare il vaglio delle inchieste di Tangentopoli meglio di quanto accaduto per i partiti di maggioranza.

La trasformazione degli ex comunisti da forza di opposizione a forza di governo si compì quando, anche grazie all'alleanza con la parte del ceto politico della vecchia maggioranza meno colpita dalle indagini sulla corruzione, si accreditarono come fermi sostenitori del rispetto degli impegni di Maastricht. La piena, di fatto incondizionata, accettazione del nuovo "vincolo esterno" rese affidabile questa forza politica che, pur cambiando nome, arrivò per la prima volta al governo con le elezioni del 1996. Nello stesso anno, a novembre, la lira fu riammessa nel sistema monetario europeo (requisito essenziale per consentire, due anni dopo, l'ingresso dell'Italia nell'Unione monetaria) e, dopo aver tentato inutilmente di ottenere un ammorbidimento dei parametri e un rinvio delle scadenze fissate, il governo si risolse a varare una manovra da 62.500 miliardi di lire collegata alla legge Finanziaria 1997 (L. 23 dicembre 1996, n. 663) che, sommata alla manovra correttiva di finanza pubblica del giugno 1996 (Decreto-legge 22 giugno 1996, n. 329 non convertito in legge ma con salvezza, a norma dell'art. unico L. 24 ottobre 1996, n. 556, degli atti, dei provvedimenti adottati, degli effetti prodottisi e dei rapporti giuridici sorti in base ad esso), raggiungeva la ragguardevole somma di quasi 80.000 miliardi di lire [Prodi, 1996]. Quando, nel 1998, il risanamento dei conti pubblici fu avviato e venne raggiunto l'obiettivo dell'ingresso dell'Italia nel gruppo di testa dei paesi che il 1° gennaio 1999 avrebbero partecipato alla terza e ultima fase dell'unione monetaria, il governo cadde per il distacco, probabilmente inevitabile [Cossiga, 2000, p. 301], della sua componente più refrattaria a adeguare la propria linea politica alle esigenze del "vincolo esterno".

5. Crisi italiana e riforma del sistema economico e istituzionale: i “tempi della giustizia” come freno allo sviluppo

Come era già avvenuto con l'introduzione del Mercato unico europeo nel 1993, anche dopo l'adozione dell'euro nel 1999 il processo di riforme strutturali del sistema economico e istituzionale non subì il cambio di passo che sarebbe stato necessario per evitare gli effetti recessivi conseguenti alla perdita della sovranità nazionale sulla politica monetaria. L'adozione di una moneta unica, condivisa tra più soggetti nazionali, impediva infatti di utilizzare la svalutazione per sopperire al deficit di competitività delle imprese nazionali che furono costrette, per restare competitive, a perseguire una maggiore produttività. La moneta comune, peraltro, si accompagnava all'apertura di uno spazio di libero commercio che aumentava la trasparenza negli scambi e dunque la concorrenza internazionale. Com'è stato esattamente osservato, «in questo nuovo scenario economico, la liberalizzazione dei mercati, soprattutto quella dei servizi alle aziende, come energia e comunicazioni, rappresenta(va) una strada quasi obbligata per poter aumentare la competitività delle aziende domestiche». Ed infatti, «nei settori non manifatturieri, le liberalizzazioni interessarono soprattutto il mercato dell'energia (elettricità e gas) e delle telecomunicazioni (telefonia fissa e mobile e servizi postali)» [Galasso]. In Italia, invece, una volta acquisita l'entrata nell'euro (anche grazie ad una politica di forte moderazione salariale), gran parte dell'iniziale sforzo di adeguamento del sistema economico e istituzionale si affievolì.

Eppure, la riforma della giustizia continuava a rappresentare uno snodo cruciale per consentire al nostro Paese di non perdere le posizioni raggiunte tra le maggiori economie avanzate del pianeta. E non vi è dubbio che, in tale ambito, il problema della durata dei processi assumeva, allora come oggi, un ruolo fondamentale. Nelle Considerazioni finali alla Relazione annuale del 2011, il governatore della Banca d'Italia Mario Draghi sosteneva: «Va affrontato alla radice il problema di efficienza della giustizia civile: la durata stimata dei processi ordinari in primo grado supera i 1.000 giorni e colloca l'Italia al 157esimo posto su 183 paesi nelle graduatorie stilate dalla Banca Mondiale»; e continuava: «nostre stime indicano che la perdita annua di prodotto attribuibile ai difetti della nostra giustizia civile potrebbe giungere a un punto percentuale» [Draghi, p. 12]. Ancora nel 2019 gli esperti della Banca Mondiale stimavano che in Italia occorrevano ancora 1.120 giorni per recuperare un credito commerciale collocando il nostro paese al 111esimo posto su 190 (il miglioramento nella classifica generale rispetto al 2011 era dovuto principalmente a un cambiamento dei criteri di calcolo). Mentre la Spagna registrava 510 giorni e la Germania 499. Con diversi criteri di calcolo, gli esperti della Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa calcolavano in 514 giorni la durata di un processo civile di primo grado in Italia contro i 282 giorni in Spagna e i 196 giorni in Germania [D'Urso].

La situazione non era e non è migliore se si guarda al processo penale. Anzi, se possibile, si rivela peggiore considerando l'impatto devastante di alcuni provvedimenti, soprattutto cautelari o preventivi, su comparti rilevanti dell'economia nazionale oppure la gestione prefettizia, che in alcune parti del Paese si estende (spesso con risultati non brillanti) su intere aree economiche territoriali, collegata a procedimenti penali le cui indagini durano svariati anni o a procedimenti di prevenzione fondati su un mero *fumus boni iuris*, inidoneo ad assicurare al livello della gravità indiziaria.

Giustizia civile e giustizia penale rappresentano componenti essenziali del sistema istituzionale di un'economia, in quanto presidiano la tutela giuridica dell'investimento e dello scambio, i due momenti caratterizzanti dell'attività economica [Giacomelli, Mocetti, Palumbo Roma, p. 5], e tutelano il mercato dagli inquinamenti della criminalità, garantendo l'eguaglianza nei rapporti economici. Ma nemmeno la presa di coscienza degli effetti rilevanti che le inefficienze nell'amministrazione della giustizia producono sull'economia riusciva a far superare i veti incrociati che bloccavano ogni incisivo tentativo di riforma.

6. Le riforme del sistema penale, i referendum “Giustizia giusta 2021” e il nuovo “vincolo esterno”: i fondi europei del piano di ripresa e resilienza

Ancora una volta, a sbloccare la situazione è intervenuto un “vincolo esterno” rappresentato dalla necessità di ottenere i cospicui fondi stanziati dall'Unione Europea con il Next Generation EU, il fondo da 750 miliardi di euro per il rilancio dell'economia dei paesi europei travolti dalla crisi pandemica. Nel piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), lo strumento che traccia gli obiettivi, le riforme e gli investimenti che l'Italia intende realizzare grazie all'utilizzo dei fondi europei del Next Generation EU, il capitolo sulla riforma della giustizia si apre, com'era facile prevedere, con la denuncia dell'eccessiva durata dei processi: «Il sistema della giustizia italiana, caratterizzato da solide garanzie di autonomia e di indipendenza e da un alto profilo di professionalità dei magistrati, soffre di un fondamentale problema: i tempi della celebrazione dei processi» [Pnrr, 2021, p. 51].

Tra gli obiettivi prefissati, per quel che riguarda il processo e il sistema sanzionatorio penale, appaiono più sensibili e prevedibilmente controversi gli «interventi sulla disciplina della fase delle indagini e dell'udienza preliminare finalizzati ad assicurare scansioni temporali più certe e stringenti, con riferimento in particolare alla raccolta degli elementi di prova e alle conseguenti determinazioni concernenti l'azione penale» [Pnrr, 2021, p. 60], la predisposizione di «regimi volti a garantire maggiore selettività nell'esercizio dell'azione penale e nell'accesso al dibattimento tanto in primo grado quanto in fase di gravame» e la definizione di «termini di durata dei processi, con previsione degli opportuni meccanismi di adattamento alle eventuali specificità dei singoli uffici giudiziari» [Ibidem].

Il disegno di legge approvato in via definitiva dal Senato il 23 settembre 2021, 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» (Legge 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma "Cartabia"), contiene all'art. 1 deleghe al governo e all'art. 2 norme che entrano direttamente in vigore. Tra le deleghe legislative vi sono interventi che consentono un penetrante intervento del Gip nella fase delle indagini preliminari in caso d'inerzia del Pubblico Ministero (art. 1, co. 9, lett. d, g e lett. h), una gestione più trasparente e controllabile dei criteri di priorità nella selezione delle notizie di reato da trattare con precedenza (art. 1, lett. i), la possibilità di chiedere al Gip il controllo sulla tempestività dell'iscrizione dell'indagato nel registro generale delle notizie di reato (art. 1, co. 9, lett. e). È invece immediatamente precettiva, anche se si applica solo ai fatti commessi a partire dal 1° gennaio 2020, la nuova disciplina della prescrizione, il cui decorso cessa con la sentenza di primo grado (art. 2, co. 1, lett. c, che introduce l'art. 161-bis nel c.p.), e il nuovo istituto della improcedibilità quando siano decorsi due anni nel processo di appello e un anno in Cassazione (art. 2, co. 2°, lett. a, che introduce del codice di rito l'art. 344-bis).

Il testo approvato dal Parlamento, frutto delle modifiche apportate in seguito alle forti perplessità di alcune forze di governo e alle aspre critiche ricevute soprattutto da parte di magistrati inquirenti e dello stesso Csm [Csm, 2021, p. 5 ss.], prevede la possibilità di prorogare di un anno in Appello e di sei mesi in Cassazione i termini di improcedibilità in caso di particolare complessità del giudizio di impugnazione «in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare», senza circoscrivere la possibilità di proroga a particolari categorie di reati (il testo del ddl risultante dagli emendamenti presentati dal Ministro della Giustizia il 14 luglio 2021 consentiva invece la proroga solo nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. e per i delitti di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis c.p.). Il nuovo art. 344-bis c.p.p., nella versione contenuta nel ddl approvato in via definitiva dal Senato, contiene anche, al comma 4 seconda parte, la possibilità di ulteriori proroghe del termine d'improcedibilità per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, per i delitti di cui agli artt. 270, co. 3, 306, co. 2, 416-bis, 416-ter, 609-bis, nelle ipotesi aggravate di cui all'articolo 609-ter, 609-quater e 609-octies c.p., nonché per i delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1, co. 1, c.p. e per l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 74 dPR 309/1990). In questi casi la possibilità di proroga non conosce limiti, salvo per i delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1, co. 1, c.p., per i quali la proroga non può superare complessivamente tre anni nel giudizio di appello e un anno e sei mesi nel giudizio di cassazione.

Non è questa la sede per un'analisi approfondita delle modifiche introdotte, che hanno suscitato critiche solo in parte sopite con le modifiche successive all'approvazione degli emendamenti proposti dalla Ministra della Giustizia [v. Gatta, 2021], critiche che hanno posto in dubbio anche la legittimità costituzionale e la compatibilità con la giurisprudenza sovranazionale di taluni punti della riforma e, in particolare, della disciplina dell'improcedibilità [v. Csm, 2021, p. 5 ss.; Daniele, Ferrara, Orlandi, Scafati, Spangher, 2021]. Quel che qui interessa segnalare è che, come si è accennato, ritrosie conservatrici, resistenze al cambiamento e anche alcune giuste obiezioni nel merito della riforma sono state travolte, ancora una volta, dall'incombere di un "vincolo esterno", rappresentato questa volta dal timore di perdere i cospicui finanziamenti, in parte a fondo perduto, che arriveranno in Italia con l'attuazione del Pnrr. Le riforme della giustizia, infatti, rappresentano la condizione per acquisire tutti i 191,5 miliardi destinati alla rinascita economica e sociale del Paese e non solo i 2,3 miliardi del Pnrr destinati alla giustizia [Cartabia, 2021]. Il fallimento delle riforme in questa materia costerebbe allo Stato italiano la perdita di tutto il Recovery Plan, perché tra le condizioni poste al Governo italiano dalla Commissione europea per ottenere i fondi Next Generation EU vi è la riduzione, entro cinque anni, del 40 per cento della durata dei processi civili e del 25 per cento dei procedimenti penali.

Entro la fine del 2021 doveva essere approvata anche la legge delega per la riforma del Csm. Qui il tema delle riforme si intreccia con quello dei referendum "Giustizia giusta 2021", poiché uno dei quesiti referendari riguarda proprio l'abrogazione dell'art. 25, co. 3, L. 195/1958 che stabilisce le modalità di presentazione delle candidature per l'elezione dei membri togati del Consiglio Superiore della Magistratura. L'abrogazione proposta eliminerebbe l'obbligo degli aspiranti candidati di raccogliere le adesioni di almeno 25 magistrati "presentatori" e consentirebbe, quindi, di presentare le candidature senza ricercare preliminarmente il supporto dei colleghi, con lo scopo di ridurre il peso delle correnti nella individuazione dei candidati e, in prospettiva, nella concreta operatività del Consiglio. Sul punto, la Commissione istituita il 26 marzo 2021 dalla Ministra Cartabia «per elaborare proposte di interventi per la riforma dell'ordinamento giudiziario» attraverso modifiche al ddl AC 2681 presentato il 28 settembre 2020, ha invece proposto, tra l'altro, di optare per le candidature individuali in luogo di quelle di lista, di ridurre le firme necessarie per la presentazione delle candidature allo scopo di aumentarne il numero, di prevedere l'obbligo di esprimere tre preferenze e di suddividere i seggi

in cinque collegi (uno per i magistrati che esercitano funzioni di legittimità, uno per la magistratura requirente, tre per la magistratura giudicante).

Un'altra sovrapposizione tra riforma dell'ordinamento giudiziario e referendum è costituita dal funzionamento del Consiglio direttivo della Corte di Cassazione e dei Consigli giudiziari. Il referendum propone di eliminare le limitazioni alla partecipazione dei membri laici previste dagli artt. 8 e 16 del D. Lgs. 25/2006, mentre la Commissione ministeriale prevede di attribuire ad essi un semplice diritto di "stare in tribuna" o, in seguito alle modifiche proposte dalla Commissione ministeriale, di "parlare dalla tribuna".

Ulteriore profilo di coincidenza tra i temi referendari e quelli delle riforme proposte dal Governo riguarda la più accentuata separazione tra le funzioni giudicante e requirente. In entrambi i casi, però, le proposte non sembrano in grado di superare i problemi che derivano dalla presenza di un Csm unifunzionale, nel quale si amministrano e si gestiscono promiscuamente i procedimenti disciplinari, le valutazioni e le carriere di giudici e pubblici ministeri, sebbene la riforma del sistema elettorale del Csm sopra citata, nel prevedere la suddivisione dei seggi in cinque collegi e, segnatamente, separando il collegio per la magistratura requirente da quelli per la magistratura giudicante, potrebbe preludere ad una svolta di maggiore respiro.

I tre quesiti referendari e le proposte di riforma dell'ordinamento giudiziario sopra richiamati sembrano avere quali matrici comuni, da un lato, l'idea di vincere le tentazioni autoreferenziali, aprendo alla partecipazione di soggetti esterni all'ordine giudiziario la valutazione dell'operato dei magistrati propedeutica allo scrutinio di professionalità da parte del Csm e, dall'altro, un tentativo di correggere le degenerazioni del correntismo e di affrontare in modo costruttivo la pericolosa crisi di credibilità che sta investendo l'ordine giudiziario. Si tratta, con tutta evidenza, di temi molto delicati non solo per le sorti dei magistrati, ma per gli equilibri democratici del Paese, per il corretto funzionamento di quel controllo di legalità indipendente e trasparente senza il quale non può esistere lo stato di diritto.

La riforma del Csm è anche parte del capitolo del Pnrr riguardante la riforma dell'ordinamento giudiziario, che si propone l'obiettivo di migliorare l'efficienza e la gestione delle risorse umane, innovando l'organizzazione dell'attività giudiziaria attraverso un autogoverno della magistratura libero da condizionamenti esterni o da logiche non improntate al solo interesse del buon andamento dell'amministrazione della giustizia.

In molti casi si tratta di riforme, come si è visto, da tempo in agenda ma bloccate da veti incrociati, timidezze riformatrici, calcoli di convenienza e anche da una paura del cambiamento che porta a formulare foschi vaticini che spesso, come avvenne prima dell'entrata in vigore del codice Vassalli, si rivelano poi infondati.

Anche questa volta, però, come accaduto in passato, il "vincolo esterno" rende intollerabile indugiare nell'immobilismo: esso prende oggi le forme del Pnrr e della connessa esigenza di non perdere i fondi stanziati, ma non vi è dubbio che anche i tre quesiti referendari in materia di ordinamento giudiziario concorrono a sollecitare il cambiamento.

In quest'ottica, l'alternativa tra referendum e riforme si rivela una falsa dicotomia, perché entrambi gli strumenti possono contribuire a raggiungere il risultato e l'incombere dei referendum può essere uno stimolo aggiuntivo per realizzare le riforme necessarie. Ovviamente, richiamando il noto aforisma di Deng Xiaoping, non sempre per prendere il topo il colore del gatto è indifferente. Tra gli altri tre quesiti proposti, ad esempio, quello che mira ad introdurre una responsabilità risarcitoria diretta dei magistrati avrebbe effetti dirompenti sull'autonomia e l'indipendenza della magistratura e, indirettamente, anche sul principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. È quindi necessario saper distinguere il grano dal loglio, come insegna la parabola evangelica [Matteo 13, 24 segg.], senza tuttavia assumere atteggiamenti ostruzionistici preconcepi o corrivi con pigrizie burocratiche, indulgendo ai quali si correrebbe il rischio che, sotto la spinta (irresistibile?) del nuovo "vincolo esterno", chi si oppone finisca per raccogliere, come accaduto in passato, solo zizzania.

Approfondimenti bibliografici

Allum, Percy

1975 Politics and society in post-war Naples, Cambridge, 1973, trad. it. di A. Serafini, Potere e società a Napoli nel dopoguerra, Torino, Einaudi

Biondani, Paolo

1995 "E chi lo incastrava Chiesa?", intervista al procuratore aggiunto G. D'Ambrosio, coordinatore del pool "Mani pulite" di Milano, ne Il Corriere della sera, 20 giugno 1995, p. 3

Caferra, Vito Marino

1992 Il sistema della corruzione. Le ragioni, i soggetti, i luoghi, Laterza, Roma-Bari, 1992

Carli, Guido

1996 Cinquant'anni di vita italiana, in collaborazione con P. Peluffo, Laterza. Roma-Bari, (I ed. 1993)

Cartabia, Marta

2021 Ridurre del 25% i tempi del giudizio penale: un'impresa per la tutela dei diritti e un impegno con l'Europa, per la ripresa del Paese,

in Sistema penale, 31 maggio

Consiglio Superiore della Magistratura

2021 Parere 19/PP/2020 - Disegno di Legge AC n. 2435: Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello. - Disposizioni in materia di prescrizione e di improcedibilità dell'azione penale (delibera 29 luglio 2021)

Cossiga, Francesco

2000 La passione e la politica, a cura di P. Testoni, Milano, Rizzoli

D'Urso, Leonardo

2019 Più crescita e occupazione se la giustizia è rapida, in www.lavoce.info, 1° ottobre

Daniele Marcello, Ferrua Paolo, Orlandi Renzo, Scalfati Adolfo, Spangher Giorgio

2021 Riforma del processo penale: un nuovo documento esprime persistenti dubbi sull'improcedibilità ratione temporis prospettata per le fasi d'impugnazione, in www.processopenaleegiustizia.it

Draghi, Mario

2011 Considerazioni finali. Assemblea Ordinaria dei Partecipanti, Roma, 31 maggio

Fiandaca, Giovanni

2021 Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi, in Sistema penale, 21 giugno

Flora, Giovanni

2019 La nuova riforma dei delitti di corruzione. Verso la corruzione del sistema penale?, in G. Flora - A. Marandola (a cura di), La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "spazzacorrotti"), Pisa, Pacini

Galasso, Vincenzo

2014 Riforme incompiute: l'euro non c'entra, in www.lavoce.info, 16 maggio

Gatta, Gianluigi

2019 Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione, in Dir. pen. contemporaneo, 21 gennaio

2021 Prescrizione del reato e riforma della giustizia penale: gli emendamenti approvati dal Governo su proposta della Ministra Cartabia, in Sistema penale, 10 luglio

Giacomelli Silvia, Mocetti Sauro, Palumbo Giuliana, Roma Giacomo

2017 La giustizia civile in Italia: le recenti evoluzioni, in Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers), Numero 401 - Ottobre

Jannuzzi, Lino

1970 Il consigliere nel baule, ne L'Espresso, 11 ottobre

Mele, Vittorio

1978 Introduzione, in Aa.Vv., Giustizia e politica delle riforme, atti del XVI Congresso dell'ANM tenuto a Bari nel 1976 sul tema «Strutture giudiziarie e politica delle riforme», Dedalo libri, Bari.

Nannucci, Ubaldo

1990 I difetti del nuovo processo penale: non è soltanto un problema di strutture, in Cass. pen.

Prodi, Romano

1991 (1) C'è un posto per l'Italia fra i due capitalismi?, ne Il Mulino, fasc. n° 1

1991 (2) Una crisi non solo politica: l'industria italiana a rischio, ne Il Mulino, fasc. n° 5

1996 Lettera inviata da Romano Prodi al Presidente della Commissione europea Jacques Santer il 20 novembre 1996, con l'obiettivo di delineare le linee guida dell'eurotassa ("Contributo per l'Europa") introdotta dal governo italiano, in Archivio Romano Prodi, APCM - 102/GP (cit. da R. Brizzi - M. Marchi, Il governo Prodi e l'ingresso italiano nella moneta unica: tra difficoltà interne e sfida europea (1995-1998), in www.officinadellastoria.eu, 19/7/2018)

Governo italiano

2021 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in www.governo.it, 23 aprile

Pulitanò, Domenico

2016 Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione, in Dir. pen. contemporaneo, 6 giugno

Romiti, Cesare

1991 (1) Dichiarazione di Cesare Romiti al Forum Ambrosetti di Cernobbio del 15 settembre 1991, in Panorama, 29 settembre

1991 (2) Dichiarazione di Cesare Romiti al Forum Ambrosetti di Cernobbio del 15 settembre 1991, ne L'Espresso, 6 ottobre

Triglia, Carlo

1995 Dinamismo privato e disordine pubblico. Politica, economia e società locali, in AA.VV., Storia dell'Italia repubblicana, vol. 2*, Torino, Einaudi

Stajano, Corrado

1993 Il disordine, Torino, Einaudi

Zampaglione, Angelo

2020 La "illusione" del sistema accusatorio: tre stagioni di crisi, in Proc. pen. e giustizia, fasc. 6/2020



Procedura civile

L'unificazione dei riti in materia di licenziamenti



di Chiara Gagliano

Giudice del Tribunale di Termini Imerese

It

La legge 28 giugno 2012, n. 92, c.d. Legge Fornero, ha introdotto una nuova disciplina per le controversie in materia di licenziamento con lo scopo precipuo di istituire un procedimento più veloce e snello dell'ordinario processo del lavoro. L'estrema lacunosità del nuovo testo normativo ha però indotto, sin dalla sua entrata in vigore, dottrina e giurisprudenza a grandi sforzi ricostruttivi, per lo più facendo ricorso a soluzioni interpretative consolidate con riferimento ad altri procedimenti anch'essi connotati da specialità. Ciò spiega perché oggi il legislatore, nella prospettiva di una maggiore efficienza del processo civile, si propone di unificare la disciplina dei procedimenti in materia di licenziamento, abrogando il cd. rito Fornero, ancorché mantenendo un canale preferenziale per la trattazione delle cause di licenziamento in cui sia stata proposta una domanda di reintegrazione del lavoratore.



licenziamento, legge Fornero, rito acceleratorio, medesimi fatti costitutivi.

Eng

The law of 28 June 2012, n. 92, so-called Fornero Law, introduced a new discipline for disputes regarding dismissal with the primary purpose of establishing a faster and more streamlined procedure than the ordinary labor process. The extreme lacunae of the new legislative text, however, has led, since its entry into force, doctrine and jurisprudence to great reconstructive efforts, mostly by resorting to consolidated interpretative solutions with reference to other procedures also characterized by specialties. This explains why today the legislator, in the perspective of greater efficiency of the civil process, intends to unify the discipline of dismissal proceedings, repealing the so-called "procedural rite Fornero", although maintaining a preferential channel for the treatment of the causes of dismissal in which a request for reinstatement of the worker has been proposed.



dismissal, Fornero law, acceleration ritual, same constitutive facts.

Sommario

1. Le finalità della riforma - 2. I risultati applicativi della legge Fornero: dalla nozione di "identici fatti costitutivi" alla tutela di cui all'art. 8 legge n. 604/66 - 3. Proposizione erronea di una domanda "diversa": inammissibilità o mutamento del rito? - 4. Valutazioni conclusive

1. Le finalità della riforma

Com'è noto, la legge 28 giugno 2012, n. 92, c.d. Legge Fornero, ha introdotto una nuova disciplina processuale e sostanziale per le controversie in materia di licenziamento con lo scopo precipuo di istituire un procedimento più veloce e snello dell'ordinario processo del lavoro, in modo da accelerare la tutela del lavoratore e preservare, nel contempo, l'interesse del datore a non subire le conseguenze economiche (spesso onerose) di una declaratoria di illegittimità intervenuta dopo lungo tempo dal licenziamento stesso [1].

L'estrema lacunosità del nuovo testo normativo, composto da pochi articoli e numerosi commi, ha però indotto, sin dalla sua entrata in vigore, dottrina e giurisprudenza a grandi sforzi ricostruttivi, per lo più facendo ricorso a soluzioni interpretative consolidate con riferimento ad altri procedimenti anch'essi connotati da specialità [2]. Ciò spiega perché, a distanza di quasi nove anni dal detto intervento normativo, la legge delega 26 novembre 2021 "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 della famiglia nonché in materia di esecuzione forzata" si proponga di unificare e coordinare la disciplina dei procedimenti in materia di licenziamento. Essa stabilisce, in particolare, che:

- a) la trattazione delle cause di licenziamento in cui sia proposta una domanda di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro abbia carattere prioritario;
- b) le azioni di impugnazione dei licenziamenti dei soci delle cooperative, anche ove ne consegua la cessazione del rapporto associativo, siano introdotte con ricorso ai sensi degli articoli 409 e seguenti del codice di procedura civile;
- c) le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori, ove non siano proposte con ricorso ai sensi dell'art. 414 del codice di procedura civile, possano essere introdotte, ricorrendone i presupposti, con i riti speciali di cui agli articoli 38 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 [3] e 28 del decreto legislativo 01 settembre 2011, n. 150 [4] con la preclusione, allorché l'azione sia proposta nell'una o nell'altra forma, della possibilità di agire successivamente in giudizio con rito diverso.

Al fine di unificare la disciplina dei procedimenti di impugnazione dei licenziamenti la riforma in esame prevede quindi il superamento delle norme speciali poste, per alcuni dei rapporti di lavoro instaurati prima del 7 marzo 2015, dall'articolo 1, commi da 47 a 66, della L. 28 giugno 2012, n. 92 (norme costituenti il "rito Fornero"), con la conseguente applicazione, per tutte le controversie in materia di licenziamento, della normativa processuale generale relativa alle controversie in materia di lavoro [5].

Come chiarito dalla relazione illustrativa, ciò dovrebbe contribuire, da un lato, a semplificare e chiarire il quadro normativo processuale nella materia dei licenziamenti, superando l'attuale differenziazione delle discipline in funzione dell'epoca dell'assunzione del lavoratore interessato dal licenziamento (prima o dopo il 7.3.2015), dall'altro a superare le difficoltà interpretative e applicative che l'articolo 1, commi 48 e seguenti, della legge n. 92/2012 ha fatto emergere fin dalla sua introduzione, con inevitabili ricadute nei rapporti fra datore di lavoro e lavoratore [6].

Si torna dunque a un rito unico del lavoro, come prima del 2012, senza alcuna eccezione, ancorché mantenendo un canale preferenziale per la trattazione delle cause di licenziamento in cui sia stata proposta una domanda di reintegrazione del lavoratore, stante l'importanza e delicatezza degli interessi coinvolti.

2. I risultati applicativi della legge Fornero: dalla nozione di "identici fatti costitutivi" alla tutela di cui all'art. 8 legge n. 604/66

Perché questa inversione di marcia? I risultati applicativi del rito Fornero sono stati così negativi?

In effetti, gli operatori del settore già da anni auspicano un ritorno al passato, evidenziando come il procedimento speciale abbia fatto sorgere più problemi di quelli che ha risolto, con l'introduzione, di fatto, un ulteriore grado di giudizio e, quindi, un aggravio dei costi e dei tempi del processo.

È opinione diffusa che il rito Fornero non abbia comportato una riduzione effettiva dei tempi processuali [7] ma anzi, scindendo il primo grado di giudizio in due fasi (sommatoria e di opposizione), ne abbia addirittura comportato un allungamento, nonostante la previsione di una "corsia preferenziale" per la trattazione delle cause in materia di licenziamento [8], cui devono essere riservati particolari giorni nel calendario delle udienze (art. 1, comma 65), con specifici obblighi di vigilanza a carico dei Capi degli uffici (comma 66).

Sulla reale efficacia delle nuove disposizioni normative, sconosciute ai procedimenti cautelari,

sono state motivatamente espresse forti perplessità: l'esperienza applicativa ha, infatti, dimostrato che i giudizi cautelari, a loro volta duplicabili in una fase di *prime cure* e una di reclamo, sono definiti in tempi assai ristretti, persino inferiori a quelli consentiti dal rito Fornero.

Si aggiunga che il rito speciale – ritenuto pressoché unanimemente obbligatorio e perciò inderogabile dalle parti [9] – ha finito per alimentare un vasto contenzioso, dal momento che, secondo il dato testuale dell'art.1, comma 47, esso è applicabile unicamente *“all'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20.5.70, n. 300 e successive modificazioni anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto, di lavoro”*, e che, secondo il comma 48 dello stesso articolo, con il ricorso non possono essere presentate domande diverse da quelle di cui al comma 47, *“salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi”*.

Ne è derivato il frazionamento, in giudizi distinti, delle domande di impugnazione del licenziamento che rientrano nell'applicazione dell'art. 18 e di quelle, parimenti inerenti il medesimo rapporto di lavoro (e la cui proposizione magari sia occasionata dal recesso datoriale), che presentano, anche solo parzialmente, un oggetto diverso: cause che prima della emanazione della legge n. 92/2012 sarebbero state trattate in unico processo anche a garanzia della coerenza delle decisioni. Resterebbero, dunque, escluse dall'applicazione del rito Fornero, in quanto fondate su fatti costitutivi non identici a quelli della causa di licenziamento, le domande cumulate a quest'ultima e relative all'inquadramento in un livello superiore e al pagamento delle differenze retributive o al trattamento di fine rapporto o ancora al risarcimento dei danni alla professionalità e alla salute derivanti dal demansionamento.

Con tali premesse, le divergenze d'interpretazione erano inevitabili, generate dall'esigenza di cogliere la corretta nozione di *“identici fatti costitutivi”*.

A fronte di un'autorevole dottrina [10] che ha sottolineato come l'espressione *“identici fatti costitutivi”* di cui al cit. art.1, comma 48, costituisca una contraddizione in termini, potendo sussistere domande identiche fondate su diversi fatti costitutivi (ciò accade ad esempio per i diritti eteroindividuati), ma non domande diverse fondate su identici fatti costitutivi, la giurisprudenza, al fine di ovviare a tali inconvenienti, ha elaborato diversi orientamenti, accomunati dall'intento di estendere quanto più possibile l'applicazione della norma.

In questo senso, appare ormai consolidato il principio, affermato dalla Suprema Corte, dell'applicabilità del rito speciale alla domanda di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro con un soggetto nominativamente diverso dal formale datore di lavoro [11] o di qualificazione della natura del rapporto, se subordinato o di altro tipo, qualora essa sia preliminare rispetto alla valutazione di legittimità del licenziamento impugnato [12].

Sotto tale profilo, e pur sempre nell'ottica di offrire al lavoratore una tutela quanto più possibile completa, in relazione alle vicende estintive del rapporto di lavoro, la Suprema Corte, dopo aver inizialmente ritenuto improponibile la domanda con cui il ricorrente chieda, subordinatamente all'applicazione di qualcuna delle tutele contemplate dall'art. 18 stat. lav., la concessione della tutela di cui all'art. 8, L. 604/66, sul rilievo che tale ultima domanda è con tutta evidenza fondata su «fatti costitutivi» diversi rispetto a quelli contemplati dall'art. 18 cit., almeno per quanto attiene il requisito dimensionale e la natura delle imprese datrici di lavoro [13], ha successivamente mutato orientamento affermando il principio [14], che appare oramai consolidato, secondo cui è legittimo presentare un unico ricorso secondo il rito Fornero anche se in via subordinata viene chiesta la tutela obbligatoria, sia perché la dimensione dell'impresa non è un elemento costitutivo della richiesta, trattandosi di domande in rapporto di continenza, sia perché *“la prospettata interpretazione estensiva della disciplina processuale in esame evita la parcellizzazione dei giudizi, consentendo ragionevolmente che da un'unica vicenda estintiva del rapporto di lavoro possa scaturire un unico processo”* [15].

Seguendo la tesi opposta si assisterebbe, in effetti, a una inutile duplicazione di giudizi, con una dispersione della conoscenza del giudice e, come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale [16], un conseguente notevole allungamento dei tempi processuali.

Se i principi testé rammentati sembrano ormai acquisiti, non può sottacersi che il contrasto in giurisprudenza permane in ordine alle domande connesse al licenziamento, come quelle accessorie rispetto a quella di reintegrazione, ovvero alternative a questa, quale, in particolare, la domanda di condanna al risarcimento per equivalente nel caso in cui non operi la tutela reale, con scelte ermeneutiche condizionate dall'obiettivo che si intende privilegiare: la celerità del rito, perseguita anche a costo di offrire una tutela solo parziale del diritto (nella specie, la tutela reale), ovvero la pienezza delle opzioni di tutela in relazione alle vicende estintive del rapporto di lavoro, garantita anche a rischio di un appesantimento della *res iudicanda* e di un correlato maggiore dispendio di attività processuale.

Quel che può osservarsi in questa sede è che la frammentazione e la duplicazione dei giudizi non giova né alle parti né al processo, stante anche il rischio del contrasto delle decisioni, specie nelle ipotesi in cui il giudice della fase sommaria sia diverso da quello dell'opposizione.

A quest'ultimo riguardo non vi è dubbio che il preporre il medesimo giudice alla fase sommaria e a quella a cognizione piena assicura una maggiore speditezza del procedimento e una complessiva ottimizzazione dell'impegno del magistrato giudicante. Né tale soluzione si pone in contrasto col principio di terzietà del giudice, essendo, invece, funzionale all'attuazione della regola della ragionevole durata del processo, assicurando al lavoratore una tutela immediata nell'ipotesi di licenziamento illegittimo e, al contempo, garantendo al datore di lavoro un'analisi più ampia e approfondita nell'eventuale fase successiva a cognizione piena.

È stata altresì rimarcata, nel c.d. rito Fornero, la mancanza di un rinvio – prima facie in contraddizione con la finalità acceleratoria del rito - a quelle disposizioni che, anche in deroga agli ordinari criteri di competenza, consentono la trattazione in un *simultaneus processus* di diverse domande sia per iniziativa delle parti (artt. 31-36 c.p.c.) ovvero – quando i giudizi siano separatamente proposti – quale conseguenza di un provvedimento di riunione (artt. 39 e 40 c.p.c.).

3. Proposizione erronea di una domanda “diversa”: inammissibilità o mutamento del rito?

Il legislatore non si è preoccupato di indicare quali siano le conseguenze derivanti dalla proposizione erronea di una domanda diversa da quelle espressamente indicate nell'art. 47 della legge o, viceversa, dalla proposizione con il rito ordinario di una domanda assoggettata al rito Fornero. Con riferimento a tale problematica, in dottrina e giurisprudenza, si sono contrapposte due tesi: da un lato quella incline alla conversione del rito, dall'altro quella favorevole alla declaratoria di inammissibilità. Secondo la prima tesi, in applicazione degli artt. 426 e 427 c.p.c., il giudice dovrebbe disporre il mutamento di rito con ordinanza e, nel caso in cui la controversia debba essere trattata applicando il rito del lavoro, fissare l'udienza di cui all'articolo 420 c.p.c. e un termine perentorio per l'eventuale integrazione degli atti introduttivi; nel caso opposto, in cui la domanda di impugnativa soggetta al rito Fornero sia stata proposta ai sensi dell'art. 414 c.p.c., il giudice dovrebbe limitarsi a mutare il rito senza necessità di fissare una nuova udienza o concedere un termine per eventuali integrazioni difensive. Secondo l'altra opzione ermeneutica, invece, il dato letterale della norma e l'imprescindibile finalità acceleratoria che permea di sé la nuova disciplina processuale indurrebbero a ritenere che il giudice debba dichiarare inammissibili tutte le domande estranee al rito Fornero [17].

A parere di chi scrive, preferibile è l'impostazione volta a favorire la conversione del rito, sulla scorta del principio generale di conservazione degli atti processuali, di cui sono espressione i citati artt. 426 e 427 c.p.c. Ragioni di economia processuale e di effettività della tutela giurisdizionale impongono che il processo pervenga, laddove possibile, a una decisione di merito, limitando le pronunce di mero rito ai casi strettamente necessari (quelli, cioè, in cui il vizio processuale è insanabile); senza dire che, in un sistema che sottopone a un termine di decadenza l'esercizio dell'azione di impugnativa del licenziamento (art. 6 comma 2 L. 604/1966, per effetto delle modifiche apportate dall'art. 32 L. 183/2010), una interpretazione rigida, che faccia discendere dalla erronea selezione del rito una pronuncia di inammissibilità della domanda, rischierebbe di compromettere il principio della effettività della tutela che, nel nostro ordinamento, trova una generale copertura costituzionale nell'articolo 24 Cost..

4. Valutazioni conclusive

Da questo breve e non esaustivo *excursus* sembra potersi trarre la conclusione che le scelte operate dal legislatore, volte a offrire al lavoratore ingiustamente licenziato una tutela immediata ed efficace, alla prova dei fatti, si sono rivelate tutt'altro che idonee allo scopo, tanto da indurre una parte della dottrina ad auspicare, della disciplina del 2012, *“l'immediata abrogazione e la sua traslazione nel cimitero dove giace il processo societario”* [18].

Vi è solo da attendere l'emanazione delle nuove norme e sperare che il rimedio non sia peggiore del male.

Note

1. L'art.1, comma 1, della legge n. 92/2012 individua nella riforma uno dei possibili strumenti utili a realizzare *"un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione"*.
2. Molte delle problematiche sorte, a seguito dell'entrata in vigore della legge Fornero, sono state affrontate e risolte facendo riferimento al procedimento per la repressione della condotta antisindacale ex art. 28 dello Statuto dei Lavoratori; così per quanto concerne la possibilità di attribuire all'ordinanza ex art. 1, comma 49, L. n. 92 del 2012 l'efficacia e l'idoneità al giudicato che la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., Sez. lav., 5 maggio 1984, n. 2744; Cass., Sez. lav., 23 novembre 1989, n. 5039) aveva già riconosciuto al decreto ex art. 28 o ancora all'individuazione del giudice competente a conoscere della fase dell'opposizione (cfr. Corte Cost. 5 ottobre 1999, n. 387). Tra i diversi contributi sul punto si vedano: F.P. Luiso, La disciplina processuale speciale della L. n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico, in *Judicium*, www.judicium.it, 4; P. Rivero, Indicazioni operative sul rito Fornero, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 1/2013, 21; D. Dalfino, L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. "rito Fornero": questioni interpretative, in *Foro it.* 2013, IV, 10; A. Vallebona, *La Riforma del lavoro 2012*, Torino, 2013, 75.
3. Il procedimento contro le discriminazioni, disciplinato dall'art. 38 Codice delle pari opportunità, costituisce uno strumento di tutela processuale in risposta alle discriminazioni dirette o indirette, cui possono fare ricorso non soltanto le persone direttamente offese, ma anche, per loro delega, le organizzazioni sindacali, le associazioni rappresentative dell'interesse leso e, infine, il Consigliere o la Consigliera di Parità territorialmente competenti.
4. [4] Il Capo III del decreto legislativo n. 150 del 2011 prevede che siano ricondotte al rito sommario di cognizione le cause in materia di discriminazione (articolo 28). Questo rito si caratterizza per l'inversione dell'onere della prova: quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata.
5. I rapporti di lavoro a tempo indeterminato, instaurati successivamente al 7 marzo 2015, sono esclusi dall'applicazione del Rito Fornero ai sensi dell'articolo 11 del D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23.
6. In ordine alle modifiche ai procedimenti relativi alle controversie in materia di lavoro nella relazione conclusiva dei lavori della Commissione Luiso- istituita con decreto ministeriale del 12 marzo 2021 - si sottolinea che *«la delega è finalizzata al superamento dell'attuale previsione di un duplice rito nella materia dei licenziamenti del lavoratore dipendente: il primo, disciplinato dall'articolo 1, commi 48 ss., della legge 12 giugno 2012, n. 92, per i lavoratori assunti fino al 7 marzo 2015; il secondo, ossia il rito del lavoro, di cui agli articoli 409 ss. c.p.c., per i lavoratori assunti dopo quella data.. Con il principio di delega in oggetto si stabilisce che il solo rito applicabile per queste controversie sia il processo del lavoro, con la previsione, tuttavia, di una corsia preferenziale"*.
7. R. Caponi, La corsia preferenziale per alcune cause di lavoro rallenta le altre in assenza delle adeguate risorse, in *Guida al dir.* - *Il Sole 24 ore*, 28 aprile 2012, 10.
8. Secondo alcuni autori la previsione, se pur meritoria, del "calendario del processo", introdotta con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, non ha, nell'esperienza applicativa, comportato un'accelerazione del rito (v. A. Carratta, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, 131; M. F. Ghirga, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 166 e ss.).
9. D. Buoncristiani, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, 359; L. Cavallaro, *Il processo del lavoro al tempo dei tecnici*, 294. In senso parzialmente contrario, P. Sordi "L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente".
10. F. P. LUISO, *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, 130, il quale, ad esempio, ritiene che la domanda subordinata di condanna al pagamento di quanto spettante nel caso in cui non sia disposta la reintegrazione (Tfr o indennità sostitutiva del preavviso) possa in linea di principio essere cumulata all'impugnativa di licenziamento.
11. Cass. lav. n. 2303 del 30 gennaio 2018; conf. Cass. lav. n. 17775 dell'08 settembre 2016; la Corte ha, in particolare, affermato che *"la natura giuridica del rapporto di lavoro, così come l'individuazione del soggetto che si assume essere datore di lavoro e destinatario dei provvedimenti di tutela ex art. 18 delle legge*

n. 300/70, risultano tra le questioni che il giudice deve affrontare e risolvere nel percorso per giungere alla decisione di merito sulla domanda, che è appunto quella concernente la legittimità o meno del licenziamento. Ha aggiunto, anche, che il riferimento all'operatività del rito speciale **«quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro»** esprime la volontà del legislatore di non precluderne l'utilizzo per le barriere imposte dalla forma assunta dal rapporto”.

