



LA MAGISTRATURA

n° 2 | 2022



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

Quadrimestrale – In attesa di registrazione presso il Tribunale di Roma

Anno I, n.2

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 Cintioli - 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 - 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. Andrea Tripodi (*Università di Macerata*) - 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.

Il numero 2/2022 è stato chiuso il 31 luglio 2022.

Indice

CIVILE

Gli atti di esecuzione dei piani e degli accordi di risanamento e ristrutturazione.

Il controllo di conformità: riflessioni su alcuni aspetti problematici

Di Fabrizio Guerrera

'Pensare' la crisi e 'progettare' la ripartenza: la prospettiva del civilista

Di Claudio Scognamiglio

Le fidejussioni bancarie omnibus dopo le Sezioni Unite:

punti fermi e questioni irrisolte

Di Federica Ferreri

PENALE E SORVEGLIANZA

La particolare tenuità del fatto: dubbi interpretativi e prospettive di riforma

Di Angelo Salerno

PROCEDURA CIVILE

Il giudizio di scioglimento delle comunioni: il grande assente nella riforma

del processo civile

Di Chiara Gagliano

INFORMATICA E NUOVE TECNOLOGIE

L'informatica nella giustizia

Di Antonella Ciriello

DIRITTO EUROPEO E SOVRANAZIONALE

PNRR e (dis)eguaglianza di genere: la grande illusione?

Di Anna Lorenzetti

Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice

Di Fabio Cintioli

DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'impugnazione degli atti amministrativi incidenti sull'ambiente:

il ruolo delle associazioni ambientaliste e il requisito della "vicinitas"

Di Emanuele Quadraccia

LA COPERTINA



"Notte stellata"
Vincent Van Gogh

Data: giugno 1889

Tecnica: oleografia su tela

Dimensioni: 74 cm x 92 cm

Sito: Museum of Modern Art



Nella sua opera, tra le più note e amate di Van Gogh, l'artista dipinge la visione del cielo poco prima dell'alba, realizzando nel dipinto vortici di nubi e mulinelli stellari che creano un effetto particolare sul cervello e sulla comprensione della luminosità. Le stelle (grandi, vibranti e luminosissime) sono piene di energia vitale, in contrasto con il paesaggio

silente. Nel dipinto è racchiuso anche un concetto matematico che può essere accostato ai tempi moderni e alle transizioni che la nostra società sta vivendo : quello della 'turbolenza' nella dinamica dei fluidi, così difficile da spiegare e da comprendere, e di cui gli scienziati sarebbero riusciti a ipotizzare le equazioni soltanto sessant'anni più tardi.

Il PNRR tra sfide e attese

Proprio nei giorni in cui chiudiamo il secondo numero della rivista La Magistratura, l'Italia si muove verso le prime elezioni repubblicane autunnali e, rispetto alle scadenze europee, l'attenzione dei più si concentra sulla rata di fine anno del Pnrr (21,8 miliardi di euro). Intanto tra Roma e Bruxelles è accaduto un fatto probabilmente tra i più rilevanti per gli scenari digitali del Paese.

Il 14 luglio la Commissione europea ha salutato l'accordo politico raggiunto dal Parlamento europeo e dal Consiglio UE sul percorso per il decennio digitale, proposto da Ursula von der Leyen nel suo discorso sullo Stato dell'Unione del settembre 2021. Se tutto procederà senza impedimenti, nei prossimi mesi la Commissione europea, di concerto con gli Stati Membri, elaborerà gli indicatori chiave di prestazione che serviranno a misurare i progressi verso gli obiettivi al 2030 e, su queste basi, gli Stati Membri presenteranno la roadmap strategica con la traiettoria prevista per il raggiungimento dei target. Se in passato il DESI, l'indice di digitalizzazione dell'economia e della società elaborato annualmente dalla Commissione, poteva anche essere accolto con scetticismo e disinteresse, d'ora in poi, potenzialmente già dal 2023, sarà fonte di giudizi ben più rilevanti e conseguenti raccomandazioni formali da parte di Bruxelles.

Questo significa che il gap dell'Italia sul digitale non può e non deve più rimanere tale. Non a caso, la transizione digitale è tra gli aspetti più caratterizzanti in termini di impatto per il PNRR italiano, accanto alla transizione verde e a quella economico-

sociale. È una sfida complessa che sta coinvolgendo in modo trasversale vari settori della società, che non lascia indenne neppure la magistratura e il sistema giudiziario.

Senza addentrarci in tecnicismi, un'attenzione al tema tuttavia va dedicata. Il processo di digitalizzazione riguarderà infatti pubblica amministrazione, servizi sanitari, istruzione, ma anche il mondo della giustizia e l'efficacia del sistema giudiziario (dalla durata dei procedimenti giudiziari alla riorganizzazione dei tribunali).

Alcune specifiche misure contenute nel Piano nazionale di ripresa e resilienza puntano ad intervenire in modo diretto sul sistema giudiziario. Si tratta, in particolare, della previsione di riforme volte ad accelerare lo svolgimento dei processi, e di specifici stanziamenti per la digitalizzazione dei procedimenti giudiziari, per la gestione del carico pregresso di cause civili e penali e per l'efficientamento degli edifici giudiziari. Ulteriori risorse, dedicate all'edilizia penitenziaria, sono messe a disposizione dal Piano complementare. Una esigenza di rinnovamento avanzata diverse volte e sollecitata anche dal Consiglio europeo che, nelle sue annuali Raccomandazioni, ha costantemente spinto l'Italia a "ridurre la durata dei processi civili in tutti i gradi di giudizio", nonché ad "aumentare l'efficacia della prevenzione e repressione della corruzione riducendo la durata dei processi penali e attuando il nuovo quadro anticorruzione".

La Commissione Europea, nel cosiddetto Country Report 2020

ha rilevato come l'Italia abbia compiuto progressi solo limitati nel dare attuazione alle sopra citate Raccomandazioni. In particolare:

- nel settore civile, viene contestata la perdurante scarsa efficienza del sistema giudiziario civile, con particolare riguardo all'utilizzo tuttora limitato del filtro di inammissibilità per gli appelli, che incide sulla durata dei processi, alla necessità di potenziare gli organici e alle differenze tra i tribunali per quanto riguarda l'efficacia della gestione dei procedimenti;
- con riguardo alla lotta alla corruzione, la Commissione sottolinea il persistere di una serie di criticità e suggerisce di intervenire in materia di lobbying, di conflitti di interessi e di whistleblowing;
- nel settore penale, si rileva il perdurare della scarsa efficienza del processo, soprattutto di appello, che si ripercuote anche sull'efficacia del contrasto alla corruzione.

Da ultimo, nelle Raccomandazioni specifiche all'Italia del 20 luglio 2020 il Consiglio europeo ha nuovamente invitato l'Italia ad adottare provvedimenti volti a "migliorare l'efficienza del sistema giudiziario".

Oggi, il Piano nazionale di ripresa e resilienza dovrebbe consentire una svolta e il superamento a tali limiti italiani. E lo fa partendo dall'individuazione di alcune riforme strutturali senza le quali ci sarebbe un limite al potenziale di crescita dell'Italia.

La riforma del sistema giudiziario, incentrata sull'obiettivo della riduzione del tempo del giudizio, è stata per

questo inserita dal PNRR tra le c.d. riforme orizzontali, o di contesto, che consistono in innovazioni strutturali dell'ordinamento, tali da interessare, in modo trasversale, tutti i settori di intervento del Piano. Per realizzare questa finalità, il Piano prevede - oltre a riforme ordinamentali, da realizzare ricorrendo allo strumento della delega legislativa - anche il potenziamento delle risorse umane e delle dotazioni strumentali e tecnologiche dell'intero sistema giudiziario, al quale sono destinati specifici investimenti.

Nella Relazione sullo stato di attuazione del PNRR del 23 dicembre 2021 il Governo dà conto della corrispondenza tra la legge delega e gli obiettivi del PNRR. In base alla legge, il Governo dovrà esercitare la delega entro il 24 dicembre 2022, mentre nel 2023 potrebbero essere adottati ulteriori strumenti attuativi. L'impatto sulla durata dei procedimenti potrebbe verosimilmente stimarsi alla fine del 2024.

Seguiremo attentamente ciò che accadrà sul piano delle riforme e sull'attuazione del Pnrr, contribuendo con i nostri interventi ad arricchire il dibattito giuridico.

Dopo decenni in cui il settore giustizia è stato interessato solo da riforme a costo zero, confidiamo che i fondi del Pnrr rappresentino un'occasione per l'immissione di nuove risorse, che possano dare alla giustizia lo spazio che merita, anche come fattore di crescita economica e sociale del Paese.

di Cecilia Bernardo e Sabrina Iadarola



g
f
e
d
c

Diritto civile

Gli atti di esecuzione dei piani e degli accordi di risanamento e ristrutturazione

Il controllo di conformità: riflessioni su alcuni aspetti problematici



di Fabrizio Guerrera

Ordinario di Diritto commerciale
nell'Università di Messina

It

L'articolo affronta i problemi legati all'esecuzione dei piani sottesi agli accordi di ristrutturazione e di risanamento delle imprese in crisi e, in particolare, le conseguenze delle eventuali difformità attuative, con riguardo ai rimedi esperibili, alla luce del regime della responsabilità dei soggetti agenti e della validità e dell'efficacia degli atti compiuti, specialmente nei casi di sopravvenuta dichiarazione d'insolvenza.



imprese in crisi, piano di ristrutturazione, attuazione, difformità, rimedi

Eng

This paper addresses the problems concerning the implementation of restructuring plan of enterprises in crisis and, in particular, the deviations from the plan, with regard to actionable remedies, according to the discipline of the responsibility of persons involved and of validity and effects of acts performed, especially in case of subsequent insolvency.



enterprises in crisis, restructuring plan, implementation, deviations, remedies

Sommario

1. Individuazione dell'oggetto dell'indagine; 2. Fenomenologia delle difformità nell'attuazione del piano; 3. Il riequilibrio dell'impresa in crisi come fine primario dell'operazione; 4. Il controllo di conformità sugli atti compiuti in esecuzione del piano e degli accordi; 5. Competenze e responsabilità del controllo di conformità; 6. Rimedi "obbligatorî" e "reali" rispetto alle difformità attuative; 7. Segue: il rilievo causale del collegamento fra atti di esecuzione del piano e accordi.

1. Individuazione dell'oggetto dell'indagine

La dottrina ha rivolto attenzione crescente al tema dell'attuazione del piano predisposto in funzione delle soluzioni negoziali della crisi (concordato preventivo, accordo di ristrutturazione dei debiti, accordo basato su un piano di risanamento attestato), che presenta spesso aspetti d'incertezza e criticità derivanti da fattori esogeni o da situazioni contingenti o da esigenze adattative sopravvenute[1].

Il problema riguarda, beninteso, non le obbligazioni "finali" assunte dall'imprenditore in crisi verso i creditori, che soggiacciono alla disciplina della responsabilità e della risoluzione (secondo la disciplina ordinaria o fallimentare), quanto piuttosto gli atti (negoziali o non negoziali o societari) che egli deve compiere durante e secondo il piano, in vista dell'adempimento di quelle obbligazioni e, soprattutto, dell'obiettivo fondamentale del riequilibrio patrimoniale e finanziario dell'impresa: obblighi quindi, per così dire, "intermedi" o "strumentali".

Tale problema è, tutto sommato, meno urgente e difficile per il concordato preventivo (sebbene il concordato "con continuità aziendale" presenti spesso rilevanti criticità nella fase attuativa)[2], poiché la procedura si conclude con un decreto di omologazione esecutivo, che cristallizza la condotta del debitore, contiene talune prescrizioni ed è comunque presidiata, nella successiva fase di attuazione, dalle funzioni di vigilanza del commissario e dai poteri d'intervento e rimedio del tribunale, specificamente regolati dalla legge, almeno per alcuni aspetti.

Non è così, invece, per gli accordi "di ristrutturazione dei debiti", che sono resi efficaci dal provvedimento di omologazione all'esito di una procedura formale, che non abbraccia però (anzi non tocca affatto) la fase esecutiva e non prevede alcuna forma di vigilanza da parte dell'autorità giudiziaria e dei suoi ausiliari; e tanto meno per gli accordi "di risanamento", che si configurano come accordi-quadro e si realizzano in via totalmente stragiudiziale, (salva la nuova figura del piano attestato rafforzato prevista dalla normativa emergenziale).

2. Fenomenologia delle difformità nell'attuazione del piano

Il problema è stato indagato in dottrina specialmente con riferimento alle ipotesi di ritardo, inesattezza o mancanza dell'imprenditore in concordato nell'adempimento delle obbligazioni strumentali "pianificate", in vista dell'esecuzione "forzata" o della risoluzione "anticipata" del concordato preventivo; o, se del caso, in vista dell'adattamento del piano a eventi sopravvenuti e della rimodulazione degli obblighi concordatari. Come si diceva, però, la vigilanza degli organi della procedura rende improbabile un'attuazione del concordato totalmente difforme dal piano, salvo che essa non venga concertata o tacitamente autorizzata perché utile o indispensabile per adempiere le obbligazioni concordatarie (dimodoché né i creditori, né gli organi della procedura avrebbero motivo di azionare i rimedi legali avverso l'inadempimento del debitore).

Nel caso dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o dell'accordo di risanamento, invece, la discrezionalità e la libertà d'azione gestionale degli amministratori restano senz'altro ben più ampie (sebbene la formalizzazione e la pubblicità di un percorso di riorganizzazione e salvataggio della società non possano considerarsi privi di rilevanza, anche "esterna", sul potere di gestione dell'impresa, nel senso di delimitare e indirizzare in conformità di quanto pianificato l'azione degli organi sociali). Pertanto, anche il rischio di un'attuazione "difforme" del piano attestato si amplifica, con i connessi pericoli di "azzardo morale" nella prosecuzione dell'impresa e di fallimento del tentativo di salvataggio.

Concentrando l'attenzione, allora, su queste ultime due soluzioni negoziali della crisi d'impresa, in cui la responsabilità di attuare il piano grava totalmente sull'imprenditore, e accantonando l'ipotesi della completa inattuazione del piano e inese-

cuzione dell'accordo, destinata a sfociare – in mancanza di altre iniziative – nella dichiarazione d'insolvenza, deve osservarsi che dall'esperienza risultano varie forme di "deviazione" più o meno importanti dell'attività programmata.

Talora si tratta di deviazioni di entità modesta o di adattamenti che non mettono a repentaglio l'obiettivo finale del riequilibrio, e dovrebbero restare perciò irrilevanti o, comunque, ricomprese nella discrezionalità esecutiva degli amministratori; altre volte si tratta di deviazioni significative, ma sostanzialmente imposte dalle sopravvenienze avverse, che rendono impossibile o eccessivamente oneroso il compimento di alcuni degli atti previsti da parte dell'imprenditore o anche da un terzo nei suoi confronti; altre volte ancora, invece, tali deviazioni sono frutto di decisioni arbitrarie o discutibili o derivano dal condizionamento che l'imprenditore subisce nell'attuazione concreta dell'accordo a causa di fattori oggettivi o dello sviluppo dei rapporti con i soggetti terzi (firmatari o non dell'accordo), contemplati dal piano in qualità di contraenti, garanti, acquirenti, finanziatori o investitori ecc.

Per questa ragione, appare necessario, sebbene difficoltoso – più che nei concordati – l'espletamento di un "controllo di conformità" sugli atti (negoziali, non negoziali, societari, dispositivi, solutori, obbligatori, abdicativi ecc.) volti ad attuare il piano di risanamento o di ristrutturazione dell'impresa in crisi nell'arco temporale previsto. Beninteso, infatti, la verifica e valutazione di eventuali difformità possono risultare tutt'altro che agevoli, poiché l'attuazione di un piano economico-finanziario non costituisce un'attività meramente esecutiva, ma presenta a sua volta natura "gestionale" ed è dotata di margini non insignificanti di discrezionalità in ordine al quando o al quomodo (se non anche all'an) dell'operazione programmata.

3. Il riequilibrio dell'impresa in crisi come fine primario dell'operazione

A tale riguardo, conviene rammentare che il riequilibrio patrimoniale e finanziario dell'impresa in crisi costituisce lo scopo fondamentale di ogni accordo di risanamento o di ristrutturazione e, perciò, esso finisce per caratterizzare e integrare anche la "causa concreta" degli atti negoziali e societari di esecuzione del piano ad esso sotteso. Il contesto nel quale e, soprattutto, la ragione per la quale tali atti devono essere compiuti non possono, dunque, considerarsi irrilevanti, una volta che la situazione di crisi è acclarata e il rimedio prescelto è reso pubblico, insieme al percorso di risanamento.

I singoli atti di esecuzione del piano presentano una causa propria e una qualificazione tipica (vendita, datio in solutum, transazione, accollo, conferimento, scorporo, ricapitalizzazione, finanziamento, garanzia ecc.), ma non hanno una valenza economico-funzionale autonoma, perché questa dipende, appunto, dalla pianificazione prescritta per accedere a un accordo "protetto" con i principali creditori. Difatti, è soltanto in un piano economico-finanziario organicamente concepito e correttamente sviluppato, e quindi "fattibile", che possono rinvenirsi la necessità e la giustificazione di quegli atti, rispetto allo scopo basilare del riequilibrio dell'impresa in crisi (destinato a realizzarsi tramite la "riduzione" dei diritti dei creditori e degli investitori e la rinegoziazione dei rapporti contrattuali pendenti, e quindi con inevitabile sacrificio degli stakeholders).

Si comprende, allora, come possano – e forse anche debbano – scaturire conseguenze negative rilevanti nei casi in cui l'attività gestionale di attuazione del piano (inclusiva degli atti esecutivi di qualsiasi natura in esso contemplati) sia compiuta in maniera difforme dal piano di ristrutturazione o di risanamento, e specialmente quando tale difformità comprometta il raggiungimento dell'obiettivo della soluzione negoziale della crisi, producendo un trasferimento di risorse ingiustificato o un aggravamento del dissesto, anche per effetto del ritardo nell'accertamento della mancata riuscita del salvataggio e, quindi, dello stato di insolvenza.

Per quanto riguarda i "piani attestati di risanamento", l'art. 56, comma 5, CCII stabilisce che «gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano

devono essere provati per iscritto e devono avere data certa»; questa prescrizione formale si applica – al fine di supplire alla mancata procedimentalizzazione delle altre soluzioni della crisi – tanto all'accordo-quadro di risanamento con i principali creditori, che accompagna il piano attestato, quanto alle operazioni compiute dall'imprenditore per darvi attuazione.

Tale disciplina formale non sembra, tuttavia, da sola sufficiente alla salvaguardia degli interessi in gioco. Occorre verificare – alla stregua di quanto prima detto, cioè in una prospettiva funzionale – anche la legittimità sostanziale dell'atto traslativo di beni, risorse, valori o rischi, finalizzato alla ristrutturazione dell'impresa in crisi.

4. Il controllo di conformità sugli atti compiuti in esecuzione del piano e degli accordi

Orbene, tale verifica esige un "controllo di conformità" al piano, che si deve condurre, secondo le regole formali e procedurali ordinariamente stabilite, da parte dei soggetti e degli organi competenti in ordine alla decisione, al compimento e alla formalizzazione dell'atto stesso, nei diversi ruoli per ciò previsti dalla legge o dallo statuto. E, posto che la legge non regola espressamente la materia, sembra necessario appurare a chi spetti di espletare tale controllo, quali caratteri esso abbia, con quali modalità debba svolgersi e quali conseguenze possa produrre, secondo il suo esito.

Limitando l'indagine ai casi in cui l'imprenditore in crisi sia organizzato in forma di società di capitali, non può dubitarsi del fatto che i compiti e la responsabilità per l'attuazione del piano attestato sotteso all'accordo di risanamento e di ristrutturazione – ivi ricompreso l'espletamento del suddetto "controllo di conformità" – incombono innanzitutto all'organo amministrativo e, nell'ambito della sua funzione di vigilanza, all'organo di controllo.

E' necessario, tuttavia, tenere conto anche della natura dell'atto e delle regole sociali di produzione dell'azione. Se non si tratta di un atto reale o non formale, ma negoziale; se esso presenta una struttura complessa o scaturisce da un procedimento; a maggior ragione, se non rientra nella competenza di un organo monocratico, ma coinvolge il processo decisionale del consiglio di amministrazione o dell'assemblea della società; se esso richiede l'intervento del notaio per la stipula (per es., in caso di cessione di azienda o di partecipazioni sociali o di trasferimento immobiliare o di costituzione di una garanzia o di un vincolo di destinazione o di conferimento in altra società) o per la verbalizzazione della delibera ad esso presupposta o sostanziale (avente a oggetto, per es., l'acquisizione, lo scorporo, la cessione di un asset, l'operazione sul capitale o straordinaria ecc.); ecco, allora, che quel "controllo di conformità" – facendo emergere la sua incongruenza funzionale, e quindi la sua "non legittimità sostanziale", sulla scorta del confronto con le previsioni del piano e dell'accordo-quadro – potrebbe rilevare in punto di validità o efficacia dell'atto esecutivo, oltre che (com'è indiscutibile) di responsabilità del soggetto agente o decidente e degli eventuali terzi concorrenti nel (o beneficiari del) illecito gestorio.

Per converso, la "conformità" dell'operazione o dell'atto al piano, garantendone la coerenza all'obiettivo di risanamento o di ristrutturazione dell'impresa in crisi – oltre ad assicurare la stabilità dell'atto rispetto all'impugnazione per revocatoria in caso d'insolvenza ex art. 67, comma 3, legge fall. (che è l'unico effetto disciplinato dal legislatore) – dovrebbe giovare a escludere la responsabilità degli amministratori ex artt. 2392 ss. e 2476 c.c.[3], come pure, ricorrendone gli estremi, della capogruppo e dei soggetti concorrenti ex art. 2497, comma 2, c.c., e a porre al riparo da ogni questione o censura di legittimità sostanziale il procedimento decisionale e l'atto che ne deriva, sia sotto il profilo civilistico della "causa concreta" di attribuzione, sia sul piano delle competenze degli organi sociali e delle regole formali e sostanziali della decisione.

5. Competenze e responsabilità del controllo di conformità

L'analisi del piano e la valutazione dell'atto da compiere o della delibera da assumere dovrebbero entrare, pertanto, a far parte delle verifiche doverose dell'amministratore unico o delegato o della fase istruttoria del procedimento consiliare o assembleare societario, secondo le diverse sfere di competenza, nella fase attuativa della soluzione negoziale della crisi; ma anche il notaio rogante o verbalizzante dovrebbe farsi carico di accertare in che rapporto l'atto da stipulare, che comporta un trasferimento di risorse della società, o il verbale da redigere, recante la delibera di approvazione di una data operazione societaria, si pone con il piano di risanamento o di ristrutturazione; inoltre, la controparte dell'imprenditore impegnato in tale processo dovrebbe farsi carico di appurare la legittimità dell'operazione sotto il profilo segnalato (e ciò non soltanto al fine di essere ragionevolmente sicura di fruire dell'esenzione da revocatoria nel caso di successivo fallimento).

Si consideri che il decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione è soggetto a pubblicità legale nel registro imprese e che anche il piano di risanamento attestato è, spesso, pubblicato "volontariamente" dall'imprenditore nel registro delle imprese (art. 67, comma 3, lett. d), ult. inc.), per godere delle agevolazioni fiscali; d'altra parte, il terzo che beneficia del trasferimento di beni o di diritti o del pagamento (lato sensu) di un proprio credito da parte dell'imprenditore in crisi o che partecipa all'operazione societaria, anche senza aver sottoscritto l'accordo di risanamento o di ristrutturazione, è, di norma, a prescindere dalla pubblicazione del piano, perfettamente consapevole dei suoi contenuti – spesso condivisi e concertati con l'imprenditore – e della finalità di salvataggio perseguita; anzi è frequente che l'omologazione dell'accordo o il rilascio dell'attestazione al piano di risanamento o la sua pubblicazione siano formalmente dedotti in condizione nell'atto o nella delibera.

Beninteso, se l'atto ovvero l'operazione in questione sono stati previsti come necessari nel piano asseverato di risanamento o di ristrutturazione, la valutazione di coerenza e di funzionalità al fine di riequilibrio perseguito deve ritenersi compiuta già con la sua approvazione da parte dell'organo amministrativo, che è un atto a valenza strategica e programmatica; non si richiederà, quindi, di norma, una nuova valutazione da parte dell'organo competente ad attuarla, bensì appunto una mera verifica di conformità sulla scorta della relazione di attestazione; variazioni e adattamenti di portata minore dovrebbero, del resto, ritenersi implicitamente autorizzati e legittimi.

D'altra parte, nei casi straordinari in cui il piano si palesi inattuabile e se ne imponga la revisione o l'adattamento alle circostanze sopravvenute, occorrerà non soltanto una delibera formale di modifica del piano (e, in genere, la stipula di un apposito addendum all'accordo con i creditori), ma anche un supplemento di asseverazione (e non soltanto una comfort letter dell'esperto) o, addirittura, una nuova relazione di attestazione sulla fattibilità del piano o, trattandosi, di accordo di ristrutturazione dei debiti, di un nuovo procedimento di omologa.

Residuano quindi – e interessano soprattutto ai nostri fini – le ipotesi in cui siano compiuti degli atti di esecuzione non previsti dal piano o significativamente difformi dalle previsioni di esso, vuoi dal punto di vista oggettivo e strutturale, vuoi dal punto di vista funzionale, poiché inidonei ad assicurare il conseguimento dello scopo del superamento della crisi, e quindi inutili o persino dannosi nella prospettiva della successiva prevedibile procedura d'insolvenza: di qui la necessità di appurare le conseguenze dell'illegittimità di tali operazioni o atti esecutivi.

6. Rimedi “obbligatori” e “reali” rispetto alle difformità attuative

La prospettiva dell’insolvenza incombente dovrebbe indurre gli organi sociali a promuovere, se non l’apertura di una procedura liquidatoria, una diversa soluzione negoziale della crisi, come un concordato preventivo o un altro accordo di ristrutturazione dei debiti da sottoporre a omologazione o un altro accordo di risanamento con i principali creditori, che sostituisca il precedente, dichiaratamente irrealizzabile, con il supporto di una nuova relazione di attestazione sulla fattibilità del piano, basata su dati aggiornati e inedite assunzioni.

Per l’ipotesi in cui, invece, gli organi sociali, condizionati dallo sviluppo degli eventi e dal timore del dissesto, pongano in essere un’attività esecutiva deliberatamente difforme dal piano in assenza delle modificazioni necessarie e legittime, occorre mettere a fuoco la validità e l’efficacia degli atti compiuti e, ovviamente, anche le responsabilità personali dei soggetti coinvolti. mQueste ultime sono indiscutibili e colpiscono tendenzialmente sia i membri degli organi di amministrazione e controllo che decidono, autorizzano, compiono o tralasciano di impedire gli atti esecutivi “non conformi” al piano, sia – secondo i principi in materia di concorso nell’illecito (artt. 2055 e 2497, comma 2, c.c.) [4] – i soggetti terzi che prendano parte ad essi o ne beneficino nella consapevolezza della mancata previsione di tali atti o della loro sostanziale difformità (sotto il profilo di condizioni, modalità, tempistiche ecc.), nonché del mutamento rilevante dello scenario del risanamento programmato o del contesto operativo avverso dell’impresa.

Più controversa – al netto dell’astratta revocabilità dell’atto, ricorrendone le condizioni nel caso di eventuale successivo fallimento – è la praticabilità dei rimedi “reali” civilistici avverso gli atti sostanzialmente difformi dal piano di ristrutturazione o risanamento, alla stregua: (i) della limitazione e forse anche della “conformazione” che il potere di gestione dell’organo amministrativo subisce per effetto dell’approvazione e della formalizzazione, oltre che della pubblicità legale (dove la rilevanza anche esterna), di un dato programma di riorganizzazione o salvataggio della società[5]; (ii) dell’incidenza del difetto teleologico già segnalato sulla validità o sull’efficacia dell’atto in sé, che dipende dal grado in cui l’accordo di risanamento o ristrutturazione, quale “causa esterna”, giunge a funzionalizzare gli atti di esecuzione del piano rispetto al perseguimento dello “scopo-fine” sancito dalla disciplina della crisi d’impresa.

Nella prima prospettiva, deve osservarsi che, quand’anche – com’è plausibile – si aderisse all’idea della sopravvenienza di limiti “extra-statutari” all’oggetto sociale e al potere degli amministratori derivanti appunto dal programma formalizzato di risoluzione della crisi, e se ne ammettesse la rilevanza esterna, resterebbe ferma, stante la loro matrice non legale, l’applicabilità dell’art. 2484, comma 2, c.c., che sancisce l’inopponibilità ai terzi delle limitazioni “che risultano ... da una decisione degli organi competenti, anche se pubblicate”. E’ vero pure, tuttavia, che, siccome tale protezione non opera dinanzi all’exceptio doli, l’inefficacia (in thesi) dell’atto difforme, compiuto al di là dei poteri degli amministratori come “ricongigurati” dall’approvazione formale e dalla pubblicità del piano di soluzione della crisi, potrebbe essere parimenti eccepita nei confronti di coloro che “abbiano agito intenzionalmente a danno della società”[6], magari in forma di induzione o concertazione, compiendo un’operazione per sé vantaggiosa e, invece, pregiudizievole per la società in ristrutturazione.

Segue: il rilievo causale del collegamento fra atti di esecuzione del piano e accordi

Nella seconda prospettiva, occorre verificare quale rilevanza abbia il collegamento qualificato dell’atto esecutivo (negoziale o societario) con lo strumento previsto dalla legge per la soluzione della crisi. A questo fine conviene allargare lo sguardo a tutta la complessa e varia fenomenologia degli accordi di salvataggio.

Negli accordi di ristrutturazione e di risanamento “di gruppo”, che sovente prevedono il compimento di operazioni infragruppo astrattamente lesive della capacità patrimoniale della società in crisi, la teorica della “causa esterna” (o della “doppia causa”) vale proprio a giustificare quel “trasferimento di risorse” tra le società appartenenti a quell’organismo imprenditoriale[7], che è consentito dalla legge se essenziale al riequilibrio del gruppo e rispondente all’interesse dei creditori, anche in deroga al principio di “autonomia delle masse attive e passive” e di responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.). Donde la legittimità (e piena liceità) dell’atto e la sua tendenziale esenzione, oltre che dalla revocatoria, dalle responsabilità civili e penali degli organi sociali e dal rischio di annullamento dell’atto dispositivo o della deliberazione per conflitto d’interesse.

Negli accordi di ristrutturazione e di risanamento di una società “indipendente”, la stessa teorica dovrebbe essere impiegata e valorizzata, all’opposto, per stigmatizzare e sanzionare la deviazione dell’atto negoziale o societario di esecuzione del piano dal suo “scopo-fine” e, in particolare, la sua non conformità al programma predisposto e, in ultima analisi, la sua inidoneità al conseguimento dell’obiettivo del riequilibrio patrimoniale e finanziario dell’impresa in crisi. Ora, sebbene possano aversi ipotesi di nullità dell’atto esecutivo per illiceità della sua “causa concreta”[8], là dove esso sia compiuto dolosamente in situazione di evidente irrealizzabilità del piano o possa configurarsi come bancarotta fraudolenta per distrazione o infedeltà patrimoniale, nella maggior parte dei casi la “difformità” dell’atto esecutivo rispetto al piano e all’accordo di ristrutturazione o di risanamento dovrebbe rilevare, piuttosto, da un punto di vista funzionale e oggettivo – quello cioè della (non) realizzabilità dello scopo nel contesto fattuale dato – e quindi incidere, non già sulla sua validità, ma sulla sua efficacia e sulla sua specifica vicenda attuativa, determinandone, ove possibile, la sua risoluzione (o altra forma di regressione o ripristino) nel caso di successiva dichiarazione d’insolvenza della società “non risanata”.

L’irrealizzabilità del fine di riequilibrio finanziario dell’accordo di ristrutturazione o di risanamento stipulato dalla società, palesata dalla dichiarazione d’insolvenza, potrebbe, cioè, secondo i principi in materia di “collegamento negoziale” e “presupposizione”, travolgere i relativi atti di esecuzione (se aventi effetti reversibili) attraverso l’esercizio dell’azione di risoluzione[9] da parte dell’organo della procedura concorsuale. Senza che questo escluda, ovviamente, la possibilità di far valere anche la responsabilità degli amministratori (e dei soggetti concorrenti) verso la società e i creditori sociali e di agire, ricorrendone i presupposti, per la revocatoria degli atti pregiudizievoli.

Il rimedio dovrebbe essere azionabile, oltre che nei confronti dei creditori aderenti all’accordo (in relazione a negozi diversi dalla rimodulazione o dallo stralcio dei debiti), anche rispetto agli atti di esecuzione compiuti nei rapporti con terzi soggetti che non siano parti formali di esso, ma che abbiano negoziato e stipulato con la società in crisi sulla base del piano e in vista dell’obiettivo del salvataggio dell’impresa in crisi, fruendo dello “scudo” dell’esenzione dall’azione revocatoria (art. 67, comma 3, legge fall.) e dalla responsabilità penale per i reati di bancarotta semplice e preferenziale (art. 217-bis legge fall.).

E’ evidente che questa prospettiva, mentre offre uno strumento aggiuntivo agli organi della procedura per la reintegrazione della massa attiva concorsuale, d’altra parte accentua l’instabilità degli atti esecutivi compiuti con la società “in ristrutturazione”, responsabilizzando tutti i soggetti partecipanti al processo di risanamento dell’impresa in crisi: donde la necessità di un’accurata attività di verifica e di consulenza da parte del notaio rogante o verbalizzante atti di società che, se pure tornate in bonis, hanno “pendenti” piani di risanamento o ristrutturazione o di concordato preventivo (specialmente “con continuità aziendale”).

E’ altresì evidente che, ove l’atto compiuto in esecuzione del piano non fosse “risolvibile” secondo il suo regime civilistico e societario (si pensi a uno scorporo in newco o una scissione, che abbiano comportato un trasferimento di risorse a favore di terzi soggetti), occorrerebbe esplorare – anche in chiave alternativa all’impiego dei rimedi risarcitori e revocatori – la possibilità di neutralizzarlo attraverso un’operazione di segno inverso (per es., fusione o riacquisizione), ovviamente con il consenso delle controparti interessate.

Note

1. Cfr. L. Panzani, L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, III, Milano, 2016, 3880 ss.; R. Sacchi, Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1292 ss.; F. Mancuso, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: patologie negoziali e rimedi, in *Dir. fall.*, 2018, I, p. 795 ss.; F. Sacchi, Inattuazione del piano e inadempimento della proposta nel concordato preventivo, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 145 ss.
2. Cfr. G. D'Attorre, Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo, *Riv. soc.*, 2018, 526 ss.; A. Rossi, L'esecuzione del concordato di risanamento tra governance e conflitti, in *Fallimento*, 2017, 1005 ss.; M. Sciuto, "Adempimento" del concordato e programma societario, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, a cura Di Cataldo e altri, Milano, 2015, 1481 ss.
3. In argomento v. F. Guerrera, Atti, contratti, operazioni infragruppo e "trasferimento di risorse" nei concordati e negli accordi di ristrutturazione e di risanamento di gruppo, *Riv. dir. comm.*, 2021, 105 ss.; in giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 6 marzo 2019, in *Giur. it.*, 2019, 2456, con nota di M.G. Musardo, che afferma: "Non può considerarsi negligente la condotta degli amministratori che gestiscano la situazione di crisi provvedendo all'elaborazione di un articolato programma per uscirne attestato come ragionevole da un esperto indipendente. Non possono comunque considerarsi negligenti gli amministratori che si siano attenuti alle previsioni di un piano di risanamento attestato ex art. 67, 3° comma, lett. d), legge fall."
4. Per un'applicazione giurisprudenziale recente di tali principi in materia di abusiva concessione del credito cfr. Cass., 30.06.2021, n. 18610: "La responsabilità in capo alla banca, qualora abusiva finanziatrice, può sussistere in concorso con quella degli organi sociali di cui all'art. 146 l. fall., in via di solidarietà passiva ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fatti causatori del medesimo danno, senza che, peraltro, sia necessario l'esercizio congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di mero litisconsorzio facoltativo".
5. Cfr. sul tema M. Sciuto, "Adempimento" del concordato e programma societario, cit., 1487 ss., 1503 ss.
6. Cfr. P. Abbadessa - V. Pinto, in *Le società per azioni*, Commentario, diretto da Abbadessa e Portale, sub art. 2384, Milano, 2016, I, 1263 ss. In giurisprudenza v. Cass., 14 novembre 1991, n. 12168; Cass., 8 novembre 2000, n. 14509; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1525; Cass., 8 settembre 2016, n. 17761; Cass., 10 luglio 2019, n. 18536.
7. Sull'argomento v. F. Guerrera, Atti, contratti, operazioni infragruppo e "trasferimento di risorse", cit., ed ivi ampi riferimenti bibliografici ai quali si rinvia; e, con riferimento alla revisione ermeneutica dell'art. 2740 c.c., M. Fabiani, La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo, su *ilcaso.it*, 9 dicembre 2016; G. D'Attorre, Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore? (nota a Trib. Firenze, 2 novembre 2016), in *Fallimento*, 2017, 320; G. Ferri jr., Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo, in *Corr. giur.*, 2020, 289 ss.
8. Nella dottrina civilistica, v. C.M. Bianca, Causa concreta e diritto effettivo, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 252 ss.; V. Roppo, Causa concreta: una storia di successo?, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 958 ss. e A. Tucci, Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole, in *Contr. impr.*, 2017, 921 ss.; con riferimento specifico alle soluzioni negoziali della crisi, v. C.M. Azzaro, Causa illecita e accordi concorsuali, in *Giust. civ.*, 2019, I, 121. Sul concetto di "causa concreta" e sul suo variegato impiego, in funzione del sindacato sull'assetto e sulla meritevolezza e liceità degli interessi perseguiti e sulla funzionalità del sinallagma v., fra le altre, Cass., S.U., 24 settembre 2018, n. 22437 (nell'assicurazione); Cass., 24 agosto 2018, n. 21175 e Cass., 8 febbraio 2019, n. 3863 (nel concordato); Cass., 19 marzo 2018, n. 6675 (nell'interpretazione del contratto); Cass., 29 settembre 2015, n. 19220 (nella locazione); Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625 (nel sale and lease-back); Cass., 1° aprile 2011, n. 7557 (in generale, come elemento del contratto); Cass., 22 agosto 2007, n. 17844 (rispetto alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta); Cass., 8 maggio 2006, n. 10490 (a fini di accertamento di nullità); Cass., 12 novembre 2009, n. 23941 (in generale); Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898 (nei contratti bancari).
9. In giurisprudenza cfr. Cass., 26 giugno 2019, n. 17148; Cass., 23 novembre 2017, n. 27916; Cass., 22 settembre 2016, n. 18585; Trib. Monza, 5 luglio 2016, in *DeJure*; Trib. Bari, 23 luglio 2015, *ivi*; Trib. Modena, 20 febbraio 2013, *ivi*. Nella dottrina civilistica, in generale, v. A. Albanese, La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 367 ss.

‘Pensare’ la crisi e ‘progettare’ la ripartenza: la prospettiva del civilista



di Claudio Scognamiglio

Ordinario di Diritto civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università "Tor Vergata" di Roma

It

Lo scritto si propone di mettere a fuoco i ruoli rispettivamente svolti dalla giurisdizione e dalla legge nella fase della crisi derivante dalla pandemia ed in quella della ripartenza. L'ipotesi proposta è che, mentre nella fase dell'emergenza la risposta ai problemi da parte della giurisdizione è risultata in effetti prevalere, la fase della ripresa potrebbe segnare un'inversione di tendenza



Giurisdizione, legge, crisi pandemica, ripartenza

Eng

The paper aims to focus on the roles played by jurisdiction and law respectively in the crisis phase resulting from the pandemic and in the recovery phase. The proposed hypothesis is that, while in the emergency phase the response to problems by the jurisdiction was in fact predominant, the recovery phase could mark a reversal of the trend



Jurisdiction, law, pandemic crisis, restart

Sommario

1. Una riflessione sulla crisi dall'angolo visuale del civilista; 2. Pensare la crisi, tra legge e giudizio; 3. La ripartenza: dal 'diritto mite' alla legge?

1. Una riflessione sulla crisi dall'angolo visuale del civilista

Queste brevi riflessioni, come emerge già dal titolo sotto al quale esse sono svolte, vorrebbero innanzi tutto 'pensare' la crisi scatenata dalla pandemia Covid – 19, tentando di offrirne una chiave di lettura dall'angolo visuale peculiare del civilista. Lo sforzo è, in particolare, quello di comprendere, e di organizzare i diversi fattori di formazione dell'esperienza giuridica, che hanno concorso a delineare la risposta complessiva dell'ordinamento ai problemi dell'emergenza e che ora dovrebbero guidare la prospettiva della ripartenza.

Ci sembra che l'interesse di un'impostazione del genere, che vorrebbe (tentare di) trasporre su un piano di riflessione più generale circa l'interazione tra i vari 'formanti' del diritto l'incalzare dei problemi della contingenza storica che stiamo vivendo, possa essere confermato da alcuni degli sviluppi più recenti della riflessione della civilistica italiana.

Si pensi, ad esempio, al percorso di indagine di Nicolò Lipari, che, interrogandosi sul significato attuale delle categorie giuridiche, sottolinea che "Il richiamo alle categorie giuridiche...può oggi funzionare da valvola di apertura per fare del diritto civile una più penetrante chiave di lettura delle esigenze del tempo presente, nel tentativo di salvare la riflessione giuridica dalla pericolosa deriva di quel nichilismo che vuol tutto ridurre alla ratifica procedurale dei rapporti di forza, così negando la stessa funzione storica e al tempo stesso il valore intrinsecamente etico della giuridicità". In questo modo, l'Autore crea le premesse per l'individuazione, in un successivo momento del suo percorso d'indagine, di uno sviluppo "dalla consolidata struttura di un diritto consegnato ad un sistema di enunciati, alla mobile ma storicamente viva, realtà di un diritto che si articola in una molteplicità di situazioni, di vicende, di esiti" e nel quale "dottrina e giurisprudenza, confrontandosi tra loro e cercando mediazioni storicamente comprensibili, pure nella loro inevitabile temporaneità, si sforzano di cercare un punto di equilibrio, riaffermando, nella stagione del postmoderno, la verità dell'affermazione di Capograssi". Di qui, già in quella sede, la conclusione che "Davvero la scienza – assunta nella pienezza della sua dimensione teorico – pratica – è l'unica fonte del diritto". Non meno suggestivo e pregnante, anche ai fini delle questioni oggetto di questo scritto, il passaggio successivo del discorso che individua con sicurezza lo statuto del diritto nella "relazione che suppone una dialettica rivolta alla convergenza", in un quadro in cui "il soggetto dell'esperienza giuridica, consapevole di essere esso stesso parte di un processo attuativo, tende, nell'orizzonte della storia e nella trama di rapporti interpersonali, a realizzare risultati condivisi in chiave di razionalità, intesa questa non in termini univoci o riduzionisti ma nella linea di una duttilità analogica, capace di intendere gli accadimenti della storia in tutti i luoghi in cui si manifesta e in tutte le forme in cui si esprime". Si saldano, in questo modo, capacità critica e prospettiva ermeneutica "restituendo all'attività del giurista – contro tutti i tentativi del positivismo di renderlo mera trasmissione di dati da altri posti – la sua dimensione di autentica umanità". In quest'ordine di idee, ben si spiegano gli esiti attinti dal medesimo Autore nella voce su *Contratto e principio di ragionevolezza*, dove si legge, tra l'altro, che "è ovvio che la ragionevolezza non può mai essere valutata in astratto. La sua natura intrinsecamente relazionale e dinamica esige una valutazione raccordata alla specificità della situazione concreta, alle peculiarità dei soggetti implicati, alla natura ed alla misura degli interessi coinvolti...".