12. Cass. lav. n. 21959 del 10 settembre 2018; nel caso in esame, il lavoratore aveva formulato domanda di reintegrazione nel posto di lavoro sul presupposto della qualità (esclusiva) di dipendente subordinato della società, in alternativa a quella di socio-lavoratore con rapporto subordinato, e dell'illegittimità del licenziamento.
13. Cass. lav. n. 16662 del 10 agosto 2015.
14. [Cass. lav. n. 5406 del 27 luglio 2020; Cass. lav. n. 26674 del 22 ottobre 2018; Cass. lav. n. 15084 dell'11 giugno 2018. La Cassazione afferma la necessità di fornire all'art. 1, comma 48, della c.d. legge Fornero un'interpretazione utile, che dia senso e contenuto alla disposizione, alla luce dei principi generali di strumentalità del processo, di economia processuale e di conservazione dell'efficacia degli atti processuali. Secondo i Giudici di legittimità, pertanto, non è condivisibile la tesi secondo cui la domanda di impugnativa dei licenziamenti, nelle ipotesi regolate dalla l. n. 604/1966, sia fondata su fatti costitutivi diversi da quella basata sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. Ciò in quanto il requisito dimensionale dell'impresa non è un elemento costitutivo della domanda del lavoratore.
15. Cass. lav. ord. n. 5406 del 27 febbraio 2020; con la decisione in esame, la Corte di Cassazione ribadisce *“il principio secondo cui, in tema di inefficacia del licenziamento, se il dipendente illegittimamente licenziato abbia chiesto l'applicazione dell'art. 18 l. 300/1970, e quindi anche il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni maturate dal giorno di attuazione del licenziamento, il giudice, che abbia accertato l'insussistenza dei requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18, deve accordare, ricorrendo i relativi presupposti, la tutela obbligatoria, in quanto omogenea e di ampiezza minore rispetto a quella prevista dall'art. 18”*.
16. Cort. Cost. n. 78 del 13 maggio 2015; con la citata sentenza la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 51, primo comma, numero 4, del c.p.c. e 1, comma 51, della legge n. 92/2012, laddove non prevedono l'obbligo di astensione per il giudice investito dell'opposizione all'ordinanza emanata nella fase sommaria, qualora abbia egli abbia pronunciato tale provvedimento. La decisione ha, infatti, evidenziato che *“l'opposizione non verte sullo stesso oggetto dell'ordinanza opposta (pronunciata su un ricorso “semplificato”, e sulla base dei soli atti di istruzione ritenuti, allo stato, indispensabili), né è tantomeno circoscritta alla cognizione di errores in procedendo o in iudicando eventualmente commessi dal giudice della prima fase, ma – come già detto – può investire anche diversi profili soggettivi (stante anche il possibile intervento di terzi), oggettivi (in ragione dell'ammissibilità di domande nuove, anche in via riconvenzionale, purché fondate sugli stessi fatti costitutivi) e procedurali, essendo previsto che in detto giudizio possano essere dedotte circostanze di fatto ed allegati argomenti giuridici anche differenti da quelli già adottati e che si dia corso a prove ulteriori. Il che, appunto, esclude che la fase oppositoria (nell'ambito del giudizio di primo grado) – in cui la cognizione si espande in ragione non solo del nuovo apporto probatorio, ma anche delle ulteriori considerazioni svolte dalle parti, quantomeno in sede di discussione e nelle eventuali note difensive – possa configurarsi come la riproduzione dell'identico itinerario logico decisionale già seguito per pervenire all'ordinanza opposta. La quale – in esito alla fase di opposizione – è destinata, comunque, ad essere assorbita nella statuizione definitiva che conclude il primo grado del giudizio: decisione, quest'ultima, che può ben condurre ad un esito differente (rispetto a quello dell'ordinanza opposta) in virtù del nuovo materiale probatorio apportato al processo e del suo ampliamento soggettivo od oggettivo (nei limiti consentiti), anche alla luce della pressoché totale assenza di preclusioni e decadenze per le parti nell'ambito della prima fase”*.
17. G. BENASSI, La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali, cit., 753-754; D. BUONCRISTIANI, Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi, cit., 374; R. DONZELLI, Le nuove tutele del lavoro, cit., 318-319; A. GUARISO, Nuovo rito sul licenziamento e d. lgs. 150/2011, cit., 306; P. SANDULLI, Questioni di competenza e di rito-Passaggio dal rito del lavoro al rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti (c.d. rito Fornero) e viceversa, in P. SANDULLI-A.M. SOCCI, Il processo del lavoro.
18. V.BORGHESI, Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti, in www.judicium.it

L'udienza cartolare post pandemica



di Giuseppe Fichera

Sostituto Procuratore della Procura Generale presso la Suprema Corte di Cassazione

It

Lo scritto affronta il tema dell'udienza c.d. cartolare, introdotta nel processo civile italiano per far fronte all'emergenza pandemica per la prima volta nel marzo del 2020, mediante lo scambio di note scritte tra le parti in luogo della celebrazione dell'udienza; la misura processuale dettata inizialmente per un periodo di tempo limitato, come tutte le altre adottate dal legislatore d'urgenza è stata via via prorogata, da ultimo, fino al 31 dicembre 2022, in attesa che entrino in vigore i decreti delegati sulla riforma del processo civile previsti dalla legge 26 novembre 2021, n. 206, che contiene, tra le altre, una precisa direttiva sulla facoltà di sostituire a regime l'udienza civile con lo scambio di note scritte.



Processo civile - Emergenza pandemica da Covid 19 - Udiienza pubblica e camerale - Trattazione mediante scambio di note scritte - Legge delega per la riforma del processo civile.

Eng

The paper debates about the so-called paper-based hearing. It was initially introduced in the Italian civil process to deal with the pandemic emergency in March 2020 and consists of the exchange of written notes between the parties in place of the hearing session. This procedural measure, initially issued for a limited period such as all the other measures adopted by the legislator for the emergency, was gradually extended. Finally, it was extended until 31 December 2022, pending the entry into force of the delegated decrees on the reform of the process civil law provided by the law n. 206, 26 November 2021, which contains, among others, a specific directive on the right to replace the civil hearing with the exchange of written notes.



Civil process – Covid 19 Pandemic emergency – Public and chamber hearing – Processing by exchange of written notes - Delegation law for the reform of the civil process.

Sommario

1. Introduzione. – 2. L'udienza cartolare pandemica. – 2.1. (Segue). L'ambito di applicazione della cartolare. – 3. L'udienza cartolare nella riforma del processo civile. – 4. Conclusioni.

Introduzione

Nel disegno originario del Codice di rito del '40, incentrato sui principi di oralità ed immediatezza, com'è ben noto l'udienza aveva una posizione di assoluta centralità, sia quella pubblica celebrata davanti al collegio in occasione della discussione della causa, quando questa era ormai pronta per la decisione, sia quella in camera di consiglio davanti all'istruttore e dedicata alla prima comparizione delle parti, nonché a tutte le attività di istruzione della causa¹.

Del resto, l'art. 180 c.p.c. – nel suo testo originario – imponeva seccamente la trattazione orale della causa davanti al giudice, anche se già in occasione della nota novella del 1950, venne introdotta la facoltà per l'istruttore, su richiesta delle parti, di autorizzare il deposito di comparse scritte, fissando ovviamente all'esito del deposito altra udienza di trattazione². E questa può certamente definirsi la prima forma di trattazione cartolare del processo, anche se non in sostituzione dell'udienza, ma come appendice scritta della stessa.

In realtà, è con il c.d. rito societario, introdotto con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e tuttavia destinato a vita assai breve e travagliata³, che assistiamo al primo tentativo del legislatore di sostituire in maniera generalizzata la trattazione della causa in udienza con uno scambio fitto di memorie scritte e repliche, le quali precedevano sempre la – tendenzialmente unica – udienza pubblica, destinata alla discussione della causa innanzi al collegio.

Se si eccettua l'esperienza sfortunata del rito societario, dunque, possiamo dire con sufficiente certezza che, dall'entrata in vigore del Codice del '40, l'asse portante del processo

civile italiano è sempre stato rappresentato dall'udienza, celebrata dal giudice con la presenza sempre necessaria dei difensori e solo facoltativa delle parti (art. 84 disp. att. c.p.c.), secondo un percorso obbligato che si snoda dall'udienza di prima comparizione e trattazione (art. 183 c.p.c.), per proseguire con le eventuali udienze dedicate all'istruzione della causa (art. 184), ovvero al tentativo di conciliazione tra le parti (art. 185 c.p.c.), per concludersi con l'udienza dedicata alla sola precisazione delle conclusioni – frutto esclusivo della prassi invalsa negli uffici giudiziari, non essendovi alcuna norma del codice dedicata espressamente a questo incombente – e con l'appendice, oggi davvero residuale, dell'udienza di discussione innanzi al collegio (art. 275, terzo comma, c.p.c.), ovvero davanti al giudice monocratico (art. 281-*quinquies* c.p.c.).

Questo percorso, dalla prima comparizione delle parti fino alla discussione della causa, sempre scandito dal rinvio da un'udienza all'altra, secondo il legislatore del 1940 doveva svolgersi con un ritmo serratissimo, essendo previsto, dall'ancora vigente art. 81 disp. att. c.p.c., che tra l'udienza di trattazione e quelle istruttorie non dovessero trascorrere più di quindici giorni, salva la presenza di «speciali circostanze» da indicare nel provvedimento di rinvio. È noto invece che nella prassi ordinaria le udienze anche istruttorie per ragioni che non è necessario indagare in questa sede si susseguono con distanziamenti temporali assai più lunghi, che in non sporadici casi raggiungono diversi mesi, con il risultato di spingere molti giudizi civili italiani ben oltre una durata che si possa definire ragionevole.

L'udienza cartolare pandemica

A fronte del descritto quadro normativo, che definirei consolidatissimo, per affrontare sul piano giudiziario l'emergenza epidemiologica da covid-19 ed assicurare il necessario distanziamento sociale, il Governo in sede di decretazione d'urgenza dispose in prima battuta la sospensione di tutte le udienze, le attività e i termini processuali, a partire dal 9 marzo del 2020 e fino all'11 maggio 2020, salvo che per un limitato elenco di cause sottratte all'arresto; cessato il periodo di sospensione generalizzata delle udienze, dal 12 maggio e fino al 30 giugno 2020 venne attribuita ai dirigenti degli uffici giudiziari la responsabilità di adottare le misure organizzative valutate necessarie sulla scorta delle emergenze epidemiologiche certificate nel territorio di riferimento⁴.

L'intera disciplina degli istituti processuali speciali che hanno trovato applicazione durante il già citato periodo, è stata racchiusa nell'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, come poi modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020, n. 70.

Successivamente, con la pubblicazione della legge 17 luglio 2020, n. 77, di conversione con modificazioni del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, sono entrate in vigore – il 19 luglio 2020⁵ – tutte le disposizioni contenute nell'art. 221 del detto decreto-legge, come introdotte appunto in sede di sua conversione. Da questo momento può dirsi avviata per i processi civili una nuova fase dell'emergenza⁶, arricchita poi dalle ulteriori disposizioni contenute nell'art. 23 del d.l. 28 ottobre

2020, n. 1377, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176; questa fase, che è ancora in corso mentre si scrive, pare destinata a concludersi – salve ulteriori proroghe – il 31 dicembre 2022⁸.

Ora, tra le altre misure organizzative affidate alla scelta del capo dell'ufficio, l'art. 83, comma 7, lett. h), del d.l. n. 18 del 2020, prevedeva lo svolgimento delle udienze civili, che non richiedessero la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, «mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice».

Questa modalità di celebrazione delle udienze, poi, venne riproposta come autonoma scelta del giudice e non più quale misura organizzativa dettata dal capo dell'ufficio, dall'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77 del 2020, a tenore del quale «Il giudice può disporre che le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti siano sostituite dal deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni».

Nei primi commenti, sia al d.l. n. 18 del 2020 che al d.l. n. 34 del 2020, la sostituzione dell'udienza con uno scambio di note scritte è stata subito battezzata come la c.d. udienza cartolare⁹ e così la chiameremo anche in questo scritto, nella consapevolezza che non di udienza si tratta, ma di un procedimento in surrogata della stessa, che infatti non viene affatto tenuta dal giudice.

Le conclusioni finali delle parti devono compendiare quella che sarebbe stata la discussione orale affidata al difensore. Esse non possono essere utilizzate come strumento per ottenere una indebita rimessione in termini della parte, la quale per sua colpa abbia fatto decorrere eventuali termini per il deposito di scritti difensivi. Insomma, non è possibile utilizzare l'udienza cartolare per fare entrare nel processo atti come quelli previsti dall'art. 183, comma sesto, c.p.c., ovvero le comparse conclusionali e le memorie di replica indicate dall'art. 190 c.p.c., come pure le "comparse e memorie" previste ed autorizzate dal giudice ai sensi dell'art. 170, comma quarto, c.p.c.¹⁰

Mentre la norma sull'udienza cartolare contenuta nell'art. 83, comma 7, lett. h), del d.l. n. 18 del 2020, nulla precisava sui limiti temporali per depositare le istanze e conclusioni scritte, dovendosi quindi ritenere come termine ultimo per il detto deposito, la data e l'ora fissata per la celebrazione dell'udienza¹¹, nell'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, è stabilito chiaramente che il giudice comunica alle parti la decisione di svolgere l'udienza in modalità cartolare almeno trenta giorni prima della data fissata per la stessa e, assegna loro, altresì, un termine fino a cinque giorni prima della predetta data per il deposito delle note scritte.

E tuttavia, la norma non definisce espressamente come perentorio il detto termine, ponendo quindi il dubbio se il giudice possa o meno ugualmente utilizzare le note scritte, quando siano state depositate dopo la scadenza del quinto giorno precedente la data dell'udienza; la questione assume una sua precisa rilevanza, perché l'omesso deposito delle note scritte, come si dirà sotto, è equiparato ai fini processuali dal legislatore alla mancata comparizione delle parti all'udienza.

In Corte di cassazione, invece, le conclusioni del procuratore generale sono trasmesse quindici giorni prima dell'udienza alla cancelleria a mezzo PEC e da quest'ultima – con lo stesso mezzo – comunicate ai difensori delle parti che, entro cinque giorni prima dell'udienza, possono depositare memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c. sempre a mezzo PEC. È chiaro poi che attraverso queste modalità l'udienza in concreto non viene celebrata; sembra escluso, dunque, che debba essere redatto il relativo verbale, ai sensi dell'art. 126 c.p.c., che, com'è noto, presuppone la presenza fisica delle parti davanti ad un giudice in un'aula d'udienza e serve, appunto, a documentare esattamente quanto ivi accaduto¹².

Quanto al mancato deposito delle note scritte entro il termine stabilito dal giudice, mentre nella vigenza dell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020 era discussa l'applicabilità del combinato disposto degli artt. 181 e 309 c.p.c.¹³, nessun dubbio residua oggi con la nuova formula dell'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, laddove stabilisce seccamente l'applicabilità del primo comma dell'art. 181 c.p.c. nel caso di omesso deposito delle note da tutte le parti.

(Segue). L'ambito di applicazione della cartolare

Ora, se vogliamo tracciare gli esatti confini dell'udienza cartolare, occorre precisare che, di primo acchito, essa sembrerebbe utilizzabile – visto il riferimento espresso al «deposito telematico» – nei soli processi in cui sia applicabile la disciplina sui depositi telematici degli atti processuali (il c.d. PCT), come regolamentata attualmente dal d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, successivamente novellato dal d.m. 15 ottobre 2012, n. 209 e dal d.m. 3 aprile 2013, n. 48.

E tuttavia, a partire dal 25 dicembre 2020¹⁴, come anticipato, una peculiare ipotesi di udienza cartolare è stata introdotta in sede di conversione del d.l. n. 137 del 2020, con il comma 8-*bis* dell'art. 23, in relazione alle udienze in Cassazione¹⁵, dove pacificamente il deposito telematico degli atti processuali è divenuto ammissibile – e pure solo in via facoltativa – soltanto a partire dal 31 marzo 2021¹⁶, cioè ben dopo l'entrata in vigore della detta disposizione; può sostenersi allora che, attraverso il ricorso alla sola posta elettronica certificata, anche nei procedimenti ove non è ancora consentito il deposito telematico di tutti gli atti processuali (si pensi agli uffici del Giudice di pace) sia possibile ricorrere allo scambio cartolare.

L'attuale udienza cartolare, poi, non è certamente utilizzabile quando sia prevista la presenza necessaria di soggetti «diversi dai difensori delle parti». E tuttavia, l'art. 23, comma 6, del d.l. n. 137 del 2020, in evidente deroga alla detta regola generale, consente oggi la cartolarizzazione, su richiesta concorde delle parti, per le udienze destinate alla comparizione personale dei coniugi davanti al presidente del tribunale in sede di separazione consensuale e di divorzio congiunto. La rinuncia alla partecipazione, in questo caso, dovrà essere depositata almeno quindici giorni prima dell'udienza, accompagnata da una dichiarazione resa dai coniugi di essere a conoscenza delle norme processuali che prevedono la partecipazione all'udienza e di aver aderito liberamente alla possibilità di rinunciare alla partecipazione all'udienza, non avendo ovviamente in animo di conciliarsi.

In definitiva, sono escluse dalla trattazione cartolare, poiché siamo di fronte ad udienze in cui è necessaria la partecipazione personale delle parti, quelle finalizzate alla conciliazione personale dei litiganti, all'esperimento dell'interrogatorio formale o del giuramento di una delle parti e, in linea generale, tutte le udienze istruttorie, comprese ovviamente quelle dedicate all'escussione dei testimoni.

In tema, peraltro, occorre ricordare che già l'art. 257-*bis* c.p.c., introdotto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, prevede oggi la possibilità per il giudice «tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza», di disporre l'assunzione della deposizione del testimone mediante risposte ai quesiti da fornire per iscritto nel c.d. “modello di testimonianza”, che deve essere sottoscritto con firma autenticata e poi trasmesso alla cancelleria del giudice; in questo modo, ancorché con scarso successo nella prassi quotidiana, può dirsi già codificata nel Codice una “istruttoria testimoniale cartolare”, sostitutiva dell'udienza innanzi all'istruttore.

Non sembra, invece, che possa costituire ostacolo alla celebrazioni di udienze “cartolari”, la partecipazione del pubblico ministero nelle cause in cui essa è prevista come necessaria, ovvero nelle quali vi sia stato comunque un suo intervento volontario; non è decisiva in senso contrario la circostanza che l'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, non menzioni questa parte processuale – a differenza del comma 7 dell'art. 221 del ridetto d.l. n. 34, che è riferito alle sole udienze da remoto –, in quanto non vi sarebbe alcuna plausibile ragione per differenziare il trattamento della parte pubblica rispetto a quello riservato alle altre parti e, peraltro, solo per questa forma di celebrazione delle udienze¹⁷. Del resto, la cartolarizzazione dell'udienza in Cassazione dove l'intervento del P.M. è necessario ex art. 70 c.p.c., rimuove oggi ogni dubbio sulla possibilità di utilizzare detta formalità nei procedimenti in cui è prevista appunto la presenza del pubblico ministero.

Ad avviso di taluni¹⁸, lo scambio cartolare in prima udienza di comparizione appare difficilmente praticabile, nei casi in cui il convenuto non si sia tempestivamente costituito entro venti giorni prima dell'udienza; e ciò in quanto esso ha facoltà di costituirsi fino alla data stessa di udienza (art. 171 c.p.c.) e ove ciò avvenisse, sarebbe impossibile per l'attore esercitare il contraddittorio rispetto ai contenuti della comparsa di risposta. In realtà, nella prassi si è posto rimedio a siffatta problematica, assicurando alla parte attrice la facoltà di chiedere il differimento dell'udienza di comparizione, quando la costituzione del convenuto sia avvenuta appunto nelle immediatezze della stessa.

In linea generale, poi, sulla possibilità di sostituire l'udienza pubblica con il descritto scambio cartolare, sono state sollevate dagli interpreti talune perplessità¹⁹, avuto riguardo, per un verso, al venire meno della necessaria pubblicità dell'udienza e, per altro verso, alla inevitabile strozzatura che la discussione orale rischia di subire, una volta sostituita *tout court* da istanze e conclusioni.

In particolare, si è detto che le udienze cartolari non soddisferebbero il principio di pubblicità sancito dal nostro sistema convenzionale, atteso che l'art. 6 della CEDU menziona espressamente tra i requisiti di un equo processo – anche per le cause relative a diritti civili e obbligazioni – il diritto della persona «a che la sua causa sia esaminata in una udienza pubblica». È vero poi che nei processi civili la stessa Corte Edu ammette che la decisione possa essere presa anche in assenza di un'udienza pubblica, là dove vengano sollevate questioni giuridiche di carattere limitato o qualora il processo sia di natura esclusivamente giuridica o tecnica, ma di regola la persona ha diritto all'udienza pubblica prima che il caso venga deciso²⁰.

Al riguardo, va pure segnalato un arresto del Consiglio di Stato, il quale – sia pure nel diverso

regime dettato dall'art. 84, comma 5, del d.l. 18 del 2020²¹ ha dubitato della conformità a Costituzione di un contraddittorio cartolare coatto, cioè non frutto di una libera opzione difensiva, bensì imposto anche contro la volontà delle parti, che invece preferiscano differire la causa a data successiva al termine della fase emergenziale, configurandosi addirittura una deviazione irragionevole rispetto ai principi del giusto processo²².

Non va trascurato, poi, che per i giudizi innanzi alla Corte costituzionale, il suo Presidente aveva stabilito che durante l'emergenza epidemiologica le udienze pubbliche fossero differite ad altra data, salva l'ipotesi in cui tutte le parti avessero chiesto – tramite una PEC – che la questione passasse in decisione in camera di consiglio, rinunciando sostanzialmente alla discussione orale²³.

Dunque, almeno con riferimento all'udienza pubblica di discussione della causa ex art. 281-sexies c.p.c., merita sicura attenzione il suggerimento avanzato da chi ha evidenziato l'opportunità di assicurare sempre un previo confronto tra le parti e il giudice sul modello previsto dagli artt. 190, comma secondo, 275, comma secondo e 352, comma secondo, c.p.c., per individuare quali siano le forme più adatte per celebrare il processo²⁴.

E in proposito, a differenza che nel regime previgente, l'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, stabilisce oggi che ciascuna delle parti può presentare istanza di trattazione orale entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento adottato dal giudice. Innanzi alla Corte di cassazione, poi, ai sensi dell'art. 23, comma 8-bis, del d.l. n. 137 del 2020, se una delle parti o il procuratore generale fa richiesta di discussione orale – mediante PEC da inviare, a pena di decadenza, almeno venticinque giorni liberi prima dell'udienza – il presidente del collegio dovrà senz'altro disporre la celebrazione dell'udienza in presenza.

Ora, è vero che la norma in esame si limita ad affermare che, se vi è richiesta di trattazione orale, il giudice «provvede entro i successivi cinque giorni», restando in dubbio se la decisione di fissare udienza nelle forme tradizionali sia necessitata o invece affidata ad una valutazione discrezionale del decidente. Considerato, tuttavia, che la richiesta della parte non è subordinata a qualsivoglia presupposto e che nelle ipotesi di trattazione cartolare innanzi alla Corte di cassazione, come visto, è sempre necessario il consenso delle parti per la celebrazione dell'udienza nella forma solo documentale, sembra preferibile la tesi a tenore della quale il giudice sia sempre vincolato a fissare la trattazione *in praesentia*, se vi è richiesta di almeno una delle parti.

L'udienza cartolare nella riforma del processo civile

Sul finire dello scorso anno il Parlamento ha approvato la legge 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”.

Tra i vari criteri direttivi della delega, tesi a rendere i procedimenti civili più celeri ed efficienti, spicca quello contenuto nell'art. 1, comma 17, della legge n. 206 del 2021, che introduce talune interessanti novità proprio in tema di processo civile telematico.

E in quest'ambito, con riferimento alle numerose misure introdotte per la prima volta nel nostro ordinamento con la decretazione d'urgenza dettata dall'emergenza pandemica del 2020, la legge delega prevede ora l'applicazione a regime di talune di esse, riprendendo in particolare sostanzialmente in forma integrale le disposizioni concernenti l'udienza c.d. telematica e quella c.d. cartolare.

Più in dettaglio, il ricordato comma 17, lett. m) e o), della legge n. 206 del 2021, generalizza la possibilità di sostituire l'udienza in presenza con il deposito telematico di note scritte contenenti istanze e conclusioni, entro un termine perentorio stabilito dal giudice, a condizione che si tratti di una udienza in cui non sia prescritta la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice. Dunque, mentre la trattazione cartolare pandemica era riservata esclusivamente a sostituire le udienze in cui era prevista la presenza necessaria soltanto dei difensori, oggi con la riforma si amplia lo spettro delle udienze che possono essere sostituite, sostanzialmente ricomprendendole tutte, salvo quelle dedicate all'istruttoria orale con i testimoni, che è incompatibile con la trattazione scritta, salva l'ipotesi speciale della testimonianza scritta oggi codificata dall'art. 257-bis c.p.c.

Ne consegue che anche l'udienza di prima comparizione che nel disegno del legislatore della riforma è destinata di nuovo al tentativo obbligatorio di conciliazione delle parti (art. 1, comma 5, lett. i), n. 1)²⁵ potrà essere in teoria sostituita dalla trattazione cartolare. Diviene difficile, peraltro, immaginare come il tentativo di conciliazione possa essere esperito dal giudice senza la presenza delle parti in un contraddittorio scritto mediato dai difensori delle parti; forse al pari di quanto è previsto per

l'udienza di comparizione dei coniugi in sede di separazione consensuale, su cui si dirà oltre, si potrebbe immaginare che la cartolare possa essere utilmente esperita in prima comparizione, solo quando tutti i difensori delle parti abbiano dichiarato nelle note scritte che le parti non intendono addivenire ad una conciliazione, mentre in presenza della volontà di conciliarsi espressa da almeno uno dei litiganti, sarà necessario fissare una udienza di comparizione in presenza delle parti.

Anche l'udienza fissata per l'interrogatorio formale della parte ovvero per il suo giuramento, in linea teorica potrebbe essere sostituita dalla cartolare, visto che è prevista la presenza necessaria delle sole parti, oltre che del difensore; non v'è chi non veda, tuttavia, come sarebbe inimmaginabile un interrogatorio formale sostituito da note scritte e, quindi, deve ritenersi che rimarrà necessario in questo caso fissare udienza in presenza. Il ricorso all'udienza cartolare diviene obbligatorio e questa è di certo una significativa novità rispetto a quanto disposto dall'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020 in caso di richiesta congiunta di tutte le parti costituite, mentre rimane ferma la possibilità per le medesime di opporsi alla decisione del giudice.

Siccome non è prevista alcuna condizione perché la parte possa invocare la celebrazione dell'udienza in presenza, deve ritenersi che la richiesta non debba essere neppure motivata e il giudice istruttore non possa respingerla *d'embèle*, come parimenti la richiesta congiunta di tutti i difensori dovrebbe sottrarre al giudice la facoltà di fissare comunque un'udienza nelle forme tradizionali.

Nei soli procedimenti di separazione consensuale, ovvero di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio su istanza congiunta delle parti sulla scia di quanto previsto dall'art. 23, comma 6, del d.l. n. 137 del 2020, le parti potranno formulare una istanza di rinuncia alla partecipazione all'udienza, confermando nelle conclusioni scritte del ricorso la volontà di non volersi riconciliare con l'altra parte. Si tratta di una soluzione che prende atto della circostanza che difficilmente le parti in questi casi sono disposti ad una riconciliazione e, quindi, appare conveniente sottrarre ad una inutile comparizione personale davanti al presidente del tribunale.

La delega introduce poi, in maniera sicuramente opportuna, la previsione che il termine per depositare le note e conclusioni scritte sia espressamente perentorio; devono ritenersi dunque superati – per il futuro – i dubbi sulla possibilità di ammettere depositi tardivi dalle parti, purché prima della data fissata per la celebrazione dell'udienza. Ancora, pure in mancanza di alcuna indicazione tra i criteri direttivi, deve ritenersi che il giudice come è previsto oggi dall'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2021 debba fissare l'udienza cartolare con un congruo anticipo, anche se l'omessa osservanza del termine di legge non incide certo sulla possibilità di svolgere il contraddittorio in forma cartolare.

Ancorché difetti una indicazione nella legge delega, pare ragionevole ipotizzare che anche nella nuova udienza cartolare troverà applicazione il meccanismo previsto dagli artt. 181 e 309 c.p.c., con il risultato che in caso di mancato deposito di note scritte nel termine stabilito da tutte le parti, il giudice dovrà avviare la causa verso la cancellazione dal ruolo e l'estinzione.

Infine, rimane ferma la possibilità, già prevista dall'art. 221, comma 8, del d.l. n. 34 del 2020, di sostituire l'udienza fissata per la comparizione e il giuramento del consulente tecnico d'ufficio, con il deposito telematico di una dichiarazione sottoscritta con firma digitale recante il giuramento di cui all'art. 193 c.p.c. Se si tiene conto che con la novella in esame anche l'udienza destinata alla presenza «degli ausiliari del giudice», a differenza che nel passato, può essere sostituita dallo scambio cartolare, potrebbe forse apparire non necessaria l'inserimento espresso di un criterio direttivo sul punto.

Conclusioni

La riforma del processo civile approvata dal Parlamento nel 2021, ripropone la c.d. "udienza cartolare" come modello processuale non più ad efficacia temporanea, ma quale strumento da utilizzare a regime; e questa soluzione si giustifica ampiamente alla luce del generale apprezzamento ricevuto dagli operatori, magistrati ed avvocati, durante il periodo pandemico.

Rimangono, tuttavia, alla luce dell'attuale testo della delega, talune perplessità sulla scelta di generalizzare la cartolarizzazione senza codificarne i limiti, se non quello della presenza necessaria dei testimoni da escutere (salvo il caso di testimonianza scritta), dovendosi comunque fissare udienza in presenza anche quando occorre procedere all'interrogatorio formale ovvero al giuramento di una delle parti in lite.

Altro dubbio permane, infine, sulla previsione che il giudice debba comunque fissare l'udienza cartolare se vi è richiesta congiunta di tutte le parti, restando preferibile accordare al decidente la possibilità di negare la chiesta cartolarizzazione, sia pure con adeguata motivazione²⁶. E allo stesso modo, è forse preferibile che la richiesta di almeno una delle parti di fissare udienza in presenza, in luogo di quella cartolare, debba essere motivata, accordandosi al giudice la facoltà

di respingerla quando l'istanza sia priva di una plausibile motivazione.

Spetterà ai decreti delegati del Governo adottare le soluzioni di dettaglio che appaiono più idonee a rimuovere dette criticità, nella consapevolezza che con l'introduzione a sistema dell'udienza c.d. cartolare, il processo civile italiano non sarà più quello che abbiamo visto negli ultimi 80 anni di vigenza del Codice di rito.

Note

- 1 Ai sensi dell'art. 84 disp. att. c.p.c. le udienze davanti al giudice istruttore non sono pubbliche.
- 2 L'art. 2 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, ha sostituito integralmente l'art. 180 c.p.c., riproducendo il suo testo originario del '40 privo della c.d. appendice scritta.
- 3 L'art. 54, comma 5, della legge 18 giugno 2009, n. 69 ha soppresso integralmente la disciplina del rito societario.
- 4 Per un quadro completo delle misure processuali speciali in tempo di pandemia, *si vis*, G. Fichera-E. Escriva, *Le quattro fasi del processo civile al tempo della pandemia*, su www.judicium.it, 2021.
- 5 Ai sensi dell'art. 15, comma 5, della legge 23 agosto 1988, n. 400, le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione «hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente».
- 6 A. Carratta e G. Costantino, *Quadro d'insieme della legislazione d'emergenza*, in *Giur. it.*, fasc. 8-9, 2020.
- 7 Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 28 ottobre 2020 ed entrato in vigore il giorno successivo.
- 8 In forza dell'art. 16 del d.l. 30 dicembre 2021, n. 228, ancora in corso di conversione.
- 9 Si veda A. Panzarola e M. Farina, *Il diritto processuale civile e la emergenza covid-19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, su www.judicium.it, 29 maggio 2020, par. da 8 a 12.
- 10 C. Mancuso, in A. Didone-F. De Sanctis (a cura di), *Il processo civile solidale dopo la pandemia*, Milano, 2020, p. 78.
- 11 Nella proposta di protocollo per udienze civili tramite trattazione scritta, predisposta dal CSM in collaborazione con il CNF, è stabilito che il giudice dovrà assegnare congruo termine, eventualmente differenziato per ciascuna parte, per il deposito telematico delle note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni; la cancelleria provvederà a comunicare il provvedimento di assegnazione dei termini per le note ai difensori; il giudice potrà mantenere la data di udienza già fissata, stabilire una data di udienza anticipata o differita rispetto a quella originaria oppure fissare una data *ex novo*; l'udienza comunque fissata costituirà, sia per le parti che per il giudice, il momento a partire dal quale dovrà essere adottato il provvedimento del giudice.
- 12 Secondo C. Mancuso, in A. Didone-F. De Sanctis (a cura di), *Il processo civile solidale dopo la pandemia*, cit., 80, il verbale dovrebbe essere redatto in ogni caso quando l'udienza cartolare è quella fissata per la decisione della causa ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c.
- 13 Sull'applicabilità dell'art. 309 all'udienza figurata, vedi F. Caroleo, R. Ionta, *L'udienza civile al tempo del coronavirus*, su Giustizialinsieme.it, 2020, p. 10. Il parere approvato dal *plenum* del CSM il 26 marzo 2020, esclude comunque che sia invocabile la mancata comparizione delle parti per disporre la cancellazione della causa dal ruolo la conseguente estinzione del giudizio.
- 14 Data di entrata in vigore della legge n. 176 del 2020, di conversione del d.l. n. 137 del 2020.
- 15 Sull'udienza cartolare in Cassazione, R. Frasca, *L'udienza pubblica "eventuale" della Cassazione Civile (cioè a libito di una parte e/o del Pubblico Ministero)*, su www.QuestioneGiustizia.it, 7 gennaio 2021.
- 16 In forza del provvedimento del direttore generale DGSIA 27 gennaio 2021.
- 17 Il dubbio è sollevato nel parere approvato dal CSM nel *plenum* del 26 marzo 2020.
- 18 U. Corea, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia civile ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria*, su www.Judicium.it, 4 giugno 2020.
- 19 Si veda A. Panzarola e M. Farina, *Il diritto processuale civile e la emergenza covid-19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, cit.
- 20 U. Corea, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia civile ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria*, cit.
- 21 La norma dispone che «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati», soggiungendo che «le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione».
- 22 Cons. Stato, Sez. VI, 21/04/2020, n. 2539.
- 23 Si veda il provvedimento del Presidente della Corte costituzionale del 24 marzo 2020.
- 24 G. Costantino, *La giustizia da remoto: adelante con ... juicio (seconda parte)*, su www.Giustizialinsieme.it, p. 5.
- 25 La delega prevede espressamente che «nel corso dell'udienza di comparizione le parti devono comparire personalmente ai fini del tentativo di conciliazione previsto dall'articolo 185 del codice di procedura civile»
- 26 Lo sottolinea il parere sul d.d.l. n. 1662/XVIII approvato dal *plenum* del CSM il 15 settembre 2021.



Organizzazione giudiziaria e deontologia

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e l'attuazione dell'ufficio per il processo



di Gianluca Grasso

Componente del Comitato direttivo della Scuola Superiore della Magistratura

It

Il testo affronta la tematica dell'ufficio per il processo, modulo organizzativo introdotto nel 2014 con l'intento di istituire uno staff al servizio dei magistrati, traendo spunto da quanto realizzato in altri ordinamenti. Dopo un lungo periodo di sperimentazione, la svolta sembrerebbe costituita dal reclutamento di personale addetto all'ufficio del processo per l'attuazione del PNRR. Nonostante le possibili riserve su alcuni aspetti della riforma, la misura rappresenta un'opportunità per verificare l'efficacia di questo modulo organizzativo, superando la lunga fase di fatto sperimentale, cui l'assenza di risorse aveva relegato l'istituto.

 **Giustizia - Ordinamento giudiziario - Ufficio per il processo - PNRR.**

Eng

The paper covers the issue of the 'Office for the trial', an organisational module introduced in 2014 with the aim of establishing a staff serving the judiciary, drawing inspiration from what has been done in other countries. After a long period of experimentation, the turning point would appear to be the recruitment of trial office staff for the implementation of the PNRR. Despite possible reserves on some aspects of the reform, the measures contained in the PNRR represent an opportunity to verify the effectiveness of this organisational module, overcoming the long experimental phase, to which the lack of resources had confined the instrument.

 **Justice - Judicial system - Office for the trial - PNRR**

Sommario

1. Premessa - 2. Alla ricerca di risorse adeguate per il sistema giustizia: genesi e attuazione dell'ufficio per il processo - 3. Limiti (e opportunità) dell'ufficio per il processo: le risorse del PNRR.

1. Premessa

Con l'approvazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza¹ (PNRR), entra nel vivo l'attuazione dell'ufficio per il processo, modulo organizzativo introdotto nel 2014² con l'intento di istituire uno staff al servizio dei magistrati, traendo spunto da quanto realizzato in altri ordinamenti, ove tale supporto è da tempo presente³.

Dopo un lungo periodo di sperimentazione, affidato a un insieme eterogeneo di risorse (personale amministrativo, giudici onorari e tirocinanti), la svolta è ora costituita dall'avvio delle procedure di reclutamento di personale assunto a tempo determinato e specificamente addetto all'ufficio del processo per l'attuazione del PNRR sul versante del Ministero della giustizia (artt. 11-17 del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113).

Serviranno queste misure straordinarie a raggiungere gli obiettivi auspicati di maggiore efficienza del sistema giustizia? Potranno finalmente i magistrati dedicarsi all'attività propria della loro funzione, ossia quella di rendere giustizia, decidendo le controversie loro affidate, lasciando ad altri le attività strumentali all'esercizio della giurisdizione?

2. Alla ricerca di risorse adeguate per il sistema giustizia: genesi e attuazione dell'ufficio per il processo

La disponibilità di risorse adeguate, anche sul piano umano, per poter svolgere in maniera efficiente le funzioni giudiziarie, è stata oggetto di reiterate richieste da parte della magistratura italiana.

Nel parere n. 6 del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) del 24 novembre 2004⁴ si sottolinea che i giudici dovrebbero disporre di assistenti con buone competenze in campo giuridico (assistenti dei giudici o referendari) cui poter delegare, sotto il loro controllo e responsabilità, alcune attività come la ricerca sulla legislazione e la giurisprudenza, la stesura di documenti semplici o standardizzati, nonché i rapporti con gli avvocati e/o il pubblico. Agli assistenti giudiziari nei tribunali e alle loro relazioni con i giudici è stato dedicato il parere n. 22 (2019) del CCJE. Secondo le conclusioni del parere n. 22, assistenti giudiziari competenti possono fornire un valido supporto ai giudici e quindi contribuire a migliorare il lavoro dei tribunali a tutti i livelli (paragrafi 11 e 15) e possono essere uno strumento importante per migliorare l'efficienza dei tribunali (paragrafo 13).

La crescita esponenziale dell'arretrato⁵, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, specie nel settore civile, dovuta a fattori molteplici, ha finito per pesare sull'efficienza della giustizia e tuttora costituisce un fattore di freno del sistema paese, nonostante l'elevatissima produttività dei magistrati italiani e i miglioramenti riscontrati nella riduzione dei tempi di trattazione dei procedimenti⁶.

Accanto alle riforme del rito, alle modifiche sulla competenza dei singoli giudici o alla rivisitazione delle modalità di accesso alla professione forense⁷, la richiesta dei magistrati si è appuntata sulla necessità di fornire a ciascun giudice gli strumenti per poter esercitare le proprie funzioni, primo fra tutti quello di una figura che assista il giudice nella preparazione del suo lavoro (ricerca dottrinale e giurisprudenziale, redazione di minute, organizzazione dei flussi, ecc.), non solo sul piano meramente amministrativo (formazione del fascicolo, deposito degli atti, verbalizzazione in udienza, ecc.).

Tra le misure che non hanno avuto attuazione va ricordata la proposta contenuta nel c.c.n.l. 1998-2001. Il protocollo d'intesa sulle posizioni organizzative del personale dell'amministrazione giudiziaria, allegato al contratto collettivo integrativo per il ministero della giustizia, validità 1998-2001, prevedeva l'individuazione di 1.200 «lavoratori cui sia affidato il compito di provvedere, secondo le indicazioni del magistrato, a raccogliere la pertinente documentazione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale per lo studio delle questioni sottoposte al suo esame, ovvero di predisporre, a sua richiesta, schemi di provvedimenti giurisdizionali aventi carattere di semplicità e ripetitività, da destinare prioritariamente alla giustizia del lavoro, alla volontaria giurisdizione, al settore fallimentare». Tale disposizione non è stata peraltro attuata in ragione dei suoi contenuti non sempre chiari e dei dubbi sorti in sede applicativa.

Deve essere inoltre richiamato il d.d.l. A.C. 2873⁸, presentato il 5 luglio 2007 durante la XV legislatura, che, col proposito di realizzare una riforma complessiva dell'organizzazione giudiziaria al fine di assicurare una maggiore rapidità ed efficienza del sistema giustizia, prevedeva l'introduzione dell'ufficio per il processo quale nuovo modello organizzativo degli uffici giudiziari che avrebbe determinato la riorganizzazione di tutte le cancellerie e le segreterie esistenti. Le nuove strutture avrebbero avuto il compito di svolgere ogni funzione necessaria a fornire assistenza all'attività giurisdizionale, tra cui la ricerca dottrinale e giurisprudenziale, la cura dei rapporti con le parti e il pubblico, l'organizzazione dei flussi dei processi sopravvenuti, la

formazione e tenuta dell'archivio informatizzato dei provvedimenti emessi.