Nel più recente volume dell'Autore, che abbiamo scelto come guida in questo primo snodo delle nostre riflessioni, è di nuovo forte, fin dalle prime pagine, il richiamo al principio di ragione, nel suo legame con quello che viene definito il "risultato di giustizia" o, con espressione ancora più forte, la "sete di giustizia": "Riconnettere il diritto ad un principio di ragione significa riscattarlo da semplice prodotto di una potenza occasionale, significa ricondurlo a una dimensione che non chiede di subirlo, ma di accettarlo e di dividerlo. La pretesa di ridurre il diritto a pura forma si risolve, dunque, in una mera petizione di principio, perché nessun essere dotato di ragione accetterebbe di compiere atti svincolando del tutto la sua azione da una valutazione del significato di ciò che compie", posto che "il rapporto tra diritto e giustizia, per quanto difficile o ambiguo possa essere il modo di impostarlo, appartiene alla cultura di ogni tempo".

2. Pensare la crisi, tra legge e giudizio

Se, dunque, il rapporto tra legge e giudizio, e l'interrogativo circa il senso stesso che, nel momento presente, assume il significato di 'legalità' si collocano al centro della riflessione del civilista contemporaneo, forse non è arbitraria la proposta di 'pensare' la crisi, e la risposta ad essa, attraverso questo prisma.

Sarebbe naturalmente inutile, se non altro perché è stato già fatto in numerose occasioni in questi ultimi mesi, man mano che si susseguivano gli atti normativi emergenziali, o venivano pubblicati i primi provvedimenti giurisdizionali, svolgere qui una rassegna dei primi o dei secondi. Si vuole invece, e soltanto, richiamare all'attenzione del lettore uno tra gli interventi normativi, che avrebbe dovuto forse, nelle intenzioni del legislatore, offrire una soluzione alla questione maggiormente dibattuta nel primo periodo della pandemia: e cioè la configurabilità, o meno, di un diritto del conduttore, nel contratto di locazione di immobili ad uso commerciale, di pretendere dal locatore una riduzione del canone per il periodo di inutilizzabilità del bene.

Il riferimento è all'art. 6 - *novies* del D.L. 22 marzo 2021 n. 41 convertito in L. 21 maggio 2021 n. 69, il quale - stando alle intenzioni affermate appunto, nell'occasione, dal legislatore - ha voluto introdurre disposizioni "volte a consentire un percorso regolato di condivisione dell'impatto economico derivante dall'emergenza epidemiologica...a tutela delle imprese e delle controparti locatrici", individuando il proprio ambito di applicazione "nei casi in cui il locatario abbia subito una significativa diminuzione del volume d'affari, del fatturato, o dei corrispettivi, derivanti dalle restrizioni sanitarie, nonché dalla crisi economica di taluni comparti e dalla riduzione dei flussi turistici legati alla crisi pandemica in atto" ed enunciando la regola secondo la quale "locatario e locatore sono tenuti a collaborare tra di loro per rideterminare il canone di locazione". E' tuttavia difficile non condividere il giudizio critico che di questa previsione normativa è stato subito formulato, sia per la vaghezza dei presupposti di applicazione della medesima, sia per la genericità dell'obbligo di 'ricontrattazione' da essa prefigurato, peraltro riferito alla sola misura del canone di locazione e non anche ad eventuali accordi in deroga della complessiva disciplina normativa del rapporto di locazione. Né il giudizio critico sulla previsione normativa appena richiamata è destinato ad essere superato dalla quasi immediata modifica della stessa ad opera della L. 106/21, di conversione con modifiche del D.L. n. 73/2021, con l'introduzione di un 2° co. dell'art. 6 - *novies*, secondo il quale "Nei casi in cui il locatario non abbia avuto diritto di accedere, a partire dall'8 marzo 2020, ad alcuna delle misure di sostegno economico adottate dallo Stato per fronteggiare gli effetti delle restrizioni imposte dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 ovvero non abbia beneficiato di altri strumenti di supporto di carattere economico e finanziario concordati con il locatore anche in funzione della crisi economica connessa alla pandemia stessa, il locatario e il locatore sono chiamati a collaborare tra di loro in buona fede per rideterminare temporaneamente il canone di locazione per un periodo massimo di cinque mesi nel corso del 2021". Anche in questa formulazione normativa resta, dunque, nella sostanza irrisolto il problema più complesso che si delinea quando si voglia affermare l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione, e cioè come munirlo di un apparato rimediale in grado di assicurarne l'attuazione: che era appunto il problema al quale da parte di taluno si era proposto di fornire soluzione attraverso l'utilizzazione, certamente coraggiosa - ma, secondo le voci critiche di essa, impercorribile - dello strumento della sentenza emanata *ex art.* 2932 c.c.

Si può allora dire - benché con la larga approssimazione che l'aver scelto una campionatura di problemi assai circoscritta inevitabilmente determina e con una precisazione della quale subito dopo si dirà - che, in effetti, la risposta legislativa alle questioni civilistiche innescate dalla pandemia covid - 19 non sia stata di particolare impatto, pure in un quadro in cui le caratteristiche della crisi (la sua portata generale, tale da incidere praticamente su tutti i rapporti contrattuali di durata e da colpire, per usare un termine di sapore economico, sia la curva della domanda che quella dell'offerta) erano tali da rendere, in tesi, auspicabile proprio un deciso intervento del legislatore, in quanto soggetto soltanto legittimato ad introdurre norme sufficientemente generali ed astratte (ed a creare le premesse per soluzioni dotate di un alto grado di prevedibilità).

Si è però fatto cenno di una precisazione necessaria con riferimento all'impatto della risposta legislativa al problema delle sopravvenienze e sia pure con riferimento ad un

ambito specifico di problemi. Si intende avere riguardo alla disciplina normativa che, da un lato, aveva differito l'entrata in vigore del c.d. codice della crisi, e, dall'altro lato, avendo riguardo alle ipotesi di emersione anticipata della crisi, ha introdotto - con il d.lgs. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni nella l. 21 ottobre 2021, n. 147 - un procedimento di natura negoziale, che contempla la nomina di un esperto indipendente con il compito di agevolare le trattative tra l'imprenditore e i suoi creditori per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario (art. 2, comma 2). Nello svolgimento di tale compito, l'art. 10, comma 2, stabilisce che "L'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo".

Tuttavia, e per il resto - per restare al problema della rinegoziazione - ben si comprende che le misure introdotte dal legislatore dell'emergenza sono semmai state utilizzate, nell'elaborazione giurisprudenziale di questi mesi, per negare non solo esiti decisori di intervento sul contenuto del rapporto contrattuale, ma anche la sussistenza stessa di obblighi di rinegoziazione: e ciò sulla premessa che "quando il legislatore, nell'emergenza della pandemia Covid 19, ha voluto introdurre la possibilità (e comunque non l'obbligo) di rinegoziare le condizioni economiche di un contratto ovvero ridurre definitivamente a determinate categorie di imprenditori i canoni di locazione per un certo numero di mensilità, lo ha detto espressamente". E ben si comprende, del pari, che le soluzioni che hanno accreditato, tanto a livello dottrinale che giurisprudenziale, la tesi dell'esistenza di un obbligo di rinegoziazione in presenza di sopravvenienze da pandemia, abbiano per lo più concordato nell'attribuzione di rilevanza alla clausola generale di buona fede, quale tecnica argomentativa in grado di pervenire a soluzioni sufficientemente duttili ed efficienti del problema e fonte stessa dell'obbligo di rinegoziazione.

3. La ripartenza: dal 'diritto mite' alla legge?

La - assai sintetica e del tutto parziale - ricognizione che si è proposta conferma la fondatezza della previsione che aveva formulato proprio l'Autore dal cui pensiero abbiamo preso le mosse, laddove egli, soffermandosi sulle possibilità applicative del principio di ragionevolezza nel diritto dei contratti, aveva puntualmente ipotizzato che la crisi derivante dalla pandemia avrebbe accelerato l'accreditarsi delle strategie argomentative intese ad affermare la possibilità di un controllo sul contenuto del contratto, attribuendo, anche da questo angolo visuale, un ruolo decisivo al fattore di formazione giurisprudenziale dell'esperienza giuridica.

Viene fatto tuttavia di domandarsi se la fase della c.d. ripartenza, verso la quale ci stiamo faticosamente avviando, darà ingresso, o meno, ad una situazione analoga. E qui non si può fare a meno di dedicare un cenno al PNRR, anche per i dubbi che possono sorgere circa la sua esatta collocazione all'interno del sistema delle fonti: e ciò benché esso appaia del tutto muto per quello che concerne il diritto privato sostanziale, pur dedicando un significativo rilievo alla riforma della giustizia civile, che costituisce oggetto di una delle c.d. riforme orizzontali da esso contemplate.

Qui, infatti, il testo normativo fondamentale è costituito dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e resilienza e che contiene una disciplina organica dei piani nazionali di ripresa e resilienza, i quali - sul versante dei rapporti con l'Unione europea, rappresentano un documento che accompagna la richiesta di un contributo finanziario da parte dello Stato membro. Si delinea, dunque, un procedimento di adozione, da parte degli Stati membri, dei singoli piani, e di approvazione da parte degli organi competenti dell'Unione europea, che confluisce in una dimensione di accordo tra i primi ed i secondi: un accordo, tuttavia, che - inevitabilmente - si configura come del tutto

asimmetrico in pregiudizio dello Stato membro, il quale, come è stato efficacemente detto in uno dei pochissimi contributi dedicati alla qualificazione giuridica del PNRR, ed alla sua ricostruzione in relazione alla disciplina europea e nazionale di riferimento, si trova nella condizione di dover 'prendere' gli aiuti finanziari previsti dal piano, impegnandosi a rispettarne obblighi e condizioni, ovvero a lasciare.

Non è allora del tutto arbitraria, ma certamente dovrà essere verificata nell'esperienza dei prossimi anni, l'ipotesi che, chiudendo a questo punto davvero il discorso, sottoponiamo, all'attenzione del lettore. Si vuol dire che forse il PNRR, collocato – come esso inevitabilmente è – all'interno di un dispositivo normativo, vincolante lo Stato italiano al rispetto degli obblighi assunti all'atto della richiesta del contributo finanziario all'Unione europea (e con la sua struttura di un atto di pianificazione a portata generale ed a proiezione pluriennale: fino al 2026), potrà costituire la premessa di un'evoluzione – o bisognerebbe piuttosto definirla come un'involuzione? – dal 'diritto mite' alla legge.

Note

1. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 42
2. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 55 - 56
3. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, 58 - 59
4. Lipari, *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enc. dir. – Contratto*, Milano, 2021, 356 ss., 380
5. Lipari, *Elogio della giustizia*, Milano, 2021, 17
6. Grossi, *Oltre la legalità*, Bari – Roma, 2020, 39 ss.; Di Marzio, *La ricerca del diritto*, Bari – Roma, 2021, 3 ss.
7. Cfr. sul punto, Cuffaro, *Rinegoziare, ricontrattare, rideterminare il canone? Una soluzione inadeguata*, in *Corr. Giur.*, 2021, 957.
8. Cfr. la notissima Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020, che ha suscitato critiche vivaci in dottrina: si veda, in particolare, in questa prospettiva, Briguglio, *Novità sostanziali nel diritto emergenziale anti covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese dell'autonomia dei privati*, in *Giustiziacivile.com.*, editoriale del 7 ottobre 2020
9. Così Trib. Roma, est. Corrias, ord. 15 gennaio 2021, sulla quale cfr. l'elegante riflessione adesiva di A. Briguglio, *Tre stili di esercizio della giurisdizione civile di fronte alla pandemia (con postilla sulla determinazione cautelare del canone di locazione)*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 17 febbraio 2021. Il riferimento contenuto nell'ordinanza era all'art. 216, co. 3° D.L. n. 34/2020, in materia di riduzione del canone di locazione, nel periodo del lockdown più severo del marzo – maggio 2020, per immobili adibiti a palestre o piscine
10. Anche nella prospettiva di una considerazione dei modelli offerti, in epoca ormai risalente, dai Principi Unidroit ovvero, più di recente, dalla riforma del diritto delle obbligazioni nel BGB e da quella francese del diritto dei contratti: cfr., sul punto, G. Sbisà, *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contr. e impr.*, 2022, 15 ss.
11. Una puntuale rassegna è quella che offre da ultimo M. Zuliani, *Le sopravvenienze da Covid – 19 nella giurisprudenza di merito*, in *Danno e resp.* 2022, 43 ss.
12. In questi termini, in luogo di tanti altri, e molto chiaramente, A.A. Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione ai tempi del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 4 giugno 2020. Pone l'accento, da ultimo, sulle possibilità operative offerte in materia dal canone di buona fede, M. Franzoni, *Il covid – 19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 8 ss., che menziona Trib. Roma., 27 agosto 2020, sulla quale cfr. il commento di C. Magli, *Emergenza sanitaria, obbligo di rinegoziazione e buona fede integrativa*, in *Corr. Giur.*, 2021, 807 ss. Una rassegna completa, fino alla data di pubblicazione dello scritto, della giurisprudenza cautelare in materia di domande di riduzione del canone di affitto d'azienda è quella che si legge in G. Carapezza Figlia, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid – 19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno e resp.*, 2020, 698 ss. Si vedano, ancora, le considerazioni di R. Rordorf, *Autonomia negoziale e 'giustizia del contratto' in tempo di pandemia*, in *Annuario del contratto*, 2021, 79 ss. Un problema a parte è quello dell'ambito in cui possa operare la regolamentazione delle sopravvenienze affidata all'autonomia privata, sul quale cfr., da ultimo, G. De Nova, *Disciplina convenzionale delle sopravvenienze*, in *Annuario del contratto*, 2021, cit., 70 ss.
13. Cfr. Lipari, *Contratto e principio di ragionevolezza*, cit., 380, nota 148.
14. Pubblicato in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* 16 febbraio 2021, L 57/17.
15. Si tratta di Clarich, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. Giur.*, 2021, 1025 ss.
16. Parafrasando il titolo del saggio di Vettori, *Dal 'diritto mite' alla legge? Anche no*, in *Questione giustizia*, 2020.



Le fideiussioni bancarie omnibus dopo le Sezioni Unite: punti fermi e questioni irrisolte.



di Federica Ferreri

Giudice della Seconda Sezione civile
del Tribunale di Velletri

It

Il contributo ricostruisce il dibattito sorto sulla validità o invalidità delle fideiussioni bancarie omnibus riprodotte dallo schema di garanzia fideiussoria predisposto dall'ABI, ritenuto in parte qua (artt. 2, 6 e 8) attuativo di un'intesa anticoncorrenziale dalla Banca d'Italia, con il noto provvedimento del 2 maggio 2005 n. 55. Dopo aver sintetizzato le tre tesi emerse in dottrina e in giurisprudenza, lo scritto si sofferma sul recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con la sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994) e sulle motivazioni addotte a sostegno dell'accoglimento della tesi della nullità parziale di tali garanzie, cioè limitata alle clausole che riproducono il contenuto degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI. L'articolo si conclude proponendo una serie di brevi riflessioni su aspetti, sostanziali e processuali, intrinsecamente connessi alla questione della nullità parziale, non esaminati dalle Sezioni Unite e che, tuttavia, rivestono grande rilevanza pratica, ponendosi di frequente nell'ambito delle controversie bancarie.



fideiussioni bancarie, nullità totale, nullità parziale, risarcimento del danno, concorrenza, consumatore, Sezioni Unite, competenza, eccezione di decadenza

Eng

The contribution reconstructs the debate on the validity or invalidity of omnibus bank sureties reproducing the surety guarantee scheme prepared by the ABI, partially illicit because it implements of an anti-competitive agreement by the Bank of Italy, with the well-known provision of 2 May 2005 no. 55. After summarizing the three theses that have emerged in doctrine and jurisprudence, the paper dwells on the recent intervention of the Joined Sections of the Court of Cassation (with sentence no. 41994 of December 30, 2021) and on the reasons given in support of the acceptance of the thesis of the partial nullity of such guarantees, that is, limited to the clauses that reproduce the content of articles 2, 6 and 8 of the ABI scheme. The article concludes by proposing a series of brief reflections on aspects, both substantial and procedural, intrinsically connected to the question of partial nullity, not examined by the Joined Sections and which, however, are of great practical importance, as they frequently arise in banking disputes.



bank guarantees, compensation for damage, competition, consumer, competence

Sommario

1. Le fideiussioni bancarie omnibus conformi allo schema ABI: genesi del dibattito sulla validità o (in)validità; 2. Dalla nullità totale al risarcimento del danno: le tre tesi contrapposte; 3. La soluzione delle Sezioni Unite: in medio stat virtus; 4. Riflessioni “a prima lettura”: questioni irrisolte in tema di fideiussioni bancarie

1. Le fideiussioni bancarie omnibus conformi allo schema ABI: genesi del dibattito sulla (in)validità

La questione delle interferenze tra diritto e sanzioni *antitrust* e disciplina del contratto costituisce senza dubbio uno dei temi più controversi degli ultimi anni e ha assunto i contorni di una vera e propria *vexata quaestio* con riguardo all'individuazione delle conseguenze giuridiche che un'intesa restrittiva della concorrenza, raggiunta tra imprese e nulla ai sensi degli artt. 101 TFUE e 2, commi 2 e 3, L. 10 ottobre 1990 n. 287, può produrre sui contratti “attuativi” dell'accordo vietato, conclusi dalle imprese partecipanti all'intesa con soggetti, privati consumatori, ad essa estranei.

In particolare, nel silenzio serbato dal legislatore, in dottrina e giurisprudenza si è discusso delle modalità con le quali l'eventuale accertamento della nullità dell'intesa restrittiva si riflette sugli atti negoziali compiuti “a valle”.

Il problema si è posto con una frequenza sempre maggiore soprattutto a cagione dell'esponentiale aumento delle controversie bancarie relative alle fideiussioni *omnibus*, rilasciate dai privati in favore delle banche su moduli riproduttivi dello schema di garanzia predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana insieme con le principali associazioni dei consumatori.

Come noto, infatti, sin dal 7 marzo 2003 l'ABI aveva “immesso” nel sistema creditizio uno schema *standard* di garanzia fideiussoria, volto a rafforzare la posizione della banca creditrice nei confronti del fideiussore mediante l'inserimento, nel testo del contratto, di talune clausole derogatorie della disciplina prevista dal Codice civile e idonee, in ogni caso, ad assicurare all'istituto di credito il soddisfacimento della propria pretesa restitutoria.

Questo modello di fideiussione *omnibus* si era diffuso al punto da venire adoperato sostanzialmente da tutti gli intermediari bancari e assurgere a vero e proprio “prototipo” di contratto, ai sensi dell'art. 1341 c.c., che veniva pertanto proposto dalle banche a tutti coloro i quali intendevano assicurare l'accesso al credito al debitore principale, garantendone la restituzione in favore della Banca.

Senonché, con il successivo provvedimento del 2 maggio 2005, n. 55, intitolato “ABI – Condizioni Generali di contratto per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie”, la Banca d'Italia, coerentemente con la *ratio* di rafforzamento della tutela del fideiussore sottesa alla modifica legislativa realizzata con la novella legislativa del 17 febbraio 1992 n. 154, ha statuito che “*gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90*”.

Precisamente, la Banca d'Italia ha giudicato anticoncorrenziali: 1) la c.d. «clausola di reviviscenza» (art. 2), in forza della quale il fideiussore è tenuto «*a rimborsare alla banca le somme che dalla stessa siano state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che debbano essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo*»; 2) la c.d. «clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c.» (art. 6), in forza della quale «*i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano*

integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimo o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti dall'art. 1957 c.c.»; 3) la cd. «clausola di sopravvivenza» (art. 8), in virtù della quale «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

Peraltro, se da un lato l'intervento demolitore della Banca d'Italia ha prontamente indotto l'ABI ad elaborare nuove condizioni generali di contratto, epurate delle clausole giudicate anticoncorrenziali, dall'altro molti istituti di credito hanno continuato a sottoporre alla clientela la modulistica contenente gli artt. 2, 6 e 8 dell'originario modello di fideiussione.

La capillare diffusione di quest'ultimo ha inevitabilmente comportato il formarsi di un consistente filone di contenzioso relativo alla validità o meno delle garanzie per operazioni bancarie sottoscritte dai singoli fideiussori e pedissequamente riprodotte delle clausole del citato modello ABI e ritenute illecite dalla Banca d'Italia.

Si è posta, nello specifico, la questione dei rimedi esperibili da parte del fideiussore che abbia sottoscritto una garanzia comprensiva anche delle clausole menzionate.

La questione ha trovato risposte difformi da parte della dottrina e della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità. Da ultimo, è stata risolta dalle Sezioni Unite con la pronuncia in commento, che ha peraltro fatto pienamente luce solo sull'aspetto sostanziale della natura della patologia che affligge il negozio fideiussorio stipulato a valle dell'intesa vietata, trascurando ulteriori aspetti rilevanti, sia di natura sostanziale che processuale.

2. Dalla nullità totale al risarcimento del danno: le tre tesi contrapposte

Tre sono state, in particolare, le soluzioni susseguitesi: la tesi della nullità totale, quella della nullità parziale e, infine, la tesi della validità della fideiussione e dell'esperibilità, da parte del fideiussore, del solo rimedio risarcitorio.

Secondo una prima e più radicale impostazione, infatti, la riproduzione, nel corpo della fideiussione bancaria *omnibus*, delle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e di rinuncia ai termini, determina la radicale nullità del contratto di garanzia.

In tale prospettiva, infatti, la nullità totale della fideiussione altro non è che il naturale effetto dell'invalidità dell'intesa nulla ivi riprodotta: in altri termini, la nullità dell'accordo restrittivo della concorrenza, il cui testo risulti anche solo parzialmente riprodotto nell'ambito del distinto negozio a valle, comporta l'automatica nullità, quale vizio derivato, di quest'ultimo.

Presupposto di partenza di una simile impostazione è il dato testuale dell'art. 2, terzo comma, L. 10 ottobre 1990 n. 287, che recita: «*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*». Tale disposizione normativa, infatti, non avrebbe ad oggetto solo l'intesa a monte, bensì ogni altro atto negoziale, collegato alla prima, potenzialmente idoneo ad arrecare pregiudizio al "bene" della concorrenza, tutelato a livello costituzionale e sovranazionale.

Pertanto, ravvisandosi tra intesa «a monte» e fideiussione «a valle» uno stretto collegamento negoziale, la nullità che colpisce la prima non può che riflettere automaticamente i propri effetti anche sulla seconda, e ciò in applicazione del principio generale "simul

stabunt simul cadent” che governa il fenomeno del collegamento negoziale.

Diversamente opinando, d'altronde, si finirebbe per eludere l'ampia tutela apprestata alla libera concorrenza dalla disciplina *antitrust*: l'effetto distorsivo che l'art. 2 L. 10 ottobre 1990 n. 287 mira ad evitare verrebbe infatti ad essere prodotto dal contratto «a valle».

Peraltro, in seno alla più ampia teoria della nullità totale, si è formato anche un diverso indirizzo, che, pur condividendo le conclusioni esposte, vi giunge seguendo un distinto percorso logico-argomentativo, ovvero configurando la grave patologia della fideiussione non quale ipotesi di invalidità derivata, bensì quale forma di invalidità diretta, per vizi propri del negozio a valle.

In tale ottica, la fideiussione sarebbe affetta da nullità per illiceità della causa in concreto, in quanto perseguirebbe e realizzerebbe una finalità anticoncorrenziale contraria alle norme imperative sul divieto di intese restrittive, ovvero contrastante con il principio di ordine pubblico economico che tutela la concorrenza.

La nullità totale per vizio strutturale proprio è stata altresì motivata sul presupposto dell'intrinseca illiceità dell'oggetto: il contratto a valle, assorbendo il contenuto delle statuizioni dell'intesa a monte, sarebbe nullo in quanto l'oggetto si rivelerebbe funzionale al perseguimento del risultato vietato cui l'intesa è finalizzata, con conseguente nullità del negozio fideiussorio ai sensi degli artt. 1418 e 1346 c.c..

La tesi della nullità totale è stata infine argomentata e giustificata richiamando l'art. 1418, comma 1, c.c.: si tratterebbe, cioè, di nullità virtuale per violazione diretta delle norme imperative sulla concorrenza e non di nullità strutturale.

In senso diametralmente opposto, si è sostenuto che la pedissequa riproduzione nell'ambito delle fideiussioni per operazioni bancarie degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI, lungi dall'inficiare la validità delle prime, potrebbe al più implicare il riconoscimento, in capo al contraente debole, del diritto ad ottenere la condanna della banca al risarcimento del danno.

Anche la tesi della tutela personale poggia, peraltro, sul tenore letterale dell'art. 2 L. 10 ottobre 1990 n. 287, del quale viene però offerta una lettura speculare rispetto a quella propugnata dai sostenitori della tutela reale. La norma, stabilendo che *«le intese vietate sono nulle ad ogni effetto»*, si riferirebbe invero alle sole intese a monte, ossia *“agli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari”*.

Di conseguenza, la nullità ivi contemplata non potrebbe applicarsi *tout court* alle fideiussioni sottoscritte a valle dell'intesa, tenuto conto del principio di tassatività dei rimedi invalidanti.

Peraltro, alcun collegamento negoziale si ravviserebbe tra intesa a monte e fideiussione a valle, trattandosi di contratti diversi, conclusi tra soggetti diversi, il primo tra le banche e il secondo tra la singola banca e il singolo fideiussore. Inoltre, per aversi collegamento negoziale è necessario che i due contratti siano volti al perseguimento di uno scopo ulteriore comune: nel caso specifico, invece, solo per la Banca la fideiussione a valle è strumentale, costituendone attuazione, rispetto all'intesa anticoncorrenziale.

Secondo tale impostazione, dunque, il fideiussore, che allegli e provi un pregiudizio derivatogli dalla sottoscrizione della garanzia conforme allo schema ABI, non ha diritto a rimedi demolitori, bensì solo ad un eventuale risarcimento pecuniario, per aver subito la compromissione della propria libertà di determinazione e scelta, essendosi visto “costretto” a sottoscrivere un modulo contrattuale impiegato in modo uniforme da tutti gli istituti di credito.

Si è poi formato un terzo filone interpretativo, secondo cui il rimedio è la nullità che, tuttavia, non colpisce l'intera fideiussione, bensì le singole clausole riproduttive degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI e repute anticoncorrenziali dalla Banca d'Italia. Secondo tale impostazione, intermedia rispetto alle due già richiamate, la soluzione della nullità parziale è imposta dall'art. 1419 c.c. e dal principio di conservazione del contratto che da tale norma si ricava, sicché il giudice, che si trovi a conoscere della pretesa creditoria fatta valere dalla Banca verso il fideiussore, non deve dichiarare la nullità dell'intera garanzia, bensì delle sole clausole di reviviscenza, sopravvivenza e rinuncia ai termini, e salvo che le parti non deducano che l'eliminazione di queste farebbe proprio venir meno l'interesse che le ha indotte alla stipulazione del negozio fideiussorio.

Secondo tale indirizzo, peraltro, nella maggior parte dei casi le parti avranno interesse al mantenimento della fideiussione: la banca perché beneficia comunque della garanzia personale, seppur epurata delle clausole idonee ad addossare al fideiussore le conseguenze sfavorevoli derivanti dall'inosservanza dei propri obblighi di diligenza o dal rischio dell'invalidità dell'obbligazione principale; il fideiussore in quanto, a ben vedere, le clausole espunte sono quelle palesemente a vantaggio del solo intermediario bancario.

3. La soluzione delle Sezioni Unite: in medio stat virtus

La rilevanza, teorica e pratica, del fenomeno delle fideiussioni bancarie ha indotto la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, con l'ordinanza interlocutoria del 30 aprile 2021 n. 11486, ad invocare l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite.

Queste si sono quindi pronunciate il 30 dicembre scorso, statuendo il seguente principio di diritto: *"i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a) e art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi dell'art. 2, comma 3 della Legge succitata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti"*.

La Suprema Corte di Cassazione, pertanto, nel tentativo di temperare plurime esigenze, ovvero da un lato la tutela della concorrenza e l'attuazione del principio generale *"utile per inutile non vitiatur"*, dall'altro, la tutela dei consumatori in quanto soggetti deboli del rapporto contrattuale, hanno aderito alla tesi intermedia della nullità parziale, circoscritta alle sole clausole delle fideiussioni *omnibus* riproduttive degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI del 2003.

Il ragionamento delle Sezioni Unite muove da una considerazione: se è vero che, in forza dell'art. 1322 c.c., le parti sono libere di derogare alla disciplina tipica dettata in materia di fideiussione, è parimenti vero che l'autonomia privata incontra e deve rispettare i *"limiti imposti dalla legge"*, ivi compresi quelli dettati dalle norme *antitrust* e finalizzati non solo ad assicurare il corretto funzionamento del mercato, sintesi oggettiva e non mero cumulo degli interessi individuali degli imprenditori che vi operano, bensì anche la salvaguardia delle prerogative dei *"soggetti diversi dagli imprenditori"*.

Tali limiti, secondo le Sezioni Unite, verrebbero elusi ove si tenessero ferme, nei contratti a valle, le clausole frutto di un'intesa anticoncorrenziale; per tal via, infatti, si realizzerebbe un effetto distorsivo della concorrenza vietato dagli artt. 101 TFUE e 2 l. n. 287/1990. Tale effetto, inoltre, non può venire efficacemente eliminato mediante l'attribuzione al singolo consumatore, pregiudicato dalla sottoscrizione della fideiussione bancaria su schema ABI, del solo rimedio risarcitorio. Quest'ultimo, infatti, non

disincentiva le banche, contraenti forti, dall'inserire, nelle fideiussioni unilateralmente predisposte, le clausole di reviviscenza, sopravvivenza e di rinuncia al termine decennale; di converso, la nullità parziale, rispetto alla quale il risarcimento del danno conserva il ruolo di strumento di tutela complementare, assicura adeguata protezione al singolo fideiussore e, al contempo, preserva l'interesse generale alla trasparenza e al corretto funzionamento del mercato.

Le Sezioni Unite, quindi, ricostruendo l'intesa a monte e la fideiussione a valle quali contratti strutturalmente distinti ma che *"partecipano della stessa natura anticoncorrenziale"*, hanno ritenuto di aderire alla tesi "mediana": la patologia dell'accordo tra imprese bancarie lesivo della concorrenza si trasmette cioè alle clausole della garanzia personale riproducenti il contenuto del primo, e ciò in quanto essi vanno guardati alla stregua di un'operazione economica unitaria, ovvero come serie concatenata di atti funzionalmente collegati e globalmente produttivi del risultato, vietato, della distorsione della concorrenza.

In estrema sintesi, secondo la Suprema Corte, nel caso in questione deve ravvisarsi una *"nullità speciale"* e ulteriore rispetto a quelle già conosciute dall'ordinamento, posta a presidio di un interesse pubblico e, di riflesso, degli interessi individuali dei soggetti che operano sul mercato, che in quanto tale non può che colpire indistintamente tutti gli atti che si pongono in contrasto con detto interesse economico.

La specialità di tale sanzione non esclude, peraltro, l'applicazione del principio di conservazione degli atti negoziali, sicché, ove la fideiussione riproduca solo le tre clausole *"incriminate"*, non v'è ragione di ritenere che la nullità si estenda all'intera garanzia fideiussoria, a meno che non risulti specificamente comprovata una diversa volontà dei contraenti, nel senso dell'essenzialità della parte del contratto colpita da nullità.

Ove ciò non emerga dagli atti del processo, tutte le altre clausole del contratto tra Banca e garante, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano dunque valide ed efficaci.

4. Riflessioni "a prima lettura": questioni irrisolte in tema di fideiussioni bancarie

Si è visto, dunque, che tra i vari orientamenti che si erano formati in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, le Sezioni Unite hanno privilegiato la soluzione intermedia, che, se per un verso lascia *"sopravvivere"* le innumerevoli garanzie rilasciate in favore delle banche su modulo ABI, allo stesso tempo rende effettiva la tutela della concorrenza, mediante l'espunzione dal testo di tali contratti delle sole pattuizioni conformi al contenuto delle clausole ABI che realizzavano un'intesa vietata.

Molteplici restano, peraltro, i nodi, di diritto sostanziale e processuale, ancora da sciogliere.

Si tratta di aspetti con i quali, inevitabilmente, saranno ancora una volta chiamati a confrontarsi i giudici di merito, che dovranno tentare di individuare la soluzione maggiormente in linea con il principio di diritto espresso nella pronuncia in commento.

Anzitutto, le Sezioni Unite non hanno preso posizione sul caso, invero molto frequente nella prassi, in cui il contenuto delle clausole ABI sia riprodotto nell'ambito di una fideiussione rilasciata a garanzia di *"specifiche"* operazioni bancarie e, quindi, non riconducibile al modello *"omnibus"* delineato dall'art. 1938 c.c. e al quale faceva espresso riferimento la Banca d'Italia nel provvedimento del 2 maggio 2005, n. 55.

Orbene, la circostanza che la fideiussione sia stata stipulata per garantire operazioni determinate e non tutte le operazioni, presenti e future, compiute dal debitore principale, non pare ostare all'applicazione, anche ad esse, della regola della nullità parziale.

Infatti, l'adesione delle Sezioni Unite a tale tesi prescinde, a ben vedere, dal rilievo che la fideiussione garantisca una serie indeterminata di operazioni tra il cliente e la banca anziché una singola e specifica operazione, dipendendo piuttosto dalla necessità di evitare che si realizzi il risultato – il pregiudizio per gli interessi, oggettivi e individuali, del mercato - vietato dall'ordinamento. Sennonché, un simile rischio si ravvisa in tutti i casi di riproduzione delle clausole anticoncorrenziali nei negozi di garanzia stipulati a valle, indipendentemente dal carattere *omnibus*. In quest'ottica, dunque, non può che ritenersi che anche le fideiussioni cosiddette specifiche, ove riproducenti le clausole di reviviscenza, sopravvivenza o rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., siano colpite da parziale nullità.

Parimenti colpite da invalidità *in parte qua* appaiono, per le medesime ragioni, quelle garanzie riproduttive dello schema ABI e, tuttavia, rubricate nel modulo predisposto unilateralmente dalla Banca quali "contratti autonomi". Anche in tal caso, deve ritenersi esperibile da parte del garante sia la tutela reale che quella risarcitoria, anzitutto perché, nella maggior parte dei casi, detti contratti presentano, in realtà, carattere accessorio e si pongono, quindi, come vere e proprie fideiussioni; se così non fosse, d'altronde, non vi sarebbe necessità di inserirvi la clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., siccome detta disposizione di regola non si applica alla c.d. garanzia autonoma tecnicamente intesa. Inoltre, va rammentato che anche il garante autonomo può sollevare l'eccezione di nullità del rapporto garantito per contrarietà a norme imperative o illiceità della causa; sicché, avendo le Sezioni Unite ricostruito la nullità di cui si discute quale nullità "speciale" posta a presidio delle norme imperative sulla concorrenza, la relativa eccezione risulta proponibile anche dal c.d. garante autonomo.

Argomentando diversamente, del resto, si consentirebbe l'elusione del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, mediante una semplice modifica dell'intestazione del modello fideiussorio generalmente impiegato dalle banche e l'inserimento, nel corpo del contratto, della clausola "a prima richiesta e senza eccezioni".

Ancor più controversi appaiono, a ben vedere, i profili di natura processuale non esaminati e neppure lambiti dalla pronuncia in commento.

In primis, è facilmente intuibile che l'arresto delle Sezioni Unite imporrà quasi automaticamente al Giudice, adito in sede di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dalla Banca azionando una fideiussione bancaria su modello ABI, di declinare la competenza, a seguito dell'eccezione o del rilievo officioso della questione della nullità parziale, in favore delle sezioni specializzate in materia di impresa istituite presso i Tribunali di Roma, Milano e Napoli.

Come noto, infatti, con la precedente ordinanza del 10 marzo 2021 n. 6523, la Corte di Cassazione si era pronunciata nel senso della competenza funzionale di queste ultime a conoscere della validità o invalidità delle fideiussioni bancarie per contrarietà con il diritto *antitrust*, ai sensi degli artt. 3, comma 1 lett. c), e 4, comma 1 *ter*, d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168.

Peraltro, una simile *translatio* generalizzata del contenzioso bancario sulle fideiussioni *omnibus* rischia da un lato di determinare un vero e proprio "annacquamento" della competenza specializzata delle citate sezioni imprese. Dall'altro si pone, per tutti gli altri Tribunali, un ulteriore interrogativo, vero e proprio *punctum dolens*: stabilire se la declaratoria di incompetenza debba riguardare sia la domanda di pagamento proposta contro il fideiussore, che domandi in via riconvenzionale l'accertamento della nullità parziale della garanzia, sia, per connessione (ai sensi dell'art. 3, comma 3, d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168), quella spiegata nei confronti del debitore principale, ovvero se quest'ultima non debba piuttosto essere separata e restare incardinata innanzi al Giu-

dice adito con il ricorso monitorio, in quanto funzionalmente competente a decidere sull'opposizione a decreto ingiuntivo.

In attesa di un auspicabile *revirement* della Suprema Corte rispetto all'ordinanza del 10 marzo 2021 n. 6523, è ipotizzabile una soluzione che implichi il rilievo d'ufficio, già in sede monitoria, della questione della nullità (parziale) delle clausole anticoncorrenziali della fideiussione azionata e della conseguente incompetenza del Tribunale adito (se diverso da quelli di Roma, Milano e Napoli), a conoscere del contratto in parte nullo. Tale rilievo officioso si giustifica, d'altronde, in quanto, ai sensi dell'art. 640 c.p.c., il Giudice del procedimento monitorio deve sempre verificare in primo luogo la propria competenza e, ove si reputi incompetente, respingere il ricorso.

La soluzione delineata avrebbe il pregio di evitare l'emissione di decreti ingiuntivi fondati su fideiussioni parzialmente nulle e dunque verosimilmente destinati ad essere revocati nel successivo giudizio di opposizione.

Ultimo aspetto meritevole di attenzione alla luce del *dictum* delle Sezioni Unite riguarda la necessità di raccordare, rispetto ai giudizi pendenti, l'applicazione dell'enunciato principio della nullità parziale delle fideiussioni bancarie con le norme, imperative, che stabiliscono preclusioni processuali.

È ben possibile, infatti, che nei giudizi già incardinati non sia mai emersa, né negli atti introduttivi né nelle memorie di cui all'art. 183, VI comma, c.p.c., la questione della nullità parziale delle clausole della fideiussione riprodotte degli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI e che questa venga dedotta, per la prima volta, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

In questi casi, salvo ipotizzare una generalizzata rimessione in termini, la questione della nullità dovrebbe ritenersi ormai irrilevante ai fini della decisione poiché tardivamente dedotta.

Il problema si pone, in particolare, per la clausola di rinuncia ai termini di decadenza.

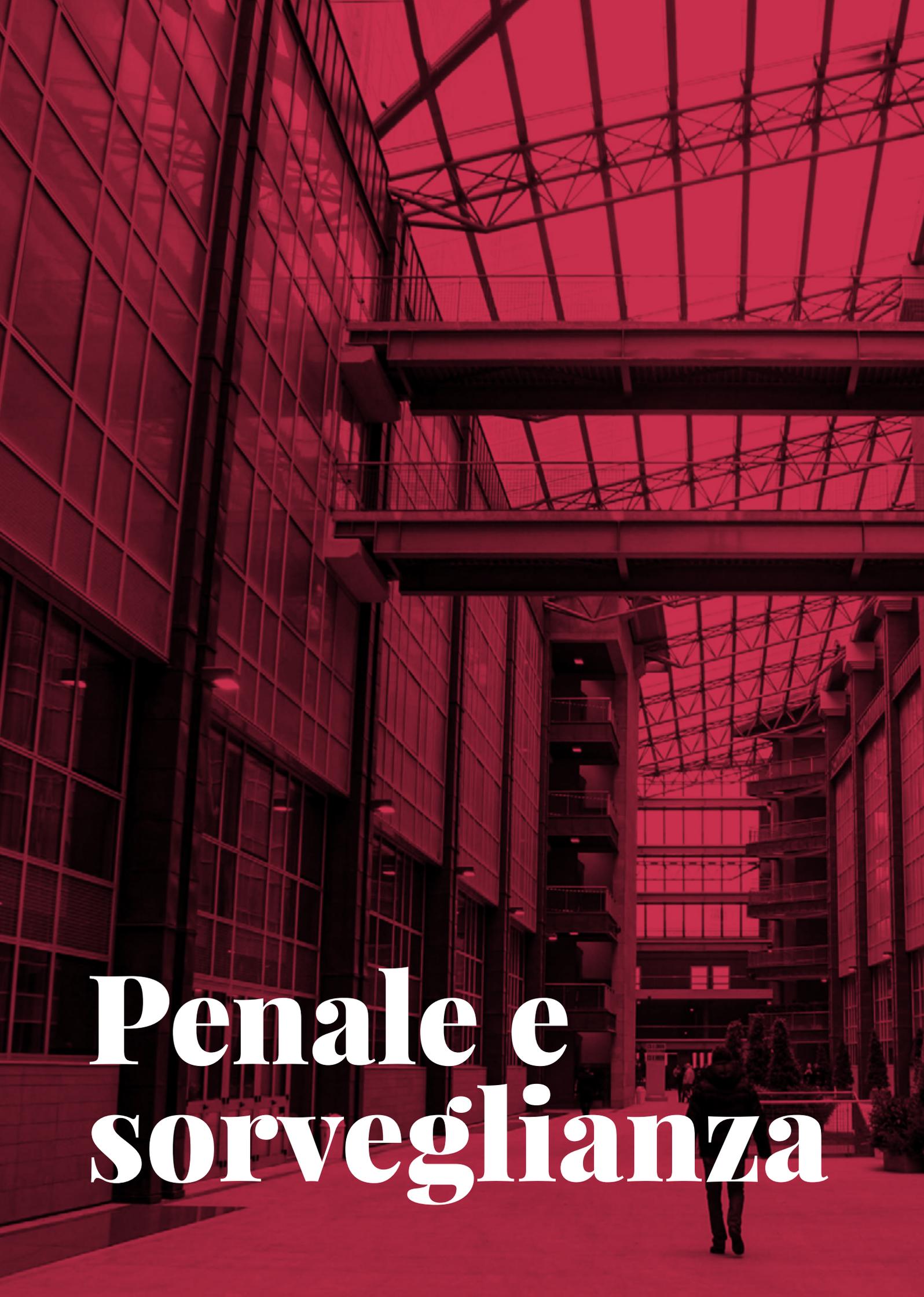
In linea generale, infatti, la caducazione della clausola di deroga dell'art. 1957 c.c. comporta la reviviscenza del termine semestrale ivi previsto per l'esercizio dell'azione della Banca verso il fideiussore. Si tratta, quindi, di una norma che stabilisce una vera e propria decadenza dell'istituto di credito, la quale va però eccepita – trattandosi di eccezione in senso stretto – sin dall'atto di opposizione a decreto ingiuntivo.