Sul piano delle risorse da destinare all'ufficio per il processo, tuttavia, il d.d.l. affidava alla responsabilità del capo dell'ufficio e del dirigente amministrativo il compito di riempire di contenuti il nuovo modulo organizzativo ed è forse questo il maggiore limite della proposta, che rischiava di essere una scatola vuota in assenza di personale adeguato cui affidare lo svolgimento dei nuovi compiti. La disciplina prevedeva la possibilità di ricorrere all'ausilio di tirocinanti (praticanti avvocati, tirocinanti delle scuole di specializzazione per le professioni legali, dottori di ricerca) attraverso la stipula di specifiche convenzioni. Forme di tirocinio per i praticanti avvocati erano peraltro già state sperimentate presso alcuni uffici giudiziari sulla base di specifiche convenzioni approvate dal Csm.

Progetti sperimentali per sopperire alla scarsità di risorse sono stati in seguito realizzati presso alcuni uffici giudiziari (Tribunale di Firenze e Tribunale di Milano, ove l'«ufficio del giudice» è stato sperimentato in due sezioni e poi diffuso in tutto il settore civile nel corso dell'anno 2012), allo scopo di costituire uno staff di supporto del giudice⁹.

Si giunge, così, all'approvazione della disciplina dell'ufficio per il processo, prevista dal d.l. n. 90 del 2014, che ha introdotto l'art. 16 octies nel d.l. n. 179 del 2012, convertito con la l. n. 221 del 2012 con l'intento di «garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione».

Tale modulo organizzativo, previsto per gli uffici giudicanti (tribunali ordinari e corti d'appello, ed esteso, attraverso le previsioni della circolare sulle tabelle anche ai tribunali per i minorenni e ai tribunali di sorveglianza), sia in ambito civile sia nel settore penale, vede la partecipazione di figure diverse e tra loro complementari, quali la magistratura onoraria (giudici onorari presso i tribunali e giudici ausiliari presso le corti d'appello), il personale di cancelleria e i tirocinanti¹⁰ presenti negli uffici giudiziari.

In via attuativa, per i profili di propria competenza, il Ministro della giustizia ha emanato il d.m. 1° ottobre 2015, misure organizzative necessarie per il funzionamento dell'ufficio per il processo. Il decreto affida al presidente della corte d'appello o del tribunale il compito di articolare l'ufficio per il processo sulla base delle esigenze dei singoli uffici (art. 2), specificando che l'inserimento dei giudici ausiliari e dei giudici onorari di tribunale nell'ufficio per il processo non può comportare lo svolgimento di attività diverse da quelle previste dalle disposizioni vigenti e che al personale di cancelleria non possono essere affidati compiti e mansioni diversi da quelli previsti dalle disposizioni normative e contrattuali vigenti (art. 1). Tra le ulteriori attività si inserisce anche la creazione di una banca dati della giurisprudenza di merito (art. 7), avviata in via sperimentale ma ancora in fase attuativa, cui si affianca il progetto — approvato dal Csm — di ricostituzione della banca dati del merito, nell'ambito di Itagiureweb.

Il Csm, da par suo, è intervenuto adottando le prescrizioni organizzative contenute nella circolare sulle tabelle per il triennio 2017/2019 (art. 10 e 10 bis, all'esito della riscrittura di cui alla delibera del 18 luglio 2018) e ora contenute nella circolare sulle tabelle 2020-2022 (art. 10 e 11), così come specificate nelle linee guida del 15 maggio 2019.

Un'ulteriore spinta per la compiuta realizzazione dell'ufficio del processo è venuta dalla riforma della magistratura onoraria di cui al d.leg. n. 116 del 2017¹¹, secondo cui, nel corso dei primi due anni dal conferimento dell'incarico, i giudici onorari di pace nominati dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina devono essere assegnati all'ufficio per il processo e possono svolgere esclusivamente i compiti e le attività allo stesso inerenti (art. 9, 4° comma). Il Consiglio ha così ritenuto che almeno per i tribunali ordinari l'istituzione dell'ufficio per il processo sia diventata ineludibile, pena l'impossibilità di dare attuazione alla prima fase della riforma.

All'ufficio per il processo — secondo le indicazioni del Csm (art. 10, 6° comma, della circolare sulle tabelle) — sono attribuite tutte le attività di ausilio allo svolgimento del lavoro giudiziario, ivi compresi i compiti di preparazione e ricerca necessari alla soluzione degli affari e alla stesura dei provvedimenti; la redazione delle minute dei provvedimenti, costituisce modalità qualificante di impiego dei giudici onorari e dei tirocinanti all'interno dell'ufficio per il processo. All'ufficio per il processo possono essere altresì attribuiti compiti di supporto all'efficiente utilizzo dei sistemi informatici, quali, a titolo meramente esemplificativo, il coordinamento e il monitoraggio dei depositi telematici, nonché la tempestiva rilevazione delle problematiche derivanti dall'adozione di nuove tecnologie e di nuovi modelli organizzativi.

La delibera 15 maggio 2019 definisce i compiti che nell'ambito della struttura complessa possono essere assegnati a coloro che la compongono, distinguendo i giudici onorari (ritenendo particolarmente qualificanti i compiti di redazione di minute di provvedimenti e l'attività istruttoria e definitoria nell'ambito del processo civile e del lavoro, così come in sede d'appello la partecipazione alla definizione dei procedimenti e alla composizione del collegio) dai tirocinanti (che possono essere destinati allo studio dei fascicoli, all'approfondimento giurisprudenziale

e dottrinale, alla predisposizione delle minute dei provvedimenti, potendo altresì svolgere compiti di natura più propriamente amministrativa, come la verbalizzazione nelle udienze, il monitoraggio dei fascicoli più datati o la verifica delle comunicazioni e delle notifiche) e dal personale amministrativo (che può svolgere i soli compiti di natura amministrativa individuati dal dirigente amministrativo).

In tale contesto, specifico rilievo assume il profilo della formazione dei tirocinanti e della magistratura onoraria, affidata in entrambi i casi sia ai giudici professionali sia alla scuola superiore della magistratura.

3. Limiti (e opportunità) dell'ufficio per il processo: le risorse del PNRR

L'ufficio per il processo rappresenta un istituto complesso, composto da un insieme eterogeneo di risorse (personale amministrativo, giudici onorari e tirocinanti), cui sono assegnati compiti differenti per qualifica e competenze, e che necessitano di un'efficace (e strutturata) attività di coordinamento e di formazione da parte della magistratura professionale e della Scuola superiore della magistratura al fine di conseguire l'obiettivo di un'effettiva efficienza.

Se il personale di cancelleria lavora in genere a tempo indeterminato presso gli uffici giudiziari e la magistratura onoraria può contare su un orizzonte temporale di almeno due anni dal termine del tirocinio per la destinazione all'ufficio del processo, i tirocinanti sono in genere impiegati per un periodo che non può superare un anno, per i tirocini *ex art. 37 d.l. n. 98 del 2011*, o diciotto mesi per i tirocini formativi *ex art. 73 d.l. n. 69 del 2013*, frequenza nel complesso insufficiente per realizzare gli obiettivi previsti dalla legge istitutiva, tenuto conto della necessaria fase di formazione iniziale, per cui nel caso dei tirocinanti appare senz'altro prevalente la pur meritevole funzione formativa in favore dei laureati che si apprestano a entrare nel mondo delle professioni legali.

Nel nostro ordinamento, nonostante le richieste della magistratura associata, il legislatore non ha scelto la strada di costituire un vero e proprio «ufficio del giudice», cioè un gabinetto (*cabinet*), composto almeno da un assistente giudiziario e da un segretario assegnati al singolo magistrato, come accade, ad esempio, nella Corte costituzionale italiana (ove accanto alla struttura amministrativa vi sono degli assistenti di studio) o nella Corte di giustizia dell'Unione europea (in cui ciascun giudice o avvocato generale dispone di più *référéndaire*) o in altre realtà europee, quantomeno a livello di corti supreme¹², ma un «ufficio per il processo» a supporto di uno o più giudici professionali o di una o più sezioni, con il rischio di rendere meno efficace l'effettivo supporto a ciascun magistrato, con possibili disomogeneità a livello territoriale in ragione delle differenti risorse disponibili anche sul piano numerico.

Se l'intento che si vuole perseguire è quello di liberare il giudice dall'esecuzione di una serie di compiti strumentali e collaterali all'esercizio della funzione che gli è propria, che è quella giudiziaria e che consiste nel risolvere i casi che gli sono sottoposti, sarebbe preferibile che ciascun magistrato disponesse di una struttura affidata alla sua cura, come accade per le altre professioni legali.

Nonostante le criticità richiamate, l'ufficio del processo, *de iure condito*, è l'unico strumento a disposizione per migliorare l'efficienza del lavoro giudiziario e quindi rappresenta un'opportunità che va colta. La sua introduzione, tuttavia, non ha fin qui prodotto i risultati auspicati in termini di efficienza e di efficacia.

Ciò che ha impedito un impatto effettivamente risolutivo per i problemi legati al sovraccarico di lavoro giudiziario e alle attività di supplenza richieste al giudice è stata la carenza di risorse adeguate, essendo risultato limitato l'apporto dei tirocinanti (impiegati con finalità innanzitutto formativa per un periodo non superiore a 18 mesi), scarse le risorse amministrative e quelle dei magistrati onorari. Si è infatti pensato di conseguire risultati ambiziosi senza alcun investimento aggiuntivo («*nell'ambito delle risorse disponibili e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*», come prescritto dal 2 comma dell'art. 16-*octies* d.l. n. 179 del 2012). È stato questo il vulnus principale che ha impedito all'ufficio per il processo di svolgere il suo ruolo. Al riguardo, il parere n. 22 del CCJE puntualizza, nelle sue conclusioni, che «*gli Stati membri dovrebbero fornire un finanziamento adeguato per l'impiego di personale giudiziario qualificato, compresi - se impiegati - gli assistenti giudiziari (paragrafo 13)*».

Da questo punto di vista, le misure contenute nel PNRR rappresentano un'opportunità per verificare l'efficacia di questo modulo organizzativo, superando la lunga fase di fatto sperimentale, cui l'assenza di risorse aveva relegato l'istituto.

Allo scopo di consentire la piena attuazione dell'ufficio per il processo, il d.l. n. 80 del 2021 prevede infatti l'assunzione in due scaglioni, con contratto di lavoro a tempo determinato, di 16.500 unità di addetti all'ufficio nell'ambito della giustizia ordinaria e 326 unità nell'ambito di

quella amministrativa. A questi si affiancheranno 5.410 unità di personale amministrativo, da assumere con contratti di lavoro a tempo determinato della durata di 36 mesi per assicurare la piena operatività dell'ufficio del processo e supportare gli obiettivi prefissati per il Ministero della giustizia dal PNRR (art. 13).

I profili professionali non riguardano soltanto i laureati in giurisprudenza ma altresì quelli in economia, scienze politiche o titoli equipollenti.

Sul piano degli incentivi, si prevede che il servizio prestato con merito al termine del rapporto di lavoro costituirà titolo per l'accesso al concorso in magistratura e titolo di preferenza per l'accesso alla magistratura onoraria, equivalga a un anno di tirocinio professionale per l'accesso alla professione di avvocato e di notaio e a un anno di frequenza dei corsi della scuola di specializzazione per le professioni legali, nonché titolo di preferenza nelle successive procedure di selezione di personale a tempo indeterminato. Si apre così, in prospettiva, la possibilità che queste risorse impiegate a tempo determinato vengano in seguito in parte inserite nei ruoli del ministero attraverso le procedure concorsuali.

Al Ministro della giustizia è demandata l'individuazione dei tribunali o corti di appello cui assegnare gli addetti all'ufficio per il processo, tenuto conto del carico di lavoro (arretrato patologico e pendenza) e della dotazione organica dei magistrati togati, mentre l'individuazione delle modalità di utilizzo degli addetti all'ufficio del processo spetterà ai singoli capi degli uffici giudiziari, di concerto con i dirigenti amministrativo, tramite la predisposizione di uno specifico progetto organizzativo (art. 12).

L'allegato II al d.l. esemplifica, inoltre, le attività cui potranno essere destinati gli addetti all'ufficio per il processo, riprendendo quanto già indicato nella circolare sulle tabelle da parte del CSM. Si prevede così: lo studio dei fascicoli (predisponendo, ad esempio, delle schede riassuntive per procedimenti); il supporto al giudice nel compimento della attività pratico/materiale o di facile esecuzione, come la verifica di completezza del fascicolo, l'accertamento della regolare costituzione delle parti (controllo notifiche, rispetto dei termini, individuazione dei difensori nominati ecc.); il supporto per bozze di provvedimenti semplici, il controllo della pendenza di istanze o richieste o la loro gestione, l'organizzazione dei fascicoli, delle udienze e del ruolo, con segnalazione all'esperto coordinatore o al magistrato assegnatario dei fascicoli che presentino caratteri di priorità di trattazione, la condivisione all'interno dell'ufficio per il processo di riflessioni su eventuali criticità, con proposte organizzative e informatiche per il loro superamento; approfondimento giurisprudenziale e dottrinale; la ricostruzione del contesto normativo riferibile alle fattispecie proposte; il supporto per indirizzi giurisprudenziali sezionali; il supporto ai processi di digitalizzazione e innovazione organizzativa dell'ufficio e monitoraggio dei risultati; il raccordo con il personale addetto alle cancellerie.

Le procedure relative alle assunzioni del primo scaglione saranno completate entro i primi mesi del 2022.

Al fine di consentire un utile impiego delle risorse per collaborare i magistrati in tutte le attività collaterali al giudicare (ricerca, studio, monitoraggio, gestione del ruolo, preparazione di bozze di provvedimenti) sarà fondamentale l'attività di formazione, che dovrà essere rivolta non solo ai nuovi assunti ma anche al personale in servizio e ai magistrati che dovranno essere impegnati nella piena attuazione di tutte le potenzialità dei moduli organizzativi.

Si tratta di un appuntamento che la magistratura e il Ministero della giustizia non possono mancare se si vuole davvero imprimere quella svolta più volte auspicata nella gestione efficiente della giurisdizione, abbattendo l'arretrato e riducendo la durata dei procedimenti civili e penali.

La procedura delineata evidenzia nondimeno delle criticità.

Per il ruolo delicato che ricoprono gli assistenti giudiziari, il parere n. 22 del CCJE prescrive che la responsabilità della selezione degli assistenti giudiziari dovrebbe essere assegnata alla magistratura, non all'esecutivo, in un processo trasparente basato su criteri oggettivi e sul merito (paragrafi 42 e 43). Sotto questo punto di vista, il sistema prescelto non risulta pienamente conforme al modello delineato nel parere, data la vicinanza degli assistenti giudiziari al processo decisionale. La magistratura, secondo il CCJE, è nella posizione migliore per selezionare i candidati con le qualità e le competenze necessarie per assisterli. Tuttavia, le garanzie dello Stato di diritto presenti in Italia e le specifiche riguardanti i criteri di selezione indicate nel d.l. consentono di ridurre il rischio paventato.

Sarà importante, peraltro, definire le regole che disciplinano le relazioni di lavoro all'interno dell'ufficio per il processo. La condotta degli assistenti giudiziari può influenzare direttamente l'esercizio della giurisdizione. Pertanto, al di là degli aspetti relativi al riserbo sugli affari trattati (paragrafo 56), il parere prescrive che regolamenti e linee guida dovrebbero fornire indicazioni sulle relazioni di lavoro dei giudici e degli assistenti giudiziari e sulla loro condotta professionale ed etica (paragrafi 35-40, 58). Per garantire i diritti delle parti ai sensi dell'art. 6 della CEDU, il CCJE raccomanda che i giudici devono avere una piena padronanza del diritto e dei fatti, in modo che le decisioni giudiziarie rimangano pienamente proprie (paragrafo 18). Quanto più gli

assistenti giudiziari sono vicini al processo decisionale e quanto più pesante è il carico di lavoro dei giudici, tanto più importante è assicurare che i giudici mantengano il controllo del processo decisionale, supervisionando da vicino il lavoro degli assistenti giudiziari (paragrafi 14, 22). Le specifiche delle attività cui assistenti possono essere destinati, contenute nell'allegato II del d.l., rappresentano un perimetro puntuale di quanto è consentito delegare loro, ma sarà necessario un uso responsabile delle risorse da parte dei magistrati. I tirocinanti e gli addetti all'ufficio del processo, d'altronde, costituiscono un bacino importante per la selezione dei nuovi magistrati, come emerge dal sondaggio sui percorsi professionali e di formazione dei magistrati in tirocinio condotto dalla Scuola superiore della magistratura tra i vincitori dell'ultimo concorso, da cui traspare che più della metà (56%) ha effettuato il tirocinio formativo di 18 mesi presso gli uffici giudiziari¹³. Art. 16 octies d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito con la l. 17 dicembre 2012 n. 221, inserito dall'art. 50 d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito con la l. 11 agosto 2014 n. 114.

Note

- 1 Nell'analisi di impatto della regolamentazione sullo schema di decreto legislativo recante la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, a norma della l. 29 aprile 2016 n. 57, che sarebbe poi diventato il d.leg. n. 116 del 2017 e che ha inteso dare ulteriore impulso all'attuazione del progetto, si richiamano, ad esempio, gli ordinamenti di Austria, Olanda, Polonia, Francia e Stati Uniti.
2. Agli assistenti giudiziari nei tribunali e alle loro relazioni con i giudici è stato dedicato il parere n. 22 (2019) del Consiglio consultivo dei giudici europei, <<https://rm.coe.int/opinion-22-ccje-en/168098eeeb>>, preceduto da un ampio studio comparato realizzato sulla base di questionari nazionali, <<https://www.coe.int/en/web/ccje/opinion-no.-22-on-the-role-of-court-clerks-and-legal-assistants-within-the-courts-and-their-relationships-with-judges>>.
- 3 § 65 e conclusioni C.6 del parere sul giusto processo in un tempo ragionevole e sul ruolo di giudice nel processo, prendendo in considerazione i modi alternativi di composizione delle controversie, <<https://rm.coe.int/16807477c5>>.
- 4 Vedi già la risoluzione del Csm 18 maggio 1988, *Foro it.*, 1988, V, 249, sul tema «misure per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile», con riferimento al disegno di legge governativo presentato sull'argomento e in vista di eventuali nuove iniziative. In allegato alla risoluzione fu pubblicata una bozza di articolato di riforme urgenti del codice di procedura civile, redatto in parallelo ai lavori del gruppo di studio operante presso la commissione riforma del Csm. Sulle colonne di questa rivista cfr. altresì la raccolta di scritti I rinvii e l'arretrato nel processo civile, *id.*, 1995, V, 263 ss., con contributi di: I) V. STARACE, *Durata ragionevole del processo e impegni internazionali dell'Italia*, 263; II) G. MONTELEONE, *Tipi e cause dei rinvii*, 266; III) R. VACCARELLA, *Considerazioni su ragioni e funzioni del rinvio*, 268; IV) G. VERDE, *Ma la colpa non è dei rinvii*, 270; V) G. BORRÈ, *La novella del codice di procedura civile tra peso dell'arretrato e speranza di cambiamento*, 273; VI) F. CIPRIANI, *Il problema dell'arretrato*, 276; VII) A. PROTO PISANI, *Appunti sull'arretrato*, 284. Si vedano, in seguito, le proposte di F. CIPRIANI-M.G. CIVININI-A. PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, *id.*, 2001, V, 81.
- 5 Si veda, da ultimo, il rapporto *European judicial systems. CEPEJ Evaluation Report*, 2020, <https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc058>, che si basa sui dati del 2018.
- 6 F. CIPRIANI, *Troppi avvocati?*, in *Foro it.*, 1997, V, 241, metteva in guardia dalle facili semplificazioni, evidenziando che, «se diminuissero gli avvocati, non diminuirebbero le cause, in quanto le cause, salvo ineliminabili eccezioni (che possono pure essere molte, ma restano sempre eccezioni), esistono perché le vogliono le parti, non perché le vogliono gli avvocati. Del resto, si è visto che in Italia, tra il 1913 e il 1966, pur essendosi gli avvocati pressoché raddoppiati (da 21.488 a 37.800), le cause civili diminuirono di due terzi (da 1.200.000 a 464.000 all'anno)».
- 7 Su cui v. le considerazioni di S. DE NARDI, *L'istituzione dell'«ufficio per il processo» quale (tardiva) attuazione della Carta costituzionale*, in *Magistratura*, 2007, fasc. 4, 62, e G. DIOTALLEVI, *L'ufficio per il processo e il principio della ragionevole durata: una prospettiva costituzionale di efficienza*, *ibid.*, 52.
- 8 Cfr. L. VENANZIO, *L'ufficio per il processo*, in A. PENTA (a cura di), *La motivazione della decisione*, in *Quaderni del Foro napoletano*, 2017, n. 19, 301 ss.
- 9 In quest'ultimo ambito sono ricompresi sia i tirocini formativi di diciotto mesi ex art. 73 d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito, con modificazioni, con la l. 9 agosto 2013 n. 98, sia i tirocini ex art. 37, 5° comma, d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito, con modificazioni, con la l. 15 luglio 2011 n. 111, oggetto

di convenzioni stipulate dai capi degli uffici con le facoltà universitarie di giurisprudenza, con le scuole di specializzazione per le professioni legali e con i consigli dell'ordine degli avvocati per consentire ai più meritevoli, su richiesta dell'interessato e previo parere favorevole del Csm, lo svolgimento presso i medesimi uffici giudiziari del primo anno del corso di dottorato di ricerca, del corso di specializzazione per le professioni legali o della pratica forense per l'ammissione all'esame di avvocato. Sui tirocini presso gli uffici giudiziari, cfr. la risoluzione del Csm 29 aprile 2014, *Foro it.*, 2015, III, 174.

- 10 AA.VV., *La riforma organica della magistratura onoraria (d.leg. 13 luglio 2017 n. 116)*, in *Foro it.*, 2018, V, 1.
- 11 Cfr. le risposte al questionario per la preparazione del parere n. 22 e il relativo sommario in <https://tinyurl.com/yyf3nfnp>.
12. In Germania, i giudici della Corte costituzionale federale (Bundesverfassungsgericht) e dei tribunali federali (Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht, Bundesfinanzhof, Bundesarbeitsgericht, Bundessozialgericht) hanno assistenti giudiziari (Wissenschaftliche Mitarbeiter).
13. In Francia, i giudici sono affiancati dagli assistenti amministrativi e dagli assistenti giudiziari (assistants de justice), anche se la presenza di questi ultimi non è sistematica. Nella categoria degli assistenti giudiziari vi sono sia i «giuristi assistenti» (juristes assistants, assunti a tempo pieno o part-time, titolari di un dottorato in giurisprudenza o di un diploma di studi giuridici di almeno cinque anni e due anni di esperienza professionale in campo giuridico) sia gli assistenti giudiziari in senso stretto (laureandi, che forniscono supporto part-time per la preparazione delle decisioni dei giudici).
14. In Spagna, funzioni di assistente giudiziario si ritrovano presso la Corte di cassazione, ove i Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (LGTTS) partecipano al processo di scrittura delle decisioni dei giudici, sia con la preparazione degli studi preliminari, sia con la ricerca di precedenti o con la stesura di progetti di decisione. Diversa è la figura del Letrado de la Administracion de Justicia (LAJ) che opera presso ciascun tribunale con compiti amministrativi e di attestazione, in parte riconducibili al personale di cancelleria e all'ufficiale giudiziario.
15. Nel Regno unito, la maggior parte dei giudici dispone di un assistente amministrativo (clerk), mentre soltanto i giudici della corte d'appello o della Corte suprema possono beneficiare di un assistente giudiziario anche se non tutti dispongono di un assistente a tempo pieno (presso la Supreme Court vi è un assistente giudiziario ogni due giudici, nella Court of Appeal vi è un assistente per ciascun giudice che lo richieda, mentre nella High Court vi sono pochi assistenti giudiziari). Il compito principale di un assistente giudiziario nel sistema anglosassone è di predisporre un memorandum del caso attraverso una sintesi dei fatti, degli argomenti proposti da ciascuna parte e, talvolta, una sintesi della possibile soluzione.
- 16 <<https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/0/Sondaggio+sulle+attivita+svolte+prima+dell%E2%80%99accesso+in+magistratura.pdf/bcff72b6-b91e-3d02-5b9c-c6746b0ae02d?t=1625731930533>>



Informatica e nuove tecnologie

Le semplificazioni: un inquadramento



di Pierluigi Tonnara

Giudice presso la Sezione Civile
del Tribunale di Cassino.

It

Il presente contributo si sofferma sul tema delle semplificazioni, uno degli obiettivi perseguiti dal Governo già all'indomani della fine della c.d. "prima ondata" dell'evento pandemico e poi confluito nel Piano nazionale di rilancio e resilienza. L'articolo offre, quindi, un inquadramento dei principi ispiratori del d.l. n. 76/2020, con alcuni richiami alle recentissime novità introdotte dal d.l. n. 77/2021.



Pandemia; semplificazioni; liberalizzazioni; burocrazia; proporzionalità; procedimento amministrativo; digitalizzazione; pubblica amministrazione; amministrazione di risultato; performance; efficienza; efficacia; economicità.

Eng

This essay focuses on the theme of simplifications, one of the objectives pursued by the Italian Government already after the end of the so-called "first wave" of the pandemic event and then involved into the National Recovery and Resilience Plan (i.e., the national strategy to overcome the dramatic social and economic effects cause by covid-19). Therefore, the article offers an overview of the inspiring principles of the legislative decree n. 76/2020, with some references to the very recent innovations introduced by the d.l. n. 77/2021.



Pandemic; simplifications; liberalisations; bureaucracy; proportionality; administrative procedure; digitalisation; public administration; performance; efficiency; effectiveness.

Sommario

1. Premessa - 2. Semplificare la burocrazia - 3. Digitalizzare la pubblica amministrazione - 4. Brevi considerazioni finali

1. Premessa

Tra gli obiettivi del Piano nazionale di rilancio e resilienza ("PNRR"), legato alle risorse stanziata dall'Unione Europea per far fronte alle gravi ripercussioni economiche della pandemia², figura anche quello delle semplificazioni amministrative e della digitalizzazione della PA.

Ciò sul presupposto che la *"debole capacità amministrativa del settore pubblico italiano ha rappresentato un ostacolo al miglioramento dei servizi offerti e agli investimenti pubblici negli ultimi anni"* e che *"uno dei lasciti più preziosi del PNRR deve essere l'aumento permanente dell'efficienza della Pubblica Amministrazione e della sua capacità di decidere e mettere a punto progetti innovativi, per accompagnarli dalla selezione e progettazione fino alla realizzazione finale"*³.

Si tratta di temi invero molto ricorrenti⁴, tanto nel dibattito pubblico quanto nell'attività di legiferazione; ma la cui attualità ed importanza sono state, ancora di più, messe in evidenza dall'emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2⁵.

In tale contesto, rileva anzitutto il decreto legge n. 76 del 2020; intervento che esplicita, sin dalla sua denominazione ufficiale⁶, i principi-obiettivi che hanno guidato il Governo nell'ideazione del testo normativo: semplificazione e innovazione digitale nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione⁷.

Il provvedimento risale, invero, a un periodo antecedente all'adozione del PNRR e, in particolare, alla fine della "prima ondata"; in un momento, comunque, già caratterizzato dalla volontà governativa di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza sanitaria, non soltanto con misure tampone, ma anche con interventi tesi a risolvere alcuni problemi strutturali attinenti all'economia e ai servizi erogati dall'Amministrazione.

Fra questi vi è certamente quello della "burocrazia", nell'accezione atecnica e negativa che il termine ha assunto nel tempo. Come recentemente è stato scritto, *"la società continua ad essere antiburocratica. L'amministrazione viene ritenuta una "zavorra" per la crescita. È continua la richiesta di tagli alla burocrazia perché compromette l'efficienza e rappresenta un freno alla crescita economica e sociale"*⁸.

In altri termini, è il tema del c.d. rischio amministrativo, ossia degli elementi che rendono l'Amministrazione inefficiente e caratterizzata da regole non chiare e contraddittorie, con procedimenti lenti e farraginosi.

Proprio a tale ultimo riguardo, nel corso degli ultimi trent'anni, è progressivamente cresciuta la consapevolezza che il buon andamento della pubblica amministrazione dipende in buona misura dalla soddisfazione dei principi di efficienza, efficacia, ed economicità⁹: overosia, la capacità di utilizzare in modo efficiente le risorse per raggiungere obiettivi quantitativamente e qualitativamente adeguati¹⁰.

La stessa legge fondamentale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) già prevedeva un Capo dedicato alla "semplificazione dell'azione amministrativa"¹¹ contenente alcuni istituti quali il silenzio-assenso e la c.d. Dia/Scia, poi oggetto di successive plurime modifiche.

Il medesimo testo normativo introduceva altresì il principio del non aggravamento del procedimento¹², forse con l'intenzione di assegnare all'Amministrazione un margine di discrezionalità nella conduzione del procedimento, da adattare in ragione della complessità degli accertamenti da compiere e soprattutto degli interessi in gioco; sebbene poi, eccettuato l'universo delle autorità amministrative indipendenti¹³, sia comunque prevalsa la tendenza a disciplinare per via legislativa i vari procedimenti amministrativi in modo così minuzioso da privare l'Amministrazione del potere-dovere di strutturare l'agire amministrativo secondo moduli procedurali flessibili e proporzionati al fine.

In ogni modo, quella consapevolezza di dover plasmare un volto dell'Amministrazione al servizio dei consociati ha fatto nel tempo emergere la nozione di "amministrazione di risultato", ove l'enfasi è appunto posta sugli esiti complessivi dell'attività amministrativa, da valutarsi positivamente soltanto qualora consentano di assicurare ai privati servizi di una certa qualità e senza spreco di risorse pubbliche.

Da qui l'introduzione di significative evoluzioni nel campo del diritto amministrativo.

Solo per fare alcuni esempi, si pensi all'attuazione della rilevanza dei vizi formali dell'atto¹⁴, alle innovazioni in materia di controlli gestionali¹⁵, al trattamento economico accessorio del personale delle amministrazioni ancorato alle *performance* individuali e a quelle dell'organizzazione nel suo complesso (c.d. retribuzione di risultato)¹⁶, alla previsione di una specifica azione per l'efficienza amministrativa¹⁷, al progressivo mutamento dell'oggetto della giurisdizione, sempre più tesa verso un "giudizio sul rapporto" e non sull'atto¹⁸.

Ebbene, tornando alla semplificazione dei procedimenti e alla digitalizzazione, è evidente che si tratti di strumenti indispensabili proprio per attuare l'idea di un'Amministrazione che non ostacola l'esercizio delle libertà dei privati, ma anzi le soddisfa o le favorisce fornendo prestazioni adeguate e ben utilizzando le risorse a disposizione.

Per far ciò - ed è questo uno dei punti più critici della materia delle semplificazioni e delle innovazioni tecnologiche - si è compreso che non è possibile limitarsi a cambiare le regole dell'attività amministrativa¹⁹; aspetto, peraltro, non di immediata soluzione, giacché si tratta di operare in maniera chirurgica sulle singole vicende amministrative, procedimento per procedimento, espungendo ciò che è ultroneo.

È anche un problema di investimenti, là dove occorre incidere sull'organizzazione, ad esempio dotando gli apparati pubblici di mezzi e risorse adeguate ovvero assumendo personale con le giuste competenze, anche diverse da quelle di tradizione giuridica-umanistica finora prevalenti, assicurandone una formazione continua.

Ma è altresì una questione culturale, nella misura in cui è necessario promuovere una prassi dell'Amministrazione che decide e raggiunge risultati, dove il rispetto delle regole è funzionale al migliore esercizio delle funzioni, e non già un fattore destinato a fornire un alibi per giustificare ritardi e omissioni²⁰.

L'intervento normativo cerca di dare un impulso alla semplificazione e alla digitalizzazione della P.A. combinando interventi trasversali e puntuali, non senza tentare di far leva su alcuni meccanismi psicologici - tipicamente il timore di decidere per eventuali responsabilità (da qui, la c.d. burocrazia difensiva) - sottesi alla prospettata esigenza di cambio culturale.

Nel medesimo percorso si innesta ora il c.d. decreto semplificazioni *bis* (d.l. 31 maggio 2021, n. 77), che disegna la *governance* del "Piano nazionale di rilancio e resilienza" (PNRR) e pone disposizioni tese a snellire e accelerare le procedure.

2. Semplificare la burocrazia

Il termine burocrazia ha ormai assunto una duplice accezione.

La prima, più tradizionale e diffusa nella scienza giuridica, come insieme delle persone che prestano la propria opera a titolo professionale per il funzionamento delle organizzazioni pubbliche.

La seconda, di frequente utilizzo e presente anche nei testi normativi²¹, è indicativa degli adempimenti amministrativi e delle regole da osservare per svolgere un'attività o per beneficiare di una prestazione erogata dall'Amministrazione.

Qualunque sia la prospettiva da cui si guardi la burocrazia, è dunque intuitivo che essa non possa - e, invero, non debba - essere soppressa e che, dunque, l'obiettivo di ridurla a zero appartiene per lo più al campo della comunicazione e non delle regole.

L'ampiezza del tema spinge a parlare delle semplificazioni includendo fenomeni diversi tra loro, che in realtà presentano autonomia concettuale e distinte problematiche di fondo.

In particolare, si può muovere dalla considerazione che l'Amministrazione può incidere sull'esercizio delle attività dei privati con crescenti gradi di restrittività.

Anzitutto, esistono alcune attività libere, nel senso che sono sottoposte esclusivamente al diritto comune.

Ma la logica del "tutto è permesso, salvo ciò che è espressamente vietato", del solo rispetto dei limiti generali posti dall'ordinamento civile, fra cui quello del *neminem laedere*, non è di certo sempre sufficiente in una società complessa, caratterizzata dal conflitto dei diritti e dal necessario temperamento fra gli interessi del singolo e quelli della collettività²².

Da qui, anzitutto, l'introduzione dei controlli *ex post* da parte dell'Amministrazione, ossia di una funzione volta a correggere o, eventualmente, a far cessare le attività che non rispettino la disciplina prevista in materia. Una modalità certamente meno invasiva rispetto a quella dei regimi autorizzatori *ex ante*, ma che a volte necessita di essere "semplificata" qualora le regole previste per lo svolgimento dell'attività siano troppe, difficilmente intelleggibili e quindi fonte di oneri ingiustificati. E' il tema della semplificazione normativa²³ oppure della *deregulation*.

In altri casi, invece, l'esercizio dell'attività è subordinato all'ottenimento di un atto autorizzativo, funzionale ad assicurare una verifica di conformità rispetto ai presupposti normativamente previsti; accertamento da compiersi prima dell'avvio.

A tal proposito, possono essere prospettate varie esigenze.

In primo luogo, quella più radicale, che consiste nella eliminazione del *prior approval*, ossia dell'atto di assenso amministrativo che consente l'avvio dell'attività: è il tema delle liberalizzazioni.

In secondo luogo, quella di una riduzione dei margini di discrezionalità lasciati all'Amministrazione: viene, quindi, in rilievo la distinzione tra atti autorizzativi discrezionali o vincolati.

A ciò si unisce - ed è questa la nozione di semplificazione più precisa dal punto di vista tecnico - l'opportunità di uno snellimento del procedimento da seguire per ottenere l'atto di assenso non-

ché il problema della certezza e riduzione della relativa tempistica²⁴; aspetti che, più in generale, vengono in rilievo per tutti quei procedimenti ampliati della sfera giuridica del destinatario.

Per fare ciò, il criterio-guida è il principio di proporzionalità²⁵, che richiede di strutturare il procedimento in modo da raggiungere gli scopi ad esso sottesi prevedendo a tal fine soltanto le fasi necessarie, da determinarsi in ragione della complessità e rilevanza delle questioni e dei valori coinvolti²⁶.

In taluni casi, come è stato osservato²⁷, tale principio può (apparentemente) operare in senso opposto rispetto a quello della semplificazione.

Ad esempio, se si vuole essere sicuri, in considerazione della seria rilevanza degli interessi pubblici in gioco, che una determinata attività non sia avviata senza che prima siano stati effettivamente svolti tutti i controlli del caso, è allora chiaro che il meccanismo del silenzio-assenso non debba operare. Si tratta, infatti, di uno strumento che, per sua stessa natura, non palesa cosa vi sia dietro il mancato intervento dell'amministrazione: un esame attento dei presupposti conclusosi con esito positivo; un procedimento *in itinere* e non terminato; o, più semplicemente, l'aver ignorato l'istanza²⁸.

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, il principio di proporzionalità impone invece di eliminare tutti quegli oneri e passaggi ingiustificati ed eccessivamente gravosi rispetto al buon esito del procedimento.

Talora, modificando alcune strutture procedurali che sono *ex se* percepite come irragionevolmente complesse; talaltra, intervenendo sui singoli procedimenti, andando a verificare se le amministrazioni coinvolte non siano troppe²⁹, se la documentazione a corredo dell'istanza non sia eccessiva, se sia opportuno introdurre un regime di silenzio-assenso, ecc.

Il decreto legge n. 76 del 2020 contiene misure di entrambi i tipi.

Interviene, infatti, sulla legge generale del procedimento amministrativo, ordinando una riduzione dei tempi del procedimento e la raccolta e pubblicazione dei relativi dati, costringendo l'Amministrazione a esaurire la vicenda amministrativa in unico procedimento (nuovo art. 10-*bis*, cui si ricollega la modifica dell'art. 21-*octies*) e chiarendo - nell'ottica di ridurre i margini della burocrazia difensiva - alcuni passaggi che invero erano già pacifici, ma che rischiavano di fermarsi di fronte alla paura della responsabilità erariale: è questo il caso, ad esempio, dell'art. 16, comma 2, in tema di attività consultiva ovvero del nuovo comma 8-*bis* inserito all'art. 2, in tema di inefficacia degli atti endoprocedimentali tardivi. Il decreto legge pone, inoltre, ulteriore enfasi sulle autocertificazioni, ribadendo - mediante l'introduzione di un comma 3-*bis* all'art. 18 della legge n. 241 del 1990 - che le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà sostituiscono ogni tipo di documentazione necessaria per dimostrare di essere in possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi per accedere ai provvedimenti ampliati della propria sfera giuridica (atti di assenso, benefici economici, ecc.).

Le maggiori modifiche concernono, tuttavia, i singoli procedimenti, com'era ed è invero necessario per raggiungere l'obiettivo della semplificazione, che richiede, come sopra ricordato, un lavoro di cesellatura molto accurato. Il decreto legge reca così nuove misure in svariati campi, tra cui in materia di contratti pubblici, edilizia, università, ambiente, energia.

Ma un'altra importante novità concerne la disciplina della responsabilità erariale (ancorché di carattere sperimentale)³⁰ e del reato di abuso d'ufficio³¹, e ciò dimostra la consapevolezza da parte del legislatore che qualsiasi misura di semplificazione rischia di essere vanificata qualora i pubblici dipendenti percepiscano - a torto o a ragione - un determinato passaggio procedimentale come probabile fonte di responsabilità.

Ciò può accadere soprattutto quando l'adozione di un determinato atto comporti l'esercizio di un potere discrezionale, ossia di operare una scelta tra più opzioni, esternando le ragioni in fatto e in diritto che hanno condotto alla decisione.

L'errore di approccio, in tali casi, può essere duplice: dal punto di vista della responsabilità erariale, giudicare l'esercizio della discrezionalità allargando le maglie dell'imputabilità soggettiva, ed in particolare della nozione di colpa grave, e, quanto alla responsabilità penale, minacciare gravi conseguenze a fronte dell'incertezza insita nell'esercizio di poteri non vincolati; dal punto di vista del legislatore, azzerare o ridurre la discrezionalità, per evitare che l'amministrazione debba operare scelte, pensando erroneamente così di poter predeterminare gli esiti procedurali, rassicurare i dipendenti sul fatto che la decisione è già insita nel testo normativo da applicare, così peraltro ritenendo di poter ridurre i fenomeni corruttivi.

Ebbene, la limitazione, seppure per ora sino alla fine del 2021, dell'imputabilità soltanto a titolo di dolo delle fattispecie di responsabilità erariale e l'esclusione della configurabilità del reato di abuso d'ufficio allorché la regola di condotta presenti margini di discrezionalità si inseriscono proprio nell'obiettivo di scardinare la burocrazia difensiva, e dare dunque un ulteriore impulso alle semplificazioni.

Anche il d.l. n. 77/2021 contiene disposizioni di elevato rilievo, sia di carattere trasversale sia di intervento puntuale.

Quanto alla prima categoria, viene previsto che il potere sostitutivo in caso di inerzia procedimentale della P.A., di cui all'art. 2, commi 9-*bis* e 9-*ter* della legge n. 241 del 1990, possa d'ora in poi essere attribuito, oltre che a un soggetto nell'ambito delle figure apicali, anche a un'unità organizzativa. Si precisa, inoltre, che tale potere potrà essere esercitato, non soltanto su istanza di parte, ma anche d'ufficio e anche mediante la nomina di un commissario *ad acta*³². L'idea è probabilmente quella di rendere ancora più effettivo il meccanismo sul presupposto che, se quel potere-dovere rientra tra le attribuzioni ordinarie di un ufficio, allora il relativo esercizio dovrebbe essere assicurato in modo sistematico, così come avviene (o dovrebbe avvenire) per qualsiasi altra attività di competenza di un'unità organizzativa.

Inoltre, si stabilisce l'obbligo da parte dell'Amministrazione di rilasciare in via telematica, entro dieci giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione in ordine all'avvenuta formazione del silenzio assenso. In caso di inutile decorso di tale termine, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445 del 2001³³. Si tratta, evidentemente, di un atto ricognitivo di un effetto già verificatosi *ex lege*, di valore non provvedimentoale, che dovrebbe avere il semplice scopo di incrementare la certezza dei rapporti giuridici e, in un certo senso, di comunicare al privato che la propria istanza ha sortito l'esito sperato.

Ancora, il decreto legge in commento riduce da diciotto a dodici mesi il termine entro cui può essere esercitato il potere di annullamento in autotutela di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 con riguardo ai provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del privato³⁴. Così si persegue l'obiettivo di irrobustire l'affidamento dell'interessato negli esiti dell'attività amministrativa.