Pertanto, qualora il fideiussore amplii *il thema decidendum* invocando la nullità della clausola derogatoria solo nel prosieguo del giudizio, senza aver tempestivamente sollevato anche la consequenziale eccezione di decadenza di cui all'art. 1957 c.c., deve ritenersi che egli non possa giovare di un'ipotetica declaratoria di nullità della clausola anticoncorrenziale, in quanto resterebbe comunque preclusa al Giudice la verifica della tempestività dell'azione monitoria esperita nei suoi confronti dalla Banca.

Le notazioni che precedono consentono, in conclusione, di affermare che il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, destinato a "scontrarsi", nei giudizi già pendenti, con il sistema delle preclusioni processuali, potrà condurre a sentenze dichiarative della nullità parziale delle fideiussioni bancarie solo ove detta nullità assuma concreta rilevanza, nel senso di produrre un effettivo vantaggio per il fideiussore che la invochi.

Note

1. Essa invero si è posta con riguardo a tutte le ipotesi di atti negoziali compiuti in attuazione o esecuzione di comportamenti vietati e sanzionati, a monte, da norme del diritto dell'Unione Europea (in particolare, dagli artt. 101-103, nonché 106 e 107 del TFUE) rivolte direttamente ed esclusivamente alle imprese o, addirittura, agli Stati e finalizzate ad assicurare piena tutela al "valore" della libera concorrenza. Sul punto, a favore della tesi della validità – anziché della nullità de plano ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., - degli atti negoziali posti in essere "a valle" di un aiuto di stato incompatibile con il mercato interno, si era espressa ad esempio Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2018, n. 10303.
2. Infatti, l'intervento legislativo di cui al noto d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, di attuazione della dir. n. 2014/104/UE, ha disciplinato esclusivamente l'azione da c.d. illecito antitrust, senza affrontare la vexata quaestio della sorte dei contratti stipulati "a valle" di condotte anticoncorrenziali realizzate dalle imprese "a monte".
3. Per un'approfondita disamina delle varie tesi emerse in giurisprudenza v. Gentili, La nullità dei «contratti a valle» come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI), in Giust. Civ., 2019, 675.
4. Tale soluzione era stata accolta da Trib. Roma 26 luglio 2018, in Banca Borsa, 2020, 103.
5. Sul collegamento negoziale si vedano C.M. Bianca, Il contratto, Milano, 2000, 483; Roppo, Il contratto, Milano, 2011, 368 s. R. Scognamiglio, voce Collegamento negoziale (dir. priv.), in Enc. dir., VII, Milano, 1960, 381.
6. Sulle sfaccettature delle tesi emerse e per un raffronto di tipo comparativo, Libertini, Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti a "valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, in Nuova giur. civ. comm., 2020, 378.
7. Moresco, Fideiussioni omnibus su modelli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale, in Banca borsa tit. cred., 2020, 90 s.
8. In senso contrario Guizzi, I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vingt ans après, aspettando le Sezioni Unite, in Corr. Giur., 2021, 1176.
9. Molinaro, Brevi osservazioni sull'attesa pronuncia delle Sezioni Unite in materia di fideiussioni omnibus (nota a Cass., Sez. Un., sent. 30 dicembre 2021 n. 41994), in <https://judicium.it>, 18 gennaio 2022.
10. In tal senso v. Cass. 26 settembre 2019 n. 24044 con nota di Di Micco, Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement, in Giur. it., 2020, 358.
11. Il modello di tutela è sostanzialmente quello del dolo c.d. incidente di cui all'art. 1440 c.c., che consente di reagire a comportamenti di mala fede del contraente forte, che abusi della propria posizione in presenza di un'anomalia di mercato che egli stesso ha concorso a ingenerare e perpetuare, inducendo la parte debole ad accettare condizioni sconvenienti, idonee a pregiudicarla economicamente. Sul tema, Scognamiglio, Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest), in Nuova giur. civ. comm., 2014, VII-VIII, 355.
12. In tal senso Trib. Napoli 5 maggio 2021 con note di Fauceglia, L'orientamento del tribunale delle imprese di Napoli in tema di fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI. Nullità (parziale) o integrazione dei contratti?, in Contratti, 2021, 581 e Chessa, Sulla invalidità delle fideiussioni bancarie omnibus per violazione della disciplina antitrust, in <https://giustizia.civile.com>.
13. Anche tale indirizzo non è peraltro rimasto esente da critiche in dottrina; cfr., ad esempio, Denozza, Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi, in Nuova giur. civ. comm., 2020, 414.
14. Seidita, Nullità parziale delle fideiussioni "omnibus" redatte secondo lo schema ABI, in <https://giustiziavivile.com>, nota a Cass. 30 dicembre 2021 n. 41994 del 31 gennaio 2022.
15. Antillo, La sorte dei contratti c.d. a valle dopo le Sezioni Unite, in <https://giustiziavivile.com>, articolo del 25 febbraio 2022.
16. La tesi favorevole a riconoscere una nullità solo parziale della fideiussione bancaria omnibus era già stata salutata con favore da Maugeri, Breve nota su contratti a valle e rimedi, in Nuova giur. civ. comm., 2020, 417 e Bastianon, La fideiussione omnibus e la responsabilità della banca tra illeciti antitrust «a monte» e contratti «a valle», in Resp. civ. prev., 2020, 700.
17. In senso critico rispetto all'affermazione di una "nullità speciale" Molinaro, Le fideiussioni bancarie omnibus tra invalidità derivata e risarcimento del danno: riflessioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite, in <https://rivistapactum.it>, del 24 febbraio 2022.
18. In senso difforme si era invece espresso, prima dell'intervento delle Sezioni Unite, Trib. Firenze, sent. 17 gennaio 2021, n. 177, consultabile su <https://dejure.it>.
19. A favore della natura di eccezione in senso stretto, non più proponibile dal fideiussore con le memorie di cui all'art. 183, VI comma, c.p.c., si era già espressa la Suprema Corte, sez. 3, sentenza del 5 giugno 2012 n. 8989.
20. In questi casi, appare corretta una pronuncia di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo spiegata dal fideiussore, insieme con la declaratoria di inammissibilità della riconvenzionale di nullità parziale della fideiussione, non avendo il fideiussore opponente alcun concreto e attuale interesse, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., ad ottenere tale statuizione (in questo senso Trib. di Velletri, sentenza 24 gennaio 2022, n. 238, in <https://lamagistratura.it>).



Penale e sorveglianza

La particolare tenuità del fatto: dubbi interpretativi e prospettive di riforma



di Angelo Salerno

GIP/GUP presso il Tribunale di Bari

It

La causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto è destinata ad essere interessata da un ennesimo intervento legislativo, con la c.d. riforma Cartabia, che segue nel tempo le modifiche apportate con i Decreti Legge 14 giugno 2019, n. 53 e 21 ottobre 2020, n. 130, nonché la declaratoria di incostituzionalità pronunciata con sentenza n. 156 del 2020; attraverso la presente analisi si procede a ricostruire il quadro normativo attuale, anticipando le imminenti novità normative e dando atto, nel contempo, delle principali questioni che l'art. 131 bis ha posto e continua a porre nella giurisprudenza di merito e di legittimità.

 **Non punibilità – Riforma Cartabia – reati minori**

Eng

The exemption from punishment for minor offences will be once again modified by the so called Cartabia reform, which follows the legislative amendment made by Decree-law 14th of June 2019, n. 53 and 21st of October 2020, n. 130, together with the declaration of unconstitutionality pronounced by judgement n. 156 of 2020; the present analysis will rebuild the actual regulatory framework, anticipating the upcoming regulatory novelty and reporting the main problems that article 131 bis c.p. raised and still poses for the Courts

 **Punishment - Cartabia reform - minor offences**

Sommario

1. Inquadramento generale; 2. L'ambito operativo dell'art. 131 bis c.p.; 3. L'intervento della Corte Costituzionale e le prospettive di riforma; 4. La particolare tenuità dell'offesa: le condotte susseguenti; 5. La non abitualità del comportamento: recidiva e continuazione; 6. Il c.d. tempo silente; 7. I risvolti processuali: particolare tenuità e impugnazioni; 8. In conclusione; 9. Approfondimenti bibliografici

1. Inquadramento generale

La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto è stata introdotta con il Decreto Legislativo 16 marzo 2015, n. 28, mediante l'inserimento nel testo del Codice penale dell'art. 131 *bis*.

Ai sensi del primo comma della disposizione, *"Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale"*.

Come è stato in più occasioni precisato dalla giurisprudenza di legittimità, a differenza degli analoghi istituti previsti per il processo minorile e nel processo innanzi al Giudice di pace, la disciplina dell'art. 131 *bis* c.p. presenta natura sostanziale, introducendo, come anticipato, una causa di non punibilità in senso stretto (Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 15449).

Ferma la natura sostanziale dell'istituto, la Corte di Cassazione ne ha tuttavia evidenziato i risvolti processuali, con particolare riferimento alle disposizioni del Codice di rito interessate dal Decreto Legislativo n. 28 del 2015.

È stato infatti rilevato che la novella ha introdotto, nel testo dell'art. 469 c.p.p., il nuovo comma 1 *bis*, c.p.p., ai sensi del quale *"la sentenza di non doversi procedere è pronunciata anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'art. 131 bis c.p., previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare"*.

I giudici di legittimità, con sentenza 11 febbraio 2016, n. 5800, hanno dunque osservato che *"la particolare tenuità del fatto viene dunque, apertis verbis, ricollegata ad ipotesi di improcedibilità"*.

Nel contempo, la riforma del 2015 ha introdotto l'art. 651 bis c.p.p., sancendo *"l'efficacia di giudicato – nei limiti sopra evidenziati – della sentenza irrevocabile di "proscioglimento" (non già di assoluzione) emessa a seguito di dibattimento o di opzione dell'imputato per il rito abbreviato"*.

A fronte delle disposizioni processuali richiamate, la Corte ha pertanto sostenuto che appare *"dunque innegabile che le formule contemplate dalla novella con riguardo alle sentenze emesse in applicazione della norma in esame (di "non doversi procedere", con riferimento alle ipotesi predibattimentali, ovvero di "proscioglimento" nei casi di pronunce dibattimentali od ex art. 442 c.p.p.) evocano la dimensione processuale dell'istituto, come a rivelare il disegno del legislatore delegato di conferire ad un istituto di taglio dichiaratamente sostanziale una più ampia portata applicativa sul piano processuale, per finalità di maggior deflazione"*.

Viene pertanto riconosciuta la natura "ibrida" della causa di non punibilità ex art. 131 *bis* c.p., confermando, da un lato, la natura sostanziale di causa di esclusione della punibilità, senza tuttavia sottacere che l'istituto opera, nel contempo, come di causa di improcedibilità: in tal senso la Corte afferma espressamente che *"la tenuità del fatto è una causa di non punibilità, che tuttavia – a scopo deflattivo – viene disciplinata nelle sue implicazioni in rito come causa di improcedibilità, salva la necessità in ipotesi peculiari del non dissenso dell'imputato"*.

Difatti, l'art. 131 *bis* c.p. è destinato a trovare applicazione quale causa di assoluzione, ex art. 530 c.p.p., nella fase dibattimentale, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, o dell'udienza preliminare, in caso di rito abbreviato o anche come causa di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p.

Nel contempo, tuttavia, solo in relazione alla fase predibattimentale, è possibile che le parti concordino l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. quale causa di non procedibilità dell'azione penale, con conseguente sentenza di non doversi procedere.

Nel caso di specie, dunque, la decisione precede il giudizio e il giudice è chiamato ad operare una valutazione allo stato degli atti, sulla base degli elementi a disposizione prima dell'inizio dell'istruttoria dibattimentale.

La collocazione temporale di tale decisione pone invero un problema relativo agli atti che il magistrato è autorizzato a consultare e valorizzare nella motivazione della sentenza di improcedibilità per particolare tenuità del fatto.

Secondo una tesi più restrittiva, infatti, la decisione dovrebbe essere assunta sulla scorta dei soli atti irripetibili eventualmente a disposizione del giudice, nonché in base alla descrizione dei capi di imputazione, sentita la persona offesa, ove compaia.

Un orientamento meno rigoroso ammette invece l'esibizione, con il consenso delle parti, degli atti di indagine utili ai fini della valutazione della particolare tenuità dell'offesa, che il giudice ben potrebbe pertanto richiamare in motivazione, unitamente alla documentazione di cui le parti dovessero concordare l'acquisizione.

Nella fase in questione, assume un ruolo imprescindibile e assoluto il consenso delle parti in ordine all'adozione della sentenza di non doversi procedere ex art. 469, comma 1 *bis* c.p.p.

Occorre tuttavia precisare che, mentre il consenso del Pubblico Ministero e quello dell'imputato sono necessari, alla persona offesa dal reato è invece riconosciuto esclusivamente il diritto di essere sentita, ove compaia, in camera di consiglio.

La giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. IV, 23 maggio 2017, n. 25539; Sez. II, 23 marzo 2016, n. 12305), ha affermato, al riguardo, che *"La sentenza emessa ai sensi dell'art. 469, comma 1-bis cod. proc. pen., nell'ipotesi di non punibilità dell'imputato per la particolare tenuità del fatto, presuppone che l'imputato medesimo ed il PM non si oppongano alla dichiarazione di improcedibilità, rinunciando alla verifica dibattimentale"*, senza che possa assumere carattere ostativo l'omesso specifico avviso alla persona offesa (adempimento processuale peraltro privo di alcun fondamento normativo) ovvero il suo dissenso.

Al contrario, come osservato dalla Corte di Cassazione, Sezione III, con sentenza 27 novembre 2015, n. 47039, *"Il potere di opposizione alla definizione del procedimento con sentenza predibattimentale ai sensi dell'art. 469, comma 1-bis cod. proc. pen. trova, peraltro, giustificazione nel possibile interesse delle parti ad un diverso esito del procedimento. L'imputato, in particolare, potrebbe mirare all'assoluzione nel merito o ad una diversa formula di proscioglimento, considerato anche che la dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità del fatto comporta, quale conseguenza, l'iscrizione del relativo provvedimento nel casellario giudiziale."*

Quanto al Pubblico Ministero, [...] le finalità deflattive non sono le uniche che hanno ispirato l'emanazione delle disposizioni in esame, dovendosi considerare, evidentemente, anche quella di «attuare il principio di proporzione e meritevolezza della sanzione penale, nel senso che le condotte ritenute in concreto 'non gravi' non giustificano il dispendio di risorse e l'applicazione della pena»; pertanto *"[...] la sentenza di non doversi procedere, prevista dall'art. 469, comma 1-bis cod. proc. pen., perché l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale, presume che l'imputato medesimo ed il Pubblico Ministero consensualmente non si oppongano alla declaratoria di improcedibilità, rinunciando alla verifica dibattimentale"*.

Con riguardo invece alla persona offesa, occorre che la stessa sia messa in condizione di partecipare alla camera di consiglio predibattimentale e di essere quindi ascoltata.

In alcune iniziali pronunce, tra cui la sopra richiamata sentenza del 2015, la Corte di Cassazione ha invero ritenuto necessario procedere ad *"avviso della fissazione dell'udienza in camera di consiglio contenente espresso riferimento alla specifica procedura di cui all'art. 469 cod. proc. pen."*

Si tratta tuttavia di un principio di diritto che necessita di essere contestualizzato sul piano temporale, dal momento che è stato affermato nell'immediatezza dell'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p., in relazione a procedimenti incardinati in epoca antecedente (con fissazione dell'udienza prima dell'entrata in vigore della norma): in siffatte ipotesi, pertanto, non era possibile per la persona offesa, in mancanza di un espresso avvertimento, prevedere la pronuncia ex art. 469, comma 1 *bis* c.p.p. quale esito del procedimento.

Non a caso, la massima della sentenza del 2015 precisa che trattavasi di *"Fattispecie in cui la Corte ha giudicato non sufficiente la notifica del decreto di citazione a giudizio, perché effettuata quando tale particolare esito del procedimento non era neppure prevedibile"*.

Superata la fase transitoria e con riferimento ai fatti successivi, per i quali il dibattimento abbia avuto inizio dopo l'entrata in vigore dell'art. 131 *bis* c.p. e quindi del comma 1 *bis* dell'art. 469 c.p.p., non residua alcun onere in tal senso in favore della persona offesa, la cui assenza consente di emettere sentenza di improcedibilità, su congiunta richiesta del Pubblico Ministero e dell'imputato, senza procedere all'audizione della vittima.

A quest'ultima spetta invece espressamente un avviso in caso di archiviazione per particolare tenuità del fatto, come previsto dall'art. 411, comma 1 *bis* c.p.p., ai sensi del quale, col predetto avviso il Pubblico Ministero è tenuto a precisare che, nel termine di dieci giorni, è possibile prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta.

2. L'ambito operativo dell'art. 131 bis c.p.

Come si è avuto modo di anticipare, l'attuale formulazione dell'art. 131 *bis* c.p. consente di applicare la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto ai reati *"per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena"*.

L'ambito operativo della disposizione in esame è dunque limitato in ragione del trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore, escludendo la possibilità di applicare la norma con riferimento ai reati puniti con pena detentiva superiore nel massimo ai cinque anni.

Nel determinare se tale limite edittale risulti superato, occorre fare applicazione del disposto del comma quarto dell'art. 131 *bis* c.p., che detta le regole per stabilire la pena del reato, prevedendo che *"Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale"*.

Il legislatore prevede inoltre che, in caso di circostanze ad effetto speciale, *"ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69"*, con la conseguenza che deve comunque prendersi in considerazione l'aumento di pena, anche nell'eventualità in cui l'aggravante dovesse essere ritenuta equivalente o recessiva rispetto alle attenuanti.

La Corte di Cassazione ha inoltre precisato, in merito alle limitazioni dell'operatività della norma, che *"L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, essendo prevista dall'art. 131-bis cod. pen. con riferimento generico ai "reati", non ulteriormente qualificati, sanzionati con pena non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione, si applica anche ai delitti tentati, quando la loro autonoma cornice edittale, determinata alla stregua del massimo previsto per il reato consumato ridotto di un terzo ai sensi dell'art. 56 cod. pen., risulti ricompresa entro la soglia di legge"* (Cass., Sez. V, 19 aprile 2019, n. 17348).

Infine, l'ultimo comma dell'art. 131 *bis* c.p. precisa che la disposizione trova applicazione *"anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante"*.

La portata applicativa dell'istituto ha di recente registrato una serie di limitazioni, dapprima per effetto del Decreto Legge 14 giugno 2019, n. 53, convertito con legge 8 agosto 2019, n. 77, c.d. Decreto Sicurezza *Bis*, mediante l'introduzione di un nuovo periodo alla fine del comma secondo dell'art. 131 *bis* c.p., ai sensi del quale: *"L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341 bis, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni"*.

Il legislatore è intervenuto dunque non già direttamente sul requisito edittale generale di cui al comma primo bensì attraverso l'introduzione di eccezioni all'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p., legate al titolo del reato ovvero al contesto in cui sia stato commesso il fatto (con abbassamento della predetta soglia edittale, che scende a due anni e sei mesi di reclusione, per i fatti posti in essere nel corso di manifestazioni sportive).

La formulazione della novella ha sollevato fin da principio perplessità, legate innanzitutto alla discriminazione tra la figura del pubblico ufficiale e quella dell'incaricato di un pubblico servizio, in quanto la limitazione è destinata ad operare solo in caso di reati delitti commessi ai danni del primo.

Nel contempo, si è rilevato che il riferimento all'esercizio delle funzioni proprie del pubblico ufficiale costituisce un elemento ridondante, in quanto trattasi del presupposto delle fattispecie di resistenza e oltraggio richiamate dalla novella del 2019.

In merito a tali restrizioni dell'ambito operativo dell'art. 131 *bis* c.p., irretroattive in quanto sfavorevoli, il Tribunale di Torino, con ordinanza n. 89 del 2020, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 27 co. 3 e 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 49, par. 3 CDFUE, ritenendo le limitazioni introdotte prive di un ragionevole fondamento e causative di una disparità di trattamento con lesione, nel contempo, il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria. Nel contempo, il Tribunale di Torre Annunziata ha sollevato analoga questione, ritenendo altresì violato l'art. 77 Cost., con riferimento all'utilizzo dello strumento della decretazione d'urgenza. La Corte Costituzionale, con sentenza 5 marzo 2021, n. 30, ha tuttavia dichiarato inammissibili parte delle questioni: sono sati, in particolare, ritenuti inconferenti i riferimenti alla Carta di Nizza, essendo l'art. 131 *bis* c.p. estraneo all'ambito di applicazione dei Trattati europei.

Del pari, è stato evidenziato che non sussiste una completa estraneità delle disposizioni impugnate rispetto all'oggetto del decreto legge: si evidenzia infatti che una violazione dell'art. 77 Cost. (come quella ravvisata con sentenza n. 32 del 2014, in materia di stupefacenti) si determina solo se la disposizione aggiunta in sede di conversione sia completamente estranea all'oggetto del decreto-legge, sì da interrompere ogni nesso di correlazione tra quest'ultimo e la legge di conversione: nel caso di decreti legge a contenuto eterogeneo, è tuttavia necessario tenere conto delle finalità perseguite dall'Esecutivo, che con riferimento al decreto n. 53 del 2019 spaziavano dal contrasto all'immigrazione illegale (Capo I), al potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza (Capo II), fino al contrasto alla violenza occasionata da eventi sportivi (Capo III).

Tutti gli interventi risultano accomunati dal fine di *"garantire più efficaci livelli di tutela della sicurezza pubblica"* e *"rafforzare le norme a garanzia del regolare e pacifico svolgimento di manifestazioni in luogo pubblico e aperto al pubblico"*. È stata pertanto ritenuta in linea con tali obiettivi la modifica apportata al testo dell'art. 131 *bis* c.p., volta ad offrire maggiore tutela ai pubblici ufficiali.

La Corte, nel rigettare le ulteriori questioni, ha altresì escluso, nel merito, la manifesta irragionevolezza delle norme introdotte, in quanto destinate a tutelare interessi

meritevoli di tutela, senza incorrere tantomeno in una violazione del principio di proporzionalità o del finalismo rieducativo della pena.

Le modifiche apportate con il Decreto *Sicurezza-bis* del 2019, sono state seguite da alcuni ritocchi, apportati con il Decreto Legge 21 ottobre 2020, n. 130, recante *“Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131 bis, 391 bis, 391 ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale”*, convertito con modifiche, con Legge 18 dicembre 2020, n. 173.

L'art. 7 del Decreto ha infatti previsto una *“Modifica dell'articolo 131 bis del codice penale”* e, in specie, la sostituzione del riferimento al *“pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni”* con le parole *“di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni e nell'ipotesi di cui all'articolo 343”*.

Il testo della norma, a seguito della novella, prevede oggi che *“L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, [...] nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341-bis, quando il reato è commesso nei confronti [PARTE ABROGATA] di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni e nell'ipotesi di cui all'articolo 343”*.

La riduzione dell'operatività dell'art. 131 bis c.p. derivata dalla novella del 2019 è stata così limitata alle sole condotte di resistenza e oltraggio ai danni del personale di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria, nell'esercizio delle proprie funzioni, e non già di qualsiasi pubblico ufficiale.

Permangono tuttavia le perplessità in merito al riferimento all'esercizio delle proprie funzioni, di per sé presupposto dei reati predetti, cui si affianca oggi l'oltraggio al magistrato in udienza ex art. 343 c.p.

La novella è destinata a produrre effetti retroattivi, nella prima parte, favorevole, e irretroattivi in relazione alla seconda parte, che estende la limitazione della clausola di non punibilità al delitto ex art. 343 c.p.

Anche la disciplina vigente, frutto dell'avvicinarsi degli interventi legislativi del 2019 e del 2020, è stata oggetto di una questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Lecco, con ordinanza 12 febbraio 2021, n. 72.

In particolare, il Tribunale dubita della legittimità costituzionale della novella, nella parte in cui vieta di riconoscere tale causa di non punibilità per alcune fattispecie di reato tassativamente elencate, per violazione del principio di uguaglianza, ex art. 3 Cost.

L'ordinanza precede di poco più di un mese l'intervento della Corte Costituzionale che, con la sopra esaminata sentenza n. 30 del 2021, ha escluso profili di irragionevolezza e disuguaglianza nelle modifiche apportate all'art. 131 bis c.p., ed è stata dichiarata inammissibile, per manifesta infondatezza, con l'ordinanza 31 marzo 2022, n. 82, in cui si evidenzia che il giudice *a quo* non ha addotto elementi ulteriori rispetto a quelli già vagliati dalla Corte con la sentenza del 2021.

3. L'intervento della Corte Costituzionale e le prospettive di riforma

La Corte Costituzionale, con sentenza 21 luglio 2020, n. 156, ha invece accolto la questione di legittimità costituzionale relativa alla impossibilità di applicare l'art. 131 bis c.p. alle fattispecie di ricettazione di lieve entità, di cui all'art. 648, comma secondo (oggi comma quarto) c.p., in ragione del limite edittale massimo di sei anni di reclusione

previsto per tale reato.

Una prima questione di legittimità in tal senso, sollevata con ordinanza del 2016, dal Tribunale di Nola, era stata dichiarata non fondata, in prima battuta, dalla Corte Costituzionale, con sentenza del 17 luglio 2017, n. 207, in cui il giudice delle leggi ha rilevato che *"tra l'attenuante del fatto di particolare tenuità, prevista per il reato di ricettazione, e la causa di non punibilità dell'art. 131-bis cod. pen. non può stabilirsi alcun collegamento che possa comportarne l'applicabilità"*.

Nello stesso senso si era espressa poco tempo prima anche la Corte di Cassazione, con sentenza del 12 maggio 2017, n. 23419, in cui i giudici di legittimità hanno osservato che *"Il riconoscimento quindi di ipotesi c.d. lievi da parte del legislatore (art. 648 cpv. c.p., art. 609 bis c.p., u.c., art. 323 bis c.p.) non determina automaticamente l'applicabilità astratta a tutti i predetti reati della ipotesi di cui all'art. 131 bis c.p., ma, soltanto, nei casi in cui per effetto dell'applicazione della circostanza speciale il limite di pena sia inferiore ad anni 5"*, così ribadendo l'assenza di alcun automatismo tra la previsione di un'attenuante di tale tenore e l'applicazione della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p.

Pur escludendo che i limiti di applicazione dell'art. 131 bis c.p., rientranti nella discrezionalità del legislatore, presentassero profili di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, la Consulta ha manifestato nel 2017 alcune perplessità in merito alla questione, suggerendo una modifica dell'attuale disciplina dell'art. 131 bis c.p.

In particolare, in chiusura della motivazione, è stato affermato che *"se si fa riferimento alla pena minima di quindici giorni di reclusione, prevista per la ricettazione di particolare tenuità, non è difficile immaginare casi concreti in cui rispetto a tale fattispecie potrebbe operare utilmente la causa di non punibilità (impedita dalla comminatoria di sei anni), specie se si considera che, invece, per reati (come, ad esempio, il furto o la truffa) che di tale causa consentono l'applicazione, è prevista la pena minima, non particolarmente lieve, di sei mesi di reclusione. Pena che, secondo la valutazione del legislatore, dovrebbe essere indicativa di fatti di ben maggiore offensività"*.

È stato pertanto rilevato che *"Per ovviare a una situazione di questo tipo, oltre alla pena massima edittale, al di sopra della quale la causa di non punibilità non possa operare, potrebbe prevedersi anche una pena minima, al di sotto della quale i fatti possano comunque essere considerati di particolare tenuità"*.

In ogni caso, la Corte Costituzionale, nel 2017, ha ribadito che *"Interventi del genere (come anche altri, sollecitati attraverso questioni di legittimità costituzionale che non hanno potuto trovare accoglimento) esulano, per costante giurisprudenza, dai poteri di questa Corte. Di tali interventi però, una volta che ne sia stata rilevata l'esigenza, non può non farsi carico il legislatore, per evitare il protrarsi di trattamenti penali generalmente avvertiti come iniqui"*.

A fronte della consueta inerzia del legislatore, la medesima questione è stata riproposta nel 2020, con ordinanza n. 25 del Tribunale di Taranto, su cui la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 156 dello stesso anno, dichiarando questa volta *"l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-bis del codice penale, inserito dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67», nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva"*.

Il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 bis c.p., per contrasto con l'art. 3 Cost. e con l'art. 27, comma terzo, Cost., senza contestare tuttavia - a differenza dell'ordinanza del 2016 - il limite edittale in sé previsto dal legislatore, bensì la disparità di trattamento che deriva nell'applicazione dell'art. 131 bis c.p. rispetto a fattispecie omogenee ma con limiti edittali differenti.

Si fa in particolare riferimento ai reati di furto, danneggiamento e truffa, tutti lesivi del bene giuridico tutelato del patrimonio, al pari della ricettazione, rispetto ai quali

tuttavia l'art. 131 bis c.p. è operante per via del massimo edittale inferiore ai cinque anni di reclusione, nonostante presentino un minimo edittale (sei mesi) più alto di quello previsto per la ricettazione di lieve entità (quindici giorni). Tale disparità di trattamento è considerata lesiva altresì della funzione rieducativa della pena, in quanto percepita come ingiusta da parte del reo.

La Corte Costituzionale, nella sentenza del 2020, conferma gli assunti da cui muove il giudice *a quo*, rilevando che in assenza di un limite edittale minimo per la pena detentiva del reato di ricettazione lieve, questo vada individuato in quindici giorni di reclusione, ex art. 23 c.p.

Tanto premesso, la Consulta ha ravvisato questa volta il carattere manifestamente irragionevole della esclusione aprioristica dell'operatività dell'art. 131 bis c.p. a fronte di fatti che, pur puniti con una pena superiore nel massimo edittale a cinque anni, presentino una offensività minima, dimostrata dall'entità della sanzione minima irrogabile, di soli quindici giorni.

Dichiarata dunque la fondatezza della questione, la Corte rileva che non è dato individuare un limite minimo generale, al di sotto del quale l'art. 131 bis c.p. debba trovare applicazione anche a prescindere dalla pena detentiva massima. Si evidenzia infatti che *"Ben potrà il legislatore, nell'esercizio della sua ampia discrezionalità in tema di estensione delle cause di non punibilità, fissare un minimo relativo di portata generale, al di sotto del quale l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131-bis cod. pen. non potrebbe essere preclusa dall'entità del massimo edittale"*.

In mancanza di un siffatto intervento legislativo, la disposizione censurata è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di esclusione della punibilità della particolare tenuità del fatto quando la fattispecie penale superi il limite massimo edittale di cinque anni di reclusione e tuttavia non sia stato individuato dal legislatore un limite minimo edittale (si pensi a tutte le fattispecie punite, ad esempio, *"fino a"* una pena detentiva superiore ai cinque anni, priva di un minimo edittale esplicito).

Non sono per vero mancate voci critiche in dottrina in merito alla decisione adottata dalla Consulta che, pur preceduta dalla sentenza monito del 2017, è stata considerata per certi versi invasiva della sfera di attribuzioni del potere legislativo.

Si è osservato, in particolare, che la decisione esaminata implica, a fronte di fatti puniti con una pena edittale minima stabilita per legge e che tuttavia presentino un massimo edittale superiore ai cinque anni, l'impossibilità di applicare l'art. 131 bis c.p., laddove, a fronte di fattispecie punite con il medesimo minimo edittale delle precedenti ma contenute nel massimo entro i cinque anni, sarà possibile escluderne la punibilità.

In siffatte evenienze, dunque, a parità di minimo edittale, pari ad esempio a tre mesi di reclusione, la non punibilità della condotta (che nel minimo sarà in entrambi i casi punita con tre mesi di reclusione) dipenderà dal massimo edittale.

Quando invece il minimo edittale non sia previsto espressamente e operi dunque la norma dell'art. 23 c.p. a stabilirlo in quindici giorni di detenzione, a prescindere da quale sia la pena massima edittale, potrà trovare applicazione l'art. 131 bis c.p.

Secondo questa parte della dottrina, sarebbe stato invece più coerente stabilire (da parte del legislatore e non già della Corte Costituzionale) che il giudice possa applicare l'art. 131 bis c.p. ogni qual volta è orientato a punire il fatto con una pena detentiva che in concreto non superi un determinato valore, a prescindere dalla cornice edittale della pena.

La scelta legislativa, nell'introdurre l'art. 131 bis c.p., è stata invece quella di ancorare l'ambito operativo dell'esimente al massimo edittale ma di tale scelta la Corte Costituzionale non ha tenuto debitamente conto, con buona pace delle *"rime obbligate"* predicate da CRISAFULLI.

Recependo la soluzione adottata dalla Corte nella sentenza impugnata, nel testo della legge delega 27 settembre 2021, n. 134, c.d. Riforma Cartabia, tra i criteri direttivi per la delega al Governo è previsto quello di ancorare l'ambito operativo dell'istituto non più al limite edittale massimo bensì alla pena detentiva minima, individuata in quella *"non*

superiore nel minimo a due anni, sola o congiunta a pena pecuniaria".

È stato per vero osservato, nei primi pareri aventi ad oggetto la riforma, che sarebbe stato più efficace e coerente assegnare rilevanza non già al limite edittale della pena bensì alla sanzione destinata a trovare concreta applicazione, come avviene ad esempio in caso di c.d. patteggiamento, così consentendo una effettiva valutazione della particolare tenuità dell'offesa.

La riforma esclude in ogni caso dalla portata applicativa della causa di non punibilità tutti i reati riferibili alla c.d. violenza di genere, oggetto della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata a Istanbul l'11 maggio 2011 e ratificata ai sensi della legge 27 giugno 2013, n. 77.

4. La particolare tenuità dell'offesa: le condotte susseguenti

Come si è avuto modo di osservare, il legislatore del 2015, al comma primo dell'art. 131 *bis* c.p., ha espressamente assegnato rilevanza alle modalità della condotta e all'esiguità del danno o del pericolo che ne siano derivati.

A tali criteri utili per determinare la particolare tenuità dell'offesa si aggiungono, inoltre, le indicazioni contenute nel comma secondo dell'art. 131 *bis* c.p., in forza del quale *"L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona"*.

Si tratta di circostanze che escludono la particolare tenuità dell'offesa, legate in parte alle modalità della condotta, nonché alla gravità intrinseca delle conseguenze del reato, come in caso di morte o di lesioni gravissime della persona offesa.

Al riguardo occorre evidenziare la sostanziale corrispondenza che la disciplina del secondo comma presenta con alcune delle circostanze aggravanti comuni, previste dall'art. 61 c.p.; l'aver agito per motivi abietti o futili rileva infatti ai sensi del n. 1 dell'art. 61, comma primo, c.p., quale circostanza aggravante del reato; inoltre l'aver adoperato sevizie o agito con crudeltà integra la circostanza aggravante di cui al n. 4 della citata disposizione, con la precisazione che l'art. 131 *bis*, comma secondo, c.p. assegna rilevanza anche alla crudeltà nei confronti di animali. Infine l'aver profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età, evoca il disposto del n. 5 dell'art. 61 c.p., che prevede un aumento della pena quando il reo abbia *"profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa"*.

Può dunque ritenersi che, nonostante il legislatore non abbia operato un espresso rinvio alla disciplina dell'art. 61 c.p., in presenza delle summenzionate circostanze aggravanti non potrà trovare applicazione il disposto dell'art. 131 *bis* c.p., anche a prescindere dalla relativa contestazione all'imputato.

L'aver infatti riprodotto nella sostanza il contenuto delle circostanze aggravanti, senza richiamare le corrispondenti disposizioni di legge, consente di ritenere non necessaria la formale contestazione della singola circostanza, rimettendo all'accertamento in concreto, operato dal giudice, la verifica della sussistenza di situazioni ostative.

Queste ultime potrebbero peraltro essere integrate dalla c.d. Riforma Cartabia, posto che la legge delega prevede la possibilità di ampliare *"se ritenuto opportuno sulla base di evidenze empirico-criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica, il novero delle*

ipotesi in cui, ai sensi del secondo comma dell'articolo 131-bis del codice penale, l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità". Il criterio direttivo è stato tacciato di incostituzionalità per carenza di precisione e tuttavia rappresenta un potenziale argine all'ampliamento della portata operativa dell'istituto che la prima parte della riforma è destinata a comportare.

In ordine invece all'accertamento in positivo della particolare tenuità dell'offesa, la Corte di Cassazione ha precisato che il giudice penale è chiamato ad una *"valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, in base ai criteri indicati dall'art. 133, primo comma, cod. pen."* (Cass. Sez. II, 30 dicembre 2020, n. 37834).

Tra tali elementi rientrano, secondo i giudici di legittimità, *"anche le precarie condizioni economiche dell'agente al momento della commissione del reato qualora incidano sull'intensità del dolo"*, come nel caso in cui il fatto sia stato a causa della grave difficoltà economica in cui versasse il reo.

La giurisprudenza ha invece costantemente escluso che possa assumere rilievo, ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, *"il comportamento tenuto dall'agente "post delictum", atteso che la norma [...] correla l'esiguità del disvalore ad una valutazione congiunta delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile, dell'entità del danno o del pericolo, da apprezzare in relazione ai soli profili di cui all'art. 133, comma primo, cod. pen., e non invece con riguardo a quelli, indicativi di capacità a delinquere, di cui al secondo comma, includenti la condotta susseguente al reato"* (Cass. Sez. V, 10 gennaio 2020, n. 660).

Rispetto a tale orientamento, deve tuttavia registrarsi un'inversione di rotta da parte del legislatore, che nella legge delega n. 134 del 2021 prevede espressamente, all'attuale lettera b) del comma 21 dell'art. 1, che il legislatore delegato debba *"dare rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa"*.

Non si tratta dunque di un'estensione *tout court* ai criteri di cui al comma secondo dell'art. 133 c.p. bensì della specifica previsione della rilevanza della condotta susseguente, che ratifica così una cospicua parte della giurisprudenza di merito che, pur implicitamente, ha spesso assegnato rilevanza alla condotta successiva al reato, come nel caso di demolizione dei manufatti abusivi, della riconciliazione delle parti o del risarcimento dei danni con eliminazione delle conseguenze dannose.

5. La non abitualità del comportamento: recidiva e continuazione

Ai sensi del comma primo dell'art. 131 bis c.p., alla particolare tenuità dell'offesa deve accompagnarsi la non abitualità del comportamento del reo.

Il legislatore ha offerto al comma terzo della disposizione una definizione di comportamento abituale, con riferimento ai casi in cui *"l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate"*.

Il requisito di non abitualità del comportamento è quindi precluso in presenza di due situazioni: la prima riguarda la persona del reo, impedendo di escluderne la punibilità per particolare tenuità del fatto quando questi sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza (ai sensi degli artt. 102 ss. c.p.) ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se alcuni di questi presentino carattere di particolare tenuità.

Ai sensi dell'art. 101 c.p., *"Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse,*

nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti caratteri fondamentali comuni"; anche in questo caso, nonostante l'assenza di un espresso richiamo, occorre coordinare la nuova disposizione con la pregressa disciplina codicistica.

La prima parte del comma terzo ha sollevato un problema interpretativo in merito alla compatibilità dell'istituto con la recidiva eventualmente contestata al reo.

Manca infatti alcun riferimento alla recidiva tra i limiti di cui al comma terzo, che prende invece in considerazione le figure tipiche del delinquente abituale, professionale o per tendenza.

È prevalsa, al riguardo, la tesi secondo cui il legislatore non ha inteso assegnare carattere ostativo alla contestata recidiva, fatta tuttavia eccezione per quella particolare forma di recidiva c.d. reiterata specifica, in quanto espressiva dell'abitudine del comportamento penalmente rilevante (Cass., Sez. V, 14 gennaio 2021, n. 1489).

Difatti, il riferimento all'aver "*commesso più reati della stessa indole*", consente di limitare a tale forma di recidiva l'effetto preclusivo della non punibilità per particolare tenuità del fatto, ammettendo, *a contrario*, la piena operatività dell'istituto in tutti gli altri casi, ivi compresa la recidiva reiterata.

In tal senso si è recentemente espressa la Corte di Cassazione, con sentenza 8 febbraio 2021, n. 4800, con cui i giudici di legittimità hanno evidenziato che è sbagliato confondere l'abitudine con la mera recidiva: "*il comportamento è abituale quando l'autore, anche successivamente al reato per cui si procede, ha commesso almeno due illeciti, oltre quello preso in esame. Sicché la nozione di comportamento abituale non può essere assimilata a quella della recidiva, che opera in ambito diverso ed è fondata su un distinto apprezzamento, con la conseguenza che assumono rilievo anche reati commessi successivamente a quello per cui si procede*".

Deve inoltre trattarsi di "*più reati*" già commessi, con conseguente insufficienza di un unico precedente specifico ad escludere l'applicazione della norma.

Invero, sul punto, la Corte di Cassazione, con sentenza 17 marzo 2021, sentenza n. 10305 (che conferma, *in parte qua*, Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 6551 e nella più recente sentenza 12 maggio 2022, n. 18891 delle Sezioni Unite), ha sostenuto che il presupposto ostativo del comportamento abituale ricorre quando l'autore, anche successivamente al reato per cui si procede, abbia commesso almeno altri due reati della stessa indole; la sentenza citata afferma inoltre che al giudice penale è consentito procedere ad un accertamento incidentale in ordine alla commissione di tali ulteriori reati, al fine di escludere l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.

Tale soluzione è stata tuttavia criticata da una parte della dottrina, la quale ha ritenuto invece più rispondente con la *ratio* della limitazione e, nel contempo, necessario a garanzia dell'imputato (che dovrebbe altrimenti difendersi, nel medesimo processo, per fatti ulteriori) che sugli altri "*reati della stessa indole*" sia intervenuto un giudicato di condanna.

Nonostante l'apprezzabile vocazione garantista della soluzione più rigorosa, la giurisprudenza di legittimità ha assegnato rilevanza finanche ai precedenti di polizia esistenti a carico dell'imputato, che "*possono essere ritenuti sintomatici dell'abitudine del reato, ostativa alla concessione del beneficio, a condizione che siano verificati gli elementi fattuali da essi emergenti, le eventuali allegazioni difensive relative alla sussistenza di cause di giustificazione o di non punibilità della condotta e gli esiti delle segnalazioni, ossia la loro eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato e l'avvio di un procedimento penale*" (Cass., Sez. VI, 19 marzo 2021, n. 10796).