La maggior parte delle novità concerne, però, i singoli procedimenti proprio perché, come più volte evidenziato, le semplificazioni impongono di intervenire su specifici aspetti delle procedure, in modo accurato e - si spera - duraturo.

Si interviene così su una pluralità di materie e settori, quali quello dei contratti pubblici - molte sono le risorse pubbliche da spendere nel mercato -, sulla disciplina della Valutazione di impatto ambientale (VIA) e della Valutazione ambientale strategica (VAS), sulla produzione di energia da fonti rinnovabili, sul cosiddetto *superbonus* per favorire l'efficientamento energetico degli edifici, sulla sicurezza delle infrastrutture, sul procedimento di autorizzazione per l'installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica.

3. Digitalizzare la pubblica amministrazione

L'informatizzazione dell'Amministrazione è uno strumento fondamentale per attuare le semplificazioni e per ricostruire o, comunque, migliorare la relazione tra privati e P.A.³⁵; com'è stato osservato "non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti"³⁶.

Cittadini e imprese sperimentano, infatti, quotidianamente le enormi possibilità offerte dall'era digitale e pretendono che la pubblica amministrazione si inserisca pienamente nel solco delle innovazioni che già fanno parte della quotidianità lavorativa e relazionale dei privati.

Ciò richiede una reingegnerizzazione dell'organizzazione del lavoro nelle strutture pubbliche; processo, invero, già in atto, che mostra risultati molto soddisfacenti in diversi settori, e che però abbisogna di essere intensificato e diffuso capillarmente nei vari ambiti di intervento dell'Amministrazione.

A tal proposito, è evidente che la riuscita di tale processo dipende, anzitutto, dalle risorse economiche messe a disposizione, nonché dalla capacità di saper acquistare sul mercato prodotti e servizi di adeguata qualità.

Sono, purtroppo, assai diffusi i malfunzionamenti dei sistemi informatici della pubblica amministrazione, talora dovuti a dispositivi *hardware/software* obsoleti, talaltra alla scarsità dei servizi manutentivi, o ancora ai problemi di connettività, anche con i *server* ove i dati sono immagazzinati. Si pone poi spesso un problema relativo alla gestione, scelta e migrazione dei dati su un sistema documentale affidabile, che garantisca adeguata tracciabilità e sicurezza.

Tali criticità sono a volte enfatizzate dalla mancanza all'interno della pubblica amministrazione di personale con adeguate competenze tecniche: non necessariamente per il conseguente ricorso all'*outsourcing*, che invero, non di rado, raggiunge livelli di efficienza ed efficacia più elevati rispetto all'autoproduzione; quanto piuttosto per il fatto che, in questo modo, è significativa l'asimmetria informativa con i fornitori di prodotti e servizi, con maggiori rischi di *moral hazard*, e quindi di approfittamento dei privati a discapito del buon andamento dei pubblici uffici.

La digitalizzazione passa poi attraverso le competenze informatiche del personale, ossia della capacità dei pubblici dipendenti di utilizzare al meglio tutte le risorse a disposizione.

In proposito, incide negativamente in modo intuibile l'età media del personale: 50,7 anni; 51,3 per le donne e 49,9 per gli uomini, sette anni in più dal 2001 a oggi, mentre nelle amministrazioni centrali sale a 54,3 anni. È stato rilevato che su 3,2 milioni di impiegati pubblici italiani, 540mila dipendenti hanno già compiuto 62 anni di età (il 16,9% del totale), mentre soltanto il 2,9% è *under 30*, di cui però il 70% è concentrato nelle forze armate e nei corpi di polizia, mentre il 17% nel Sistema Sanitario Nazionale. Peraltro, dal 2008 al 2018 il personale è calato di circa il 6,2% (circa 212 mila persone)³⁷.

Ciò comporta che, allo stato attuale, vi sono molti pubblici dipendenti che comprensibilmente hanno minore dimestichezza con gli strumenti informatici e che, pertanto, necessitano di una più intensa attività di formazione; e tuttavia, gli investimenti a tal fine sono diminuiti nel corso degli anni, potendosi così offrire poche ore di formazione³⁸. Peraltro, in diversi casi i momenti di apprendimento non vengono sfruttati appieno dai discenti, probabilmente anche per l'assenza di seri meccanismi di incentivazione/disincentivazione tali da far percepire l'importanza dei corsi nella carriera del singolo dipendente.

Tali fattori rischiano di rallentare non solo il processo di digitalizzazione, bensì, più in generale, anche le semplificazioni e innovazioni procedurali, che più difficilmente attecchiscono là dove occorre superare prassi e moduli organizzativi stratificatisi nel tempo.

Occorre poi certamente osservare che accade anche il contrario, ossia che siano oramai pienamente disponibili modalità telematiche di accesso ai servizi dell'Amministrazione, e che tuttavia i privati non se ne servano perché privi dei necessari dispositivi o delle competenze informatiche o, ancora, in quanto non adeguatamente informati su tali possibilità

Si consideri che, secondo le più recenti rilevazioni statistiche, sono meno del 40% le famiglie in cui è presente almeno un utente con competenze digitali elevate e il 12,8% quelle in cui tutti i componenti hanno queste stesse capacità d'uso. Il 25,2% delle famiglie ha competenze digitali di base, mentre circa il 33% ha almeno un componente con competenze basse³⁹. Tali fattori possono dunque rappresentare un rallentamento per i processi di digitalizzazione, poiché finiscono per imporre alle strutture pubbliche di mantenere pienamente operativi anche i canali di accesso tradizionali, con conseguente aggravio organizzativo.

Ebbene, il percorso di digitalizzazione, di matrice anche unionale⁴⁰, ha portato all'emersione della nozione di "*e-government*", ossia l'introduzione di modelli decisionali e di forme gestionali innovative, che si avvalgono delle tecnologie informatiche ed elettroniche⁴¹.

Un ruolo centrale è stato attribuito all'AGID - Agenzia per l'Italia digitale, struttura tecnica della Presidenza del Consiglio dei Ministri istituita nel 2012 con il compito di assicurare il coordinamento informatico dell'amministrazione statale, regionale e locale, in attuazione dell'articolo 117, comma 2, lettera r), della Costituzione.

Sono state quindi elaborate e diffuse diverse piattaforme informatiche. Ad esempio, PagoPa⁴³, canale che consente di effettuare i pagamenti nei confronti dell'Amministrazione; SPID - Sistema Pubblico di Identità Digitale, che permette ai cittadini di accedere ai servizi *online* delle pubbliche amministrazioni (ma anche dei soggetti privati) con un'unica identità digitale; ma anche l'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente (ANPR), l'app "IO", la c.d. Sanità digitale, l'*e-procurement*, ecc.

Altre innovazioni hanno riguardato la strutturazione dei *cloud* della P.A. nonché la definizione delle modalità preferenziali che i sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni devono adottare per essere tra loro interoperabili (Sistema Pubblico di Connettività - SPC).

Dal punto di vista delle regole, il riferimento principale è rappresentato dal "Codice dell'amministrazione digitale"⁴⁴, il testo unico che riunisce e organizza le disposizioni riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese.

Ora, l'intervento normativo in commento cerca di dare un ulteriore impulso alla digitalizzazione della P.A. con misure di diverso tipo.

Anzitutto, v'è una disposizione di carattere generale, che si potrebbe definire come norma-manifesto: è il nuovo art. 3-*bis* inserito nella legge generale sul procedimento amministrativo, in forza del quale si prevede che "per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati".

Sempre nella legge n. 241 del 1990 è stato poi previsto un riferimento al domicilio digitale dell'Amministrazione⁴⁵, essenzialmente un indirizzo di posta elettronica⁴⁶ che deve essere comunicato ai privati per poter dialogare con gli uffici pubblici. Si tratta, a dire il vero, di un modulo procedimentale oramai molto diffuso.

Ma la maggior parte delle disposizioni rimane al di fuori della legge generale sul procedimento amministrativo, proprio perché la diffusione degli strumenti informatici nel rapporto tra privati e P.A. non è un elemento dei procedimenti, quanto più un mezzo affinché questi siano condotti e strutturati in modo efficiente.

Si tratta di numerosi articoli (dal 23-*bis* al 37), che tentano anche di intervenire sulla diffusione degli strumenti digitali nella popolazione, ponendo enfasi sull'identità digitale - lo SPID, sempre più usato dagli utenti per accedere ai servizi della P.A. -, sulle firme e sulla posta elettronica, ecc.

Una delle innovazioni più importanti concerne la "Piattaforma per la notificazione digitale degli atti della pubblica amministrazione", già istituita con la legge di bilancio del 2019, ma che il decreto semplificazioni n. 76 del 2020 e il successivo n. 77 del 2021 tentano di rendere operativa. In breve, si tratta della possibilità di ricevere effettuate comunicazioni e notifiche da parte delle pubbliche amministrazioni mediante PEC. Ciò comporterebbe un risparmio di tempi e costi, e garantirebbe anche una maggiore certezza del flusso informativo. A ben vedere, si tratterebbe di un'importante semplificazione anche per l'Amministrazione, che spesso, invece, soprattutto per l'esazione di tributi ed altre entrate, deve cimentarsi in un'affannosa attività di notificazione, oggetto peraltro di numerose eccezioni - spesso ingiustificate - in sede contenziosa. Bisognerà però comprendere quanto sarà diffuso il suo utilizzo da parte degli utenti: la semplificazione, se riguarda i procedimenti volti a restringere la sfera giuridica dei privati, non è sempre accolta di buon grado.

Altro punto chiave è la Piattaforma Digitale Nazionale Dati⁴⁷, che dovrebbe consentire ai pubblici uffici di gestire i dati in maniera strutturata, aperta e interoperabile.

I dati in possesso delle amministrazioni costituiscono, infatti, se gestiti in modo corretto, una risorsa pubblica molto preziosa.

Sono, invero, necessari per migliorare le decisioni delle amministrazioni, che invece spesso detengono i dati senza alcuna sistematizzazione e, soprattutto, senza dialogare tra loro; in altri termini, è la questione della strutturazione e interoperabilità tra le banche dati, e del loro utilizzo anche mediante algoritmi⁴⁸.

Ma le informazioni raccolte dall'Amministrazione rappresentano un'importante risorsa anche per i privati poiché è proprio a partire dalla messa a disposizione in modo organizzato e funzionale di quei dati (*data as a service*) che le imprese potrebbero sviluppare servizi ancora più competitivi e i cittadini orientare le proprie scelte in modo più consapevole.

Di fondo, v'è dunque la necessità di sviluppare la "cultura del dato".

Sul punto, un utile veicolo, previsto proprio da decreto semplificazioni, potrà essere il "Codice di condotta tecnologica"⁴⁹, mediante il quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri è chiamata a disciplinare le modalità di progettazione, sviluppo e implementazione dei progetti, sistemi e servizi digitali delle amministrazioni pubbliche, nel rispetto del principio di non discriminazione, dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone e della disciplina in materia di perimetro nazionale di sicurezza cibernetica.

Giova inoltre segnalare che il recente decreto semplificazioni *bis*, nel tentativo di presidiare ulteriormente il processo di "transizione digitale", affida all'AgID poteri di vigilanza, verifica, controllo e monitoraggio sull'osservanza delle disposizioni relative alla digitalizzazione dell'Amministrazione⁵⁰.

Al centro, vi è il potere dell'Agenzia di contestare le violazioni e di sollecitare il trasgressore a porre in essere il comportamento dovuto entro un termine perentorio, e ciò nell'ottica di ottenere per tale via il risultato, ossia l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione nel rapporto tra privati e P.A.

Quanto alle sanzioni, si prevede che le violazioni accertate dall'AgID rilevano ai fini della misurazione e della valutazione della *performance* individuale dei dirigenti responsabili e comportano responsabilità dirigenziale e disciplinare; nel caso di inottemperanza all'obbligo di conformare la condotta nel termine assegnato dall'AgID (con riguardo ad alcune specifiche fattispecie) nonché nei casi di mancata ottemperanza alla richiesta di dati, ovvero di trasmissione di informazioni o dati parziali o non veritieri, è altresì stabilita l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 100.000.



4. Brevi considerazioni finali

L'esperienza del passato, anche più recente, insegna che per semplificare occorre un processo costante e progressivo, sviluppato secondo cadenze regolari, di modo che i risultati raggiunti in ciascun periodo siano oggetto di valutazione e correzione in quello successivo.

Sembrano preferibili, in tale prospettiva, gli interventi puntuali sulle singole problematiche, evitando quelle riforme reboanti che muovono dall'idea, oramai notoriamente erronea, secondo cui sarebbe sufficiente l'adozione di un testo normativo *omnia* per risolvere le criticità stratificate nel tempo.

La complessità che caratterizza le società odierne e la moltitudine di interessi, anche tra loro contrapposti, che vengono in rilievo non consentono di rendere il tutto così semplice come spesso si auspica.

Semplice, dal punto di vista etimologico, sta per "piegato una sola volta"⁵¹, mentre la realtà si presenta come un groviglio di situazioni che già ricevono o aspirano ad ottenere tutela e considerazione da parte dell'ordinamento giuridico.

Si è evidenziato, anche a costo di esorbitare rispetto alla nozione più precisa di semplificazione, che in realtà gli ambiti di intervento sono molteplici, ciò che necessariamente implica l'adozione di un approccio multidisciplinare.

I maggiori progressi sembrano riguardare la diffusione degli strumenti informatici all'interno delle amministrazioni e nei rapporti tra queste e i privati, mentre il percorso delle semplificazioni procedurali pare ricevere ancora rilevanti battute d'arresto all'interno dell'Amministrazione, sia in ragione di investimenti economici non sempre soddisfacenti sia per la difficoltà o ritrosia di parte del personale nel riconoscere un nuovo volto dell'Amministrazione.

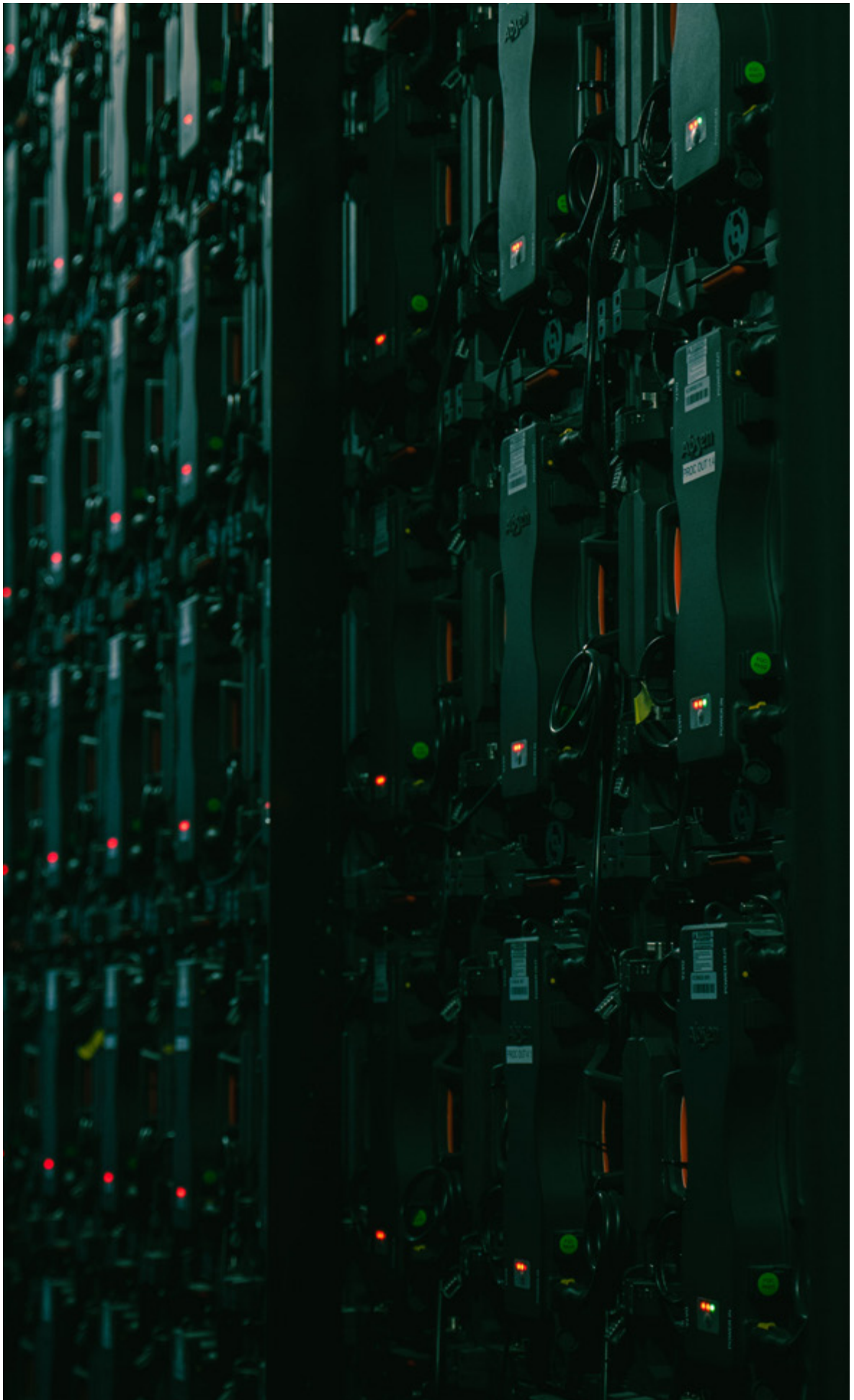
L'ingente quantità di risorse messe recentemente a disposizione con il PNRR potrebbe rappresentare la chiave di volta anche nel percorso delle semplificazioni amministrative; e ciò proprio in ragione dell'opportunità di poter intervenire, non soltanto sulle regole, ma anche sull'organizzazione di mezzi e persone chiamata ad attuare questa nuova dimensione - di servizio, più efficiente e moderna - del rapporto tra pubblica amministrazione e privati.

Note

1. Ci si riferisce al programma Next Generation EU, articolato nel Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF) e nel Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa (REACT-EU).
2. Vedi pagina 44 del PNRR, consultabile all'indirizzo <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>
3. S. BATTINI, Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana, in *Giornale Dir. Amm.*, 2004, 4, 450, osserva come dal Governo Ciampi (1993) la semplificazione amministrativa occupa stabilmente un posto nell'agenda politica italiana. Su quella stagione, Cfr. S. CASSESE, La riforma amministrativa all'inizio della Quinta Costituzione dell'Italia Unita, in *Il foro italiano*, maggio, 1994, V, col. 249. Osserva B. G. MATTARELLA, La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico, nella Relazione tenuta al 64° Convegno di Studi Amministrativi su Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Varenna, 20-21-22 settembre 2018, disponibile anche su www.astrid.it, che "Il problema della complicazione amministrativa è risalente e non solo italiano. La storia della semplificazione amministrativa, in Italia, comincia già alla fine del diciannovesimo secolo, con alcune norme in materia di contratti pubblici: la legge Cavour del 1853 disciplinava i contratti in modo estremamente semplice, eppure una quarantina d'anni dopo fu necessario semplificare alcune fasi del procedimento contrattuale. Alcuni decenni prima, in Francia, Tocqueville aveva scritto: "la lentezza della procedura amministrativa è così grande che non ho mai visto passare meno di un anno prima che una parrocchia potesse ottenere il permesso di rialzare il campanile o di restaurare il presbiterio". Il racconto potrebbe proseguire con il celebre discorso di Giolitti agli elettori di Dronero del 1899, ove si segnalava l'esigenza di "rendere l'amministrazione dello Stato meno complicata, meno lenta e più curante dei legittimi interessi dei cittadini", o con una lettera di Sturzo a Salvemini del 1957, che criticava la "burocrazia imperante e trafficante".
4. M. CLARICH, La sfida sarà semplificare la burocrazia, in isole24ore.com, 9.6.2020, evidenza che "il Covid-19 ha già messo a nudo una debolezza cronica del nostro Paese: le complicazioni e lungaggini burocratiche ... certo è che nella fase più acuta della pandemia, mentre imprese e uffici privati hanno continuato a operare per quanto possibile almeno in smart working, nel settore pubblico, molti uffici, palazzi di giustizia, scuole e ospedali sono caduti in uno stato di semiparalisi. E ha subito gravi ritardi anche l'erogazione dei contributi e sussidi disposti d'urgenza a favore della popolazione e delle imprese più in difficoltà. Su questo terreno i confronti con altri Paesi sono stati impietosi".
5. "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale".
6. Giova rammentare Corte Cost. 5 aprile 2013, n. 62, intervenuta a chiarire che le norme di semplificazione amministrativa sono da ricondurre alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali dal momento che "anche l'attività amministrativa, [...] può assurgere alla qualifica di "prestazione" (quindi, anche i procedimenti amministrativi in genere), della quale lo Stato è competente a fissare un "livello essenziale" a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici ed, in generale, di soggetti privati".
7. M. MACCHIA, Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 6, 697.
8. Sulla riferibilità dell'art. 97 della Costituzione al principio di efficienza, vd. Corte Cost., sentenza n. 404 del 1997 ("vi è un nesso indissolubile tra gli artt. 28 e 97, commi primo e secondo della Costituzione, in quanto la tempestività e la responsabilità sono elementi essenziali per l'efficienza e quindi per il buon andamento della pubblica amministrazione."), n. 40 del 1998 ("la disciplina dei procedimenti amministrativi deve essere improntata al principio di buon andamento, quindi coerente e congrua rispetto al fine che si vuol perseguire (sentenza n. 331 del 1988; sentenza n. 123 del 1968), in relazione sia all'esigenza generale di efficienza dell'azione amministrativa (sentenza n. 266 del 1993) che agli obiettivi particolari cui è preordinata la disciplina di specifici procedimenti"), n. 104 del 2007 ("il principio di efficienza dell'amministrazione trova esplicitazione in una serie di regole, che vanno da quella di una razionale organizzazione degli uffici a quella di assicurarne il corretto funzionamento; a quella di garantire la regolarità e la continuità dell'azione amministrativa e, in particolare, dei pubblici servizi, anche al mutare degli assetti politici").
9. Vd. art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990.
10. Capo IV.
11. Art. 1, comma 2.
12. Nella maggior parte dei casi, infatti, la legge non predetermina le regole procedurali cui devono attenersi le autorità amministrative dipendenti, demandando ad esse di disciplinare le varie fasi e i diversi moduli procedurali.
13. Vd. art. 21-octies della legge n. 241 del 1990.
14. Ci si riferisce, in particolare, al controllo di gestione, alla valutazione della dirigenza pubblica, e alla valutazione e controllo strategico di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), c) e d) del d.lgs. n. 286 del 1999.
15. Vd. art. 45 del d.lgs. n. 150 del 2009.
16. D.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198. G. FIDONE, L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività, Torino, 2012
17. In modo esplicito, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza del 23 marzo 2011 n. 3. Sulla nozione di rapporto, M. PROTTO, Il rapporto amministrativo, Milano, 2008.
18. AA. VV., Assonime, note e studi, 12/2020: "Per attuare riforme amministrative efficaci non bastano infatti le modifiche legislative, pur necessarie, ma occorre mettere in campo risorse umane e finanziarie adeguate, superando il modello seguito da molti anni delle riforme a invarianza finanziaria o "a costo zero". Questo modello è il prodotto di una programmazione delle risorse incapace di andare oltre il breve termine (e impossibile litata a farlo); ma è anche il prodotto dell'incapacità di attuare una rigorosa spending review, e di valutare l'effettivo impatto delle misure in termini di contabilità economica (valutazione peraltro impedita o almeno scoraggiata da norme europee e nazionali che sarebbe ora di abbandonare)."
19. G. PASTORI, Burocrazia (voce), in *Digesto*, 1997: "Il nodo problematico essenziale è costituito dalla rispondenza effettiva della burocrazia, sia come organizzazione che come corpo sociale, alle finalità per cui è costituita. Da un lato, la spersonalizzazione standardizzata dell'agire entro un reticolo di competenze, postulata dall'or-

- ganizzazione burocratica, tende a produrre comportamenti orientati al rispetto della norma nei limiti della competenza (rule-oriented behaviours) e indifferenti all'effettivo perseguimento dei fini dell'organizzazione stessa, nonché alle esigenze di adeguamento funzionale di questa alle nuove necessità e problemi che via via si presentino”.
20. Si pensi, per esempio, alle c.d. “zone a burocrazia zero”, di cui all'art. 43 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 o anche quelle di cui all'art. 37-bis del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.
 21. Del resto, lo stesso diritto civile si è evoluto verso frontiere diverse da quelle di matrice puramente liberale, assegnando un valore dirompente al principio di buona fede e aprendosi a sistemi di regole in cui l'asimmetria tra i soggetti ha comportato l'elaborazione di un tessuto normativo anch'esso caratterizzato dal rispetto di procedure e dall'osservanza di un complesso quadro regolatorio. E', per esempio, il caso della disciplina a tutela del consumatore (B2C), ma, in un certo senso, anche di quella del “terzo contratto” (B2B). Altre rilevanti suggestioni arrivano da ordinamenti stranieri: si pensi, in proposito, al “green principle” introdotto nel codice civile cinese (art. 9), in forza del quale le parti devono contribuire alla conservazione delle risorse e alla salvaguardia dell'ecosistema nell'esercizio delle attività di diritto privato. Sul tema, THIAN ZAI e YEN-CHIANG CHANG, *The contribution of China's Civil Law to Sustainable Development: Progress and Prospects*, in *Sustainability*, 2019, 11, 294.
 22. Vedi Corte Cost., 24 ottobre 2009, n. 350, che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, perché aveva introdotto un regime di autorizzazione ulteriore e duplicativo rispetto a quello delineato in sede unionale e recepito a livello nazionale con il codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 259/2003).
 23. Su tempo e semplificazione, A. COLAVECCHIO, *Semplificazione amministrativa e tempestività nella conclusione dei procedimenti*, in *Rapporto Italiadecide 2015*, disponibile su http://www.italiadecide.it/wp-content/uploads/2019/03/10032016_Rapporto_italiadecide_2015.pdf, nota come “stante il loro «ceppo» comune (il principio di buon andamento), i principi di semplificazione e tempestività seguono le sorti evolutive del principio da cui, per rimanere nella metafora, essi si dipanano e si sviluppano come «rami»: è così che quando il principio di buon andamento – ancor più sotto la spinta delle esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica – viene a essere assimilato al criterio di efficienza dell'operato della PA (...), e anzi, con esso identificato, semplificazione e tempestività cessano di essere soltanto principi di indirizzo o di orientamento, ma divengono principi dotati di precettività, ovvero parametri generali giuridicamente vincolanti, a tal segno da essere sussunti, quali fattori essenziali per la produzione del «risultato amministrativo», nella sfera della «legalità», ovvero, nella specie, della c.d. «legalità di risultato». Vd. anche, A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1997, 10, 989; L. TORCHIA, *L'amministrazione (ri)entra nello spazio-tempo: regole sul termine e sul responsabile del procedimento*, in *Reg. e gov. loc.*, 1992, 3, 345 ss.. Più in generale, F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, p. 36., nota come la PA è, in misura sempre maggiore, sottoposta alle “leggi del mercato”, ed in questa prospettiva, “il tempo degli atti amministrativi deve essere un tempo certo, perché il tempo è una componente necessaria del mercato” ed “è per questo che nella legge sul procedimento amministrativo il tempo dell'azione amministrativa è diventato un tempo certo”.
 24. R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 426.
 25. Osserva B. G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico, nella Relazione tenuta al 64° Convegno di Studi Amministrativi su Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Varenna, 20-21-22 settembre 2018, disponibile anche su www.astrid.it, che “Per impostare correttamente il discorso sulla semplificazione amministrativa, bisogna prendere atto della fisiologica complessità dell'amministrazione, che deriva da fattori come il gioco degli interessi pubblici, il rilievo degli interessi privati e il pluralismo istituzionale. Ne deriva una fisiologica complessità delle norme, che devono considerare i diversi interessi e definire i rapporti tra i diversi attori pubblici e privati. Se le norme non considerano interessi rilevanti, alimentano il contenzioso; e se non definiscono chiaramente l'assetto di interessi, scaricano sulle amministrazioni decisioni difficili e responsabilità pesanti. La semplificazione che ignora la complessità, come quella consistente nell'introdurre procedure derogatorie o emergenziali al di fuori delle emergenze, è cattiva semplificazione”.
 26. Vd. nota 22.
 27. Viene in rilievo il tema della tutela degli interessi “sensibili”. Vedi Corte Giust. CE, 28 febbraio 1991, C-360/87, che ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario la disciplina italiana (l. 319/1976, nota come “legge Merli”) per avere introdotto il regime del silenzio-assenso per le autorizzazioni allo scarico di alcune sostanze.
 28. V. CERULLI IRELLI, *Problemi aperti delle politiche di semplificazione*, in AA.VV., *Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, in *Rapporto Italiadecide 2015*, disponibile su http://www.italiadecide.it/wp-content/uploads/2019/03/10032016_Rapporto_italiadecide_2015.pdf: “Un'ulteriore questione che attiene alle politiche di semplificazione amministrativa è quella relativa alla pluralità degli interessi pubblici coinvolti nei diversi procedimenti, spesso superflua e ridondante, che produce allungamento dei tempi e spesso impossibilità di conclusione dei procedimenti stessi, per incapacità delle amministrazioni di trovare soluzioni condivise. Si riscontra che in molteplici casi della nostra vita amministrativa procedimenti di diversa natura (autorizzatori, concessori, ablatori, di pianificazione, di programmazione, di sovvenzione e così via), sono strutturati coinvolgendo, appunto, nell'ambito del procedimento, una pluralità di interessi pubblici imputati ad amministrazioni diverse rispetto all'amministrazione procedente, delle quali, in ordine al procedimento, vanno acquisiti atti di vario tipo (pareri, nulla osta, assensi, ecc.), che condizionano l'esito del procedimento stesso. Insomma, un'amministrazione eccessivamente complessa anche laddove la complessità delle procedure non è dovuta alla complessità delle cose, cioè della realtà nella quale il procedimento va a incidere”.
 29. Articolo 21.
 30. Articolo 23.
 31. Art. 61.
 32. Art. 62.
 33. Art. 63.
 34. Ossia, per usare le parole della Commissione Europea, “l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche

35. amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative ed all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici ed i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche" (Comunicazione della Commissione Europea del 26 settembre 2003 «Il ruolo dell'e-governement per il futuro dell'Europa»).
36. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.
37. Fonte: ricerca ForumPA sul lavoro pubblico, pubblicata il 6 Luglio 2020, reperibile sul sito www.forumpa.it.
38. Secondo il rapporto di cui alla nota precedente, gli investimenti in formazione sono diminuiti del 41% dal 2008 al 2018, circa 48 euro
39. per dipendente, tanto da poter offrire poco più di una giornata di formazione a testa in un anno nella media generale, che scende addirittura a mezza giornata l'anno per ogni dipendente dei ministeri, tre ore l'anno nella scuola
40. Rapporto annuale 2020 dell'Istat, consultabile su www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2020/capitolo5.pdf, capitolo 5, 253. Si legge, inoltre, che nel 2019 internet - che è preconditione per l'accesso ai servizi ICT - è utilizzato regolarmente dal 74% degli individui tra i 16 e i 74 anni, con un aumento di 5 punti percentuali negli ultimi tre anni. Nell'insieme dei 28 paesi Ue, invece, tra il 2017 e il 2019 gli utenti sono saliti dal 81% al 85%. Il ritardo dell'Italia è confermato anche dalla quota di non utenti pari al 20% contro il 11% della media europea e dalla percentuale degli utenti di 16-74 anni residenti con competenze digitali elevate che si attesta nel nostro paese al 22 % contro il 33% della media Ue²⁸. Le famiglie che si sono trovate completamente sprovviste di internauti sono 6 milioni 175 mila (il 24,2% del totale). Le famiglie più svantaggiate sono quelle costituite da soli anziani e quelle con un basso titolo di studio (con titolo più elevato all'interno del nucleo la licenza media). Sensibili sono anche le differenze legate al territorio: la percentuale di famiglie in cui nessun componente usa internet tocca quasi il 30% al Sud e nei comuni fino a 2.000 abitanti.
41. La c.d. Agenda digitale europea.
42. Vd. F. MARTINES, La digitalizzazione della pubblica amministrazione, in *Medialaws – Rivista dir. media*, 2018, n. 2.
43. Decreto-legge 22 giugno 2021, n. 83.
44. Gestito dalla società PagoPA s.p.a., interamente partecipata dallo Stato ed istituita Decreto Legge "Semplificazioni" n. 135 del 14 dicembre del 2018.
45. Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.
46. Art. 5, comma 3; art. 8, comma 1, lett. c).
47. Art. 1, comma 1, lett. n-ter, del codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. N. 82 del 2005).
48. Articolo 34, che riscrive l'art. 50-ter del codice dell'amministrazione digitale.
49. Sul punto, si segnala Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, che dopo aver evidenziato le enormi potenzialità dell'uso degli algoritmi nell'attività amministrativa di carattere non discrezionale, ha rimarcato la necessità che la decisione "robotizzata" sia conoscibile e che debba essere soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice: "il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. In altri termini, la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la "formula tecnica", che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice. In secondo luogo, la regola algoritmica deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo. La suddetta esigenza risponde infatti all'irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica. Solo in questo modo è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione; valutazione che, anche se si è al cospetto di una scelta assunta attraverso una procedura informatica, non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull'esercizio del potere con modalità tradizionali. In questo senso, la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione. Da qui, come si è detto, si conferma la necessità di assicurare che quel processo, a livello amministrativo, avvenga in maniera trasparente, attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell'algoritmo medesimo. In secondo luogo, conseguente al primo, il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della "regola" che governa l'algoritmo, di cui si è ampiamente detto".
50. Negli Stati Uniti, è ben noto il caso *State v. Loomis*, della Suprema Corte del Wisconsin (881 N.W.2d 749, Wis. 2016), dove è stato ritenuto legittimo l'uso di un algoritmo per calcolare il rischio di recidiva. Ma vi sono progetti diffusi un po' in ogni dove. Solo per fare alcuni esempi, in Germania è stato sviluppato un software per identificare, analizzare e selezionare in modo automatico le diverse strutture degli argomenti giuridici (progetto "argumentum", <https://ieeexplore.ieee.org/document/6611332>); in Russia, il "Robot Lawyer" per cercare di fornire consulenza giuridica anche tramite il training di modello di rete neurale per rispondere ai quesiti più complessi (<https://ieeexplore.ieee.org/document/8674441>); in Brasile, è stato sviluppato un sistema che si basa sul Case-Based Reasoning (CBR), ossia sull'identificare una soluzione in base ai precedenti concernenti casi analoghi (<https://ieeexplore.ieee.org/document/5532453>); in Italia, si sta sviluppando un sistema per fornire una guida giuridica ai cittadini a partire da una descrizione testuale del problema da risolvere (<https://ieeexplore.ieee.org/document/7057139>).
51. Articolo 32, che introduce l'art. 13-bis nel codice dell'amministrazione digitale. Art. 41.
52. Lat. *simplice(m)*, comp. di *sem-* 'una volta' e *-plex*, corradicale di *plectère* 'intrecciare' e *plicāre* 'piegare'; propr. 'intrecciato, piegato una sola volta'.



Il futuro della memoria digitale



di Roberto Carleo

Professore Ordinario di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

It

Il massiccio utilizzo del cloud per l'archiviazione e/o elaborazione di dati ovvero un servizio complesso ed integrato delle funzionalità indicate, non solo da parte dei privati, ma oramai anche da parte delle pubbliche amministrazioni, rappresenta oggi un fatto del tutto acclarato e che induce sempre più l'interprete a ragionare in ordine alla possibile soluzione di inedite problematiche nascenti dall'utilizzo di una infrastruttura tecnica di cui l'utente in generale (consumatore e non) fino a pochi anni fa ignorava per lo più le modalità di funzionamento e le cui attività erano sottratte a qualunque tipo di regolazione. L'auspicio è pertanto che tutti i legislatori riescano a dettare insieme delle regole comuni per garantire la conservazione dei dati ed evitare il rischio di "generazioni dimenticate", oppure di scelte imposte dai competitori più forti del mercato esclusivamente nel proprio interesse. Ma, posta la atavica difficoltà di applicazione di una regola concordata da tutti gli stati sovrani, occorre forse auspicare che gli stessi operatori della rete sappiano autoregolamentarsi adottando scelte responsabili e adeguate.

 **Dati, cloud, bit, conservazione, oblio.**

Eng

The massive use of cloud technology for the storage and / or processing of data or a complex and integrated service of the functions indicated, not only by private individuals, but now also by public administrations, today represents a fully established fact and which increasingly leads the interpreter to think about the possible solution of unprecedented problems arising from the use of a technical infrastructure of which the user in general (consumer and non-consumer) up to a few years ago mostly ignored the mode of operation and whose activities were removed from any type of regulation. The hope is that all legislators are able to dictate common rules together to ensure data retention and avoid the risk of "forgotten generations", or of choices imposed by the strongest competitors in the market exclusively in their own interests. But, given the atavistic difficulty of applying a rule agreed by all sovereign states, it is perhaps necessary to hope that the network operators themselves know how to regulate themselves by adopting responsible and adequate choices.

 **Data, cloud, bit, storage, oblivion.**

Sommario

Conservazione cartacea e memoria digitale; 2. Troppi dati da conservare: chi decide quali dimenticare? - 3. Conservazione e oblio - 4. La conservazione dei dati sul "cloud" - 5. Conservazione dei dati e sostenibilità ambientale - 6. Per scongiurare il rischio di una "dittatura digitale": legge, autodisciplina e intelligenza artificiale.

1. Conservazione cartacea e memoria digitale

"I ricordi sono fatti per svanire, Lenny!" è la frase pronunciata al protagonista di un celebre film di fantascienza della fine del secolo scorso [1], il quale è dipendente da una sorta di "droga virtuale", che – attraverso un "registratore sensoriale" – gli consente di rivivere, e quindi di riprovare all'infinito, emozioni già vissute, da sé o da altri, con ciò senza mai poterle relegare in fondo alla memoria, fino a dimenticarle.

Ancora non esiste, almeno fino ad oggi, una macchina che permetta di convertire in "bit" riproducibili, o comunque di registrare le emozioni, ma è possibile registrare (in formato digitale, oltre che in altri supporti) i dati di qualsiasi genere: testi, immagini, video, audio, etc.

Allo stato dei progressi della realtà virtuale è possibile tradurre in dati e riprodurre artificialmente solo una parte delle percezioni sensoriali della vita reale, ma non anche le emozioni che derivano dal complesso dell'esperienza vissuta.

Se è normale che i ricordi vengano dimenticati, invece i dati – o almeno alcuni di essi – devono essere ricordati, ben oltre le capacità della memoria umana, affidandoli a qualche supporto duraturo, così da poter essere conservati e anche tramandati alle generazioni successive.

La carta, o comunque la scrittura su supporti materiali, ha svolto nella storia questa funzione, che tuttavia oggi sembra venire sempre più soppiantata con l'avvento della digitalizzazione, cioè la traduzione dei dati in formato elettronico, misurato in *bit* ("binary digit").

È innegabile che la digitalizzazione dei dati, rispetto al supporto cartaceo, offra vantaggi enormi anche in termini di conservazione. L'archiviazione elettronica dei dati – tra i molti benefici – consente una consultazione immediata, anche da remoto, che aumenta enormemente il valore dei dati[2] e con costi infinitamente minori. Ma soprattutto, per quanto qui interessa, consente un enorme risparmio di spazio.

Se una grossa mole di carte è dispendiosa da conservare, invece oggi interi archivi di dati cartacei possono essere conservati digitalmente in piccolissimi supporti di memoria o sul *cloud* (che è uno dei fenomeni più importanti tra le molte novità della rete, che merita la massima attenzione).

Guardando in particolare ai libri, ci sono ragioni particolari che inducono a conservarli nel tradizionale supporto cartaceo, inteso alla stregua di un contenitore che costituisce un bene dotato di un suo intrinseco valore, diffidando di affidarsi alla sola conservazione digitale, tant'è che un vero e proprio "*inno alla carta*" è promosso da voci molto autorevoli[3].

Tuttavia il problema della conservazione digitale deve essere affrontato tenendo in considerazione *tutti i dati* che circolano nella rete e non può essere circoscritto soltanto ai libri o alle pubblicazioni.

Molti sono gli interrogativi che si pongono: la capacità di conservazione dei dati digitali è "infinita" oppure ha comunque un limite? La conservazione di un dato digitale quanto dura? Il dato digitale davvero non è modificabile e non deteriorabile? Quanto saranno sicuri i sistemi di protezione o di recupero degli archivi digitali (*disaster recovery*) in caso di scenari apocalittici derivanti da tempeste magnetiche o altre calamità naturali[4] oppure da attentati di pirateria informatica?[5].

È significativo notare come non manchino anche esperti di informatica i quali suggeriscono come soluzione per la massima sicurezza possibile della conservazione dei dati digitali più importanti quella di adottare la cautela di *stamparli su carta*[6].

2. Troppi dati da conservare: chi decide quali dimenticare?

Occorre muovere dalla quantità sempre maggiore di dati che circolano nella rete[7]. La crescita esponenziale del numero è diventata talmente rilevante che occorrono capacità di calcolo particolari già solo per comprendere la dimensione delle unità di misura multiple dei byte che ormai sono arrivate a: Petabyte[8], Exabyte[9], Zettabyte[10] e Yottabyte[11].

Il punto è che creiamo dati più velocemente della capacità di conservarli (tutti).

Il *cloud* aumenta lo spazio e contribuisce a risolvere i problemi di aggiornamento del *software*, ma riduce l'autonomia di gestione della conservazione, con le relative conseguenze in termini di scelta dei dati da conservare, di modalità di accesso e di durata della conservazione.

Comunque anche il *cloud* (almeno fino ad oggi) da qualche parte "atterra" e i dati della nuvola vengono comunque conservati in "data set" (casseforti di dati) localizzati in supporti terrestri[12], di talché non è del tutto infondata la battuta che circola secondo cui "il *cloud* non esiste: è solo il computer di qualcun altro"[13].

La "localizzazione" del server, se si resta fermi ai criteri tradizionali, diventa discriminante per sciogliere i problemi giuridici della individuazione della legge applicabile, ovvero segna il territorio sottoposto alla sovranità di leggi capaci di regolare il *cloud* o, in generale, lo spazio "a-territoriale" della rete[14].