La Corte di Cassazione ha invece affermato che deve escludersi che possano assumere rilievo reati estinti (Cass., Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 11732, in relazione ai reati estinti a seguito di decreto penale di condanna, per decorso di cinque anni ex art. 460, comma quinto, c.p.p.), entrando tuttavia così in contraddizione rispetto all'approccio sostanziale ed estensivo sopra descritto: non si comprende infatti come possa il giudice tenere in

considerazione fatti ancora *sub iudice* al momento della decisione, anche successivi al reato per cui è invocata la causa di non punibilità ex art. 131 *bis* c.p., laddove è preclusa analoga valutazione in caso di estinzione del reato; fino alla formazione del giudicato, infatti, potrebbe perfezionarsi una causa di estinzione del reato o finanche il proscioglimento dell'imputato, con conseguenze paradossali sull'esito del giudizio in ordine alla abitudine del comportamento.

La seconda parte del comma terzo dell'art. 131 *bis* c.p. prende invece in considerazione, qualificandole come comportamenti abituali, le ipotesi *"in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate"*.

Si è pertanto sostenuto che il legislatore abbia inteso escludere dall'ambito di operatività dell'art. 131 *bis* c.p. i c.d. reati abituali, che richiedono la ripetizione nel tempo di condotte idonee e indirizzate a offendere il bene giuridico protetto: in questi casi, infatti, il reato ha ad oggetto, per definizione, condotte plurime, abituali e reiterate. È stata invece più dibattuta la questione dell'abitudine dei comportamenti avvinati dal vincolo della continuazione, ai sensi dell'art. 81, cpv., c.p., che prevede un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo quando questi abbia commesso una pluralità di reati, in esecuzione di un unico disegno criminoso.

Interpretando il comma terzo dell'art. 131 *bis* c.p. nel senso dell'autonoma rilevanza del carattere plurimo, abituale e reiterato delle condotte criminose, la disposizione in esame non potrebbe trovare applicazione in caso di reato continuato, proprio in ragione della pluralità delle condotte che caratterizza l'istituto.

Tale preclusione, frutto di una interpretazione restrittiva dell'art. 131 *bis* c.p., finirebbe così per impedire l'applicazione di una norma di favore con riferimento ad un istituto che risponde invece ad una *ratio* del *favor rei* (come confermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 115 del 1987, in cui si precisa che il reato continuato costituisce un istituto di favore per il reo).

Qualora si accedesse invece ad un'interpretazione congiunta della disposizione del comma terzo dell'art. 131 *bis* c.p., secondo cui il comportamento è abituale solo quando il reato abbia ad oggetto condotte che cumulativamente presentino i caratteri di pluralità, abitudine e reiterazione, non sussisterebbe alcuna preclusione all'applicazione della norma ai casi di reato continuato.

La Corte di Cassazione ha inizialmente aderito all'opposto orientamento, secondo cui è sufficiente il carattere plurimo delle condotte per escludere l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.: i giudici di legittimità hanno infatti affermato l'incompatibilità tra reato continuato e la non punibilità ex art. 131 *bis* c.p., ritenendo abituale la condotta del reo in caso di continuazione (Cass., Sez. III, 13 luglio 2015, n. 29897).

La successiva giurisprudenza ha tuttavia manifestato una prima apertura nel senso dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. anche in caso di continuazione, riconoscendo che *"La volontà criminosa quando regge singola azione od anche più azioni, ma poste in essere nel medesimo contesto spazio-temporale, non appare incompatibile con il concetto di estemporaneità dell'azione illecita rispetto alla positiva personalità del reo, posto alla base della disciplina della causa di non punibilità, ex art. 131-bis c.p."* (Cass., Sez. V, 19 luglio 2017, n. 35590).

Tale soluzione ha fatto così breccia nell'orientamento contrario, e più di recente la Corte di Cassazione ha riconosciuto espressamente che *"Il vincolo della continuazione nel reato non è incompatibile con l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, nel caso in cui si tratti di più azioni commesse nelle medesime circostanze di tempo e di luogo e nei confronti della stessa persona"* (Cass., Sez. III, 16 aprile 2019, n. 16502).

L'incompatibilità tra reato continuato e particolare tenuità del fatto è stata tuttavia esclusa con riferimento ai soli fatti caratterizzati da contestualità spazio-temporale, tali da lasciar apprezzare il carattere occasionale del fatto; a fronte invece di fatti, avvinati dal vincolo della continuazione ma consumati in tempi e luoghi diversi, è stata riconosciuta l'abitudine della condotta, ostativa all'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.

La successiva giurisprudenza ha però visto progressivamente erodere gli argini all'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. nei casi di reato continuato, con il progressivo affermarsi, negli ultimi anni, di un orientamento estensivo, che ha abbandonato il requisito di contestualità spazio-temporale, sostituendolo con quello della natura episodica del fatto, complessivamente inteso, e quindi della sua occasionalità.

La Corte di Cassazione ha infatti affermato che l'art. 131 bis c.p. è applicabile anche in presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, purché non espressivi di una tendenza o inclinazione al crimine (Cass. 31 dicembre 2020, n. 37913); più nello specifico, si è ritenuto che *"il fatto che il reato per il quale si chieda il riconoscimento della causa di non punibilità sia stato posto in continuazione con altri non osta, in astratto, alla operatività dell'istituto dovendosi tuttavia valutare, anche alla luce del suo inserimento in un contesto più articolato, se la condotta in esame sia espressione di una situazione episodica, se la lesione all'interesse tutelato sia comunque minimale e, in definitiva, se il "fatto" nella sua complessità, sia meritevole di un apprezzamento in termini di speciale tenuità"*. Tale soluzione ha trovato conferma nel recente intervento delle Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi sulla questione, che con sentenza 12 maggio 2022, n. 18891, hanno escluso la incompatibilità in astratto tra il reato continuato e il riconoscimento della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p., facendo *"salve le ipotesi in cui il giudice la ritenga idonea, in concreto, ad integrare una o più delle condizioni tassativamente previste dalla suddetta disposizione per escludere la particolare tenuità dell'offesa o per qualificare il comportamento come abituale"*. Le Sezioni Unite hanno altresì esplicitato nei principi di diritto affermati con la su richiamata sentenza, che il giudice è chiamato ad una valutazione complessiva, che tenga conto, in concreto, *"di una serie di indicatori rappresentati, in particolare, dalla natura e dalla gravità degli illeciti in continuazione, dalla tipologia dei beni giuridici protetti, dall'entità delle disposizioni di legge violate, dalle finalità e dalle modalità esecutive delle condotte, dalle loro motivazioni e dalle conseguenze che ne sono derivate, dal periodo di tempo e dal contesto in cui le diverse violazioni si collocano, dall'intensità del dolo e dalla rilevanza attribuibile ai comportamenti successivi ai fatti"*.

È dunque prevalsa una interpretazione restrittiva dei limiti al riconoscimento della particolare tenuità dell'offesa, con particolare riferimento all'abitudine della condotta, richiedendo al giudice un accertamento in concreto e di natura complessiva, volto a verificare che il reato commesso nell'esecuzione di un medesimo disegno criminoso, insieme agli altri fatti uniti dal vincolo della continuazione, non lasci emergere la serialità delle condotte del reo e presenti, nel contempo, carattere occasionale e, nel suo complesso, una modesta carica offensiva.

I giudici di legittimità hanno affrontato altresì la questione della compatibilità dell'istituto con le ipotesi di concorso formale di reato, risolvendola *a fortiori* in senso positivo.

È stata infatti disattesa la tesi secondo cui il comportamento del reo debba ritenersi abituale, sul presupposto che la pluralità delle violazioni penali corrisponda ad una pluralità di condotte, ostative all'applicazione dell'art. 131 bis c.p., ai sensi del terzo comma della disposizione.

Fin dalle prime applicazioni della norma, con sentenza della Sezione III, 27 novembre 2015, n. 47039, la Corte di Cassazione ha infatti escluso che in caso di concorso formale di reati possa ravvisarsi il carattere plurimo o reiterato della condotta, dal momento che l'azione od omissione posta in essere dal reo è per definizione unica, pur se violativa di più disposizioni penali.

Con la medesima sentenza la Corte ha altresì escluso il carattere abituale del comportamento del reo con riferimento ai reati permanenti, in cui non è riscontrabile una pluralità di condotte ma un'unica azione che si protrae nel tempo, comprimendo il bene giuridico protetto. Al riguardo i giudici di legittimità sottolineano tuttavia che la particolare tenuità dell'offesa difficilmente può coniugarsi con il carattere permanente della condotta, pur non potendo escludersi la compatibilità in astratto degli istituti.

6. L'abitudine e il c.d. tempo silente

Un ulteriore profilo che è di recente emerso nella giurisprudenza di legittimità e che presenta particolare importanza, confermando l'approccio sostanziale e funzionale al tema dell'abitudine (che non richiede pertanto la formale contestazione della recidiva ovvero il formarsi di un giudicato sui reati ostativi al riconoscimento dell'esimente), riguarda la questione della rilevanza del c.d. tempo silente tra il reato *sub iudice* e gli ulteriori fatti commessi dal reo.

In particolare, la Corte di Cassazione è stata chiamata a stabilire se il c.d. "tempo silente" trascorso dalla commissione dei precedenti reati debba essere oggetto di valutazione, a norma dell'art. 131 *bis* c.p., ai fini della sussistenza dell'abitudine del comportamento.

Nell'affrontare la questione, con sentenza della Sezione V, 7 dicembre 2020, n. 34830, la Corte ha affermato che *"il decorso di un lasso temporale rispetto ai precedenti reati commessi, cd. "tempo silente", può assumere rilevanza, sotto il profilo della occasionalità della condotta, nella complessiva ed unitaria valutazione di tenuità del fatto svolta alla stregua delle circostanze della fattispecie concreta"*.

Nel pervenire a tale conclusione, i giudici di legittimità hanno preso le mosse dalla nozione di comportamento abituale, così come delineata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 25 febbraio 2016, n. 13681, secondo cui è necessaria la commissione di *"almeno due illeciti, oltre quello preso in esame"* e, nel contempo, occorre avere riguardo non solo alle categorie tradizionali, come quelle della condanna e della recidiva, dovendosi invece ritenere che *"la serialità ostativa si realizza quando l'autore faccia seguire a due reati della stessa indole un'ulteriore, analoga condotta illecita"*, in termini di una *"successione di reati caratterizzati dalla medesima oggettività giuridica"*.

Anche in questo caso, la Corte ammette che, sotto il versante cronologico, i reati possano essere successivi a quello in esame, perché *"si verte in un ambito diverso da quello della disciplina legale della recidiva; ed è in questione un distinto apprezzamento in ordine, appunto, alla serialità dei comportamenti"*, donde pluralità dei reati può concretarsi non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza, ai soli fini della verifica dell'abitudine del comportamento. Con riferimento specifico, invece, al tema del c.d. "tempo silente", la Corte ne riconosce la rilevanza, nell'ambito delle predette valutazioni, ma non già in via autonoma.

Viene infatti osservato che l'art. 131 *bis* c.p. richiede la *"non occasionalità"* della condotta, da accertare all'esito di una valutazione da compiersi *"alla stregua di una complessiva valutazione del fatto rispetto alle ulteriori condotte omogenee, precedenti ed anche successive, non necessariamente irrevocabilmente accertate, estinte o improcedibili, e financo già dichiarate particolarmente tenui"* (Sezioni Unite cit.).

Ebbene, secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione, *"se il nesso temporale tra le condotte viene a sdrammatizzarsi, il medesimo profilo cronologico può rilevare in quella complessiva ed unitaria valutazione di tenuità, svolta alla stregua delle circostanze del concreto contesto, che costituisce il fondamento di ragione dell'istituto. In altri termini, viene ad assumere precipuo rilievo ogni indicatore in concreto della "non occasionalità" della condotta, desunta da elementi fattuali dotati della necessaria attitudine dimostrativa"*.

Ne deriva pertanto che, pur a fronte di una pluralità di fatti della stessa indole imputabili al reo, il giudice sarà chiamato a verificare se la condotta per cui si procede presenti o meno carattere abituale, nell'accezione di seriale, non occasionale, e nell'operare tale valutazione, potrà tenere in considerazione il fattore temporale, valorizzando il lasso di tempo trascorso dal reato precedentemente commesso (c.d. tempo silente).

Emerge così, sebbene si tratti di una pronuncia isolata, una relativizzazione della nozione di abitudine, con riferimento alla commissione di più reati della stessa indole, che consente di escludere un'automatica efficacia ostativa, sottoponendo al giudice

una valutazione di merito in ordine alla non occasionalità delle condotte accertate.

7. I risvolti processuali: particolare tenuità e impugnazioni

La peculiare natura e disciplina della particolare tenuità del fatto ha richiesto in più occasioni l'intervento della giurisprudenza di legittimità per chiarire in quali fasi e con quali modalità la causa di non punibilità ex art. 131 *bis* c.p. potesse essere invocata dall'imputato e applicata dal giudice.

Un primo ordine di questioni ha riguardato i profili intertemporali della novella del 2015, onde stabilire se e in che termini la norma potesse trovare applicazione nei giudizi pendenti.

Il Decreto legislativo n. 28 del 2015 non ha infatti dettato alcuna disposizione di diritto intertemporale, con conseguente necessità di individuare il regime successorio della nuova causa di esclusione della punibilità.

La natura sostanziale che, come anticipato, è stata riconosciuta all'istituto da dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di legittimità ha consentito di affermare che, trattandosi indubbiamente di una norma penale di favore, essa fosse destinata a retroagire in forza del principio di retroattività favorevole; deve tuttavia precisarsi che, ai sensi dell'art. 2, comma quarto, c.p., la norma non può trovare applicazione con riferimento ai reati decisi con sentenza passata in giudicato.

Con riferimento, invece, ai giudizi pendenti davanti alla Corte di Cassazione al momento di entrata in vigore della nuova disciplina, con la già richiamata sentenza n. 15449 del 2015, è stata riconosciuta la possibilità, per i giudici di legittimità, di rilevare di ufficio, ai sensi dell'art. 609, comma secondo, c.p.p., la sussistenza delle condizioni di applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p., avvalendosi delle risultanze processuali e della motivazione della sentenza impugnata; la Corte ha tuttavia ritenuto che, in tal caso, occorra annullare la sentenza e rinviare la causa al giudice di merito perché proceda ad applicare la causa di non punibilità.

Tale orientamento ha registrato tuttavia posizioni di segno contrario nella giurisprudenza della Corte (Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2020, n. 36518; Cass., Sez. IV, 1° ottobre 2020, n. 27241) che, di recente, ha ritenuto possibile riconoscere la particolare tenuità del fatto nel giudizio di legittimità, senza procedere al rinvio al giudice di merito, *"a condizione che i presupposti di applicabilità siano immediatamente rilevabili dagli atti e non siano necessari ulteriori accertamenti fattuali"* (in tal senso Cass., Sez. II, 9 dicembre 2020, n. 35033, intervenuta con riferimento agli effetti della sopra esaminata sentenza n. 156 del 2020, in relazione all'estensione dell'ambito operativo dell'art. 131 *bis* c.p. ai fatti per i quali non sia previsto un minimo edittale, ivi compresa la ricettazione di lieve entità).

Diversamente, nel giudizio di rinvio seguito ad annullamento della Corte di cassazione, ne è preclusa la deduzione qualora non rilevata nel giudizio rescindente, essendosi formato il giudicato sulla insussistenza della causa di non punibilità (Cass. Sez. Feriale, 17 novembre 2020, n. 32175).

Con riferimento invece al giudizio di appello, ferma la possibilità dell'imputato di proporre impugnazione avverso la sentenza applicativa dell'art. 131 *bis* c.p. (riconosciuta, tra le altre, da Cass., Sez. III, 30 agosto 2019, n. 36687, secondo cui *"anche laddove non siano dedotti possibili profili di efficacia della pronuncia nel giudizio civile o amministrativo di danno, sussiste[...] l'interesse dello stesso a rimuovere il pregiudizio derivante dall'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale"*), la Corte di Cassazione ha ritenuto ammissibile la deduzione della causa di non punibilità per la prima volta in appello, escludendo che risulti necessario averne invocato l'applicazione nel giudizio di primo grado (Cass. Sez. IV, 20 febbraio 2019, n. 7675).

Difatti, la giurisprudenza è orientata nel senso che, *"per assimilazione alle altre cause di proscioglimento per le quali vi è l'obbligo di immediata declaratoria in ogni stato e grado del processo"*, la causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. può essere rilevata finanche d'ufficio dal giudice d'appello (Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 2175) e in ogni caso non trova alcuna preclusione nella omessa richiesta in primo grado di assoluzione per

particolare tenuità del fatto.

Alle stesse conclusioni la Corte di Cassazione, come si è avuto modo di osservare, è giunta con riferimento al giudizio di legittimità (Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2020, n. 36518, che espressamente ammette la rilevabilità d'ufficio della causa di non punibilità in esame), e finanche nel giudizio di riesame, sostenendo che *"rientra nella valutazione del giudice del riesame relativa alla sussistenza del "fumus commissi delicti", il compito di valutare incidentalmente la configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131 bis c.p., ove la stessa emerga "ictu oculi" sulla base degli elementi indiziari raccolti"* (Cass., Sez. III, 5 marzo 2020, n. 8989, in relazione ad un giudizio di riesame reale).

Un'ultima questione, a cavallo con il diritto processuale in quanto relativa alla tipologia di sentenza da emettere, affrontata fin dalle prime applicazioni della norma dalla Corte di Cassazione, riguarda infine il rapporto della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p. rispetto al verificarsi di una causa di estinzione del reato.

La Corte è infatti intervenuta sul punto con sentenza n. 27055 del 2015, evidenziando che l'effetto estintivo del reato è destinato a prevalere sull'applicazione dell'art. 131 bis c.p., poiché esclude a monte la punibilità del fatto, a prescindere da ogni valutazione in merito alla particolare tenuità dell'offesa.

8. In conclusione

Alla luce della ricostruzione dell'istituto e delle numerose pronunce con cui Corte Costituzionale e Corte di Cassazione sono intervenute, a più riprese, per risolvere i dubbi interpretativi che l'art. 131 bis c.p. ha sollevato nelle sue concrete applicazioni, non può che registrarsi il successo che la disposizione in esame ha ottenuto nelle aule di Giustizia.

Il legislatore ha infatti fornito al giudice penale uno strumento che, da un lato, si presta ad ottenere un effetto deflattivo e decongestionante rispetto al sovraccarico dei ruoli, senza rinunciare, dall'altro, ad una valutazione del fatto nella sua dimensione storico-fattuale, volta ad accertarne l'effettiva carica offensiva, senza trascurare – come si è avuto modo di osservare – la personalità del soggetto agente.

A riprova delle potenzialità che la causa di non punibilità ha dimostrato di possedere e dei risultati positivi già ampiamente raggiunti, si pone la scelta legislativa di estenderne la portata applicativa, guardando – come evidenziato – al minimo edittale della pena prevista per il reato come limite per l'operatività dell'art. 131 bis c.p.

Si tratta di un passo in avanti verso una Giustizia efficace e dedicata a vicende realmente meritevoli di un intervento della magistratura penale, in controtendenza rispetto alla c.d. ipertrofia giudiziaria che il diritto penale ha per decenni registrato nel nostro ordinamento.

Non può che auspicarsi, dunque, una maggiore fiducia nei confronti della magistratura requirente e giudicante, nella valutazione dell'offensività delle condotte integranti reato, che sposti il baricentro del giudizio sulla particolare tenuità del fatto non più sul piano formale e astratto della cornice edittale bensì sulla singola vicenda che si presenta innanzi al giudice penale, costruendo i confini di applicazione dell'istituto sulla pena che in concreto sarebbe irrogata.

In tal senso occorrerebbe, come anticipato, un più coraggioso intervento da parte del legislatore, che consentisse al giudice di applicare la norma in esame anche quando il superamento dei limiti di pena derivi dalla contestazione di circostanze aggravanti ad effetto speciale che in concreto risultino equivalenti o sub-valenti rispetto alle attenuanti concorrenti.

Si tratta di una soluzione che consentirebbe una piena ed effettiva adesione del giudizio penale alla realtà storico-fattuale e non priva, nel contempo, di precedenti normativi, tra cui ad esempio la disciplina del c.d. patteggiamento o della sospensione condizionale della pena.

Ulteriori profili di potenziamento, *de jure condendo*, dell'istituto riguardano la sfera processuale, implementando ad esempio le occasioni di applicazione dell'art. 131 bis c.p.

In particolare, si potrebbe estenderle ai casi di richiesta di un decreto penale di condanna, consentendo al G.I.P., in alternativa al rigetto, di pronunciare una sentenza di proscioglimento anche per particolare tenuità del fatto, integrando in tal senso il comma terzo dell'art. 459 c.p.p.

Ulteriore fase processuale meritevole di maggiore attenzione da parte del legislatore è quella predibattimentale, in relazione alla quale sarebbe auspicabile, come anticipato, il potenziamento degli strumenti del giudice nell'accertamento della particolare tenuità del fatto: a differenza infatti della fase G.U.P., non è possibile per il giudice del dibattimento accedere al contenuto del fascicolo del Pubblico Ministero, né acquisire documenti provenienti dalle parti, sì da dover incentrare la valutazione – pur prevista – circa la sussistenza della causa di non punibilità in esame sui soli atti irripetibili eventualmente esistenti e sulla mera lettura del capo di imputazione.

Sarebbe al contrario opportuna la previsione espressa quantomeno di una facoltà di esibizione degli atti di indagine e dei documenti, riconosciuta alle parti, al fine di mettere il giudice in condizione di addivenire già in fase predibattimentale, ai sensi dell'art. 469, comma 1 bis c.p.p. (norma invero ancora poco applicata) ad una sentenza di proscioglimento.