Il problema più importante diventa, quindi, quello di stabilire le regole sulla scelta dei dati da conservare (oltre che sulle modalità della conservazione): quali sono i criteri di selezione dei dati da conservare da quelli che non si intende conservare per "liberare spazio"? Chi decide? Gli stati sovrani riusciranno a trovare soluzioni condivise?

La conservazione non può essere lasciata solo alle finalità commerciali. La legge deve prevalere sul mercato: se il legislatore non interviene, allora anche questa sarà una scelta politica[15].

Si pone, in altri termini, un problema di "democrazia digitale", per evitare di cadere in una "dittatura digitale"[16]. Lo spazio non basta più per tutta la mole crescente di dati, di talché bisogna scegliere quali conservare e quali abbandonare.

Allo stato, appare giocoforza che qualcosa dovrà essere "dimenticato".

Molti archivi digitali stanno affrontando il problema della carenza di spazio necessario per la conservazione dei dati: si pensi, ad esempio, all'*Internet Archive di San Francisco*[17], una biblioteca digitale *non profit* che ha lo scopo dichiarato di consentire un "accesso universale alla conoscenza" e che utilizza l'interfaccia "Wayback Machine" la quale permette di accedere a versioni archiviate di pagine *web* del passato, come una sorta di "archivio tridimensionale", ovvero un gigantesco *database* che contiene l'archivio di milioni di siti *web* con i rispettivi dati - che vuole restringere la conservazione solo ai libri; oppure si pensi alla Library of Congress, ovvero la *Biblioteca del Congresso di Washington*[18], che ha scelto di limitare taluni dati da conservare (ad esempio i *tweet* o i messaggi pubblici) solo a quelli relativi alle elezioni o ad altri profili reputati importanti.

Torna il monito di Vinton Cert[19] sulla eventualità di una "generazione dimenticata", se i dati non saranno più leggibili in futuro: pur conservando i supporti *hardware*, potrebbero diventare inutilizzabili i *software* per leggerli.

Oltre al problema della scelta dei dati da conservare, si pone la necessità di garantire e proteggere la conservazione stessa nel tempo. La preoccupazione non è solo quella di garantire la sicurezza della conservazione da catastrofi naturali[20] o attacchi informatici[21], quanto piuttosto che il dato archiviato da tempo possa deteriorarsi e non essere più decodificabile. Si pensi, dopo appena un ventennio, alla difficoltà oggi di leggere un vecchio *floppy disk*.

Ne consegue che è necessario un continuo "aggiornamento" del supporto mediante una costante "migrazione" dei dati. Dunque la conservazione elettronica sembrerebbe potersi realizzare attraverso un "fluire dinamico" tramite un "servizio" di aggiornamento costante (in quanto tale mutevole), e non mediante un "bene" (materiale o immateriale) che assicuri una "conservazione statica" (e in quanto tale immutabile), così come è stato per il supporto cartaceo, che si deteriora, ma non muta il proprio criterio di decifrazione.

Infine va tenuto in considerazione che il problema della archiviazione si pone non solo per i dati che si vogliono conservare nel tempo (selezionandoli) ma anche per la rintracciabilità, "a breve termine", di quelli che vengono prodotti quotidianamente (dunque indiscriminatamente conservati, senza distinzioni), come ad esempio talune registrazioni video di telecamere di sicurezza.

Quanto tempo devono rimanere disponibili? Come selezionare quelli che potrebbero essere meritevoli di conservazione a lungo termine?

3. Conservazione e oblio

Il problema della conservazione va misurato anche guardandolo dall'opposto punto di vista

dell'oblio. Vale a dire che i problemi nascono non solo dalla *manca*za ma anche dell'eccesso di memoria.

Sotto questo profilo, al film già richiamato in apertura, si possono aggiungere le suggestioni di un famoso racconto di Jorge Luis Borges, il cui protagonista ("*Funes el memorioso*"), a seguito di una caduta da cavallo che lo lascia paralizzato, sviluppa la prodigiosa capacità (che percepisce come un male più grave della paralisi stessa) di ricordare ogni minimo dettaglio della sua vita, che gli è impossibile "dimenticare". Per questo Ireneo Funes è ossessionato dalla preoccupazione di evitare di vedere il mondo, cercando di non osservare i dettagli, nel vano tentativo di non essere tormentato dall'eccesso dei ricordi. Nella penultima frase del racconto, Borges[22] esprime perfettamente l'importanza di non immagazzinare dati inutili o dannosi: "*Pensai che ogni mia parola (ogni mio movimento) sarebbe perdurata nella sua implacabile memoria; mi inibì il timore di moltiplicare gesti inutili*"[23].

Ecco dunque il problema del diritto (o interesse) a dimenticare^[24], cioè di non voler conservare nella memoria il ricordo di taluni fatti non solo inutili ma addirittura dannosi[25].

Il tema del "diritto all'oblio" si è posto in particolare anche con specifico riferimento alle notizie pubblicate in internet[26], dove esse – per la apparente capacità che si attribuisce alla rete di non cancellare mai i dati e di mantenerli sempre immediatamente accessibili e reperibili – appaiono più difficili da contestualizzare in un determinato momento storico, così impedendo la tendenza ad un "naturale" esaurimento dell'interesse e della conseguente diffusione della notizia con il decorso del tempo.

Il diritto ad essere dimenticati *online* consiste nella cancellazione dagli archivi pubblicati *online*, anche a distanza di anni, di tutto il materiale che può risultare sconveniente e dannoso per soggetti che sono stati protagonisti in passato di fatti di cronaca. In virtù di tale diritto, i motori di ricerca devono rimuovere ogni contenuto a seguito della espressa richiesta degli aventi diritto riguardo alla permanenza di contenuti non corretti, o inesatti, potenzialmente lesivi della sfera privata, immagine e reputazione pubblica, quali: articoli, commenti, esternazioni a caldo, anche pubblicati su blog, forum, o siti amatoriali.

Il dibattito ferve su questo tema tra giuristi, giudici e legislatori, ma anche tra gli operatori del web. Ancora una volta meritano di essere trascritte le parole di Vint Cerf, il quale sul punto ha dichiarato: "*Non potete uscire di casa ed andare alla ricerca di contenuti da rimuovere sui computer della gente solo perché volete che il mondo si dimentichi di qualcosa. Non penso che sia praticabile*".

Nonostante i molti dissensi[27], il 13 maggio 2014 la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha riconosciuto il diritto all'oblio, pronunciandosi sul caso Google Spain contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González[28].

Così la Corte di giustizia UE ha condannato Google Inc. (proprietaria del motore di ricerca Google) a cancellare le "indicizzazioni" relative ai propri dati personali su richiesta dei cittadini europei interessati, "*a meno che non vi siano ragioni particolari, come il ruolo pubblico del soggetto*".

In buona sostanza, tramite l'esercizio del diritto all'oblio, non viene cancellato il dato, ma avviene solo la *de-indicizzazione*, cioè l'eliminazione dai risultati di una ricerca del nome del soggetto richiedente in riferimento agli articoli per i quali si vuol far valere il diritto. Questo significa che i motori di ricerca dovranno evitare che venga riportato l'articolo che il soggetto vuole sia dimenticato tra i risultati, ma esso rimarrà nel server in cui è stato originariamente caricato[29].

Il dato, a seguito dell'esercizio del diritto all'oblio, diventerà più difficile da reperire, non si troverà più in evidenza tra i risultati delle ricerche, ma non sarà mai, per questo, totalmente cancellato dalla memoria.

4. La conservazione dei dati sul "cloud"

Sul *cloud* un altro ordine di vantaggi – oltre a quelli ai quali abbiamo già accennato – si sostanzia in quelli organizzativi, che consistono nella sistematizzazione delle infrastrutture, nella riorganizzazione dei flussi informativi e, di conseguenza, nel miglioramento della fruibilità dei dati all'interno del sistema.

Vi sono inoltre evidenti vantaggi anche di carattere gestionale: difatti le infrastrutture condivise sulle quali vengono ospitati i servizi *cloud* vengono progettate per garantire un'erogazione costante di potenza elaborativa proporzionale all'aumento delle istanze applicative e del numero di utenti attivi. Peraltro il *cloud* consente anche di ipotizzare il superamento totale del concetto di aggiornamento del *software* in uso, in quanto le applicazioni in *cloud* vengono costantemente

aggiornate dal fornitore del servizio sull'infrastruttura condivisa.

Tutto ciò porta anche un evidente risparmio in termini organizzativi, di sicurezza e di costi per la gestione e l'amministrazione, poiché tali spese di mantenimento e aggiornamento sono a carico del *cloud service provider*. D'altro canto, si pongono i problemi connessi alla esternalizzazione del servizio di conservazione dei dati, che viene gestito nel tempo da un terzo professionista specializzato, al quale l'utente si trova a doversi affidare senza poter soddisfare autonomamente e in modo statico e definitivo la propria esigenza.

Il passaggio – al quale già abbiamo accennato – dalla titolarità di un diritto di proprietà su un *bene fisico*, che funga da supporto di memoria, ad un *servizio* di gestione della conservazione, prestato da un professionista specializzato, rientra nel contesto attuale della economia dei servizi che caratterizza questa epoca, notoriamente definita "era dell'accesso"[30], in cui l'acquisto della proprietà dei beni (atto istantaneo) è sostituito da contratti di accesso a servizi che consentono il godimento (rapporto di durata).

Ne derivano, quindi, oltre ai problemi del trattamento dei dati da parte del terzo (materia ampiamente dibattuta e regolata dal GDPR, *General Data Protection Regulation*), i rischi di incorrere nelle patologie del rapporto contrattuale di somministrazione del servizio[31] e in altre vicende che possono occorrere al terzo fornitore, che potrebbero in qualche modo riverberarsi anche sulla prestazione di conservazione dei dati, influenzando anche sulla sua certezza e stabilità.

Del resto, altro è conservare da sé, in autonomia, i propri dati ed altro è, invece, dover ricorrere al servizio di terzi professionisti specializzati: una biblioteca è certamente ingombrante, ma chiunque può organizzare e gestire lo spazio per conservare i libri, mentre i dati digitali, una volta affidati al *cloud*, escono dalla sfera di controllo del proprietario che ha demandato ad altri il servizio di conservazione.

Rievocando i grandi romanzi della fantascienza distopica che, già dalla prima metà del secolo scorso, hanno immaginato scenari futuri di degenerazione informativa causati dal controllo della società mediante la distorsione o la manipolazione della informazione (attuati anche tramite il divieto di conservazione della memoria del passato e la distruzione dei libri, che diventano merce illegale e clandestina, il cui contenuto addirittura viene imparato a memoria dai ribelli che non hanno altro sistema per tramandare le informazioni[32]), viene da domandarsi se e come simili scenari possano essere oggi più facili da immaginare, nell'era in cui la carta viene sostituita dal *bit*.

5. Conservazione dei dati e sostenibilità ambientale

Attualmente si ricerca un sistema per ridurre la dimensione fisica dei supporti di conservazione dei dati, per aumentarne la capacità. Nonostante gli enormi progressi degli ultimi decenni sulla capacità delle memorie informatiche, si attende ora un'ulteriore svolta di progresso tecnologico[33].

Anche in tema di conservazione dei dati si pongono rilevanti problemi energetici e dunque di impatto ambientale[34]. L'attenzione a questi temi si è accresciuta negli ultimi tempi guardando al consumo energetico dei Bitcoin, che rappresenta un costo da considerare per la diffusione della moneta elettronica, che si rivela quale valuta *altamente energivora*[35].

Comunque l'impatto ambientale e il costo della conservazione elettronica appare certamente molto meno grave di quello della carta e verosimilmente nel futuro sarà destinato ad essere ulteriormente ridotto. In Europa[36] e Stati Uniti[37] si usano energie rinnovabili (specie idroelettrico e fotovoltaico) ma in altri continenti, come parrebbe in Asia o in Cina[38], si userebbero ancora oggi centrali a carbone[39]. Anche sotto questo profilo, va da sé che occorrerebbero regole universali da applicare ugualmente in tutti i territori del mondo. Torna sempre il problema del limite territoriale della legge, e della conseguente difficoltà di dettare regole uniformi applicabili in tutto lo spazio della rete e dei territori coinvolti.

L'obiettivo di orientare la trasformazione digitale della società verso lo sviluppo sostenibile è un tema di attuale attenzione, anche da parte dei legislatori.

Il sempre più massiccio utilizzo della tecnologia *cloud* per la archiviazione e/o elaborazione di dati ovvero un servizio complesso ed integrato delle funzionalità indicate, non solo da parte dei privati^[40] ma oramai anche da parte delle pubbliche amministrazioni, nella modalità del c.d. *community cloud* attraverso il quale il servizio viene messo a disposizione di una specifica co-

munità^[41], rappresenta oggi un fatto del tutto acclarato e che induce sempre più l'interprete a ragionare in ordine alla possibile soluzione di inedite problematiche nascenti dall'utilizzo di una infrastruttura tecnica di cui l'utente in generale (consumatore e non) fino a pochi anni fa ignorava per lo più le modalità di funzionamento e le cui attività erano sottratte a qualunque tipo di regolazione^[42].

La stessa Unione Europea sembra segnalare lo studio delle problematiche giuridiche relative all'utilizzo dei servizi di *cloud computing* nella *New Consumer Agenda – Strengthening consumer resilience for sustainable recovery*^[43] in cui la Commissione ha indicato tra le nuove priorità ed i punti di azioni cruciali per il c.d. *consumer welfare* su cui lavorare fino al 2025^[44].

Nello specifico il secondo punto dell'Agenda, denominato "*trasformazione digitale*" mira, nella dichiarata ottica di uno sviluppo sostenibile^[45] e *green*^[46], a contrastare le pratiche commerciali *online* che violano il diritto dei consumatori di operare una scelta informata, abusano delle loro inclinazioni comportamentali o alterano i loro processi decisionali, come i "modelli oscuri" e la pubblicità occulta.

In questo senso, pertanto, si registra la tendenza europea verso la ricerca di una c.d. "*sostenibilità dell'ambiente digitale*"^[47], cioè la necessità di costruire un sistema digitale capace di cogliere le potenzialità dell'evoluzione tecnologica^[48] e, al contempo, di tutelare al meglio le libertà fondamentali degli individui.

6. Per scongiurare il rischio di una "dittatura digitale": legge, autodisciplina e intelligenza artificiale

Come già si è sopra rilevato, occorrerebbe una scelta politica diretta a selezionare quali siano i dati da conservare, per non lasciare la scelta alla "tirannia" del mercato.

Il controllo dei dati, anche sotto il profilo della scelta di quelli che vanno conservati, oltre che per gli altri profili del trattamento, rappresenta uno dei punti di massima rilevanza in questo momento storico, in cui si teme il rischio di una *dittatura digitale*^[49].

L'auspicio dovrebbe essere innanzitutto quello che tutti i legislatori riescano a dettare insieme delle regole comuni per garantire la conservazione dei dati ed evitare il rischio di "*generazioni dimenticate*", oppure di scelte imposte dai competitori più forti del mercato esclusivamente nel proprio interesse. Ma, posta la atavica difficoltà di applicazione di una regola concordata da tutti gli stati sovrani, occorre forse auspicare che gli stessi operatori della rete sappiano autoregolarsi adottando scelte responsabili e adeguate.

Occorre domandarsi se, anche per la conservazione dei dati, possa applicarsi la stessa soluzione già adottata dal Regolamento Europeo per la Protezione dei Dati per risolvere il problema della applicazione del regolamento anche fuori dai confini territoriali della Unione Europea.

La tecnica legislativa sperimentata dal GDPR è quella di abbandonare la regola di dettaglio, e responsabilizzare un soggetto deputato a scegliere le regole più adeguate alla tutela del trattamento dei dati, ovunque essi vengano a trovarsi.

Questo "regolatore responsabilizzato", che nel GDPR è il *data controller*, è libero di scegliere le soluzioni più adeguate per il raggiungimento dell'obiettivo (che resta fissato dal legislatore), della cui idoneità il *data controller* poi verrà chiamato a rispondere ove insorgano problemi. È l'applicazione del c.d. principio di *accountability* (parola di difficile traduzione in lingua italiana giacché contiene in sé contestualmente vari significati, quali quelli di libertà, responsabilità, prova e rendicontazione)^[50].

In questa maniera la regola riesce a funzionare anche in uno spazio a-territoriale, qual è appunto quello di internet, che tende a sfuggire alla sovranità del diritto statale che opera solo sul territorio di riferimento e richiede quindi nuovi criteri di protezione che consentano lo "*scollamento tra legge e territorialità*"^[51].

Tuttavia la principale difficoltà di esportare questa soluzione dettata per il *trattamento* dei dati anche alla *conservazione* degli stessi risiederebbe proprio nel fattore temporale, che incide sulla stabilità. Infatti, mentre in caso di trattamento dei dati la scelta delle modalità più adeguate si risolve rapidamente e quindi può funzionare bene la soluzione di designare un soggetto che

scelga la regola più adeguata restando responsabile di eventuali patologie, viceversa per la conservazione, che è destinata a durare nel tempo, la designazione di un soggetto responsabile che sia chiamato ad un rendiconto molto tempo dopo appare meno efficace, proprio per la difficoltà di mantenere stabilmente il soggetto che detta la regola e ne garantisce la adeguatezza. Ad ogni buon conto, la storia ci dirà come verrà regolata la conservazione dei dati.

Verosimilmente, anche a prescindere dagli interventi legislativi, si potrebbe auspicare che le grandi imprese che governano la rete – anche in un’ottica di sussidiarietà[52] – sapranno auto-disciplinarsi (ovviamente anche nel proprio stesso interesse e nel perseguimento della propria *mission*) per adottare le soluzioni più efficienti al fine di garantire la conservazione dei dati, garantendo così il servizio offerto.

Ma forse le soluzioni potrebbero arrivare – in un futuro non lontano – proprio dal progresso tecnologico e dalle intelligenze artificiali[53].

Oggi l’attenzione comincia a incentrarsi sul “*computer neuromorfico*” che sembrerebbe rappresentare il futuro (anche) del *cloud*. Gli sviluppi della innovazione tecnologica, della digitalizzazione, della intelligenza artificiale e in particolare anche l’ultima frontiera del *computer neuromorfico* – che animeranno sempre di più nel prossimo futuro i dibattiti legislativi e giurisprudenziali in tutto il mondo – stanno già catalizzando gli interessi, tra gli altri, ad esempio, dei mercati finanziari (con la creazione e la crescita di *fondi di investimento tematici*)[54] e anche delle organizzazioni internazionali (tra cui la NATO, per le strategie di preparazione alla *cyber war*)[55].

L’intelligenza artificiale non è più basata solo sulla potenza di calcolo delle macchine bensì anche sulla creazione di nuove macchine che siano in grado di processare enormi quantità di dati con la finalità di imparare, adattarsi ed evolversi, proprio come il cervello umano.

La nuova frontiera del “*calcolo neuromorfico*” dovrebbe consentire alle macchine di apprendere e di pensare[56]. E chissà, allora, se proprio le macchine non potranno esse stesse diventare capaci di scegliere e selezionare i dati che devono essere adeguatamente conservati nel tempo e ricordati nella memoria digitale[57].

Auspiciando una visione ottimistica degli sviluppi della intelligenza artificiale, proprio le macchine – se ben programmate a garanzia della finalità di mantenere il controllo democratico dei dati e anche le scelte più adeguate sulla conservazione degli stessi – potrebbero salvarci dalla loro dittatura.

Note

1. Il film è “*Strange Days*”, del 1995, diretto da Kathryn Bigelow e prodotto e scritto da James Cameron. La frase “*Memories were meant to fade, Lenny. They’re designed that way for a reason*” viene pronunciata da Lornette Mason soprannominata Mace (Angela Basset) a Lenny Nero (Ralph Fiennes), il quale non si accorge dell’amore di lei perché - attraverso il lettore sensoriale SQUID (Dispositivo Superconduttore a Interferenza Quantica, che consente di riprodurre in una realtà virtuale tutte le esperienze di vista, udito, tatto ed olfatto e di riprovare le conseguenti sensazioni) - continua a rivivere le emozioni della sua storia d’amore finita con Faith Justin (Juliette Lewis), da cui resta ossessionato, non riuscendo a dimenticarla.
2. Va da sé che la facilità di accesso, reperibilità e consultazione dei dati ovviamente favorisce la possibilità di analizzarli, e dunque di impiegare utilmente le conoscenze così acquisite per svariate finalità. Il punto che costituisce la vera “*rivoluzione*” del *web* (la c.d. “*rivoluzione documediale*” che è “*non solo tecnologica, ma politica, economica e sociale*”) sta nella “*crescita esponenziale della registrazione che motiva il concetto di “documanità”*” e consente di definire il *web* come “*il più grande apparato di registrazione che l’umanità abbia sinora sviluppato*”, tanto che “*tutto può diventare documento*” (non solo numeri e lettere, ma anche suoni, immagini e comportamenti) e tutto può rimanere registrato (mentre nell’analogico “*prima si ha il messaggio e poi, semmai, la registrazione, che il più delle volte non ha luogo*”, invece nel digitale “*la registrazione precede la comunicazione, e più in generale ogni interazione con la rete lascia una traccia di sé*”): “*Che tutto sia documentabile, e che questa documentazione sia una, ossia possieda uno standard unificato, cambia il mondo con la forza di una guerra in tempo di pace*”, così Maurizio Ferraris, *Documanità. Filosofia del nuovo mondo*, Bari-Roma, 2021, cap. 1 *Rivoluzione: che cosa è il web?*, pp. 8 ss. Esula da questo scritto la considerazione del tema del *commercio* o della *circolazione dei dati*, che costituiscono ormai un bene di valore molto importante. I problemi suscitati dai *big data* e dall’uso che le grandi piattaforme digitali di Internet (dette “*multiversante*” in quanto dotate di una straordinaria capacità di favorire l’incontro di diverse categorie di utenti) fanno della massa di dati prodotti “*gratuitamente*” dagli utenti (“*ogni registrazione è capitalizzazione*”

attuale o potenziale, dunque valore, o meglio un *“plusvalore documentale”*, di cui le piattaforme si arricchiscono enormemente, al netto del costo del servizio che offrono altrettanto gratuitamente agli utenti in cambio della cessione dei loro dati) sono al centro dell'attenzione di studiosi di molte discipline ed hanno portato anche al conio di neologismi e di nuove proposte da istituire, come quella relativa al *“webfare”*, che sarebbe un *welfare* digitale, che dovrebbe essere sostenuto economicamente proprio dalle piattaforme del web per *“prevenire le conseguenze sociali della disoccupazione”*: questo *webfare* dovrebbe sostenere il consumo (che *“non è il surrogato moderno dei vizi capitali, bensì il bisogno organico inserito in un contesto socio-tecnico”*), l'educazione (giacché bisognerà, una volta superato il lavoro e la sua soggettivazione, *“imparare a vivere”*) e l'invenzione. Così cfr. ancora Maurizio Ferraris, *Documanità, cit.*, passim.

3. Tra le voci più autorevoli vi è quella dello storico statunitense e (all'epoca) direttore della biblioteca dell'Università di Harvard: Robert Darnton, *Il futuro del libro*, Adelphi, Milano, 2011.
4. Casi di incendi gravi si sono già verificati, a quanto sembra senza rilevanti conseguenze se non per la momentanea interruzione dei servizi. Si pensi, in Italia, al caso di Aruba nel 2011 (<https://st.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2011-04-29/incendio-server-arubait-tilt-121947.shtml>) e al più recente caso dei server di OVH nel 2021 a Strasburgo (<https://www.dday.it/redazione/38803/il-datacenter-ovh-di-strasburgo-e-andato-distrutto-per-un-incendio-migliaia-di-siti-irraggiungibili>).
5. Si pensi al recentissimo attacco informatico subito dalla Regione Lazio nell'agosto 2021. Oppure si pensi anche alla perdita di dati che può essere provocata da un errore nei procedimenti di *backup*, come accaduto, ancora più recentemente, all'Università di Kyoto nel dicembre 2021 (<https://www.redhotcyber.com/post/l-universita-di-kyoto-a-cause-di-un-errore-dei-sistemi-di-backup-perde-77gb-di-attivita-di-ricerca>). In ordine a questi suggestivi temi si stagliano le riflessioni di Shoshana Zuboff, *The Age for Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, 2019, tradotto in italiano con il titolo *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, 2019. Ad avviso dell'autrice il *“capitalismo di sorveglianza”* sarebbe devastante soprattutto perché rischierebbe di provocare la sparizione dell'umanità, intesa come modo umano di ragionare e di comportarsi, di cui l'autonomia e la dignità sono i tratti distintivi.
6. Sul punto sono davvero suggestive (ed inquietanti) le parole di Vinton Cerf, padre fondatore di internet e poi vicepresidente di Google (dove ha assunto la carica di *“Chief Internet Evangelist”*, ovvero, letteralmente, *“Evangelista-Capo di Internet”*): *“Pensando a 1000, 3000 anni nel futuro, dobbiamo domandarci: come preserviamo tutti i bit di cui avremo bisogno per interpretare correttamente gli oggetti che abbiamo creato? Senza neanche rendercene conto, stiamo gettando tutti i nostri dati in quello che rischia di diventare un buco nero dell'informazione”; il problema dunque è che il bit, pur se fosse eterno, deve essere decifrato da tecnologie che mutano e si evolvono, fino a diventare obsolete ed inutilizzabili, tanto che: “Nei secoli a venire chi si farà delle domande su di noi incontrerà delle enormi difficoltà, dal momento in cui la maggior parte di ciò che ci lasceremo dietro potrebbe essere solo bit non interpretabili”*. Di talché: *“Il mio consiglio è: se ci sono foto a cui davvero tenete, create-ne delle copie fisiche. Stampatele”*, cfr. Giulia Belardelli L'Huffington Post, Google, Vint Cerf lancia l'allarme: *“Dietro di noi un deserto digitale, un altro Medioevo. Se tenete a una foto, stampatela”*, (https://www.huffingtonpost.it/2015/02/13/vint-cerf-google-deserto-digitale_n_6677452.html).
7. Dati impressionanti sono raccolti in un interessante servizio della trasmissione *“Report”*, intitolato *“Memoria a breve termine”*, a cura di Cecilia Andrea Bacci (<https://www.rai.it/programmi/report/inchieste/Memoria-a-breve-termine-91f34d36-b0cf-41ca-a3a1-690cc67b7804.html>). Ci sono 1 milione di miliardi di byte creati (5mila Petabyte al giorno; 44 Zettabyte l'anno) creati dal traffico di circa 4 miliardi di utenti della rete.
8. Pari ad 1 bilione di byte.
9. Pari ad 1 trilione di byte.
10. Pari ad 1 triliardo di byte.
11. Pari ad 1 quadrilione di byte.
12. Al momento i server sono ancora localizzati sul territorio, sebbene una delle prossime frontiere di internet sembra quella di concepire dei nuovi protocolli per consentire un efficiente funzionamento della rete anche oltre il nostro pianeta: cfr. *Vint Cerf e il futuro di Internet: tre predizioni*, <https://video.repubblica.it/tecnologia/talk/vint-cerf-e-il-futuro-di-internet-tre-predizioni/388533/389253>.
13. <https://www.cwi.it/cloud-computing/dietro-ogni-cloud-ce-un-data-center-117249>. Sui molti e attuali problemi posti dal *cloud* cfr., tra gli altri, Franco Trubiani, *I servizi di cloud computing tra innovazione tecnologica e sostenibilità digitale*, in *Tecn. Dir.*, 2022, in corso di pubblicazione.
14. Con riguardo ai limiti territoriali della legge, si rimanda al libro di Natalino Irti, *Norma e luoghi. Problemi di Geo-diritto*, Bari, 2001.
15. Ancora una volta, anche sul primato della legge sul mercato, non ci si può esimere dal citare Natalino Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, il quale richiama la celebre frase di Talleyrand secondo il quale intervento e non intervento sono la medesima cosa, essendo entrambe

decisioni politiche, che postulano una presa di posizione rispetto all'economia e la volontà di strutturarla in un modo o nell'altro.

16. Cfr., ad esempio, tra i molti e sempre più numerosi articoli, Fernando Cancedda, *Dalla democrazia alla dittatura digitale*, in Articolo 21, 26 gennaio 2019, <https://www.articolo21.org/2019/01/dalla-democrazia-alla-dittatura-digitale/>.
17. <https://archive.org/>.
18. <https://www.loc.gov/>.
19. Cfr. nota 6.
20. Sugli scenari apocalittici di una tempesta solare, che potrebbero essere tali da cancellare la memoria digitale addirittura per circa un decennio, cfr. <https://www.focus.it/scienza/spazio/tempesta-solare-effetti-conseguenze>.
21. La prevenzione dell'*hackeraggio* e della *cyber war* rappresentano uno dei principali profili all'attenzione di tutti i governi, compreso il nostro, come testimoniato anche dalla istituzione del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, varato in seguito alla legge 124/2007, che ha riformato il comparto dell'intelligence nazionale, per rispondere alla sfida di modernizzazione imposta dal continuo mutare ed evolversi di minacce vecchie e nuove nell'interesse supremo della difesa della Repubblica e delle sue istituzioni. Cfr. <https://www.sicurezza nazionale.gov.it/sisr.nsf/chi-siamo.html>. Ancora più attualmente, si pensi al recentissimo d.l. 82/2021, contenente "disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale", in G.U. 140 del 14 giugno 2021, che istituisce, appunto, l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (Acn), per introdurre "il Servizio di informazione per la sicurezza nel dominio cibernetico, con funzioni di cyber intelligence".
22. Per stessa ammissione dell'Autore, che lo dichiara nel prólogo, il racconto è una metafora dell'insonnia, disturbo del quale Borges sofferiva, e che lo costringeva a pensare continuamente.
23. Edizione di riferimento per leggere il racconto di Borges "Funes, l'uomo della memoria" è: Jorge Luis Borges, *Finzioni*, Adelphi, Milano 2003, trad. di Antonio Melis (ed. originale 1944, prima ed. italiana Einaudi 1955 trad. di Franco Lucentini). Azzardando un parallelo tra due personaggi fantastici molto diversi tra loro, come Lenny Nero di "Strange Days", che rivive le emozioni del passato attraverso la realtà virtuale (cfr. nota 1), così anche Ireneo Funes "el memorioso" è ossessionato dalla memoria di ricordi che dovrebbero essere dimenticati. E molti altri personaggi fantastici potrebbero ancora aggiungersi, poiché, ad esempio, lo stesso tema dei problemi provocati dall'eccesso di memoria è affrontato, tra l'altro, anche nell'episodio "Ricordi pericolosi" (titolo originale: "The entire history of you", diretto da Brian Welsh, trasmesso nel 2011) della prima stagione della suggestiva serie TV "Black Mirror" (antologia di episodi autonomi tra loro ma accomunati dalla refigurazione di scenari paradossali provocati da vari usi distorti della tecnologia, prodotta da Charlie Brooker e trasmessa in Gran Bretagna da Channel 4, oggi disponibile su Netflix): un *chip* installato dietro l'orecchio dota gli esseri umani di una memoria artificiale in grado di registrare, archiviare, analizzare e riprodurre tramite un telecomando (anche proiettando immagini e suoni all'esterno su schermi visibili da altri) tutti i dettagli dei ricordi vissuti; il protagonista dell'episodio – il giovane avvocato Liam Foxwell - ne abusa fino al punto di perdere totalmente la fiducia nelle relazioni personali, professionali e familiari, tanto da incorrere in comportamenti paranoici che finiranno per rovinargli la vita.
24. In realtà, ricordare e dimenticare sono dimensioni interconnesse, irriducibili a semplificazioni univoche quali "diritto di dimenticare" (cui è sottesa la pretesa che altri dimentichi) e "diritto alla memoria". Così Mirzia Bianca, *Memoria ed oblio: due reali antagonisti?*, in Aa.Vv., *Memoria versus oblio*, Torino, 2019, 153 ss.
25. Sugli effetti negativi che l'eccesso di memoria potrebbe determinare sulla mente umana, esiste un dibattito a livello mondiale e interdisciplinare, che coinvolge, tra gli altri, filosofi e tecnologi. Secondo alcuni, in ragione del rapporto antropologico tra uomo e memoria, occorre evitare che la rete aiuti a ricordare troppo a lungo perché l'essere umano ha bisogno di elaborare e, spesso, dimenticare, per potersi evolvere positivamente. Su questi temi cfr. Viktor Mayer-Schönberger, *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, Princeton University Press, USA, 2009, tradotto in italiano per i tipi di Egea: *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Milano, 2010, che afferma: "dimenticare è umano ma Internet non vuole dimenticare".
26. Il diritto all'oblio è da molto tempo oggetto di dibattito in dottrina e in giurisprudenza, anche a prescindere da internet, bensì in qualsiasi ipotesi di rievocazione a mezzo stampa di vecchie notizie già pubblicate lungo tempo prima. Cfr. Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, id., 1998, I, 1834, per la prima volta ha individuato il diritto all'oblio nel "giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata". Poi l'attenzione aumenta e si modifica con l'avvento di internet. Tra le molte, si segnala Cass. 5 aprile 2012 n. 5525, nella quale la Corte distingue tra "archivio" del titolare del sito sorgente e "memoria della rete internet". Movendo da tale premessa la Corte ritiene che sul sito sorgente che mantiene l'archivio graverebbe altresì un obbligo di "aggiornamento" della notizia, per garantire la affidabilità della notizia. La sentenza è annotata (criticamente) da Francesco Di Ciommo e Roberto Pardolesi, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela*

dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!, in *Danno e responsabilità*, 7, 2012, pp. 701 ss. (<http://www.diciommoandpartners.com/wp-content/uploads/2015/06/FDC-RP-Oblio-e-Internet-su-Danno-e-resp.-2012.pdf>), i quali svolgono considerazioni molto suggestive, tra l'altro, sul dibattito tra filosofi e tecnologi intorno al rapporto tra la memoria umana e internet, e rilevano come "sembra possibile sostenere che più disordinata e casuale risulta l'archiviazione delle informazioni, più tale conservazione risulterà neutra rispetto ai contenuti, e dunque rispettosa degli stessi" (pag. 707). Da ultimo, l'estensione del diritto all'oblio, pur consolidandosi, tende a ridimensionarsi nelle più recenti pronunce, tra cui anche quella delle Sezioni Unite n. 19681 depositata il 22 luglio 2019, in *Foro it.* 2019, I, c. 3071, con nota critica di Roberto Pardolesi, *Oblío e anonimato storiografico: «usque tandem ...»*, la quale ha chiarito la nozione precisando che nel caso di specie non di cronaca propriamente si tratta, bensì di rievocazione storiografica. Le sentenze più recenti, dopo aver ribadito che "Il diritto all'oblio, generato dalla giurisprudenza e consolidato dalla legislazione, ha, però [...], dovuto fare i conti con Internet, la rete delle reti, dove tutto ciò che è stato inserito nel web rimane una memoria illimitata e senza tempo, ovvero un deposito di dati di dimensioni globali" chiariscono che "non vi può essere una vera e propria pretesa alla cancellazione del proprio passato": così Cass., ord. 27 marzo 2020, n. 7559, *Foro it.*, 2020, I, 1549; cfr. anche Cass, ord., 19 maggio 2020, n. 9147, in *Foro it.*, anno 2020, I, c. 2684 con nota di Roberto Pardolesi, *Oblío a regime?*, il quale opera una interessante comparazione con la recente e ampia giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca.

27. Il primo a dissentire è stato ovviamente il responsabile legale di Google, David Drummond, il quale così ha immediatamente commentato la sentenza UE: "Non siamo d'accordo con la sentenza, è un po' come dire che un libro può stare in una biblioteca, ma non può essere incluso nel suo catalogo. Ovviamente, però, rispettiamo l'autorità della Corte e facciamo del nostro meglio per attenerci alle sue decisioni. È un compito enorme, dal momento che da maggio abbiamo ricevuto più di 70.000 richieste che riguardano 250.000 pagine web. Gli esempi che abbiamo visto finora evidenziano i difficili giudizi di valore che i motori di ricerca e la società Europea devono ora affrontare: ex politici che vogliono far rimuovere messaggi che criticano le loro politiche quando erano in carica; criminali violenti che chiedono di cancellare articoli sui loro crimini; recensioni negative su professionisti come architetti e insegnanti".
28. Corte Giustizia UE, sentenza C-131/12 del 13 maggio 2014. Il ragionamento della Corte muove essenzialmente dalla esistenza di un trattamento dei dati che comporta la necessaria applicazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e delle direttive europee in materia (a partire dalla direttiva UE 46/1995). Tra esse vi è quella sull'aggiornamento e l'eventuale richiesta di cancellazione dei dati, che quindi può essere applicata direttamente al motore di ricerca.
29. Vale a dire che, se ad esempio il fatto sul quale si invoca l'oblio è riportato sul sito web dei giornali, il motore di ricerca dovrà non far comparire quegli articoli tra i risultati della ricerca, ma i giornali non hanno l'obbligo di cancellare gli articoli, che rimarranno dunque memorizzati e dunque reperibili utilizzando il motore interno dei giornali o la versione internazionale dei motori di ricerca, quella cioè che opera all'esterno dell'Europa e dunque che potrebbe non essere soggetta alle regole della Unione Europea (ma su questo profilo della applicazione delle regole fuori dai confini territoriali cfr. *infra* par. 6).
30. Il riferimento è a Jeremy Rifkin, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, (2000) traduzione di Paolo Canton, Mondadori, Milano, 2001.
31. Cfr. Roberto Bocchini, voce *Somministrazione di servizi*, in *Enc. Dir., aggiornamento*, vol. IV, Milano, 2000, p. 1105 ss.; ID., *La somministrazione di servizi*, Padova 1999.
32. Ci si riferisce innanzitutto a *Fahrenheit 451* scritto da Ray Bradbury nel 1953 (in Italia pubblicato, tra le altre, con traduzione di Giorgio Monicelli, collana Oscar Mondadori, 1999), da cui è stata tratta un'omonima trasposizione cinematografica nel 1966 (per la regia di François Truffaut) ed anche un successivo film TV nel 2018 (per la regia di Ramin Bahrani), ove si descrive una società distopica in cui leggere o possedere libri è considerato un reato, per contrastare il quale è istituito un apposito corpo di vigili del fuoco incaricato a bruciare ogni tipo di volume (il titolo indicherebbe appunto la temperatura alla quale brucia la carta, sebbene variabile a seconda dei diversi spessori e consistenze). Il medesimo tema era stato trattato, in una prospettiva ancora più pessimistica, anche dall'altrettanto famoso romanzo *Il mondo nuovo*, di Aldous Huxley, pubblicato nel 1932 (in Italia pubblicato, tra le altre edizioni, unitamente alla raccolta di saggi *Ritorno al mondo nuovo*, con traduzione di Lorenzo Gigli, collana Oscar classici moderni, Arnoldo Mondadori Editore, 1991), in cui i cittadini non hanno alcuna nozione della storia passata, salvo sapere, per il condizionamento avuto, che nel passato l'umanità viveva nella barbarie e che quello di oggi è il migliore dei mondi possibili, nonché dal celeberrimo *1984*, di George Orwell, pubblicato nel 1949 (in Italia pubblicato, tra le moltissime edizioni, per la prima volta con traduzione di Gabriele Baldini, Collana La Medusa n. 242, Verona-Milano, Arnoldo Mondadori Editore, 1950 - Collana Oscar, Mondadori, 1973), che descrive una società governata dal "Grande Fratello", che controlla permanentemente tutti i cittadini e gestisce l'informazione, di cui aggiorna continuamente i contenuti, vietando ogni forma di espressione o di conservazione dei dati, con l'obbligo di gettare nei c.d. "buchi della memoria", per essere distrutti in appositi inceneritori, tutti i documenti "non aggiornati" dal governo (e dunque potenzialmente pericolosi per la "verità"). Tale romanzo ha avuto svariate trasposizioni cinematografiche, televisive, radiofoniche ed ha ispirato musiche, videogiochi, fumetti, format televisivi e spot pubblicitari. Tra i molti film di fantascienza ispirati a questi romanzi può ricordarsi *Equilibrium*, del 2002, scritto e diretto da Kurt Wimmer, che descrive una società ambientata in un futuro dispotico e apocalittico in cui ogni cittadino è obbligato ad assumere quotidianamente una droga che inibisce tutte le emozioni, nella convinzione di cancellare anche l'aggressività e le conseguenze negative per l'ordine

sociale; pertanto è vietato (e viene distrutto con la consueta immagine del rogo) qualsiasi tipo di oggetto che possa ricondurre l'uomo a ricordare la civiltà del passato e a suscitare emozioni (come i libri, la musica, i giocattoli, etc.): chiunque venga scoperto in possesso di questi oggetti o contesti il sistema è punito con la pena di morte.

33. L'istituto *Charles Sadron* di Strasburgo (<https://www.ics-cnrs.unistra.fr/>) sta studiando come nuova soluzione una molecola o meglio un polimero sintetico (tipo codice DNA) costituito da una sorta di "provetta". La scala molecolare, rispetto agli attuali supporti di archiviazione di memoria, dovrebbe consentire di ridurre dalle 10 alle 100 volte la dimensione fisica dei supporti di memoria, con conseguente aumento della capacità di immagazzinare dati. Sul punto, cfr ancora il servizio di *Report* già sopra richiamato (cfr. nota 7).
34. Per avere un'idea di massima, mutuando i dati di uno studio dell'Imperial College di Londra pubblicato il 18 agosto 2015 (https://www.researchgate.net/publication/281719759_The_Water_Footprint_of_Data_Centers), la comunicazione elettronica di 1 gigabyte consuma circa 200 litri d'acqua (per cui la semplice visione di un film in *streaming* consuma l'equivalente di oltre 500 litri). L'acqua, dunque, viene a costituire una misura di energia "pulita", propria della *green economy*. I consumi di energia per il traffico dei dati non sono generati solo dal *funzionamento* ma in gran parte anche per il *raffreddamento* delle macchine. Per questo le grandi multinazionali della rete, per l'obiettivo di ridurre l'"impronta idrica" dei *data center* stanno spostando direttamente le strutture in posti naturalmente predisposti al raffreddamento, in modo da ridurre i consumi, utilizzando l'aria esterna per il processo di raffreddamento delle macchine (cfr. <https://www.wired.it/internet/web/2016/09/29/consumo-acqua-internet/>).
35. Si è stimato che il consumo energetico del solo *bitcoin* sia più o meno pari a quello di un medio Paese europeo. Il *Bitcoin electricity consumption index* dell'Università di Cambridge calcola che la criptovaluta necessita di oltre 133 TWh (*terawattora*) di elettricità l'anno, più di un paese come la Svezia, che ha un consumo annuo di poco meno di 132 TWh. Questo dato ha avuto di recente grande risonanza a seguito delle accuse di Elon Musk che ha apostrofato il *bitcoin* come "*Un pericolo per l'ambiente*" determinando un crollo del mercato. Cfr. Pierangelo Soldavini, *Bitcoin brucia l'energia di un intero Paese: ecco quanto e perché consuma*, *Ilsole24ore*, 7 giugno 2021, <https://lab24.ilsole24ore.com/green-generation/bitcoin-brucia-l-energia-un-intero-paese-ecco-quanto-e-perche-consuma.php>.
36. Si pensi in Italia ad Aruba, nel cui *campus* tecnologico *Global Cloud Data Center* sono presenti sia una centrale idroelettrica di proprietà, sia numerosi pannelli fotovoltaici che ricoprono gran parte delle pareti: è anche da queste fonti che si garantisce parte dell'approvvigionamento "intelligente" e sostenibile di energia. Cfr. <https://forbes.it/2019/07/29/green-data-center-aruba-soluzione-cambiamenti-climatici-era-digitale/>.
37. Ad esempio Apple ed Amazon: cfr. <https://www.unionesarda.it/economia/da-apple-ad-amazon-la-silicon-valley-e-sempre-piu-green-f1bs0p4b>.
38. Per l'attenzione crescente verso la sostenibilità ambientale anche da parte della più grande piattaforma digitale della Cina (Alibaba) cfr. <https://esg.alibabagroup.com/ui/pdfs/Alibaba-ESG-Report-2018-Environment.pdf>.
39. Cfr. ancora il servizio di *Report* già sopra richiamato (cfr. nota 7).
40. Secondo il Report ISTAT "*Imprese e ICT*" diffuso il 22 dicembre 2020, il dato relativo all'adozione dei servizi in *cloud* utilizzati dalle imprese italiane è pari 59% nel 2020 (contro il 23% del 2018).
41. Come stabilito da ultimo dal Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2020-2022, redatto dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) e consultabile in <https://docs.italia.it/italia/piano-triennale-ict/pianotriennale-ict-doc/it/2020-2022/index.html>.
42. Laura Ammannati, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale. Consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, in *Liber Amicorum Guido Alpa*, (a cura di) F. Capriglione, Padova, 2019, p. 436.
43. Consultabile in https://ec.europa.eu/info/files/new-consumer-agenda-strengthening-consumer-resilience-sustainable-recovery_en.
44. Anche il nostro Paese sembrerebbe stia prendendo atto dell'importanza e della strategicità dei servizi *cloud*, v. le dichiarazioni del Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale Vittorio Colao (consultabili in <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/24-05-2021/pa-colao-%E2%80%9Ccon-cloud-benefici-anche-imprese-e-cittadini%E2%80%9D>), il quale lo scorso 24 maggio ha comunicato l'intenzione del Governo italiano di creare un *cloud* unico per la PA con giurisdizione italiana e con l'accesso alle migliori tecnologie internazionali, in linea con la strategia da attuare con il PNRR che vorrebbe vedere il Governo, i privati e i grandi *provider* internazionali a lavoro insieme.
45. Sul tema della sostenibilità nel diritto privato si rimanda a *Ciro Caccavale, Per un diritto sostenibile, in Crisi della legge e produzione privata del diritto*, a cura di G. Conte e M. Palazzo, Milano, 2018, p. 243 ss.
46. Nello specifico campo del *cloud* si segnala che i principali *cloud service provider* stanno cercando di ridurre l'impatto ambientale dei loro *data center* (v. ad es. Google che dichiara di voler arrivare a

zero emissioni di Co2 entro il 2030, v. <https://cloud.google.com/sustainability?hl=it>).

47. Sul punto si segnala la recente opera di Stefano Epifani, *Sostenibilità digitale. Perché la sostenibilità non può fare a meno della trasformazione digitale*, Roma, 2020, spec. p. 43 ss., ad opera del quale non sempre la trasformazione digitale della società comporta un futuro sostenibile.
48. Da ultimo, di intelligenza artificiale sostenibile discorre Enrico Caterini, *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020, *passim*. Secondo l'A., l'intelligenza artificiale "muta il paradigma ontologico del diritto e della sostenibilità" (ivi, p. 32 ss.), chiamando in causa un processo di responsabilizzazione che induce ad impedire che l'AI divenga un momento di fuga dall'ordinamento; un mezzo per sospendere il primato del diritto sulla tecnica e disattendere la speranza di una "ideologia imperativa" fondata sui principi.
49. Cfr. nota 16.
50. Ci si consenta il rinvio a Roberto Carleo, *Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione*, in *Nuovo diritto civile*, 2021, pp. 359-376), disponibile in open access al seguente link: <https://www.dikegiuridica.it/admin/file/NDC1-21-Carleo.pdf>).
51. Si esprime così Luciano Floridi, *Il verde e il blu. Idee ingenuie per migliorare la politica*, Milano, 2020, p. 28 s., il quale elogia appunto questo metodo adottato dal GDPR "che, in modo geniale, supera lo scollamento post-vestfaliano, sfruttando invece la saldatura ... tra identità personale e dati, per giustificare il fatto che, ovunque i dati di un cittadino europeo siano processati, si applica comunque la legge europea". Poi l'A. prosegue: "Il GDPR lega i dati alla fonte e non la legge al territorio, un po' come la logica del passaporto, che non dà diritto ad espatriare (per esempio a volte serve anche un visto) ma a rimpatriare, legando il portatore alla sua nazionalità, come un elastico".
52. Sul principio di sussidiarietà orizzontale introdotto dalla riforma del 2001 nell'art. 118, u.c., Cost., che incentiva il ricorso alla autodisciplina che il legislatore tende prioritariamente ad affidare agli stessi destinatari delle norme, più prossimi alla attività di interesse generale che occorre regolare, si richiamano i volumi a cura di Mario Nuzzo, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I e II, Torino, 2014.
53. Il tema della intelligenza artificiale giunge nel diritto alla frontiera della discussione sulla possibilità di ammettere una "personalità robotica" (pur sostenuta, sia pure come mera ipotesi, dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 16/2/2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 (INL)), ove in particolare la Commissione Europea è invitata a valutare talune soluzioni giuridiche possibili in relazione al regime di responsabilità dei robot, tra cui "l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine (...) nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot" (par. 59, lett. f). Più di recente (ottobre 2020) si vedano le proposte presentate dal Parlamento Europeo alla Commissione "Framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies" (cfr. [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/2012\(INL\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/2012(INL))) volte a predisporre: a) un regolamento europeo riguardante gli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate; b) un regolamento europeo di disciplina della responsabilità civile per danni e pregiudizi eventualmente causati da sistemi di AI da collegare ad una revisione della direttiva sui prodotti difettosi; c) una moratoria sugli strumenti di riconoscimento facciale già utilizzati dalle autorità di contrasto al crimine. Per il monito che il mutamento della concezione delle intelligenze artificiali come entità dotate di autonomia decisionale e non solo strumentale, pur dovendosi rivisitare la loro mera appartenenza alle res, comunque richiede "di individuare l'interesse meritevole di tutela secondo i principi fondanti dell'ordinamento giuridico in quanto soltanto l'uomo è il presupposto essenziale destinato a misurare l'essenza della giuridicità" cfr. Carolina Perlingieri, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 4, p. 1235 ss. Cfr. anche Gunther Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di Pasquale Femia, Napoli, 2019, pp. 72 ss.; Ugo Ruffolo, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1702 ss.; Raffaella Messinetti, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. impr.*, 2019, pp. 861 ss.; Arianna Alpini, *Sull'approccio umano - centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del "progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile"*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, pp. 8 ss.; Andrea Amidei, *Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo*, in *Intelligenza artificiale e responsabilità*, a cura di Ugo Ruffolo, Milano, 2017, pp. 98 ss.; Francesco Di Ciommo, *Smart contract e (non-) diritto. Il caso dei mercati finanziari*, in *Nuovo diritto civile*, 1/2019, p. 257 ss.; Antonina Astone, "Principio di non esclusività della decisione algoritmica" e limiti della configurazione di un "umanesimo digitale", in *Nuovo diritto civile*, 2/2020, pp. 125 ss.; Gianpiero Paolo Cirillo, *I soggetti giuridici digitali*, in *Contr. impr.*, 2020, pp. 573 ss. Sugli algoritmi e sulla decisione robotica si rinvia per tutti alle riflessioni stimolate da Natalino Irti, in *Aa. Vv.*, *La decisione robotica*, a cura di Alessandra Carleo, Bologna, 2019.
54. <https://www.onlinesim.it/blog/ai-pensa-come-uomo-computer-neuromorfo/>.
55. <https://formiche.net/2021/06/dimensione-cyber-nato-bracciol/>.
56. Ancora una volta si rinvia a Maurizio Ferraris, *Documanità, cit.*, in particolare capitolo 2.1.3 *Anima e automa*, per il chiarimento che le macchine non potranno mai imporre una propria autonomia

volontà sull'uomo che le programma poiché esse sono prive della autocoscienza che è propria solo della intelligenza umana (nella quale si riscontra "per esempio, il fatto di manifestare degli scopi, di essere condizionata da emozioni, di avere una apertura sociale"). Mentre l'anima caratterizza gli organismi viventi che muoiono, e che possono farlo una volta sola, invece gli automi sono macchine che possono "ripetere tantissime volte on/off". Qui l'A. – nel negare che le macchine possano morire (pur ponendosi il dubbio sul caso limite delle macchine sintetiche biologiche, che già esistono nella realtà, come gli *xenobot*: <https://it.wikipedia.org/wiki/Xenobot>) – richiama "due scene memorabili di automi mortali" protagonisti di due dei massimi capolavori della fantascienza (ormai diventati, imprescindibili per tutti gli studiosi anche di biorobotica, come testimonia anche il recente libro di Giuseppe Anerdi e Paolo Dario, *Compagni di viaggio. Robot, androidi e altre intelligenze*, Torino, 2022), ovvero Hal di "2001: Odissea nello spazio" (Colossal fantascientifico del 1968 prodotto e diretto da Stanley Kubrick) e il replicante di "Blade Runner" (film di culto del 1982 diretto da Ridley Scott). Ciò, appunto, per negare che le macchine possano morire, poiché mentre Hal è stato solo disattivato e risorge con il restauro della memoria, invece il replicante di *Blade Runner*, nella finzione cinematografica, diviene umano nel momento in cui muore, e recita il suo celeberrimo commiato dalla vita, con cui cessano anche tutti i suoi ricordi: "Io ne ho viste cose che voi umani non potreste immaginarvi: navi da combattimento in fiamme al largo dei bastioni di Orione, e ho visto i raggi B balenare nel buio vicino alle porte di Tannhäuser. E tutti quei momenti andranno perduti nel tempo, come lacrime nella pioggia. È tempo di morire". Sarebbe troppo difficile ed esorbitante da questo scritto riflettere sulla possibilità che, in un futuro più o meno lontano, talune macchine potranno realmente morire o se, per converso, gli umani potranno superare la morte (tenendo peraltro conto che il nascere e il morire diventano sempre più fatti non soltanto naturali ma anche artificiali, in quanto governati dall'uomo, come osserva oggi Natalino Irti, *La giuridificazione del bios*, in *Riv. dir. Civ.*, 2005, 51, 4, I, p. 337 ss. e in *Il salvagente della forma*, Bari, 2007, p. 57 ss.; *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli 2007, passim; *La biotecnica sfida il diritto. Una profezia di Ernst Jünger*, conferenza sul bio-diritto tenuta da Natalino Irti all'Università di San Paolo del Brasile, 9.7.2007 sintesi in <https://terzotriennio.blogspot.com/2007/07/la-biotecnica-sfida-il-diritto.html>; *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, passim; il tema "Nascere e morire" è stato oggetto di un ciclo di incontri tenuti nel 2019 a cura della Fondazione "Istituto Irti per gli Studi Giuridici", con le conferenze di Massimo Cacciari, Dacia Maraini, Bruno Forte). Ciò che qui interessa porre in rilievo, anche guardando ai capolavori della fantascienza (ai quali si aggiungono anche di recente altri bellissimi romanzi che predicono i temi del rapporto tra uomo e robot, come ad esempio quello di Ian McEwan, *Macchine come me*, trad. it. S. Basso, Torino, 2019) è che un elemento che maggiormente distingue l'intelligenza umana da quella artificiale è proprio la memoria, oltre alle connesse capacità di acquisizione ed elaborazione dei dati. Si pensi, ricorrendo ad un'ultima citazione di famosi androidi della fantascienza, a "Data" (*nomen omen*), ufficiale in servizio sulla nave stellare *Enterprise* della serie "Star Trek Next Generation" (serie televisiva di enorme successo e con varie trasposizioni cinematografiche, trasmessa a partire dal 1986, vent'anni dopo la serie originale di Star Trek ideato da Gene Roddenberry): un androide dotato di cervello positronico, creato con sembianze e capacità umane, che persegue l'obiettivo di diventare sempre più umano e quindi di riuscire a provare emozioni (che realizza grazie ad un chip emozionale), che – all'esito di un processo subito per essersi rifiutato di sottoporsi ad una sperimentazione – viene considerato quale forma di vita senziente e non come proprietà della Flotta Stellare e che infine muore sacrificandosi per salvare l'equipaggio della nave (peraltro preoccupandosi del tentativo – poi non riuscito – di salvare i propri dati trasferendoli nella matrice positronica di un altro androide) e il cui principale tratto distintivo rispetto agli altri membri dell'equipaggio (terrestri e provenienti da altri pianeti) è – appunto – la sua straordinaria "memoria".

57. Da ultimo, sulla questione se le macchine potranno acquisire la capacità di "scegliere" cfr. Alberto Maria Benedetti, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale. Cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. Civ.*, 2021, 3, p. 411 ss., il quale, nel rilevare la complessità dei problemi che dovrebbero porsi "se la macchina da mero strumento automatico di esecuzione di input predeterminati diventa capace di scelte discrezionali e, in una certa misura, autonome", pone il suggestivo interrogativo se si possa configurare una "rappresentanza robotica", riconoscendo ai robot (appositamente programmati ed entro i limiti del mandato) "una capacità necessaria e sufficiente per rappresentare un essere umano, esattamente come un minore può rappresentare un maggiorenne" (p. 424). Ciò, aggiunge l'A., sempre che la prospettiva robotica (evocando le profetiche visioni di Asimov) non giunga oltre fino a riconoscere (in un'ottica *de iure condendo* a livello transnazionale) la soggettività giuridica dei robot, che invero non potrebbe essere negata, se nel futuro le macchine avranno coscienza e volontà.



Diritto europeo e sovranazionale

La parità di genere nel Piano nazionale di ripresa e resilienza. Brevi considerazioni in chiave UE



di Marco Evola

Ricercatore di Diritto dell'Unione europea presso la LUMSA di Palermo


It

Il PNRR identifica la parità di genere come obiettivo trasversale di tutte le misure in cui si articola. Un ruolo particolarmente significativo assume all'interno della strategia del Piano l'aumento dell'occupazione delle donne anche se gli interventi previsti esigono l'adozione di azioni di più ampio respiro in settori contigui a quelli dallo stesso considerati. L'approccio si rivela basato sull'identificazione della parità di genere con la non discriminazione nei confronti delle donne, segnando così un arretramento rispetto alla strategia della Commissione in materia. Un'ulteriore ragione di distanza rispetto all'impostazione dell'istituzione comunitaria si registra in rapporto al tema dell'intersezionalità che è sostanzialmente assente nel Piano.

 **PNRR – parità di genere – accesso al lavoro e all'occupazione – intersezionalità.**

Eng

The National Recovery and Resilience Plan Italy adopted to implement the Next Generation EU initiative makes gender equality a key objective of all of the measures that it envisages. The shaping of the Plan aims at raising women's employment, but the attainment of such an objective entails the enactment of measures other than those the Plan lays down. The Plan focuses on equality between women and men. This approach lowers the standards of protection against discrimination on grounds of sexual orientation the EU legal system provides. Furthermore, it falls short of the objectives the Commission targeted since the latter's strategy covers the protection of LGBTIQ rights. The National Plan does not take into consideration intersectionality in promoting gender equality although the Commission highlighted the crucial role of intersectionality in facing the challenges which are entrenched in the fight against discrimination.

 **National Recovery and Resilience Plan – gender equality – access to employment – intersectionality.**

Sommario

1. Introduzione - 2. La limitata applicazione del principio di non discriminazione - 3. Le misure di promozione della parità di genere - 4. Considerazioni conclusive

1. Introduzione

La strategia di intervento che il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) disegna trova nella parità di genere uno degli snodi centrali. La rilevanza del tema sollecita alcune riflessioni che saranno condotte con esclusivo riferimento al sistema giuridico dell'Unione europea¹ e al modo in cui la questione della parità di genere è stata affrontata nelle iniziative dell'UE che sono all'origine dell'adozione dello stesso PNRR. La parità di genere non sarà quindi considerata con riguardo agli sviluppi che ha conosciuto nell'ordinamento interno sia per effetto degli interventi del legislatore, sia in dipendenza delle pronunce della giurisprudenza, tra le quali quelle della Corte costituzionale².

Il Piano si sviluppa intorno a tre assi strategici costituiti da digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica e inclusione sociale (p. 13). Quest'ultimo, in particolare, comprende al suo interno la parità di genere che è stata assunta come una delle tre priorità principali (p. 14). Tuttavia, la specifica connessione che viene istituita tra la dimensione sociale e la promozione della parità di genere identifica solo in parte il ruolo che questa svolge all'interno del Piano poiché essa costituisce di fatto un obiettivo trasversale di tutte le componenti nelle quali il PNRR si articola. Il ricorso al *gender mainstreaming*, che trova la sua matrice nell'azione dell'UE,³ comporta che ciascuna delle sei missioni⁴ del Piano collochi gli interventi prefigurati nel quadro di una visione di genere. Inoltre, per ogni missione il PNRR procede alla valutazione degli effetti che le iniziative avranno rispetto alla rimozione delle disuguaglianze di genere. Il Piano muove dalla sottolineatura dell'esistenza di cause antiche e sedimentate della disuguaglianza delle donne - la cui condizione ha subito un ulteriore deterioramento a causa della pandemia - e individua diverse forme di discriminazione indiretta di cui esse sono vittime: la bassa partecipazione al mondo del lavoro, il più elevato tasso di disoccupazione, il gap salariale, la difficoltà nella progressione di carriera, il difficile equilibrio tra il lavoro di cura nella famiglia e l'attività lavorativa, lo scarso numero di donne imprenditrici. Inoltre, si sottolinea nel PNRR, le donne subiscono diverse forme di discriminazione: bullismo, sessismo nei luoghi di lavoro, violenza e femminicidio (p. 35).

Il collegamento tra il PNRR e l'iniziativa dell'UE sussiste non solo su un piano funzionale, ma in una prospettiva assiologica. In ordine al primo profilo il Regolamento 2021/241⁵ contempla tra gli obiettivi delle risorse che gli Stati utilizzeranno oltre alla coesione economica, sociale e territoriale l'attenuazione dell'impatto sociale ed economico della crisi COVID-19 "in particolare sulle donne" (art. 4) e richiede agli Stati di spiegare come le misure del piano possano contribuire "alla parità di genere e alle pari opportunità di tutti" (art. 18 comma 4 lett. o)). La struttura del Regolamento è stata disegnata dalla Commissione nella proposta del Next Generation EU⁶ con una scelta che, muovendo dalla contingenza, mirava a tracciare campi lunghi di intervento con un particolare focus sulla discriminazione di genere⁷. Ed è proprio questo l'elemento che ci riconduce al secondo profilo indicato, ossia la dimensione valoriale dell'UE all'interno della quale la parità di genere costituisce uno dei cardini. L'art. 2 TUE stabilisce, infatti, che l'UE si fonda, tra gli altri, sui valori della dignità umana, dell'eguaglianza e del rispetto dei diritti umani in quanto "valori comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini". La parità di genere permea l'intero spettro di attività dell'UE e l'art. 8 TFUE chiama le istituzioni a eliminare le ineguaglianze e a promuovere la parità di genere "in tutte le sue azioni". L'impulso alla rimozione delle discriminazioni di genere è stato raccolto dalla Commissione che da ultimo nella Gender Equality Strategy 2020-2025 ha assunto la parità di genere come uno degli obiettivi principali dell'UE⁸.

Pur muovendosi nel solco tracciato dalla Commissione, il PNRR contiene alcuni elementi che ne segnano una differenza e che potenzialmente sono in grado di incrinare la solidità dell'impostazione. Più esattamente, l'approccio generale alla disuguaglianza di genere presenta un carattere limitato in rapporto all'evoluzione della tutela contro le discriminazioni nel sistema giuridico dell'UE. Inoltre, alcune soluzioni prefigurate appaiono inadeguate a conseguire l'obiettivo della promozione della parità di genere.

2. La limitata applicazione del principio di non discriminazione

Il PNRR pone, innanzitutto, un problema relativo alla sfera di applicazione della direttiva della parità. Il testo indica "la persistenza di disuguaglianze di genere, (...) l'assenza di pari opportunità a prescindere da (...) orientamento sessuale (p. 33) e nella descrizione del sistema di certificazione della parità di genere fa riferimento tra i criteri per il rilascio alla gestione delle differenze di genere. Sembrerebbe, dunque, che il Piano intenda in senso ampio il concetto di genere che secondo i Principi di Yogyakarta si riferisce a "each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms"⁹.

In realtà, la nozione di genere utilizzata dal PNRR riguarda esclusivamente le donne, come emerge non solo dall'analisi prima sintetizzata delle questioni di maggior rilevanza in tema di disegualianza, ma soprattutto dalla declinazione stessa della parità all'interno del Piano, che riguarda esclusivamente la condizione delle donne. Questa scelta appare in contrasto sia con il Regolamento 2021/241 che, come visto, distingue chiaramente le discriminazioni contro le donne da quelle che sono riferibili all'orientamento sessuale, sia con la strategia complessiva della Commissione che ha dedicato una specifica comunicazione alle azioni che l'UE intende intraprendere per contrastare le discriminazioni contro le persone appartenenti al Gruppo LGBTQ¹⁰, sia infine, con l'evoluzione del sistema di tutela dei diritti umani in Europa, come emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani¹¹ e della Corte di giustizia¹². L'impostazione rischia di segnare un arretramento rispetto al livello di tutela in materia di non discriminazione assicurato in tempi recenti.

Peraltro, pur concentrandosi solo sulla discriminazione contro le donne, il PNRR presenta due ulteriori limiti in rapporto alla Strategia della Commissione. Un primo limite è legato alla mancata considerazione della violenza contro le donne, questione cui si fa solo un cenno, ma che non trova alcuno sviluppo nella definizione degli interventi. Gli studi in materia hanno messo in evidenza che la violenza non solo costituisce l'asse di strutturazione del rapporto uomo-donna, ma permea anche le diverse manifestazioni della disegualianza delle donne e nei vari stadi della loro vita¹³. La Commissione nella Strategia 2020-2025 ha affermato che "gender-based violence – or violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately – remains one of our societies' biggest challenges and is deeply rooted in gender inequality"¹⁴. Sulla base di questa considerazione l'istituzione UE ha assunto il contrasto alla violenza contro le donne come un obiettivo prioritario dell'Unione che deve essere conseguito attraverso un'azione ad ampio spettro non limitata alla prevenzione e repressione, ma intesa a sradicare i pregiudizi che ne sono all'origine e a rimuovere le molteplici forme in cui si manifesta. Non ci sembra che la funzione del PNRR giustifichi la sottovalutazione del tema se si considera che rispetto ad altri profili di discriminazione esso indica la necessità di ricorrere ad interventi esterni al Piano.

Il secondo limite ci sembra derivi dalla mancata considerazione dell'intersezionalità. La discriminazione può nascere non solo dal genere, ma da ulteriori identità che a quella si associano, come l'appartenenza ad una razza, il colore della pelle, la disabilità o la migrazione. L'intersezionalità rappresenta oggi una delle maggiori sfide al sistema di tutela dei diritti umani e uno dei passaggi cruciali della Strategia 2020-2025 della Commissione che sottolinea l'esigenza per l'UE di affrontarla in tutte le sue politiche¹⁵. Il PNRR contiene un solo accenno all'esistenza contemporanea di più fattori vietati di discriminazione nella parte in cui considera la condizione delle donne anziane. Il riferimento ad altri fattori di discriminazione vietata non è accompagnato da un'analisi delle possibili interconnessioni e dei riflessi di queste sulla parità di genere.

Questi limiti di carattere generale hanno finito per influire anche sull'individuazione delle misure concrete di contrasto delle discriminazioni di genere.

3. Le misure di promozione della parità di genere

Non è possibile procedere in questa sede ad una disamina approfondita dell'intero complesso di soluzioni che il PNRR prefigura sicché l'indagine avrà ad oggetto le principali scelte compiute nell'elaborazione delle missioni.

Dal Piano emergono due linee di intervento lungo le quali si dipanano le azioni volte a garantire la parità di genere: per un verso, l'aumento dell'occupazione femminile e il miglioramento delle condizioni di lavoro e, per altro verso, la tutela sociale delle donne.

La prima linea di azione interseca l'impiego pubblico e il settore privato. Con riguardo a quest'ultimo il PNRR prende in considerazione tanto le attività di natura imprenditoriale, quanto i rapporti di lavoro subordinato.

Nella prospettiva della crescita del numero di donne lavoratrici si segnala, innanzitutto, il ricorso a meccanismi di condizionalità in relazione alla partecipazione ai progetti finanziati dallo stesso PNRR e dai Fondi REACT-EU e FCN. Si prevede, infatti, che l'esecuzione dei progetti sia subordinata all'assunzione di giovani e di donne e che "con specifici interventi normativi, sarà previsto l'inserimento nei bandi gara, tenuto anche conto della tipologia di intervento, di specifiche clausole con cui saranno indicati, come requisiti necessari e in aggiunta, premiali dell'offerta, criteri orientati verso tali obiettivi" (p. 33). A tal fine le imprese potranno ricorrere anche a contratti di formazione/specializzazione, ciò che, però, rischia di dare vita a forme solo precarie di inserimento nel mondo del lavoro.

Con riguardo alla PA il Piano individua il duplice obiettivo di garantire la parità di opportunità sia rispetto alla partecipazione al mercato del lavoro, sia rispetto alla progressione di carriera prefigurando l'adozione di nuovi meccanismi di reclutamento e la revisione del sistema di promozione alle posizioni dirigenziali di alto livello (p. 36).

La digitalizzazione dell'economia è un ulteriore pilastro della strategia in esame anche perché

rappresenta “la base per fornire all’imprenditoria femminile strumenti con cui ampliare il proprio raggio d’azione” (p. 114). La valorizzazione delle ricadute positive sull’accesso della donna al lavoro riguarda anche altre misure quali l’investimento in infrastrutture sociali e la progressiva attivazione dei servizi a essi connessi, gli interventi a favore dell’imprenditoria femminile e il riequilibrio territoriale (p. 219).

La finalità dell’aumento dell’occupazione femminile permea altresì la strategia relativa ai settori del turismo e della cultura in ragione del fatto che il loro potenziamento può “generare significative ricadute occupazionali sui settori che sono già a forte presenza femminile come quello alberghiero, della ristorazione, delle attività culturali” (p. 114). Alla stessa logica risponde l’incremento dei servizi di assistenza e cura nei quali sono impegnate prevalentemente le donne. Tuttavia, queste misure possono contribuire all’*empowerment* femminile solo se la crescita della forza lavoro sia supportata da misure non limitate a questi settori del lavoro subordinato. In assenza di siffatte misure l’esito del Piano potrebbe essere la perpetuazione della segregazione del lavoro femminile all’interno di un nucleo limitato di attività lavorative. In questo senso è opportuno ricordare che la Commissione ha sottolineato l’importanza di rimuovere gli stereotipi che condizionano la partecipazione delle donne al mercato del lavoro, osservando che “stereotypical expectations based on fixed norms for women and men, girls and boys, limit their aspirations, choices and freedom”¹⁶.

La crescita economica è, altresì, affidata ad una revisione dei percorsi formativi per renderli capaci di affrontare le sfide dell’innovazione tecnologica e di collegare formazione e impresa. Sotto questo profilo il PNRR mette in evidenza gli effetti positivi delle riforme prefigurate rispetto all’accesso al lavoro delle donne, attribuendo rilevanza, per un verso, all’attività di orientamento nella transizione scuola-università che dovrebbe mitigare i divari di genere (p. 182) e, per altro verso, alla centralità che le discipline STEM devono acquisire nella scuola che dovrebbe così contribuire a raggiungere “il pieno superamento degli stereotipi di genere” (p. 185).

Il PNRR delinea rispetto all’imprenditoria femminile una strategia di ampio respiro che prevede la riforma degli strumenti attuali e la realizzazione delle seguenti finalità: a) sostenere la realizzazione di progetti aziendali innovativi per imprese già costituite e operanti a conduzione femminile o prevalente partecipazione femminile; b) sostenere l’avvio di attività imprenditoriali femminili attraverso la definizione di un’offerta che sia in grado di venire incontro alle necessità delle donne in modo più puntuale (mentoring, supporto tecnico-gestionale, misure per la conciliazione vita-lavoro, ecc.); c) creare un clima culturale favorevole ed emulativo attraverso azioni di comunicazione mirate che valorizzino l’imprenditorialità femminile, in particolare, presso scuole e università (p. 204). Il PNRR non indica, però, la necessità di interventi in materia di composizione degli organi di governo delle società benché rappresenti uno snodo importante dell’emancipazione.

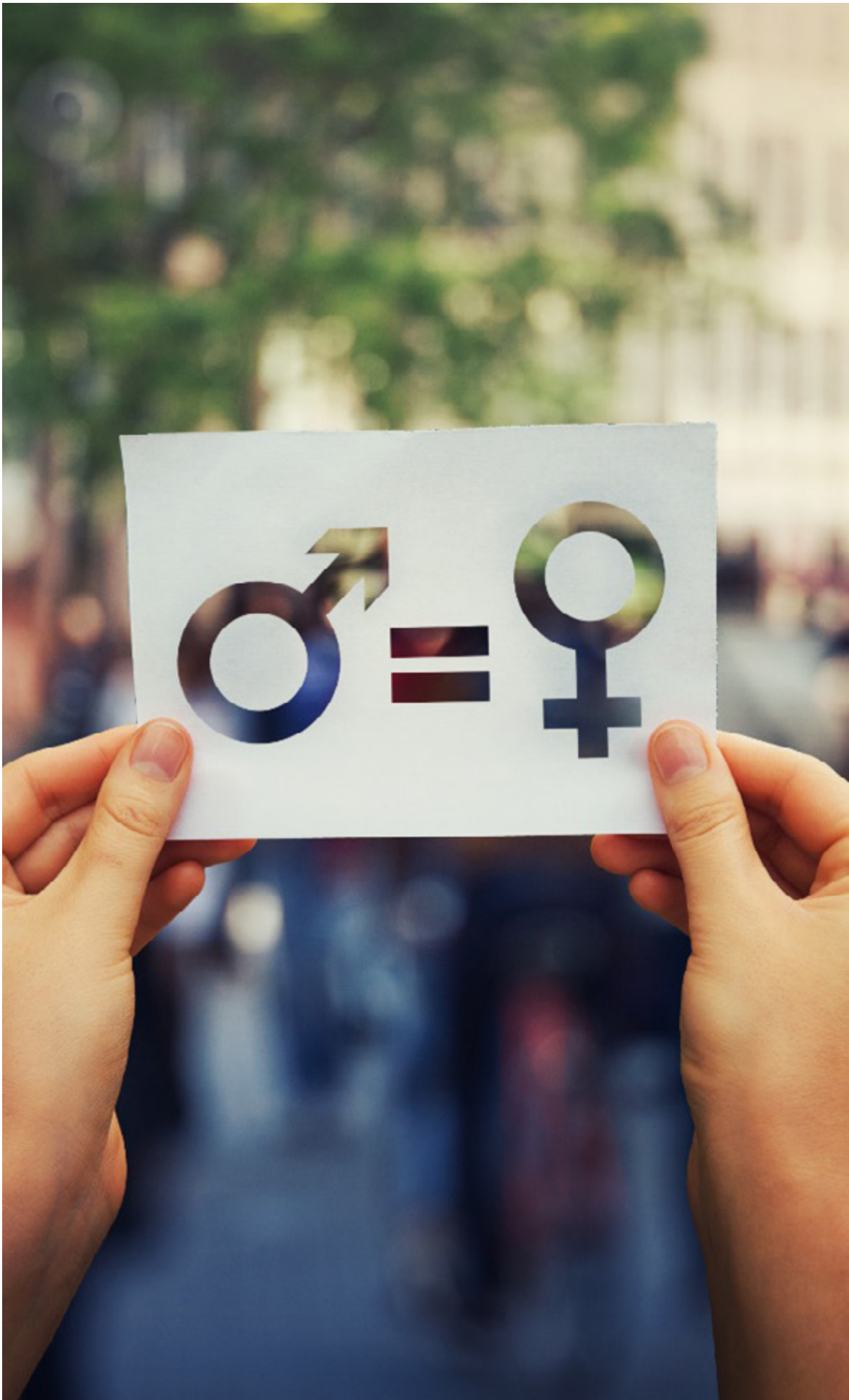
Uno degli elementi chiave del PNRR è rappresentato dall’introduzione del Sistema di certificazione della parità di genere con l’obiettivo di incentivare le imprese a “ad adottare policy adeguate a ridurre il gap di genere in tutte le aree maggiormente “critiche” (opportunità di crescita in azienda, parità salariale a parità di mansioni, politiche di gestione delle differenze di genere, tutela della maternità)” (p. 205).

Infine, la promozione dell’occupazione femminile è affidata ad una serie di misure che sono preordinate a ridurre il lavoro di cura che le donne normalmente svolgono e che incide sull’accesso al mercato del lavoro e sullo sviluppo della carriera professionale. In particolare, il PNRR prevede il ricorso allo smart-working nella PA (p. 114), l’aumento dell’offerta dei posti negli asili nido e un più ampio ricorso al tempo pieno nelle scuole (p. 171 ss.), il rafforzamento dei servizi di prossimità e supporto all’assistenza domiciliare (p. 234). Il riconoscimento del valore sociale dell’attività di cura è particolarmente significativo ma le misure prefigurate nel Piano, così come quelle previste dal Family Act che esso richiama, non possono da sole contribuire alla rivisitazione dei ruoli all’interno della comunità familiare, in assenza di interventi di più vasta portata che affrontino il problema della violenza e degli stereotipi radicati nella società dai quali quel riparto di compiti trae origine.

La seconda linea di intervento, che, come detto, è costituita dalla tutela sociale delle donne, persegue l’obiettivo di migliorare la loro condizione sociale complessiva mediante le misure connesse all’edilizia residenziale pubblica (p. 152), gli interventi sulla mobilità (p. 169), il punto unico di accesso per le valutazioni multidimensionali nei servizi socio-sanitari e i servizi che verranno sviluppati secondo un approccio di medicina di genere (p. 225).

4. Considerazioni conclusive

La declinazione del principio di non discriminazione ad opera del PNRR risulta inferiore alla tutela offerta dal diritto dell’UE. I limiti di impostazione di carattere generale hanno finito per gravare sull’elaborazione delle misure contenute nel Piano. Assume un valore paradigmatico la mancata considerazione della specifica posizione delle donne nel capitolo dedicato al lavoro sommerso, benché esse subiscano spesso all’interno di questo segmento del mondo del lavoro gravi forme di violazione dei loro diritti.



Un ulteriore fattore di debolezza deve essere individuato nella mancata considerazione dell'intersezionalità che rischia di compromettere in maniera significativa la capacità del PNRR di fronteggiare le sfide che anche sul terreno della parità di genere si pongono in una società sempre più composita come quella italiana.

La parità di genere esige non solo la realizzazione degli interventi indicati nel PNRR, ma l'attivazione di un complesso di politiche che aggrediscano i nodi irrisolti della discriminazione per motivi di genere, in assenza delle quali il Piano non solo conseguirà risultati modesti, ma potrebbe addirittura consolidare stereotipi e meccanismi di sopraffazione.

Note

- 1 Nell'ampia letteratura sul tema cfr. M. Verloo, *Multiple Inequalities, Intersectionality and the European Union*, in *European Journal of Women's Studies*, 2006, p. 211 ss.; F. Beveridge, S. Velutti (eds.), *Gender and the Open Method of Coordination: Perspectives on Law, Governance and Equality in the EU*, Aldershot, Ashgate, 2008; H Mac Rae, *The EU as a Gender Equal Polity: Myths and Realities*, in *Journal of Common Market Studies*, 2010, p. 155 ss.; A. Ekomäki, *The Economic Case for Gender Equality in the European Union: Selling Gender Equality to Decision-makers and Neoliberalism to Women's organizations*, in *European Journal of Women's Studies*, 2015, p. 288; G. Abels, A. Krizsán, H. MacRae, A. van der Vleute, *The Routledge Handbook of Gender and EU Politics*, London and New York, Routledge, 2021.
- 2 Tra gli scritti più recenti sul tema cfr. L. Lorello, *La dialettica tra giudice costituzionale e legislatore*, in *Federalismi.it*, 28.7.2021; L. Califano, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi.it*, 10.3.2021; A. Deffenu, *Parità di genere e pubblici uffici nel dialogo tra giudice costituzionale e legislatore*, in *AIC*, 5.10.2021
- 3 Commissione europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, COM (2020) 152 finale, 5.3.2020, p. 15 ss.
- 4 Le sei missioni sono: 1) Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; 2) Rivoluzione verde e transizione ecologica; 3) Infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4) Istruzione e ricerca; 5) Coesione e inclusione; 6) Salute.
- 5 Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, GU L 57 del 18.2.2021, pagg. 17-75.
- 6 Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea*. COM (2020) 442 final, 27.5.2020.
- 7 *Idem*, p. 12 ss..
- 8 Commissione europea, *A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, cit. p. 15.
- 9 Preambolo ai Principi. Il testo dei Principi è reperibile all'indirizzo <https://yogyakartaprinciples.org/>. La Corte di giustizia ha fatto riferimento ai principi di Yogyakarta in causa C-473/16, *f c bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, sentenza del 25 gennaio 2018.
- 10 Commissione europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*. COM (2020) 698 final, 12.11.2020.
- 11 Corte europea dei diritti umani, Application no. 28957/95, *case of Christine Goodwin v the United Kingdom* sentenza dell'11 luglio 2002.
- 12 Nonostante una significativa cautela la Corte di giustizia ha progressivamente accolto le istanze di tutela contro le discriminazioni ai danni degli appartenenti alla comunità LGBTIQ. Cfr. Corte di giustizia, causa C-13/94, *P c S and Cornwall County Council*, sentenza del 30 aprile 1996; causa C-267/06, *Tadao Maruko c Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, sentenza del 1 aprile 2008; causa C-147/08, *Jürgen Römer c Freie und Hansestadt Hamburg*, sentenza del 10 maggio 2011; *V.M.A. c Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“*, sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20.
- 13 Cfr. E. Henn, *Gender Injustice, Discrimination and the CEDAW: A Women's Life Course Perspective*. in *Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination*, M. Jänterä-Jareborg and H. Tigroudja (eds.), Leiden/ Boston: Brill/Nijhoff, 2016, p. 183 ss.; UN Commission on Human Rights Special Rapporteur Radhika Coomaraswamy, *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences*, 12 February 1997, UN Doc E/CN.4/1997/47. Sul tema cfr. J. Guth, S. Elfving, *Gender and the Court of Justice of the European Union*, London and New York, Routledge, 2020, p. 88 ss.
- 14 Commissione europea, *A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, cit. p. 3.
- 15 *Idem*, p. 16.

La Corte di Giustizia UE sul foro del creditore di alimenti




di Paolo Bruno

Consigliere per la giustizia e gli affari interni alla Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'UE

It

Il panorama degli strumenti normativi internazionali in materia di obbligazioni alimentari, dapprima di matrice convenzionale e successivamente regolamentare, offre all'interprete molteplici spunti di riflessione, sia dal punto di vista della ricerca del giudice competente che da quello della legge applicabile e – non ultimo – della circolazione delle decisioni. In particolare, la posizione dell'Ente pubblico che si sia surrogato nelle posizioni del creditore originario e intenda agire nei confronti del debitore per il recupero di quanto anticipato, ha stimolato vivaci riflessioni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, con approdi non sempre scontati. L'ultima pronuncia della Corte in materia attua solo apparentemente un revirement rispetto al suo precedente orientamento, e conferma la tendenza dei giudici di Lussemburgo ad ampliare per quanto possibile gli strumenti a disposizione del creditore per la soddisfazione dei propri diritti.

 **obbligazione alimentare; ente pubblico; giurisdizione; diritto di rivalsa**

Eng

Looking at the international legislation on maintenance obligations, both at conventional and European level, some interesting food for thoughts are triggered as far as jurisdiction, applicable law and circulation of judgments is concerned. Against this background, the European Court of Justice case-law reveals that a vibrant debate has taken place over the position of a public body acting in a proceeding to recover what was paid for the debtor; a debate which has led to not granted conclusions by the Court. The most recent judgment on this matter shows an only apparent change compared to the previous approach, rather confirming a trend of the Court in widening as much as possible the tools at the creditor's disposal to fulfil his rights.

 **maintenance obligation; public body; jurisdiction; recourse right**

Sommario

1. Introduzione - 2. Le nozioni di obbligazione alimentare e di creditore tra Convenzioni internazionali e regolamento europeo - 3. I criteri di giurisdizione e i chiarimenti della Corte di Giustizia - 4. La posizione dell'Ente pubblico che agisce in rivalsa - 5. Conclusioni

1. Introduzione

La strategia di intervento che il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) disegna trova nella parità di genere uno degli snodi centrali. La rilevanza del tema sollecita alcune riflessioni che saranno condotte con esclusivo riferimento al sistema giuridico dell'Unione europea¹ e al modo in cui la questione della parità di genere è stata affrontata nelle iniziative dell'UE che sono all'origine dell'adozione dello stesso PNRR. La parità di genere non sarà quindi considerata con riguardo agli sviluppi che ha conosciuto nell'ordinamento interno sia per effetto degli interventi del legislatore, sia in dipendenza delle pronunce della giurisprudenza, tra le quali quelle della Corte costituzionale².

Il Piano si sviluppa intorno a tre assi strategici costituiti da digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica e inclusione sociale (p. 13). Quest'ultimo, in particolare, comprende al suo interno la parità di genere che è stata assunta come una delle tre priorità principali (p. 14). Tuttavia, la specifica connessione che viene istituita tra la dimensione sociale e la promozione della parità di genere identifica solo in parte il ruolo che questa svolge all'interno del Piano poiché essa costituisce di fatto un obiettivo trasversale di tutte le componenti nelle quali il PNRR si articola. Il ricorso al *gender mainstreaming*, che trova la sua matrice nell'azione dell'UE,³ comporta che ciascuna delle sei missioni⁴ del Piano collochi gli interventi prefigurati nel quadro di una visione di genere. Inoltre, per ogni missione il PNRR procede alla valutazione degli effetti che le iniziative avranno rispetto alla rimozione delle disuguaglianze di genere. Il Piano muove dalla sottolineatura dell'esistenza di cause antiche e sedimentate della disuguaglianza delle donne - la cui condizione ha subito un ulteriore deterioramento a causa della pandemia - e individua diverse forme di discriminazione indiretta di cui esse sono vittime: la bassa partecipazione al mondo del lavoro, il più elevato tasso di disoccupazione, il gap salariale, la difficoltà nella progressione di carriera, il difficile equilibrio tra il lavoro di cura nella famiglia e l'attività lavorativa, lo scarso numero di donne imprenditrici. Inoltre, si sottolinea nel PNRR, le donne subiscono diverse forme di discriminazione: bullismo, sessismo nei luoghi di lavoro, violenza e femminicidio (p. 35).

Il collegamento tra il PNRR e l'iniziativa dell'UE sussiste non solo su un piano funzionale, ma in una prospettiva assiologica. In ordine al primo profilo il Regolamento 2021/241⁵ contempla tra gli obiettivi delle risorse che gli Stati utilizzeranno oltre alla coesione economica, sociale e territoriale l'attenuazione dell'impatto sociale ed economico della crisi COVID-19 "in particolare sulle donne" (art. 4) e richiede agli Stati di spiegare come le misure del piano possano contribuire "alla parità di genere e alle pari opportunità di tutti" (art. 18 comma 4 lett. o)). La struttura del Regolamento è stata disegnata dalla Commissione nella proposta del Next Generation EU⁶ con una scelta che, muovendo dalla contingenza, mirava a tracciare campi lunghi di intervento con un particolare focus sulla discriminazione di genere⁷. Ed è proprio questo l'elemento che ci riconduce al secondo profilo indicato, ossia la dimensione valoriale dell'UE all'interno della quale la parità di genere costituisce uno dei cardini. L'art. 2 TUE stabilisce, infatti, che l'UE si fonda, tra gli altri, sui valori della dignità umana, dell'eguaglianza e del rispetto dei diritti umani in quanto "valori comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini". La parità di genere permea l'intero spettro di attività dell'UE e l'art. 8 TFUE chiama le istituzioni a eliminare le ineguaglianze e a promuovere la parità di genere "in tutte le sue azioni". L'impulso alla rimozione delle discriminazioni di genere è stato raccolto dalla Commissione che da ultimo nella Gender Equality Strategy 2020-2025 ha assunto la parità di genere come uno degli obiettivi principali dell'UE⁸.

Pur muovendosi nel solco tracciato dalla Commissione, il PNRR contiene alcuni elementi che ne segnano una differenza e che potenzialmente sono in grado di incrinare la solidità dell'impostazione. Più esattamente, l'approccio generale alla disuguaglianza di genere presenta un carattere limitato in rapporto all'evoluzione della tutela contro le discriminazioni nel sistema giuridico dell'UE. Inoltre, alcune soluzioni prefigurate appaiono inidonee a conseguire l'obiettivo della promozione della parità di genere.

2. La limitata applicazione del principio di non discriminazione

Il PNRR pone, innanzitutto, un problema relativo alla sfera di applicazione della direttiva della parità. Il testo indica "la persistenza di disuguaglianze di genere, (...) l'assenza di pari opportunità a prescindere da (...) orientamento sessuale (p. 33) e nella descrizione del sistema di certificazione della parità di genere fa riferimento tra i criteri per il rilascio alla gestione delle differenze di genere. Sembrerebbe, dunque, che il Piano intenda in senso ampio il concetto di genere che secondo i Principi di Yogyakarta si riferisce a "each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms"⁹.

In realtà, la nozione di genere utilizzata dal PNRR riguarda esclusivamente le donne, come emerge non solo dall'analisi prima sintetizzata delle questioni di maggior rilevanza in tema di disegualianza, ma soprattutto dalla declinazione stessa della parità all'interno del Piano, che riguarda esclusivamente la condizione delle donne. Questa scelta appare in contrasto sia con il Regolamento 2021/241 che, come visto, distingue chiaramente le discriminazioni contro le donne da quelle che sono riferibili all'orientamento sessuale, sia con la strategia complessiva della Commissione che ha dedicato una specifica comunicazione alle azioni che l'UE intende intraprendere per contrastare le discriminazioni contro le persone appartenenti al Gruppo LGBTQ¹⁰, sia infine, con l'evoluzione del sistema di tutela dei diritti umani in Europa, come emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani¹¹ e della Corte di giustizia¹². L'impostazione rischia di segnare un arretramento rispetto al livello di tutela in materia di non discriminazione assicurato in tempi recenti.

Peraltro, pur concentrandosi solo sulla discriminazione contro le donne, il PNRR presenta due ulteriori limiti in rapporto alla Strategia della Commissione. Un primo limite è legato alla mancata considerazione della violenza contro le donne, questione cui si fa solo un cenno, ma che non trova alcuno sviluppo nella definizione degli interventi. Gli studi in materia hanno messo in evidenza che la violenza non solo costituisce l'asse di strutturazione del rapporto uomo-donna, ma permea anche le diverse manifestazioni della disegualianza delle donne e nei vari stadi della loro vita¹³. La Commissione nella Strategia 2020-2025 ha affermato che "gender-based violence – or violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately – remains one of our societies' biggest challenges and is deeply rooted in gender inequality"¹⁴. Sulla base di questa considerazione l'istituzione UE ha assunto il contrasto alla violenza contro le donne come un obiettivo prioritario dell'Unione che deve essere conseguito attraverso un'azione ad ampio spettro non limitata alla prevenzione e repressione, ma intesa a sradicare i pregiudizi che ne sono all'origine e a rimuovere le molteplici forme in cui si manifesta. Non ci sembra che la funzione del PNRR giustifichi la sottovalutazione del tema se si considera che rispetto ad altri profili di discriminazione esso indica la necessità di ricorrere ad interventi esterni al Piano.

Il secondo limite ci sembra derivi dalla mancata considerazione dell'intersezionalità. La discriminazione può nascere non solo dal genere, ma da ulteriori identità che a quella si associano, come l'appartenenza ad una razza, il colore della pelle, la disabilità o la migrazione. L'intersezionalità rappresenta oggi una delle maggiori sfide al sistema di tutela dei diritti umani e uno dei passaggi cruciali della Strategia 2020-2025 della Commissione che sottolinea l'esigenza per l'UE di affrontarla in tutte le sue politiche¹⁵. Il PNRR contiene un solo accenno all'esistenza contemporanea di più fattori vietati di discriminazione nella parte in cui considera la condizione delle donne anziane. Il riferimento ad altri fattori di discriminazione vietata non è accompagnato da un'analisi delle possibili interconnessioni e dei riflessi di queste sulla parità di genere.

Questi limiti di carattere generale hanno finito per influire anche sull'individuazione delle misure concrete di contrasto delle discriminazioni di genere.

3. Le misure di promozione della parità di genere

Non è possibile procedere in questa sede ad una disamina approfondita dell'intero complesso di soluzioni che il PNRR prefigura sicché l'indagine avrà ad oggetto le principali scelte compiute nell'elaborazione delle missioni.

Dal Piano emergono due linee di intervento lungo le quali si dipanano le azioni volte a garantire la parità di genere: per un verso, l'aumento dell'occupazione femminile e il miglioramento delle condizioni di lavoro e, per altro verso, la tutela sociale delle donne.

La prima linea di azione interseca l'impiego pubblico e il settore privato. Con riguardo a quest'ultimo il PNRR prende in considerazione tanto le attività di natura imprenditoriale, quanto i rapporti di lavoro subordinato.

Nella prospettiva della crescita del numero di donne lavoratrici si segnala, innanzitutto, il ricorso a meccanismi di condizionalità in relazione alla partecipazione ai progetti finanziati dallo stesso PNRR e dai Fondi REACT-EU e FCN. Si prevede, infatti, che l'esecuzione dei progetti sia subordinata all'assunzione di giovani e di donne e che "con specifici interventi normativi, sarà previsto l'inserimento nei bandi gara, tenuto anche conto della tipologia di intervento, di specifiche clausole con cui saranno indicati, come requisiti necessari e in aggiunta, premiali dell'offerta, criteri orientati verso tali obiettivi" (p. 33). A tal fine le imprese potranno ricorrere anche a contratti di formazione/specializzazione, ciò che, però, rischia di dare vita a forme solo precarie di inserimento nel mondo del lavoro.

Con riguardo alla PA il Piano individua il duplice obiettivo di garantire la parità di opportunità sia rispetto alla partecipazione al mercato del lavoro, sia rispetto alla progressione di carriera prefigurando l'adozione di nuovi meccanismi di reclutamento e la revisione del sistema di promozione alle posizioni dirigenziali di alto livello (p. 36).

La digitalizzazione dell'economia è un ulteriore pilastro della strategia in esame anche perché

rappresenta “la base per fornire all’imprenditoria femminile strumenti con cui ampliare il proprio raggio d’azione” (p. 114). La valorizzazione delle ricadute positive sull’accesso della donna al lavoro riguarda anche altre misure quali l’investimento in infrastrutture sociali e la progressiva attivazione dei servizi a essi connessi, gli interventi a favore dell’imprenditoria femminile e il riequilibrio territoriale (p. 219).

La finalità dell’aumento dell’occupazione femminile permea altresì la strategia relativa ai settori del turismo e della cultura in ragione del fatto che il loro potenziamento può “generare significative ricadute occupazionali sui settori che sono già a forte presenza femminile come quello alberghiero, della ristorazione, delle attività culturali” (p. 114). Alla stessa logica risponde l’incremento dei servizi di assistenza e cura nei quali sono impegnate prevalentemente le donne. Tuttavia, queste misure possono contribuire all’*empowerment* femminile solo se la crescita della forza lavoro sia supportata da misure non limitate a questi settori del lavoro subordinato. In assenza di siffatte misure l’esito del Piano potrebbe essere la perpetuazione della segregazione del lavoro femminile all’interno di un nucleo limitato di attività lavorative. In questo senso è opportuno ricordare che la Commissione ha sottolineato l’importanza di rimuovere gli stereotipi che condizionano la partecipazione delle donne al mercato del lavoro, osservando che “stereotypical expectations based on fixed norms for women and men, girls and boys, limit their aspirations, choices and freedom”¹⁶.

La crescita economica è, altresì, affidata ad una revisione dei percorsi formativi per renderli capaci di affrontare le sfide dell’innovazione tecnologica e di collegare formazione e impresa. Sotto questo profilo il PNRR mette in evidenza gli effetti positivi delle riforme prefigurate rispetto all’accesso al lavoro delle donne, attribuendo rilevanza, per un verso, all’attività di orientamento nella transizione scuola-università che dovrebbe mitigare i divari di genere (p. 182) e, per altro verso, alla centralità che le discipline STEM devono acquisire nella scuola che dovrebbe così contribuire a raggiungere “il pieno superamento degli stereotipi di genere” (p. 185).

Il PNRR delinea rispetto all’imprenditoria femminile una strategia di ampio respiro che prevede la riforma degli strumenti attuali e la realizzazione delle seguenti finalità: a) sostenere la realizzazione di progetti aziendali innovativi per imprese già costituite e operanti a conduzione femminile o prevalente partecipazione femminile; b) sostenere l’avvio di attività imprenditoriali femminili attraverso la definizione di un’offerta che sia in grado di venire incontro alle necessità delle donne in modo più puntuale (mentoring, supporto tecnico-gestionale, misure per la conciliazione vita-lavoro, ecc.); c) creare un clima culturale favorevole ed emulativo attraverso azioni di comunicazione mirate che valorizzino l’imprenditorialità femminile, in particolare, presso scuole e università (p. 204). Il PNRR non indica, però, la necessità di interventi in materia di composizione degli organi di governo delle società benché rappresenti uno snodo importante dell’emancipazione.

Uno degli elementi chiave del PNRR è rappresentato dall’introduzione del Sistema di certificazione della parità di genere con l’obiettivo di incentivare le imprese a “ad adottare policy adeguate a ridurre il gap di genere in tutte le aree maggiormente “critiche” (opportunità di crescita in azienda, parità salariale a parità di mansioni, politiche di gestione delle differenze di genere, tutela della maternità)” (p. 205).

Infine, la promozione dell’occupazione femminile è affidata ad una serie di misure che sono preordinate a ridurre il lavoro di cura che le donne normalmente svolgono e che incide sull’accesso al mercato del lavoro e sullo sviluppo della carriera professionale. In particolare, il PNRR prevede il ricorso allo smart-working nella PA (p. 114), l’aumento dell’offerta dei posti negli asili nido e un più ampio ricorso al tempo pieno nelle scuole (p. 171 ss.), il rafforzamento dei servizi di prossimità e supporto all’assistenza domiciliare (p. 234). Il riconoscimento del valore sociale dell’attività di cura è particolarmente significativo ma le misure prefigurate nel Piano, così come quelle previste dal Family Act che esso richiama, non possono da sole contribuire alla rivisitazione dei ruoli all’interno della comunità familiare, in assenza di interventi di più vasta portata che affrontino il problema della violenza e degli stereotipi radicati nella società dai quali quel riparto di compiti trae origine.

La seconda linea di intervento, che, come detto, è costituita dalla tutela sociale delle donne, persegue l’obiettivo di migliorare la loro condizione sociale complessiva mediante le misure connesse all’edilizia residenziale pubblica (p. 152), gli interventi sulla mobilità (p. 169), il punto unico di accesso per le valutazioni multidimensionali nei servizi socio-sanitari e i servizi che verranno sviluppati secondo un approccio di medicina di genere (p. 225).

4. Considerazioni conclusive

La declinazione del principio di non discriminazione ad opera del PNRR risulta inferiore alla tutela offerta dal diritto dell’UE. I limiti di impostazione di carattere generale hanno finito per gravare sull’elaborazione delle misure contenute nel Piano. Assume un valore paradigmatico la mancata considerazione della specifica posizione delle donne nel capitolo dedicato al lavoro sommerso, benché esse subiscano spesso all’interno di questo segmento del mondo del lavoro gravi forme di violazione dei loro diritti.

Un ulteriore fattore di debolezza deve essere individuato nella mancata considerazione dell'intersezionalità che rischia di compromettere in maniera significativa la capacità del PNRR di fronteggiare le sfide che anche sul terreno della parità di genere si pongono in una società sempre più composita come quella italiana.

La parità di genere esige non solo la realizzazione degli interventi indicati nel PNRR, ma l'attivazione di un complesso di politiche che aggrediscano i nodi irrisolti della discriminazione per motivi di genere, in assenza delle quali il Piano non solo conseguirà risultati modesti, ma potrebbe addirittura consolidare stereotipi e meccanismi di sopraffazione.

Note

- 1 Nell'ampia letteratura sul tema cfr. M. Verloo, *Multiple Inequalities, Intersectionality and the European Union*, in *European Journal of Women's Studies*, 2006, p. 211 ss; F. Beveridge, S. Velutti (eds.), *Gender and the Open Method of Coordination: Perspectives on Law, Governance and Equality in the EU*, Aldershot, Ashgate, 2008; H Mac Rae, *The EU as a Gender Equal Polity: Myths and Realities*, in *Journal of Common Market Studies*, 2010, p. 155 ss.; A. Ekomäki, *The Economic Case for Gender Equality in the European Union: Selling Gender Equality to Decision-makers and Neoliberalism to Women's organizations*, in *European Journal of Women's Studies*, 2015, p. 288; G. Abels, A. Krizsán, H. MacRae, A. van der Vleute, *The Routledge Handbook of Gender and EU Politics*, London and New York, Routledge, 2021.
- 2 Tra gli scritti più recenti sul tema cfr. L. Lorello, *La dialettica tra giudice costituzionale e legislatore*, in *Federalismi.it*, 28.7.2021; L. Califano, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi.it*, 10.3.2021; A. Deffenu, *Parità di genere e pubblici uffici nel dialogo tra giudice costituzionale e legislatore*, in *AIC*, 5.10.2021
- 3 Commissione europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, COM (2020) 152 finale, 5.3.2020, p. 15 ss.
- 4 Le sei missioni sono: 1) Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; 2) Rivoluzione verde e transizione ecologica; 3) Infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4) Istruzione e ricerca; 5) Coesione e inclusione; 6) Salute.
- 5 Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, GU L 57 del 18.2.2021, pagg. 17-75.
- 6 Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea*. COM (2020) 442 final, 27.5.2020.
- 7 *Idem*, p. 12 ss..
- 8 Commissione europea, *A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, cit. p. 15.
- 9 Preambolo ai Principi. Il testo dei Principi è reperibile all'indirizzo <https://yogyakartaprinciples.org/>. La Corte di giustizia ha fatto riferimento ai principi di Yogyakarta in causa C-473/16, *f c bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, sentenza del 25 gennaio 2018.
- 10 Commissione europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*. COM (2020) 698 final, 12.11.2020.
- 11 Corte europea dei diritti umani, Application no. 28957/95, *case of Christine Goodwin v the United Kingdom* sentenza dell'11 luglio 2002.
- 12 Nonostante una significativa cautela la Corte di giustizia ha progressivamente accolto le istanze di tutela contro le discriminazioni ai danni degli appartenenti alla comunità LGBTIQ. Cfr. Corte di giustizia, causa C-13/94, *P c S and Cornwall County Council*, sentenza del 30 aprile 1996; causa C-267/06, *Tadao Maruko c Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, sentenza del 1 aprile 2008; causa C-147/08, *Jürgen Römer c Freie und Hansestadt Hamburg*, sentenza del 10 maggio 2011; *V.M.A. c Stolichna obshtina, rayon „Pancharovo“*, sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20.
- 13 Cfr. E. Henn, *Gender Injustice, Discrimination and the CEDAW: A Women's Life Course Perspective*. in *Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination*, M. Jänterä-Jareborg and H. Tigroudja (eds.), Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 2016, p. 183 ss.; UN Commission on Human Rights Special Rapporteur Radhika Coomaraswamy, *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences*, 12 February 1997, UN Doc E/CN.4/1997/47. Sul tema cfr. J. Guth, S. Elfving, *Gender and the Court of Justice of the European Union*, London and New York, Routledge, 2020, p. 88 ss.
- 14 Commissione europea, *A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, cit. p. 3.
- 15 *Idem*, p. 16.
- 16 *Idem*, p. 5.

A close-up photograph of a child's feet being held by an adult's hands, overlaid with a red tint. The child's feet are positioned in the center, with the adult's hands gently supporting them from below. The child is wearing light-colored shorts and dark-colored pants. The adult is wearing dark-colored shoes. The overall image has a warm, red-toned aesthetic.

Persone minori e famiglia

Una riforma a misura di persone, minori e famiglie?



di Roberta D'Onofrio

Giudice del Tribunale di Campobasso

It

La riforma ordinamentale, istitutiva del Tribunale per le persone, i minori e le famiglie - nel testo della legge delega approvato dal Senato il 21 settembre 2021, e, successivamente, alla Camera, con marginali modifiche, nel testo di Legge 26 Novembre 2021 n. 206 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 9 Dicembre 2021 - viene posta al vaglio delle Linee Guida per una giustizia a misura di minore, come enunciate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella delibera del 17.11.2010. Essa assume una portata "epocale" e soddisfa ampiamente i parametri della "unicità", della "specializzazione" e della "prossimità". Ma è sottoposta alla condizione dell'organico - di magistratura e di personale amministrativo - inalterato. Riduce altresì le aspettative per i deficit di "collegialità" e "multidisciplinarietà" delle decisioni.



Riforma ordinamentale; Tribunale persone minori e famiglie; Legge 26 Novembre 2021 n. 206; unicità; specializzazione; prossimità; collegialità; multidisciplinarietà; organico inalterato.

Eng

The legal reform, instituting the Tribunal for Persons, Minors and Families - in the text of the delegated law approved by the Senate on 21 September 2021, and, subsequently, to the Chamber, with marginal modifications, in the text of Law 26 November 2001 n. 206 published in the Official Gazette of 9 December 2021 - is put to the scrutiny of the Guidelines for a justice measure of minor, as stated by the Committee of Ministers of the Council of Europe in the resolution of 17.11.2010. It assumes an "epochal" scope and satisfies amply the parameters of "uniqueness", "specialization" and "proximity". But it is subject to the condition of the staff - of judiciary and administrative staff - unchanged. It also reduces expectations for deficits in "collegiality" and "multidisciplinary" decision-making.



Legal reform; Tribunal for Persons, Minors and Families; Law 26 November 2001 n. 206; uniqueness; specialization; proximity; collegiality; multidisciplinary decision making; unchanged judiciary staff .

Sommario

1. Il procedimento legislativo in fieri. Dal rito unificato alla riforma ordinamentale - 2. Le competenze del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il riparto di attribuzioni fra Sezioni Distrettuali e Circondariali - 3. La specializzazione dei magistrati da assegnare al Tribunale delle persone, minori e famiglie ed alle Procure presso quei Tribunali - 4. La riforma per una giustizia a misura di persone, minori e famiglia: l'unitarietà della giurisdizione; la specializzazione del magistrato; la prossimità territoriale - 5. I deficit: il sacrificio ai valori della collegialità ed alla multidisciplinarietà delle competenze nelle decisioni - 6. Auspici.

1. Il procedimento legislativo in fieri. Dal rito unificato alla riforma ordinamentale

Il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie è stato introdotto da un emendamento al disegno di legge di iniziativa governativa (*per l'efficienza del processo civile e per la revisione 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*). L'emendamento è stato depositato dalle tre relatrici al Senato -Fiammetta Modena, Anna Rossomando e Julia Unterberger- e messo a punto dopo una riunione al Ministero, per poi essere approvato all'unanimità, in data 9 Settembre 2021, in commissione giustizia al Senato. Il testo - come emendato- è stato approvato dal Senato della Repubblica in data 21 Settembre del 2021 e, successivamente, con marginali modifiche, alla Camera con l'approvazione della legge delega 26 Novembre 2021 n. 206 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 9 Dicembre 2021. Nella specie, il comma 24 dell'articolo 1 della legge delega impone come principio e criterio direttivo l'istituzione del Tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie al quale saranno «trasferite le competenze civili, penali e di sorveglianza del Tribunale per i minorenni» (art.1 comma 24 lettera b) e tutte le materie riguardanti «la famiglia, l'unione civile, le convivenze, i minori e tutti i procedimenti di competenza del giudice tutelare» (art.1 comma 24 lettera c).

Si tratta di una riforma "epocale". Essa travalica le originarie intenzioni degli autori degli emendamenti governativi al disegno di legge che si erano limitati a disegnare la riforma del "rito" civile e della famiglia. All'esito dei lavori della commissione ministeriale presieduta dal professore Francesco Paolo Luiso, ordinario di diritto processuale civile presso l'Università di Pisa, affiancato, quale vice Presidente, dal Professore Filippo Danovi, vice capo dell'Ufficio legislativo della Giustizia, era infatti stato licenziato un testo che limitava la riforma alla sola introduzione del "rito unificato" (denominato "procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie": emendamento 15 bis).

«Del Tribunale della famiglia - spiega una delle relatrici, la senatrice Fiammetta Modena - si parla da anni e anche in commissione gli emendamenti di quasi tutti i gruppi prevedevano l'istituzione di questo Tribunale». Il tema era stato affrontato anche nelle conclusioni dei lavori della commissione di studio presieduta da Francesco Paolo Giuseppe Luiso. «L'emendamento è frutto della riunificazione delle modifiche chieste, con diverse formulazioni, da tutti i gruppi, che apre la porta, con una legge delega, all'istituzione del Tribunale della famiglia». L'intento, con le parole della senatrice Fiammetta Modena, «sarà innanzitutto di efficienza. È un ragionamento complessivo, tanto è vero che stiamo riformulando anche il rito. L'intento è quello di restituire la sensibilità necessaria per le questioni importanti nell'ambito della famiglia, razionalizzandole. Accendendo un faro sulle vicende più specifiche dei minori. La soluzione ha il merito di unificare un mondo, non di farne prevalere uno». Con le parole, poi, della senatrice Anna Rossomando, «L'istituzione del Tribunale per la famiglia e i minori è un passo importante, dopo l'unificazione del rito che aveva proposto il governo con i suoi emendamenti. Permette anche di parificare realmente i diritti di tutti i minori, compresi quelli nati fuori dal matrimonio, assicurando tutte le garanzie. Come relatrici abbiamo raccolto e riformulato proposte presentate da quasi tutti i gruppi». La terza relatrice al Senato, Julia Unterberger, ha aggiunto: «È fondamentale che ci siano giudici specializzati che non debbano trasferirsi ogni dieci anni. Ritengo la specializzazione, la competenza e l'esperienza importantissime in questo settore. La parte migliore della riforma è la procedura nel diritto di famiglia, con percorsi unificati, anche nell'interesse dei minori, spesso dimenticati nelle liti fra i genitori. In pratica la causa ordinaria di separazione attira anche quella del Tribunale dei minori».

Anche Carla Garlatti, al vertice dell'Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza, già Presidente del Tribunale per i minorenni di Trieste, commenta: «Ben venga un unico Tribunale purchè siano salvaguardate la specializzazione propria del Tribunale dei Minorenni e la presenza della componente onoraria».

2. Le competenze del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il riparto di attribuzioni fra Sezioni Distrettuali e Circondariali

Il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie è disegnato come composto da due tipologie di Sezioni: quella Distrettuale, da istituire presso ogni sede di Corte di appello o di Sezione di Corte d'appello, e, quelle Circondariali, presso ogni sede di Tribunale nel Distretto di Corte di Appello o di Sezione di Corte d'Appello.

Le competenze penali e di sorveglianza del Tribunale per i Minorenni saranno trasferite alle Sezioni Distrettuali del nuovo Tribunale. Le Sezioni continueranno a giudicare in composizione monocratica o collegiale, secondo le disposizioni vigenti che regolano la materia (lettere *l* ed *m* del comma 24 dell'articolo 1 della Legge Delega nel testo attuale).

Quanto alle competenze civili, le attuali minorili saranno trasferite alle Sezioni Circondariali le quale assumeranno anche tutte le competenze civili assegnate attualmente al Tribunale ordinario nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone (ad esclusione delle cause in materia di cittadinanza, immigrazione e protezione internazionale), la famiglia, le unioni civili, le convivenze e tutti i procedimenti di competenza del giudice tutelare, nonché i procedimenti sul risarcimento del danno endo-familiare. Le Sezioni Circondariali, dunque, assumeranno anche le competenze in delicatissimi ambiti finora strettamente minorili. Quali quello della limitazione e/o ablazione della responsabilità genitoriale -artt. 330 e 333 c.c.- e dell'allontanamento del minore moralmente o materialmente abbandonato ai sensi dell'articolo art. 403 c.c., profondamente modificato dalla riforma che ne giurisdizionalizza il procedimento introducendo delle cadenze temporali ed una convalida dell'autorità giudiziaria. Le competenze civilistiche che faranno capo alle Sezioni Distrettuali del Tribunale delle persone, minori e famiglie si incentreranno, quasi esclusivamente, su quelle in materia di adozione. Per il resto, ogni competenza civilistica attualmente pertinente al Tribunale civile ordinario sarà attribuita alle Sezioni Circondariali del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie (articolo 1 comma 24 lettera *c* del testo della Legge delega come approvata dal Senato il 21 Settembre 2021 e poi recepito dalla Legge 26 Novembre 2021 n. 206). Transiteranno alle Sezioni Circondariali, dunque, i giudizi di separazione e divorzio nonché in materia di interdizione e di *status* – ad eccezione che per le materie della cittadinanza, della immigrazione e della protezione internazionale- ed ogni competenza attuale del Collegio della Volontaria Giurisdizione – per la regolamentazione della famiglia di fatto e per le richieste di modifica delle condizioni di separazione e divorzio – così come ogni competenza del giudice tutelare – ad esempio per la nomina di tutori o di amministratori di sostegno-.

Le Sezioni Distrettuali, dunque, da un lato, perderanno fra le più delicate competenze a giudicare nella attuale materia minorile, con riferimento a tutti i procedimenti civili di cui all'articolo 38 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie ed all'articolo 403 c.c. – mantenendola soltanto per tutti i giudizi di adozione-.

Al contempo, esse acquisteranno una competenza innovativa: quella dei reclami avverso ogni provvedimento provvisorio adottato dalle Sezioni Circondariali (art.1 comma 24 lettera *g*) nonché delle impugnazioni avverso ogni provvedimento che definisce il giudizio adottato dal giudice della Sezione Circondariale (art.1 comma 24 lettera *o*).

I reclami avverso ogni provvedimento provvisorio adottato dalla Sezione Distrettuale e le impugnazioni avverso i provvedimenti definitivi adottati dalla Sezione Distrettuale saranno di competenza della Sezione di Corte d'Appello per i minorenni (articolo 1 comma 24 lettere *o* e *g*). Anche su questo aspetto, la riforma assume una portata fortemente innovativa in quanto introduce la reclamabilità di qualsivoglia provvedimento provvisorio adottato dalle Sezioni Circondariali o Distrettuali.

Con una previsione ordinamentale del tutto simmetrica quanto alle competenze della Procura della Repubblica presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, l'articolo 1 comma 24 lettera *h*) della legge delega, nel testo approvato dal Senato, prevede la riorganizzazione dell'Ufficio della Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni. Esso viene denominato come ufficio della Procura della Repubblica presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie ed in esso andranno a sommarsi, oltre alle attribuzioni attualmente minorili anche le competenze civili (già dell'Ufficio della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario) nelle materie di competenza dell'istituendo Tribunale. Con l'innovativa previsione che le funzioni di Pubblico Ministero possano essere svolte, sia presso le Sezioni Distrettuali che presso le Sezioni Circondariali, anche *"con l'utilizzo di modalità di collegamento da remoto da individuare con Decreto del Ministero della Giustizia"*.

Il che rappresenta una notevole spinta verso l'innovazione tecnologica – allo stato attuale gravemente carente in materia minorile- ampliata anche dalla previsione di cui all'articolo 1 comma 24 lettera *bb* della legge delega, nel testo approvato dal Senato, il quale, fra i principi e criteri direttivi al legislatore delegato, introduce quello di stabilire *"l'informatizzazione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie e dell'ufficio di Procura, con l'introduzione della consolle del magistrato e del pubblico ministero per tutti i procedimenti civili di competenza"*

dell'istituendo Tribunale, da attuare con provvedimenti del Ministero della Giustizia".

Altro aspetto dirimpente, sempre sotto il profilo ordinamentale, è dato dall'introduzione del principio in base al quale le Sezioni Circondariali giudicheranno in composizione monocratica (art. 1 comma 24 lettera n).

Ciò implica lo stravolgimento della attuale regola in materia.

La maggior parte dei procedimenti in materia di famiglia, minori e di persone che attualmente viene decisa dal Tribunale, ordinario o minorile, in composizione collegiale dal momento della entrata in vigore della riforma ordinamentale –ossia da due anni dalla pubblicazione, dalla fine del 2022, dei decreti delegati - saranno decisi in composizione monocratica.

Si pensi ai giudizi, civili e di volontaria giurisdizione, come quelli di separazione e divorzio, per le modifiche delle condizioni di separazione e divorzio, la regolamentazione della famiglia di fatto, ai procedimenti per interdizione così come, sul versante minorile, ai procedimenti di sospensione e/o decadenza dalla responsabilità genitoriale ed ex art. 403 c.c.

Altra innovazione significativa si incentra sul fatto che le Sezioni Distrettuali manterranno una composizione assimilabile a quella del Tribunale per i Minorenni (con collegio composto da due magistrati togati e da due magistrati onorari) esclusivamente nei procedimenti di cui ai titoli II, III e IV della legge 4 Maggio 1983 n.184 (ossia in tema di adozione).

In tutti gli altri casi, le Sezioni Distrettuali decideranno in composizione collegiale (si ripete nei limitati casi dei reclami e delle impugnazioni avverso i provvedimenti provvisori e definitivi delle Sezioni Circondariali) non integrata dalle componenti onorarie.

3. La specializzazione dei magistrati da assegnare al Tribunale delle persone, minori e famiglie ed alle Procure presso quei Tribunali

Ulteriori novità sotto il profilo ordinamentale si incentrano nella previsione di una serie di principi acceleratori verso la specializzazione dei magistrati, giudicanti e pubblici ministeri, che saranno assegnati, rispettivamente, al Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie ed alle Procure della Repubblica presso quei Tribunali.

Il decreto legislativo, in attuazione dei principi imposti dall'articolo 1 comma 24, dovrà stabilire: l'anzianità di servizio necessaria per svolgere le funzioni di Presidente della sezione Distrettuale e la minore anzianità per svolgere quelle di Presidente della Sezione Circondariale (lettera d); che i giudici assegnati al Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie siano scelti fra quelli dotati di specifiche competenze nelle materie attribuite all'istituendo Tribunale;

l'anzianità di servizio e disporre che non si applichi il limite dell'assegnazione decennale nella funzione (lettera f);

che i magistrati siano assegnati *in via esclusiva* al Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie (lettera g).

Parimenti, sul fronte Procure, l'articolo 1 comma 24 lettere u e v impone il principio direttivo secondo il quale andrà stabilita l'anzianità di servizio necessaria per svolgere le funzioni di Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. E, parimenti, l'anzianità perché i magistrati possano essere assegnati all'Ufficio di Procura della Repubblica presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.

Sempre per favorire la specializzazione senza disperdere il patrimonio di conoscenze, la lettera z del comma 24 dell'art. 1 della Legge Delega, nel testo approvato in Senato, stabilisce che la pianta organica del costituendo Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie rispetti le professionalità maturate:

i Presidenti dei Tribunali Minorili attuali saranno assegnati quali Presidenti delle Sezioni Distrettuali;

i Presidenti di Sezione presso i Tribunali ordinari che si occupano, anche in via non esclusiva, delle materie di competenza delle istituende sezioni circondariali saranno nominati, su domanda, quali Presidenti delle Sezioni circondariali.

E' stabilito espressamente che si debba privilegiare *"i magistrati con maggiore esperienza maturata nelle materie di competenza del costituendo tribunale"*.

Lo stesso criterio preferenziale varrà anche per i magistrati da assegnare alle sezioni circondariali. Essi saranno reclutati, in via automatica, fra quelli già in organico ai Tribunali per i Minorenni e, anche in via non esclusiva, alle Sezioni di Corte d'Appello per i minorenni.

Relativamente ai magistrati ordinari, saranno scelti preferibilmente fra coloro che, anche in via non esclusiva, abbiano trattato, nella loro esperienza professionale, le materie di competenza delle Sezioni Circondariali.

Parallelamente, sul fronte Procure:

i Procuratori della Repubblica presso i Tribunali per i minorenni saranno assegnati in via automatica quali Procuratori della Repubblica presso i costituendi Tribunali;

i magistrati assegnati alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni saranno

assegnati alla Procura della Repubblica presso il costituendo Tribunale. Il legislatore, dunque, stabilisce nella riforma dei criteri di ordinamento giudiziario finalizzati a favorire la istituzione di un Tribunale e di una Procura che siano costituiti da magistrati già versati nella materia della famiglia e dei minori.

4. La riforma per una giustizia a misura di persone, minori e famiglia: l'unitarietà della giurisdizione; la specializzazione del magistrato; la prossimità territoriale

La riforma ordinamentale, come descritta, rappresenta una svolta "epocale" attesa da anni. La stessa Associazione Nazionale Magistrati, in una delibera del 4 Marzo 2017, aveva auspicato l'istituzione di un Tribunale specializzato per la famiglia che avesse una struttura analoga a quella del Tribunale di Sorveglianza.

Ciò per superare l'attuale affastellamento di competenze fra una pluralità di autorità giudiziarie che si occupano, con distinte competenze ed altrettante norme di rito di segmenti di vita delle stesse persone e delle stesse famiglie.

Si pensi al riparto fra Tribunale minorile ed ordinario ed alla pluralità di riti che trattano i diversi ambiti del diritto di famiglia, creando sperequazioni fra famiglie costituite per matrimonio e famiglie di fatto. Basti riflettere sulle diverse peculiarità del rito civile ordinario della separazione e del divorzio rispetto al rito camerale osservato dal collegio della volontaria giurisdizione che regola le famiglie di fatto.

Difficilissimi e delicati, poi, risultano i rapporti fra i giudizi, decisi dal Tribunale ordinario, di separazione fra coniugi od ai giudizi, di competenza del collegio della volontaria giurisdizione per la regolamentazione della responsabilità genitoriale nelle famiglie di fatto, da un lato, e la (non rara) instaurazione dei giudizi per la sospensione o decadenza della responsabilità genitoriale davanti al Tribunale per i Minorenni.

Ancora, sussistono attualmente parallelismi fra procedure che spesso si aprono davanti al giudice tutelare per la nomina di un amministratore di sostegno e davanti al Tribunale civile ordinario per l'interdizione di una stessa persona.

Voci autorevoli al riguardo (mi riferisco all'Avvocato Maria Giovanna Ruo, Presidente dell'Associazione Minorile Cammino) con notevole espressività semantica hanno parlato di "polverizzazione" delle competenze e dei diritti.

L'utente persona, minore o famiglia che si affacci alla giustizia nell'attualità ha l'impressione di trovarsi al cospetto di una realtà frammentaria e frammentata, priva di strumenti di raccordo, con parzialità di conoscenze e potenziali conflitti di decisioni. Con conseguenziali difficoltà di tutela e costruzione della difesa per il legale.

La riforma ordinamentale, pertanto, assicura il primo dei "valori" indicato nelle Linee Guida del Comitato dei Ministri del Consiglio D'Europa per una Giustizia a misura di minore, approvate il 17 Novembre del 2010, quello della "unitarietà della giurisdizione".

Sotto questo profilo, dunque, sia il Consiglio Superiore della Magistratura, nel suo parere del 15 Settembre del 2021, sia l'Associazione Nazionale Magistrati, nella delibera del Comitato Direttivo centrale del 12 Settembre del 2021, hanno plaudito alla riforma ordinamentale che segna il traguardo dell'unitarietà della giurisdizione sulle persone, minori e famiglie.

La riforma ordinamentale, poi, assume una vocazione fortemente propulsiva verso una "specializzazione del sistema giudiziario che si rapporti alla specialità dei diritti". Sotto questo profilo, sono valorizzate le professionalità acquisite, tanto per il Tribunale che per la Procura, ed è previsto che il magistrato giudicante sia assegnato "in via esclusiva" al Tribunale delle persone, minori e famiglie.

Sempre per favorire la specializzazione viene stabilito, poi, che non si applichi per i magistrati assegnati al Tribunale persone, minori e famiglie il divieto della ultra decennialità nelle stesse funzioni. Altro obiettivo conseguito è quello della "unificazione" delle funzioni, civilistiche in materia di persone e famiglia, di pertinenza degli attuali Tribunali ordinari e Procure presso gli stessi, con quelle propriamente minorili -civili, penali e di sorveglianza- nel Tribunale per le persone, i minori e le famiglie e nella Procura della Repubblica presso lo stesso.

Il che implica una notevole valorizzazione delle professionalità maturate nei due ambiti e realizza gli obiettivi della "unitarietà" e della "specializzazione".

Ulteriore parametro per assicurare una giustizia a misura di minore, sempre secondo le Linee Guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa citate, è quello della "prossimità territoriale". Infatti, la peculiarità dei diritti in *subiecta materia* richiede che non si imponga alle persone, alle famiglie ed ai minori di spostarsi dai luoghi di residenza, percorrendo a volte distanze notevoli e faticose senza arrecare un trauma innanzitutto personale, come anche economico.

Come ricordato dal Professore Francesco Paolo Luiso nel corso del suo intervento al

Congresso organizzato, a Lucca, dall' Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia in data 17 Settembre del 2021, la suddivisione delle attribuzioni fra Sezioni Distrettuali e Circondariali ed il radicamento in capo a queste ultime delle maggiori competenze civilistiche, anche strettamente minorili, è innovazione irrinunciabile introdotta dalla riforma.

Tanto al precipuo scopo di salvaguardare il principio della *prossimità territoriale*.

In sede di lavori preparatori, infatti, le maggiori criticità riscontrate nel corso delle interlocuzioni preliminari all'elaborazione del testo normativo, si sono incentrate proprio sui disagi che i minori e le loro famiglie avevano ed hanno affrontato, fino ad oggi, per raggiungere le sedi unicamente distrettuali degli attuali Tribunali per i Minorenni.

La logistica attuale infatti è spesso percepita come remota e disagiata, essendo inaccettabile, per il legislatore, il rischio della disincentivazione all' accesso alla giustizia.

Del resto, lo stesso art.1 comma 23 lettera *d* della legge delega nel testo approvato dal Senato, recependo l'orientamento attuale della giurisprudenza di legittimità, prevede quale criterio di radicamento della competenza territoriale prevalente nelle materie del Tribunale persone, minori e famiglie quello della residenza abituale del minore.

Siffatta residenza viene descritta, con pregnanza semantica, dalla norma sul rito come *"il luogo in cui si trova di fatto il centro della sua vita"*.

In materia minorile, dunque, le norme ordinamentali e processuali rispondono a giustizia laddove pongano il fuoco sul centro della vita delle persone, dei minori e delle famiglie.

5. I deficit: il sacrificio ai valori della collegialità ed alla multidisciplinarietà delle competenze nelle decisioni

In un quadro generale di grandi e positive innovazioni, si innestano dei coni di ombra che fanno pensare che il legislatore si sia trovato ad affrontare una "condizione".

Il Tribunale per le persone, per i minorenni e le famiglie ben può essere istituito purchè *"nell'ambito delle attuali dotazioni organiche del personale di magistratura, del personale amministrativo, dirigenziale e non dirigenziale, e senza nuovi oneri per la finanza pubblica"* (vedasi il principio direttivo stabilito nell'ultima parte della lettera *a* dell'articolo 1 comma 24 della Legge delega, come approvata dal Senato il 21 Settembre scorso).

All'altare della clausola di invarianza finanziaria -dell'organico inalterato- viene sacrificato, pertanto, il principio della collegialità, cifra della "qualità" delle decisioni in materia di persone, minori e famiglia.

Volendosi assicurare i valori della unitarietà, della specialità e della prossimità, ad organico inalterato, è impossibile prevedere delle Sezioni circondariali, alle quali i giudicanti vengano assegnati in via esclusiva, che possano decidere in composizione collegiale.

I numeri attuali delle piante organiche degli uffici, in particolare circondariali, non consentono questo "lusso". Pertanto, la spinta del legislatore verso la monocraticità delle decisioni nelle sezioni circondariali non può che rinvenire la sua unica ispirazione nelle citate ragioni pratiche.

Ed anzi, a ben vedere, come sottolineato anche dal Consiglio Superiore della Magistratura nel suo parere del 15 Settembre del 2021, è del tutto inattuabile, fin d'oggi, ad organico inalterato, la previsione di Sezioni Circondariali monocratiche con magistrati assegnati in via esclusiva al Tribunale Persone Minori e Famiglie e che siano dotate di un Presidente di Sezione per circondario.

E siffatto grave limite, di organico, risulta ben noto agli autori della riforma se la lettera *g* dell'articolo 1 del comma 24 della Legge delega prevede *"la possibilità di applicazione, per singoli procedimenti individuati con criteri predeterminati nei provvedimenti tabellari con provvedimento del Presidente della sezione Distrettuale, dei giudici delle sezioni circondariali alla sezione distrettuale ovvero dei giudici della sezione distrettuale alle sezioni circondariali, prevedendo la possibilità che le udienze, in caso di applicazione, possano svolgersi con modalità di scambio di note scritte o di collegamento da remoto e con possibilità per il giudice di tenere udienza in luogo diverso dall'ufficio"*.

La possibilità di assegnazioni di giudici in "verticale" - dalle sezioni distrettuali alle circondariali e viceversa- con le difficoltà logistiche che comporta rinvia la sua *ratio* nel sopperire alle prevedibili carenze di organico nell'ambito del nuovo Tribunale per le persone, i minori e la famiglia.

Inoltre, ipotizzare di poter risolvere le criticità degli spostamenti fisici di giudici che vengano assegnati dalle Sezioni Distrettuali alle Circondariali e viceversa (con le distanze geografiche che le caratteristiche dei nostri territori comportano) mediante la previsione dell'udienza da remoto, in materia di persone, famiglie e minori, sembra stravolgere del tutto il senso ed il valore della riforma stessa.

E' infatti, ragionevole ipotizzare che i provvedimenti di assegnazione, ad organici inalterati, saranno numerosi.

E' notorio che i valori della oralità e della immediatezza assumano una portata dirimente nel procedimento della famiglia, connotato peculiarmente dalla necessità della percezione della

comunicazione *extra*.

Orbene, che i suddetti valori debbano essere sacrificati rispetto alla istituzionalizzazione dell'udienza (non della sola camera di consiglio) da remoto significa stravolgere la scala di valori che si erano originariamente delineati.

E che, pure, la collegialità della decisione sia un "valore", oltre ad essere scontato, si delinea dalla scelta dello stesso riformatore che, nel disegnare la trama del "rito unificato per le persone, minori e famiglie", ha imperniato ogni norma del nuovo rito sulla composizione collegiale del Tribunale. E' infatti previsto – alla lettera *c* del comma 23 dell'art.1 della Legge Delega come approvata dal Senato- come principio direttivo: "*prevedere la competenza del Tribunale in composizione collegiale, con facoltà di delega per la trattazione e l'istruzione al giudice relatore*".

Salvo, poi, a vanificarsi, nella stessa legge delega, il principio della collegialità dalla lettera *r* del comma 24 dell'articolo 1 il quale prevede l'introduzione del rito unitario per tutte le competenze del Tribunale Distrettuale, eccettuandolo invece per le competenze notevolissime si è detto delle Sezioni Circondariali.

Ne consegue che il rito unitario, collegiale, si applicherà, secondo il disegno della legge delega, esclusivamente alle Sezioni Distrettuali e non anche alle Sezioni Circondariali le quali, invero tratteranno la stragrande maggioranza degli affari civili.

Ultimo parametro di una giustizia a misura di minore (sempre secondo le linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa approvate il 17 Novembre del 2010) è rappresentato dalla natura "*multidisciplinare*" delle competenze professionali degli operatori del settore.

La riforma ordinamentale, come delineata, appare disfunzionale rispetto all'assetto attuale in quanto estromette i giudici onorari dal procedimento decisionale, anche nei procedimenti di peculiare delicatezza quali quelli correlativi alla sospensione e/o decadenza dalla potestà genitoriale e di allontanamento del minore in stato di abbandono ex art. 403 cc. Infatti, il Tribunale per le persone, i minori e famiglia continuerà a decidere nell'attuale composizione del Tribunale per i Minorenni (con due giudici togati e due onorari) solo nei procedimenti di adozione.

In tutti gli altri casi, la specializzazione dei giudici onorari assumerà esclusivamente una valenza "endoprocedimentale", in quanto essi saranno inseriti all'interno dell'ufficio del processo con funzioni di conciliazione, di informazione sulla mediazione familiare, di ausilio all'ascolto del minore – il quale dovrà necessariamente essere svolto dal giudice, essendone prevista l'indelegabilità anche per il minore infradodicesimo – e di sostegno ai minorenni e alle parti, con attribuzione di *specifici compiti puntualmente delegati dal magistrato togato assegnatario del procedimento* (lettera *i* del comma 24 e lettera *t* del comma 23 dell'articolo 1 della Legge Delega). I giudici onorari, pertanto, lungi dal ricevere deleghe ampie per la fase istruttoria e dal partecipare alle decisioni, dovranno limitarsi ad attendere ai compiti specifici loro demandati dal giudicante ed, eventualmente, fungere da ausilio al togato in tema di ascolto del minore.

Pertanto, il legislatore configura un sistema istruttorio e di ascolto del minore che sia garantito dalla presenza del magistrato che dovrà decidere il caso, con facoltà dell'onorario di ausilio.

Inoltre, il giudice onorario viene escluso dalla fase decisoria alla quale non potrà partecipare né direttamente né indirettamente.

La tendenza è una spinta verso procedimenti governati integralmente, in ogni fase, da un giudice, tecnico e specializzato, con divieto di qualsivoglia delega "in bianco" agli onorari od ai servizi sociali. Il che rappresenta, ove attuabile senza ampliamenti di organici, una garanzia di qualità della decisione ed una totale assunzione della responsabilità della stessa.

Non va sottaciuto, però, il grave *deficit* di multidisciplinarietà, anche nella fase decisionale, per il settore giudicante dovuto allo stretto contingentamento del ruolo degli onorari e, per altro verso, la mancata previsione della possibilità di nomina di vice procuratori onorari specializzati nell'ambito delle Procure presso il Tribunale per le persone, i minori e le famiglie.

Il che offusca un quadro riformista in un ambito nel quale, peculiarmente, si intrecciano interrelazioni fra le competenze tecnico-giuridiche e quelle degli psicologi, degli assistenti sociali, del personale scolastico. Ciò, è prevedibile, comporterà un aumento delle necessità delle consulenze tecniche di ufficio, con gli aggravati di spesa per l'erario derivanti dal fatto che molti degli utenti della giustizia minorile hanno diritto a fruire del patrocinio per i non abbienti.

6. Auspici

Il passaggio del testo alla Camera non ha portato ad alcun correttivo.

Né la legislazione delegata, a questo punto, potrà illuminare i punti sui quali sono calati coni d'ombra. Sarà indispensabile, per assicurare l'attuazione della riforma, con i suoi *deficit*, potenziare gli organici, dei magistrati e del personale amministrativo, per garantire una giustizia realmente a misura delle persone, dei minori e delle famiglie.



Parto anonimo e accesso alle origini: l'affermazione di un diritto che inciampa nella prassi



Di Roberta Del Giudice

Sostituto Procuratore presso il Tribunale per i Minorenni di Sassari

It

Dal combinato disposto degli artt. 28 Legge 184/1983, 30 Decreto del Presidente della Repubblica 396/2000 e 93 decreto legislativo 196/2003 si evince che il nostro Ordinamento riconosce alla partoriente il diritto di dare in adozione il neonato e di celare la propria identità. Il figlio adottivo di madre anonima può avere accesso ad informazioni concernenti le proprie origini solo trascorsi 100 anni dalla formazione dei documenti relativi al parto: in pratica - salvo augurarsi di vivere almeno 100 anni - non può esercitare il diritto a conoscere le proprie origini. Il mutare del sentire sociale e le spinte comunitarie (si richiama la sentenza Godelli c. Italia, Corte EDU 25.09.2012 n. 33783) hanno portato la giurisprudenza ad interrogarsi sulla legittimità di un sistema normativo interno che, cristallizzando al momento del parto la volontà della donna di rimanere anonima, esclude ogni possibilità di rimediazione e, nel contempo, mortifica il diritto del figlio di accedere alle informazioni concernenti la propria identità biologica. La Corte Costituzionale (sentenza 22 novembre 2013 n. 278) ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 28 co. 7 Legge 184/1983 ed ha lanciato un monito al legislatore affinché venisse introdotto un procedimento volto a vagliare l'attualità della volontà della donna di continuare a rimanere anonima (cosiddetto "interpello"). In mancanza dell'auspicato intervento legislativo, è stata la giurisprudenza a recepire e rendere operativo il meccanismo "suggerito" della Corte Costituzionale dell'interpello come strumento per verificare, a fronte dell'istanza del figlio, l'attualità della volontà della madre a conservare l'anonimato circa la propria identità (Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sentenza 1946/2017). La giurisprudenza, inoltre, ha chiarito che il diritto di accedere alle proprie origini può essere esercitato anche se la madre sia morta e non sia possibile procedere, mediante l'interpello, alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto (Cassazione sentenza del 21 luglio 2016 n. 15024). È sempre opera della giurisprudenza l'aver esteso il meccanismo dell'interpello anche ai fratelli e alle sorelle del nato da parto anonimo (Cassazione sentenza del 20 marzo 2018 n. 6963.). Il presente lavoro mira a mettere in evidenza un aspetto problematico che sembra non essere stato adeguatamente affrontato: il faticoso percorso che ha portato all'ideazione del meccanismo giurisprudenziale dell'interpello "inciampa" in un complicato coacervo di norme che lo renderebbe di fatto inattuabile. Ed invero, le leggi in materia consentono, al momento della nascita, di indicare la donna che non vuole essere nominata con il codice "999" senza, nel contempo, prevedere, nel rispetto dell'anonimato, un onere di conservazione delle generalità della puerpera, a fronte di un futuro ed eventuale esercizio del diritto di accedere alle proprie origini da parte del figlio. In questo modo le norme sul parto anonimo si pongono in contrasto con l'articolo 8 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo, facendo sorgere seri dubbi sulla tenuta costituzionale dell'intero impianto normativo in materia.



Nascita ; Parto ; Anonimo ; Proprie origini

Eng

From the articles 28 Law 184/1983, 30 Decree of the President of the Republic 396/2000 and 93 Legislative Decree 196/2003 it is clear that our system recognizes the right to the mother to give her child in adoption and to conceal her identity. The adoptive son of an anonymous mother can obtain information concerning his origins only after 100 years from the drafting of the documents relating to the birth: in practice - unless one's wishes to live at least 100 years - one cannot exercise the right to know one's origins. The shift in social sentiment, and community pressures (referring to the Godelli vs Italy, ECtHR 25.09.2012 n. 33783 judgment) have led the jurisprudence to question the legitimacy of an internal regulatory system which, crystallizing at the moment of childbirth the will of the woman to remain anonymous, excludes any possibility of reconsideration and, at the same time, mortifies the child's right to access information concerning their biological identity. The Constitutional Court (judging no. 278 of 22 November 2013) declared the unconstitutionality of art. 28 paragraph 7 of Law 184/1983 and has issued a warning to the legislator so that a procedure has been introduced aimed at assessing the relevance of the woman's will to continue to remain anonymous (so-called "interpellation"). In the absence of the called for legislative intervention, it was the jurisprudence that acknowledged and made operational the "suggested" mechanism of the Constitutional Court of the interpellation as a tool to verify, in response to the child's request, the relevance of the mother's will to preserve anonymity regarding one's identity (United Sections of the Court of Cassation, judgment 1946/2017). Furthermore, the jurisprudence has clarified that the right to access one's origins can be exercised even if the mother is dead and it is not possible, by means of an interpellation, to verify the relevance of the preservation of secrecy (Cassation sentence of 21 July 2016 n. 15024). It is always the work of jurisprudence to have extended the interpellation mechanism also to the brothers and sisters of the anonymous child (Cassation judgment of 20 March 2018 n. 6963.). This work aims to highlight a problematic aspect that has never been adequately addressed: the tiring path that led to the conception of the jurisprudential mechanism of the interpellation "stumbles" into a complicated jumble of rules that would make it practically impracticable. And indeed, the laws on the subject allow, at the time of birth, to indicate the woman who does not want to be named with the code "999" without, at the same time, providing, in respect of anonymity, a duty to preserve the details of the mother, against a future and possible exercise of the right to access their origins by the child. In this way, the rules on anonymous childbirth are in contrast with Article 8 of the European Convention for Human Rights, raising serious doubts on the constitutional integrity of the entire legal system on the subject.



Birth; Childbirth; Anonymous; One's origins

1. Introduzione

L'Italia, insieme alla Francia e al Lussemburgo, è uno dei pochi Paesi europei a prevedere il cd. "parto anonimo".

L'art. 28 L. 184/1983 (legge sull'adozione) attribuisce al figlio adottivo, che abbia raggiunto il venticinquesimo anno di età, il diritto potestativo di accedere ad informazioni che riguardano la sua origine o l'identità dei suoi genitori biologici (salvo i casi di "gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psicofisica" che permet-

tono l'esercizio di tale diritto anche all'adottato infraventicinquenne, purché maggiorenne). Tale norma, però, prevede un limite all'esercizio del predetto diritto, stabilendo che "l'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30 D.P.R. 396/2000". Ed invero, l'art. 30 D.P.R. 396/2000 (Regolamento per la Revisione e la Semplificazione dell'Ordinamento dello Stato Civile), nel disciplinare le modalità

di formazione, il contenuto e la registrazione della dichiarazione di nascita, *expressis verbis*, sottolinea la necessità di rispettare *"l'eventuale volontà della madre di non essere nominata"*. In tale ipotesi troverebbe applicazione il disposto di cui all'art. 93 D. Lgs. 196/2003 (altrimenti noto come *"codice della privacy"*) a mente del quale la cartella clinica o il certificato di assistenza al parto (oggi *"attestazione di avvenuta nascita"*), ove comprensivi di dati personali che rendono identificabile la madre che ha chiesto di rimanere anonima, possono essere rilasciati in copia integrale, a chi vi abbia interesse, solo decorsi 100 anni dalla formazione del documento.

Alla luce del quadro normativo, quindi, il sistema dell'accesso alle origini è così regolamentato: il figlio adottato appena nato, può fare accesso alle proprie origini al compimento del venticinquesimo anno di età (o anche prima in caso di gravi e comprovate ragioni di salute); laddove, però, la donna avesse dichiarato, al momento del parto, di voler rimanere anonima, l'accesso a queste informazioni può avvenire solo trascorsi 100 anni dalla formazione dei documenti relativi al parto (certificato di assistenza al parto o cartella clinica). Detto altrimenti, mentre il figlio adottivo, in generale e salvo valutazioni del caso di specie da parte del Giudice competente (*id est* il Tribunale per i Minorenni), ha il diritto a conoscere le proprie origini, il figlio adottivo di madre che abbia espressamente dichiarato di voler rimanere anonima - salvo augurarsi di vivere almeno 100 anni - non può esercitare il medesimo diritto a conoscere le proprie origini.

Come è intuitivo, il legislatore, nell'accordare la possibilità di non declinare le proprie generalità al momento del parto, riconosce alla donna un vero e proprio diritto all'anonimato materno, "blindato" dalla possibilità di accedere alle informazioni sulle proprie origini al decorso di un lasso di tempo che verosimilmente supera la

durata media di una vita. La *ratio* sottesa al diritto all'anonimato materno riposa sulla necessità di evitare aborti, specie clandestini, infanticidi e abbandoni di neonati: si mira ad offrire, cioè, alla partoriente e al bambino una alternativa ai comportamenti abortivi/abbandonici, consentendo alla madre di dare alla luce il figlio senza che ciò comporti la necessità di instaurare con il neonato un legame giuridico. Per molti anni il diritto all'anonimato è stato considerato alla stregua di un diritto "assoluto" ed "irreversibile", in quanto, come anticipato, la scelta compiuta dalla madre al momento del parto si cristallizzava e si proiettava su un arco temporale eccedente la durata normale della vita umana, di fatto, rendendo impossibile al figlio nato da una partoriente anonima di conoscere, prima di morire, le proprie origini.

Tuttavia, la mutevolezza del sentire sociale, in uno alle spinte comunitarie, hanno progressivamente indotto la giurisprudenza a rimeditare il carattere "assoluto" del diritto della partoriente e, soprattutto, il carattere "irreversibile" della scelta all'anonimato materno. Con il tempo, infatti, si è iniziato a riflettere su un dato: il diritto della donna di partorire nel totale anonimato non costituisce una "monade" isolata nel panorama dei diritti, venendo inevitabilmente a "scontrarsi" con un altro diritto, ovvero sia quello del figlio di conoscere le proprie origini. Da qui, la necessità di operare un bilanciamento dei diritti in gioco che non si traduca più (come è accaduto per lunghi anni) in una preferenza incondizionata verso il diritto all'anonimato della partoriente.

Ebbene, nell'ultimo decennio, nel silenzio di una legge che sacrifica sull'altare dell'anonimato materno il diritto di conoscere le proprie origini, la giurisprudenza ha tentato di individuare soluzioni di compromesso.

2. Verso l'affermazione del diritto a conoscere le proprie origini

L'affermazione del diritto a conoscere le proprie origini prende le mosse dalla giurisprudenza comunitaria. Emblematica è la pronuncia resa dalla Corte Europea per i Diritti dell'Uomo nel famoso caso *Gaskin c. Regno Unito* (Corte EDU 7 luglio 1989 n. 10454)¹ in cui, per la prima volta, la Grande Camera definisce come *"primordiale"* l'interesse della persona a ricevere informazioni sulle proprie origini, nonché *"manifestazione della vita privata e familiare"* di cui all'art. 8 CEDU. La Grande Camera, allargando le maglie del concetto *"vita privata e familiare"*, ha individuato nell'art. 8 CEDU il referente

normativo, a livello comunitario, del diritto a conoscere le proprie origini². Laddove, il concetto di "*vita privata*" può e deve comprendere anche aspetti della individualità personale, di cui inevitabilmente fa parte l'identità dei propri genitori biologici; mentre il concetto di "*vita familiare*" non può e non deve essere circoscritto ai rapporti interpersonali già in essere, ma ad ogni relazione, anche solo in divenire, con i propri simili³.

Nel 2003 la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo ritorna sul punto con la sentenza *Odièvre c. Francia* (Corte EDU 13 febbraio 2003 n. 42326)⁴, affermando che il sistema giuridico francese in materia di parto anonimo (come vedremo, diversamente da quello italiano) non viola l'art. 8 CEDU, nella misura in cui, pur nel rispetto dell'anonimato materno, ammette la possibilità di accesso ai dati sulla famiglia biologica mediante una procedura amministrativa, di pertinenza di un organismo *ad hoc* (il Consiglio Nazionale per l'Accesso alle Origini), che consente di interpellare la madre sulla richiesta del figlio ed eventualmente permetterle di rimuovere il segreto.

Rispetto alla *best practice* francese e alle spinte della Corte Europea verso l'affermazione del diritto a conoscere le proprie origini, il nostro Ordinamento, in un primo momento, ha mostrato una preferenza incondizionata verso l'anonimato materno. Ed invero, la Corte Costituzionale (sentenza 25 novembre 2005 n. 425), investita della questione di legittimità dell'art. 28 L. 184/1983, *nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza aver previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica*, ha ritenuto che il diritto all'anonimato fosse "*espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda*", che inevitabilmente si traduceva nel sacrificio del diritto a conoscere le proprie origini come "prezzo da pagare" per garantire che il parto avvenisse in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, nonché per distogliere la donna da decisioni irreparabili, come l'aborto.

Gli steccati burocratici innalzati dalla legge e presidiati dalla giurisprudenza per ostacolare la ricerca dei dati sull'identità della madre anonima, hanno iniziato a vacillare a seguito della storica sentenza *Godelli c. Italia* (Corte EDU 25 settembre 2012 n. 33783). Nel caso di specie, la ricorrente lamentava che, stante il disposto di cui all'art. 28 co. 7 L. 184/1983, l'accesso alle sue origini non le era consentito perché la madre, al momento della nascita, aveva dichiarato di non voler divulgare la propria identità. Tale scelta privava il figlio della possibilità di conoscere la propria storia personale, condannandolo alla ignoranza perpetua. Ebbene, nella sentenza *Godelli*, la Grande Camera ha ricordato che, da un lato, l'art. 8 CEDU tende fondamentalmente a difendere l'individuo da ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, dall'altro, però, esso non si limita ad ordinare allo Stato di astenersi da ingerenze di questo tipo. La norma, infatti, ha un connotato negativo ("*non fare*"), ma anche un connotato positivo ("*fare*"), che si traduce nell'adozione di misure volte non solo a garantire il rispetto della vita privata, ma anche l'affermazione in positivo di tale diritto, nel cui ampio concetto rientra altresì il diritto di conoscere le proprie origini. Gli Stati, precisa la Corte, possono scegliere i mezzi che ritengono più idonei ad assicurare in modo equo la conciliazione tra la protezione della madre e la richiesta dell'interessato di avere accesso alle proprie origini, ma devono assicurare tale conciliazione! Sulla base di queste argomentazioni, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per l'assenza di un sistema legislativo che consentisse di bilanciare l'interesse della madre all'anonimato e alla riservatezza con il diritto del figlio di conoscere le proprie origini, dunque, i genitori che lo hanno procreato. Dirompenti sono stati gli effetti della sentenza *Godelli* sul sistema nazionale.

3. L'affermazione del diritto a conoscere le proprie origini

A seguito della pronuncia della Grande Camera, la Corte Costituzionale (sentenza 22 novembre 2013 n. 278) torna nuovamente a pronunciarsi in materia di parto anonimo e di accesso alle origini, in particolare sulla irrevocabilità della scelta all'anonimato della donna, laddove il dato legislativo sembra prevedere una sorta di cristallizzazione della volontà prestata una sola volta al momento del parto.

Ebbene, in quella circostanza, la Consulta, pur mantenendo invariata la possibilità di optare per

la procedura del parto anonimo, afferma la necessità di riconoscere alla madre la possibilità di revocare la decisione all'anonimato, di fronte alla richiesta del figlio. Il bisogno di conoscere le proprie origini rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona, di guisa che è da ritenersi incostituzionale un sistema legislativo che attribuisce alla volontà manifestata al momento del parto i connotati della irreversibilità, tale da "ipototecare" un futuro, eventuale e possibile, ripensamento della donna. La Consulta, dunque, nel contestare l'eccessiva rigidità di un sistema che immobilizza le modalità di esercizio del diritto all'anonimato della madre al momento del parto, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 co. 7 L. 184/1983 *"nella parte in cui non prevede, attraverso un procedimento stabilito dalla legge che assicuri la massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione"*. Evidentemente la Corte Costituzionale ha inteso lanciare un monito al legislatore affinché venisse introdotto un procedimento volto a vagliare l'attualità della volontà della donna di continuare a rimanere anonima.

All'indomani della pronuncia della Corte Costituzionale, in mancanza dell'auspicato tempestivo adeguamento legislativo, si è posto il problema di come rendere attuativo il meccanismo dell'interpello "suggerito" dalla Consulta: a fronte di una legislatura "dormiente", il giudice, su istanza del figlio che abbia il desiderio di conoscere la propria genealogia o l'esigenza a fronte, ad esempio, di un intervento medico, può interpellare la madre che alla nascita abbia dichiarato di non voler essere nominata, per domandarle se abbia intenzione o meno di revocare la sua dichiarazione?

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 25 gennaio 2017 n. 1946) chiarendo che la pronuncia della Corte Costituzionale ha natura di *"sentenza additiva di principio"*, in quanto ha introdotto un modello procedimentale per rendere effettivo il bilanciamento delle posizioni giuridiche soggettive potenzialmente confliggenti, rappresentate dal diritto all'anonimato della madre biologica e dal diritto a conoscere le proprie origini del figlio: pure in assenza di un intervento legislativo che disciplini tale procedura, il giudice, quindi, può interpellare in maniera riservata la madre biologica per raccogliere la sua attuale volontà. Opinare diversamente e, dunque, impedire l'interpello del giudice in attesa che il relativo procedimento venga regolamentato dalla legge, significherebbe continuare ad applicare una norma incostituzionale, ovvero sia l'art. 28 L. 183/1984, a tutto detrimento di quanto previsto dall'art. 136 Cost. e cioè che le norme dichiarate incostituzionali cessano di avere efficacia e non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza.

Le Sezioni Unite, dunque, enunciano il seguente principio di diritto: *"in tema di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte Costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità"*.

Nelle more del consolidamento di questa virtuosa prassi dell'interpello e in mancanza di un intervento legislativo, la giurisprudenza si è dovuta interrogare anche su un altro aspetto: cosa succede se nel corso della neo-introdotta prassi dell'interpello, dovesse scoprirsi che la madre biologica è morta e che, quindi, non è possibile una verifica sulla attualità della scelta per l'anonimato?

Ebbene la Corte di Cassazione, intervenuta sul punto con la sentenza del 21 luglio 2016 n. 15024, dopo aver escluso che la morte della madre determina una definitiva cristallizzazione della originaria volontà di rimanere anonima, ha affermato che il diritto di accedere alle proprie origini

può essere esercitato anche se la madre sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto, salvo il trattamento lecito e non lesivo dei diritti di terzi dei dati personali conosciuti. La Cassazione, quindi, ha optato per una sorta di “abolizio” (mutuando l’espressione dal diritto penale) dell’art. 93 co. 2 D. Lgs. 196/2003 che, pertanto, in caso di morte della madre anonima non troverebbe applicazione. Diversamente opinando, si introdurrebbe nuovamente il sistema della cristallizzazione della volontà della madre di rimanere anonima espressa al momento della nascita, già censurato dalla richiamata Corte Costituzionale nel 2013.

Peraltro, assumere una posizione contraria significherebbe privare di tutela colui che è in vita, favorendo un soggetto ormai deceduto, con il paradosso di riconoscere maggiore tutela ad un diritto (quello all’anonimato) che di fatto non esiste più in quanto non è un diritto *ultrattivo* e, quindi, viene meno nel momento in cui viene meno il suo titolare⁵.

Un altro “faticoso” passo in avanti verso l’affermazione del diritto a conoscere le proprie origini è stato mosso dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 20 marzo 2018 n. 6963. In quella circostanza gli Ermellini sono stati chiamati a chiarire se l’interpello potesse essere azionato anche per risalire alla identità dei fratelli e delle sorelle.

Sul piano normativo, come anticipato, l’art. 28 L. 184/1983 riconosce all’adottato figlio di madre che non abbia posto il veto sulla propria identità, il diritto di accedere alle sole informazioni relative ai propri genitori biologici. E così, l’art. 93 D. Lgs. 196/2003 riconosce all’adottato figlio di madre anonima il diritto di accedere alle informazioni relative alla cartella clinica o all’attestazione di avvenuta nascita (quindi, le sole informazioni che concernono la madre) decorsi 100 anni dalla formazione di tali documenti (salvo la possibilità di ricorrere al mentovato interpello). È, dunque, evidente che nulla è previsto a livello normativo per quanto concerne l’accesso alle informazioni relative ai fratelli e alle sorelle di sangue.

Il *vulnus* legislativo è stato colmato (ancora una volta) dalla giurisprudenza, con la richiamata sentenza del 2018, che ha esteso il meccanismo dell’interpello anche ai fratelli e alle sorelle. Secondo la Corte, la costruzione di una identità personale richiede la conoscenza della propria discendenza biologica, che non può limitarsi solo ai genitori, ma si estende e comprende anche i fratelli e le sorelle.

Il diritto di conoscere l’identità dei fratelli e delle sorelle si atteggia, però, in maniera diversa rispetto al diritto di conoscere l’identità dei propri genitori biologici, a cagione del ruolo obiettivamente diverso e secondario che essi svolgono nel processo di formazione della identità esteriore ed interiore, rispetto alle figure genitoriali. Pertanto, l’accesso alla identità dei fratelli e delle sorelle, se da un lato non può essere negato, dall’altro, non può essere considerato alla stregua del diritto potestativo di conoscere l’identità dei propri genitori di cui all’art. 28 L. 184/1983. Inoltre, i fratelli e le sorelle potrebbero non voler rivelare la propria parentela biologica e modificare la costruzione della propria identità. La Cassazione, quindi, ha ritenuto di poter realizzare il corretto bilanciamento tra le due posizioni facendo ricorso alla modalità procedimentale individuata dalla Corte Costituzionale (sentenza 278/2013) e dalle Sezioni Unite (sentenza 1946/2017): i fratelli e le sorelle dovrebbero essere preventivamente interpellati, al fine di acquisire il consenso all’accesso alle informazioni richieste o di accertarne il diniego e ciò sia se si tratti di figlio adottato da madre che non ha imposto il segreto sulla propria identità, sia se si tratti di figlio nato da madre anonima, per le ragioni innanzi esposte.

Alla luce di questo *excursus* giurisprudenziale, può affermarsi che negli ultimi anni si è registrato un sensibile mutamento di vedute e l’affermazione del principio del *favor veritatis* alla base del rapporto biologico tra genitore e figlio (e verosimilmente anche tra fratelli e sorelle).

4. Vulnus al diritto di conoscere le proprie origini

Il percorso che ha portato all'ideazione e al consolidamento del meccanismo dell'interpello – sintesi del bilanciamento del diritto all'anonimato materno e del diritto a conoscere le proprie origini – “inciampa” in un complicato coacervo di norme che, nella pratica, rende inattuabile il predetto meccanismo dell'interpello.

Per comprendere le disfunzioni dell'attuale sistema, sarebbe utile ricostruire l'impianto normativo. L'originario ordinamento di stato civile, disciplinato dal Regio Decreto 9 luglio 1939 n. 1238, non contemplava la possibilità di non declinare le proprie generalità al momento del parto.

Successivamente la Legge 23 agosto 1988 n. 400, nel riconoscere il potere di introdurre, tramite D.P.R., regolamenti per la disciplina delle materie non coperte da riserva assoluta di legge, ha dato la stura all'introduzione di una disciplina di semplificazione delle norme sulla documentazione amministrativa. Ebbene, alla luce di quanto previsto dalla mentovata L. 400/1988 (art. 17), sono stati adottati numerosi regolamenti per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento di stato civile che, per la prima volta, hanno riconosciuto il diritto della partoriente di non declinare le proprie generalità, scegliendo di rimanere anonima. Tra le norme di nuova introduzione, merita menzione, in particolare, la Legge 15 maggio 1997 n. 127 che ha modificato l'art. 70 del Regio Decreto 9 luglio 1939 n. 1238, prevedendo, espressamente l'obbligo per il medico, l'ostetrica o altra persona che abbia assistito al parto, di rispettare “*eventuale volontà della madre di non essere nominata*” (cfr. artt. 1, 2 e 3 L. 127/1997).

La modifica in questione è stata concretamente attuata prima con il D.P.R. 20 ottobre 1998 n. 403⁶ (abrogato dall'art. 77 co. 2 D.R.P. 28 dicembre 2000 n. 445) e poi con il D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396, che ad oggi costituisce la norma di riferimento in materia di ordinamento dello stato civile.

Come anticipato, l'art. 30 D.P.R. 396/2000, espressamente esclude, nel rispetto della volontà della madre, la possibilità di indicare le generalità della partoriente nei casi in cui la stessa abbia manifestato la volontà di non essere nominata. Tale norma è richiamata sia dall'art. 28 L. 184/1983 che dall'art. 93 D. Lgs. 196/2000.

L'impossibilità di indicare le generalità della madre che abbia scelto di rimanere anonima è confermata dal Decreto 16 luglio 2001 n. 349 (regolamento recante “*modifiche al certificato di assistenza la parto, per la rilevazione dei dati sanitari e statistici di base relativi agli eventi di nascita, alla nati-mortalità ed ai nati affetti da malformazioni*”) che ha introdotto, addirittura, un codice identificativo per “*donna che non vuole essere nominata*”: codice “999”.

Non si registrano, ad oggi, altri interventi normativi in materia. È, quindi, evidente come l'attuale sistema legislativo sia assolutamente anacronistico rispetto ai passi in avanti compiuti dalla giurisprudenza sul terreno del parto anonimo e dell'accesso alle origini, in quanto non solo non è previsto un sistema per valutare la persistente volontà della madre a conservare l'anonimato (quello che, cioè, la giurisprudenza definisce come “*meccanismo dell'interpello*”), ma ancora più a monte non sono previsti strumenti per garantire, nel rispetto dell'anonimato, la possibilità di custodire informazioni sulla identità della partoriente in vista di un futuro ed eventuale esercizio del diritto di accesso alle origini da parte del nascituro. Detto altrimenti, il codice identificativo “999” metterebbe, *ab origine*, una pietra tombale sul diritto ad accedere alle proprie origini, impedendo di conoscere il nome della partoriente e, quindi, di poterla interpellare per valutare la possibilità di revocare l'anonimato.

Ma vi è di più. Il delineato sistema normativo rischia di essere incostituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. che prevede che la potestà legislativa è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'Ordinamento Comunitario e dagli obblighi internazionali, laddove nel novero degli obblighi internazionali, vi rientrano le norme della CEDU. Ne consegue che il nostro sistema normativo, non contemplando strumenti per rendere effettivo l'esercizio del diritto di accedere alle proprie origini, si pone frontalmente in contrasto con l'art. 8 CEDU il quale, come anticipato, si candida ad essere il referente normativo a livello comunitario del mentovato diritto ad accedere alle proprie origini. Per capire l'importanza dirompente di queste affermazioni, bisognerebbe fare un passo indietro e soffermare brevemente l'attenzione sui rapporti tra le norme CEDU e quelle interne.

5. Gli effetti delle norme CEDU sull'Ordinamento interno e l'aporia del sistema

La decodificazione dei rapporti tra norme CEDU e norme interne si deve a due importanti arresti della Corte Costituzionale del 2007 in materia di espropriazione.

Nel biennio 2006 – 2007, la Corte EDU ha più volte ammonito l'Italia, in quanto la normativa nazionale prevedeva, con riguardo alla determinazione dell'indennità di esproprio (ex art. 37 D.P.R. 327/2001) e al risarcimento del danno nel caso di accessione invertita (ex art. 55 D.P.R. 327/2001), un criterio di calcolo che portava sempre alla corresponsione di una somma di denaro largamente inferiore rispetto al valore di mercato del bene, ponendosi in contrasto con l'articolo 1 del Protocollo 1 CEDU in materia di protezione della proprietà privata (si menziona, tra le molteplici pronunce della Corte EDU, quella relativa al famoso caso *Scordino* - sentenza 29 marzo 2006, ricorso n. 36813/1997).

All'indomani delle pronunce della Grande Camera, la giurisprudenza ha cominciato ad interrogarsi su quali fossero le conseguenze derivanti dal rilevato contrasto della normativa nazionale in materia espropriativa con le norme della CEDU.

Ebbene, la Corte Costituzionale con la sentenza 24 ottobre 2007 n. 348 (relativa all'indennità di esproprio) e con la sentenza 24 ottobre 2007 n. 349 (relativa al risarcimento del danno da accessione invertita) ha chiarito che le norme della CEDU non sono norme comunitarie, ma obblighi internazionali per i quali l'art. 117, co. 1, Cost. impone il rispetto. La Consulta, cioè, individuando un ancoraggio costituzionale delle norme CEDU nell'art. 117 Cost. (e non negli artt. 10 e 11 Cost.), ha riconosciuto alla Convenzione il valore di norma di rango "sub-costituzionale" e di "fonte interposta" (cioè subordinata alla Costituzione, ma sovraordinata alla legge); con la conseguenza che, a fronte di un riscontrato contrasto tra le norme interne e quelle della CEDU, lo strumento giuridico da utilizzare non è la disapplicazione della norma gerarchicamente inferiore (*id est* quella nazionale), bensì il giudizio di legittimità costituzionale. Seguendo il percorso argomentativo delle richiamate sentenze costituzionali, i valori CEDU, attraverso il grimaldello dell'art. 117 Cost., entrano a far parte del nostro Ordinamento, arricchendo e potenziando il ventaglio dei diritti. A ben vedere è proprio quello che è accaduto in materia di parto anonimo, laddove, facendo leva sul disposto di cui all'art. 8 CEDU e sull'interpretazione estensiva ad esso attribuita dall'opera ermeneutica della Grande Camera, è stato possibile portare all'interno del nostro Ordinamento l'inedito diritto di accedere alle proprie origini.

Come già evidenziato, manente il vuoto normativo, la tutela di tale diritto è stata affidata ad un istituto di matrice giurisprudenziale (l'interpello). Tuttavia, proprio il perdurante vuoto normativo, rischia di mortificare gli sforzi della giurisprudenza in quanto le leggi in materia di parto anonimo consentono, al momento della nascita, di indicare la donna che non vuole essere nominata con il codice "999" senza, nel contempo, prevedere, nel rispetto dell'anonimato, una modalità di conservazione delle generalità della puerpera, a fronte di un futuro ed eventuale esercizio del diritto di accedere alle proprie origini da parte del figlio. È evidente, quindi, che le norme sul parto anonimo continuano, sotto questo diverso aspetto, a porsi in contrasto con l'art. 8 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost., nella misura in cui, in punto di fatto, renderebbero inattuabile il diritto di conoscere la propria discendenza biologica, non prevedendo (quanto meno) un onore di conservazione delle generalità della partoriente, facendo di conseguenza sorgere nuovi seri dubbi sulla tenuta costituzionale dell'intero impianto normativo in materia.

Rilevata l'aporia del sistema, molti Tribunali per i Minorenni (giudice deputato all'interpello e, quindi, alla affermazione del diritto di accedere alle proprie origini), hanno iniziato a condividere con i singoli Ospedali del distretto di competenza circolari che, nel rispetto della volontà della partoriente di rimanere anonima, prevedessero strumenti per conservare l'identità della donna a fronte di un futuro ed eventuale esercizio del diritto di conoscere le proprie origini da parte del figlio⁷.

Si tratta, tuttavia, di soluzioni spesso poco efficaci che mettono in evidenza, ancora una volta, l'esigenza di una riforma sostanziale della materia, trattandosi di un fenomeno che, a dispetto di quanto possa sembrare, è molto più ricorrente di quanto si possa pensare.

Note

- 1 La Corte EDU, nel pronunciarsi rispetto al caso *Gaskin c. Regno Unito*, ha affermato che la limitazione all'accesso ad un fascicolo personale del ricorrente fosse contrario all'art. 8 CEDU. Nel caso di specie il signor *Gaskin*, ormai adulto, voleva ricostruire la storia della propria infanzia, dalla morte della madre fino al periodo in cui egli fu in affidamento presso i Servizi Sociali. Le Autorità Municipali, che conservavano il fascicolo completo, però, rifiutarono di accogliere la richiesta dell'interessato di accedere al predetto fascicolo. L'uomo, quindi, compulsò l'intervento della Grande Camera che condannò il Regno Unito perché non aveva ancora istituito una Autorità Indipendente che potesse valutare gli opposti interessi dell'una e dell'altra parte.
- 2 L'impostazione tradizionale della giurisprudenza della Corte EDU riconduceva il diritto di conoscere le proprie origini sotto l'egida dell'art. 10 CEDU, che tutela il diritto alla libertà di espressione, inclusivo della libertà di ricevere informazioni senza ingerenza da parte dello Stato. Con la sentenza *Gaskinn c. Regno Unito*, la Grande Camera supera questa impostazione, ritenendo, per la prima volta, che il diritto di conoscere le proprie origini non è solo una declinazione della libertà di espressione, *sub specie* di un generico diritto ad essere informato, ma afferisce alla sfera più intima dell'individuo: la vita privata e familiare.
- 3 Di analogo tenore la sentenza del 7 febbraio 2002, *Mikuli c. Croazia*, ricorso n. 53176/1999, con la quale la Corte EDU ha evidenziato come le notizie sulla nascita siano necessarie per la formazione della personalità e per stabilire i dettagli della identità della persona.
- 4 Nel caso *Odièvre c. Francia*, la ricorrente, nata da un parto anonimo, in età adulta aveva cercato di ricostruire le proprie origini, riuscendo, però, solo ad avere informazioni parziali (fra cui la presenza di fratelli e sorelle). Impossibilitata a conoscere l'identità della madre biologica, la donna si rivolgeva alla Corte Europea che, a stretta maggioranza, respingeva il ricorso della donna, escludendo che il sistema francese in materia di accesso alle origini si ponesse in contrasto con la previsione di cui all'art. 8 CEDU, realizzando un giusto bilanciamento tra gli interessi in causa.
- 5 Di analogo tenore Cassazione sentenza del 9 novembre 2016 n. 22838 e, più di recente, Cassazione sentenza del 7 febbraio 2018 n. 3004: in caso di parto anonimo, sussiste il diritto del figlio di conoscere le proprie origini biologiche mediante l'accesso alle informazioni relative all'identità personale della madre, anche se la stessa sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto. Non può essere considerato operante, oltre il limite della vita della madre che ha partorito in anonimo, il termine previsto dal d.lgs. 196/2003, che consente l'acquisizione dei dati relativi alla propria nascita decorsi 100 anni dalla data del parto.
- 6 Cfr. circolare 22 febbraio 1999, n. 1/50-FG-40/97/U887: Regolamento di attuazione sulla semplificazione delle certificazioni amministrative.
- 7 Così, ad esempio, alcune circolari prevedono di apporre sulla cartella clinica della madre e sulla cartella clinica del minore un numero progressivo che figurerà anche su una busta chiusa recante dicitura "*madre che ha dichiarato di voler rimanere anonima*" contenente una fotocopia del documento di identità o tessera sanitaria della madre. La busta e la cartella clinica della donna (avente il medesimo numero di progressivo) verranno annotate in un apposito registro e potranno essere consultati solo a seguito di un provvedimento della Autorità Giudiziaria minorile nell'ambito del procedimento per la ricerca delle origini.