Solo in questo modo potrebbe ottenersi un autentico effetto deflattivo che non consegue invece dall'applicazione dell'art. 131 bis c.p.

Infine, proprio con riferimento alle ipotesi di proscioglimento predibattimentale o di archiviazione in fase di indagini, l'applicazione dell'art. 131 bis c.p. ben potrebbe essere raccordata e coordinata con gli strumenti di giustizia riparativa, che proprio la tenuità del fatto per cui si procede rende particolarmente efficaci in questi casi, facendo sì che la persona offesa non percepisca la decisione come una forma di denegata giustizia.

9. Approfondimenti bibliografici

In argomento: ANDOLFATTO, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo 131 bis c.p. alle contravvenzioni stradali*, in *Dir. Pen. cont.*, 2016; AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto* (diritto penale), in *Enc. Dir., Agg.*, XI, Milano, 2017; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659; CORSO, *La garanzia della "interlocuzione necessaria" nel procedimento di applicazione dell'art. 131 bis c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 533; DE FRANCESCO, *La particolare tenuità del fatto*, in *Criminalia*, 2015, 199 ss.; DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la "ragionevole tutela" del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, in *Cass. Pen.*, 2016, 807; MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giur. Pen.*, 2015, 6/2, 321; MARANDOLA, *Particolare tenuità del fatto* (dir. proc. pen.), in *Digesto pen., Agg.* 2016; PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15; ROMANO, *Le nuove disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.quotidianogiuridico.it, 2015.



Procedura civile

Il giudizio di scioglimento delle comunioni: il grande assente nella riforma del processo civile



di Luigi D'Alessandro

Giudice del Tribunale di Roma

It

Uno dei principali obiettivi che il PNRR si propone di realizzare nell'ambito del settore giustizia è quello della riduzione dei tempi del processo. Tra le misure a tal fine previste spiccano i cd. strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, già previsti nel disegno di legge AS 1662 il quale, tra l'altro, delineava un nuovo procedimento di mediazione specificamente dedicato alle controversie concernenti lo scioglimento delle comunioni, poi però accantonato in sede di approvazione della legge delega 26 novembre 2021, n. 206. Il presente contributo offre una breve disamina dell'istituto nonché delle altre disposizioni attinenti alla materia divisoria contenute nell'originario disegno di legge: l'analisi del testo normativo lascia la sensazione di un'occasione persa, che avrebbe invece potuto essere sfruttata per riordinare e semplificare la disciplina di un giudizio il quale, fino ad oggi, si è rivelato pieno di insidie per gli operatori.



Divisione, scioglimento comunioni, documentazione ipo-catastale, litisconsorzio, procedibilità domanda, riforma

Eng

The reduction of process definition times is one of the objectives pursued by the Italian legislator as part of the National Recovery Plan (Piano Nazionale di Rilancio e Resilienza). In order to achieve this goal, the draft law provided for a special mediation procedure dedicated to divisional judgments but in finale parliamentary approval this instrument was abolished.

The paper contains an examination of the original text of the draft law: it follows that the planned regulatory intervention could have been useful and that its abandonment is a lost opportunity.



Divisional judgments, joinder, regulatory intervention

Sommario

1. Il nuovo procedimento speciale di mediazione previsto dal d.d.l. AS 1662 quale strumento deflattivo delle cause di divisione e la diversa scelta della legge n. 206/2021; 2. Il litisconsorzio nel giudizio divisorio e la relativa documentazione probatoria; 3. Gli ulteriori interventi previsti dall'originario progetto di riforma; 4. Conclusioni.

1. Il nuovo procedimento speciale di mediazione previsto dal d.d.l. AS 1662 quale strumento deflattivo delle cause di divisione e la diversa scelta della legge n. 206/2021

È noto che i tempi di risoluzione dei contenziosi civili e commerciali in Italia sono tra i più elevati dell'Unione europea e rappresentano uno degli aspetti critici che incide più negativamente sull'efficienza del sistema giudiziario. Un settore di contenzioso in cui tale problema si avverte in modo particolarmente grave è quello delle divisioni giudiziali: processi che, per una serie di ragioni, sono spesso destinati a protrarsi per anni, senza peraltro alcuna certezza di un esito realmente fruttuoso.

Si tratta di cause che, anche in ragione della loro frequente derivazione da una vicenda successoria, presentano un'elevata diffusione e vengono ad interessare un gran numero di cittadini; molto spesso hanno anche un valore medio alto, essendo usuale che la comunione da sciogliere abbia ad oggetto cespiti immobiliari. È peraltro evidente che le lungaggini del giudizio divisionale rischiano di compromettere l'efficiente sfruttamento delle potenzialità economiche dei beni in comunione, e costituiscono un fattore di rallentamento dello sviluppo economico generale.

Un intervento normativo del 2013 volto a favorire un'accelerazione del giudizio di scioglimento delle comunioni – si allude all'istituto della "divisione a domanda congiunta" di cui al nuovo art. 791-*bis* c.p.c. – non ha dato i risultati sperati, probabilmente perché i presupposti previsti per la sua operatività – l'assenza di controversia sul diritto alla divisione, sulle quote e su altre questioni pregiudiziali – sono di difficile realizzazione o, quando si realizzino, conducono le parti a percorrere strade diverse da quella giudiziaria.

Il disegno di legge delega AS 1662, espressamente richiamato dal Piano Nazionale di Rilancio e Resilienza quanto alla disciplina di nuovi strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, si proponeva un obiettivo di deflazione del contenzioso, contemplando l'introduzione di uno speciale procedimento di mediazione riservato proprio alle liti in materia divisionale (art. 10, comma 1, lett. *a*)).

Era senza dubbio questa, con riguardo al tema qui trattato, la principale novità del progetto di riforma, che tuttavia prefigurava anche ulteriori interventi modificativi della disciplina dettata dal codice di rito per il giudizio di scioglimento delle comunioni.

È noto che nel passaggio dal disegno di legge delega AS 1662 alla legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al Governo per la riforma del processo civile, la norma riguardante il giudizio divisionale è stata soppressa e non più riproposta, neppure in un diverso contenuto. Cionondimeno, una breve ricognizione delle principali novità in materia di divisione previste dal citato disegno di legge non sembra superflua, consentendo di verificare, attraverso un'analisi dei benefici e delle criticità dell'originario progetto di riforma, se la scelta finale del legislatore sia stata o meno saggia. Tale ricognizione offre inoltre l'occasione di esaminare alcuni degli aspetti attualmente più problematici del giudizio di scioglimento delle comunioni e di comprendere meglio quali siano i punti sui quali qualsiasi intervento riformatore dovrebbe concentrarsi al fine di razionalizzare e rendere più efficiente la disciplina della materia.

Il nuovo procedimento di mediazione, che avrebbe dovuto essere integralmente sostitutivo di quello previsto dal decreto legislativo n. 28/2010, veniva affidato a professionisti che, oltre ad essere iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 179-*ter* c.p.c., avessero la qualifica di notaio o di avvocato. Il restringimento del ruolo di mediatore a queste due sole categorie professionali era motivato dall'elevata tecnicità giuridica della materia nonché dall'esigenza di stabilire una simmetria con quanto già delineato dall'art. 791-*bis* c.p.c.

La scelta di delimitare ai soli notai e avvocati la schiera di professionisti abilitati alla mediazione in ambito divisorio poteva certo destare alcune perplessità, se si tiene conto che molto spesso il contrasto tra i dividendi attiene semplicemente alla determinazione del valore del bene in comunione ovvero all'esistenza di irregolarità costruttive da sanare: profili controversi sui quali potrebbero intervenire, con particolare efficacia,

anche quegli operatori professionali maggiormente versati nelle valutazioni estimative e nella materia edilizia e urbanistica (ingegneri, architetti, etc.).

È peraltro probabile che l'opzione restrittiva del disegno di legge fosse ricollegata al particolare compito assegnato al mediatore in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione: quello di redigere una relazione complessiva che individuasse (anche sotto il profilo catastale) tutti i beni oggetto della comunione e indicasse la documentazione eventualmente ancora carente (art. 10, comma 1, lett. b)). Si trattava, invero, di una ricognizione dei diritti dominicali (o dei minori diritti reali di godimento) vantati dalle parti in lite, che, presupponendo cognizioni di natura giuridica, si era ritenuto preferibile affidare ad operatori del diritto. Il deposito della relazione conclusiva del mediatore – unitamente al deposito della documentazione necessaria all'individuazione di tutti i litisconsorti necessari – veniva poi espressamente qualificato come condizione di ammissibilità dell'eventuale domanda giudiziale di divisione (art. 10, comma 1, lett. c)). Tuttavia, anche sulla funzione (e sull'utilità) di questa relazione potevano ragionevolmente sorgere dei dubbi. Innanzitutto, se lo scopo della predetta previsione era quello di formare, sin da un momento antecedente l'introduzione del giudizio, un elenco completo di tutti i beni della comunione, la relazione del mediatore avrebbe potuto avere una qualche utilità solo allorché la comunione fosse costituita da una massa di beni (è il caso tipico della comunione ereditaria), e non anche in quei casi, comunque molto frequenti, in cui la comunione insistesse su un singolo bene.

In secondo luogo, la ricostruzione della consistenza della massa ereditaria, che il mediatore era tenuto ad effettuare nella sua relazione, avrebbe dovuto con tutta evidenza limitarsi ai beni del cd. *relictum* (o, al limite, a quelli donati che avessero già formato oggetto di uno spontaneo conferimento in natura da parte del beneficiario al fine di realizzare la collazione), essendo solo questi i beni rispetto ai quali è configurabile, almeno prima dell'intervento di una pronuncia giudiziale, una situazione di comunione. Ciò rappresentava un notevole limite di questa relazione, essendo noto che, nell'ambito delle divisioni ereditarie, uno dei punti di maggiore attrito tra le parti è costituito dall'accertamento dell'esistenza di eventuali donazioni compiute in vita dal *de cuius*, donazioni che, a seconda dei casi, dovrebbero essere tenute in considerazione tramite il meccanismo della collazione, ovvero ridotte siccome lesive della legittima spettante a taluno dei familiari del defunto. In terzo luogo, ci sarebbe stato da chiedersi quale valore potesse avere nel successivo giudizio tale relazione, il cui deposito era pur previsto quale condizione di ammissibilità della domanda giudiziale di divisione. Sul punto è del tutto corretto ritenere che la relazione del mediatore non potesse vincolare il giudice nell'accertamento della consistenza della massa, né, più in generale, potesse avere alcun concreto valore probatorio, dovendosi provare la contitolarità del diritto reale sui beni mediante gli usuali mezzi previsti a tal fine dall'ordinamento.

Del resto, la relazione del mediatore non sarebbe stata utile nemmeno al fine di individuare tutti i litisconsorti necessari – altra questione spinosa, che non di rado conduce a sterili pronunce di chiusura in rito del processo divisorio – dal momento che, come reso evidente dall'art. 10, comma 1, lett. c) del disegno di legge, la relazione di cui trattasi non esonerava la parte interessata dal dover produrre in giudizio l'ulteriore documentazione necessaria per individuare in modo completo tutti i litisconsorti necessari.

2. Il litisconsorzio nel giudizio divisorio e la relativa documentazione probatoria

Proprio rispetto al problema dell'individuazione dei litisconsorti necessari, il disegno di legge in commento conteneva, sia pure nella forma di principi direttivi, delle disposizioni di indubbia valenza chiarificatrice.

Il problema sorge dalla non chiarissima formulazione delle norme di cui agli artt. 784 c.p.c. e 1113 c.c., le quali evocano due categorie di soggetti potenzialmente interessati all'esito della divisione – i creditori oppositori e i creditori iscritti – a cui, tuttavia, non

è chiaro se sia o meno possibile riconoscere la qualità di contraddittori necessari nel giudizio di divisione. Non sembra inutile ricordare che sul punto si sono fino ad oggi registrati plurimi e contrastanti indirizzi interpretativi in seno alla giurisprudenza.

L'indirizzo più rigoroso, inaugurato all'inizio del secolo dal Tribunale di Roma ma poi ampiamente estesosi e fatto proprio da molti altri uffici giudiziari in tutta Italia, non solo qualifica i creditori suddetti come litisconsorti necessari, ma giunge a condizionare la procedibilità della domanda di divisione (ove abbia ad oggetto beni immobili) al deposito della cd. documentazione ipo-catastale, ovverosia dei documenti catastali e di quelli attestanti la situazione delle iscrizioni e trascrizioni gravanti sul bene (o sui beni) da dividere.

Tale orientamento, che per la verità si fonda su basi normative alquanto fragili, è stato di recente sconfessato dalla Corte di cassazione che, pronunciata per la prima volta sul tema, ha espressamente escluso che, nelle cause di divisione, la produzione della documentazione comprovante le trascrizioni e le iscrizioni sull'immobile comune sia un adempimento previsto a pena di inammissibilità o di improcedibilità della domanda giudiziale.

I giudici di legittimità hanno quindi chiarito che, pur avendo diritto di intervenire, i creditori contemplati dall'art. 1113 c.c. non sono parti del giudizio di divisione, essendo il loro intervento finalizzato soltanto a vigilare sul corretto svolgimento del procedimento divisionale: ne consegue che la loro chiamata in giudizio non costituisce condizione di validità della divisione, ma rappresenta piuttosto un onere per i condividenti se vogliono che la decisione faccia stato nei confronti dei creditori e degli aventi causa.

Non è certo questa la sede per un esame approfondito delle argomentazioni poste dalla Cassazione a fondamento del suo approdo ermeneutico. Sul punto è però il caso di notare che, proprio nel momento in cui la Suprema Corte aveva sancito un principio che indubbiamente va nella direzione della "semplificazione" del giudizio di divisione – negando la qualità di litisconsorti necessari ai creditori oppositori e ai creditori ipotecari, ed escludendo la necessità di depositare la cd. documentazione ipo-catastale a pena di improcedibilità della domanda – il Governo, nel formulare il disegno di legge, sembrava invece aver preso una posizione a favore del più rigido indirizzo di una buona parte della giurisprudenza di merito, riconoscendo espressamente il ruolo di contraddittori necessari sia ai creditori iscritti che agli aventi causa da un condividente che abbiano trascritto l'atto di acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale di divisione (art. 10, comma 1, lett. d)).

Corollario di siffatta impostazione era poi il già menzionato onere della parte interessata di depositare in causa, evidentemente a pena di improcedibilità, la documentazione necessaria ad individuare tutti i litisconsorti necessari.

3. Gli ulteriori interventi previsti dall'originario progetto di riforma

Il progetto di riforma sul giudizio di scioglimento delle comunioni era infine completato da alcuni interventi di portata più limitata, per lo più tendenti a positivizzare alcuni orientamenti interpretativi già elaborati in giurisprudenza ovvero alcune prassi operative già invalse negli uffici giudiziari.

Qui di seguito se ne segnalano alcuni tra i più significativi.

La possibilità di definire il giudizio divisorio con ordinanza in caso di assenza di contestazioni veniva dichiaratamente estesa anche all'ipotesi in cui una o più parti fossero rimaste contumaci (art. 10, comma 1, lett. e)), in linea con quanto già riconosciuto dalla Suprema Corte. I professionisti a cui poter delegare la formazione di un progetto di divisione o l'espletamento delle operazioni di vendita, ove sia necessario dar luogo alla cd. fase esecutiva del processo di divisione, venivano individuati, almeno come opzione preferibile, in coloro che avessero già curato, in qualità di mediatori, la fase prodromica all'introduzione del giudizio (art. 10, comma 1, lett. g)).

Si stabiliva che, in caso di istanza di assegnazione, il contitolare istante fosse tenuto, a pena di inammissibilità della richiesta, a versare un acconto sul conguaglio di importo compreso tra il 30% e il 50% del totale (art. 10, comma 1, lett. i)). Trattasi di una previsione che, sia pure indirettamente, confermava quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, allorché la divisione si realizzi mediante assegnazione dell'intero ad uno dei condividenti che ne ha fatto richiesta, il pagamento del conguaglio non costituisce condizione di efficacia del provvedimento. Il diritto al conguaglio va quindi perseguito dagli altri condividenti con i normali mezzi di soddisfazione del credito: il disegno di legge tendeva solo ad offrire ai creditori una garanzia maggiore.

Era invece fortemente innovativa la disposizione che, in stretta adesione alla concezione bifasica del giudizio di divisione, prevedeva che il giudice, in caso di contestazioni, pronunciasse una sentenza definitiva (recante anche il regolamento delle spese di lite) che accertasse il diritto allo scioglimento della comunione, potendo poi, eventualmente, avere inizio la cd. fase esecutiva (art. 10, comma 1, lett. f)). La previsione aveva senz'altro un obiettivo acceleratorio ma, in questo caso, l'accelerazione sarebbe stata soltanto apparente poiché, pur a fronte di una pronuncia definitiva che formalmente chiude il giudizio, il concreto risultato divisionale non è ancora raggiunto, dovendosi svolgere tutte le attività esecutive all'uopo previste (vendita e ripartizione del ricavato ovvero predisposizione e approvazione di un progetto di divisione in natura); attività nell'espletamento delle quali non è infrequente che sorgano ulteriori contestazioni da risolvere. Ed è proprio per tale ragione che, più coerentemente, la Suprema Corte ha finora sempre affermato che la sola sentenza definitiva è quella che esaurisce la materia del contendere, risolvendo tutte le questioni inerenti al rapporto di divisione e racchiudendo in sé il concreto effetto divisorio.

4. Conclusioni

Come si è visto, il primo progetto di riforma perseguiva l'obiettivo di velocizzare la definizione delle controversie divisorie soprattutto tramite la previsione di uno speciale procedimento di mediazione. Il progetto è stato poi accantonato proprio perché contemplante una nuova procedura stragiudiziale alternativa alla mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010 che, invece, si è inteso conservare e rafforzare.

Nel fare questa scelta il legislatore delegante ha forse ommesso di considerare che, in base a quanto delineato nell'originario disegno di legge, il predetto procedimento speciale, oltre a favorire una sistemazione stragiudiziale della lite, si sarebbe posto come essenziale elemento di raccordo con il processo, consentendo, già in un momento antecedente all'introduzione di una causa, la raccolta di tutta la documentazione necessaria per il buon esito del giudizio divisionale: documentazione la cui carenza è spesso motivo di pronunce di inammissibilità e improcedibilità, che costringono gli interessati alla riproposizione dell'azione.

Ed è proprio questo peculiare aspetto del contenzioso divisionale che avrebbe ben potuto giustificare, sotto i profili dell'opportunità e della ragionevolezza, l'introduzione di un procedimento di mediazione diverso da quello generale disciplinato dal decreto legislativo succitato. È certo vero che l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sembra aver condotto ad una svalutazione di quella documentazione, ritenendola non più indispensabile per giungere al risultato divisionale perseguito dalle parti, ma è vero anche che i più recenti arresti della Corte di cassazione nella materia di cui trattasi non sembrano aver significativamente mutato il diverso indirizzo delle corti di merito le quali, negli ultimi due anni, hanno spesso continuato a subordinare l'ammissibilità dell'azione divisoria al deposito dei documenti previsti dall'art. 567 c.p.c., ritenuti essenziali per l'individuazione di tutti i possibili litisconsorti.

In questo quadro di persistente incertezza, l'intervento normativo divisato all'art. 10 del disegno di legge delega AS 1662, pur non essendo del tutto scevro da criticità, avrebbe permesso una razionalizzazione della disciplina del giudizio di scioglimento delle comunioni, facendo finalmente chiarezza sulle condizioni a cui la domanda divisionale è

subordinata e ponendo realmente fine a quella «strage dei giudizi di divisione» di cui parte della dottrina si è tanto doluta negli ultimi anni proprio a causa dell'esistenza di orientamenti pretori privi di una solida base normativa.

Un'occasione mancata, dunque, ma dalla quale possono trarsi utili insegnamenti in vista di un futuro progetto riformatore.

Note

1. In questi termini si veda la Relazione della Commissione europea del 26.2.2020 relativa all'Italia – Semestre europeo 2020: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011.
2. Tra queste ragioni si consideri, a titolo esemplificativo: la mancata produzione della documentazione cd. ipo-catastale che, secondo un orientamento giurisprudenziale, costituisce motivo di improcedibilità della domanda di divisione avente ad oggetto beni immobili; la presenza di irregolarità edilizie ostative allo scioglimento della comunione in virtù di speciali disposizioni di legge; le condizioni del mercato, che possono condurre, nella fase cd. esecutiva della divisione, ad una lunga serie di infruttuosi tentativi di vendita.
3. Articolo codicistico introdotto ad opera dell'art. 76, comma 1, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.
4. E questo sembrerebbe fosse effettivamente lo scopo della relazione alla luce di quanto si legge nella Relazione illustrativa del disegno di legge.
5. Al riguardo si osserva che, sebbene la relazione del mediatore dovesse provvedere anche alla corretta individuazione catastale dei beni in comunione, ciò non sarebbe stato comunque dirimente ai fini della prova della comproprietà, stante la valenza meramente fiscale delle risultanze del Catasto (cfr. Cass., 4.3.2011, n. 5257).
6. cfr. Appello Roma, sez. III, 10 giugno 2011, n. 2480 in Guida dir., 2011, fasc. 32, 81, così massimata: «l'omessa rituale produzione dei certificati storici catastali e della documentazione concernente le iscrizioni e trascrizioni nel ventennio anteriore, ovvero di relazione notarile sostitutiva, è indispensabile per verificare la sussistenza di condizioni dell'azione di divisione, quali la sussistenza del diritto dominicale in capo alle parti del giudizio, e l'esistenza di altri eventuali litisconsorti necessari (creditori o aventi causa da un partecipante alla comunione) ex art. 1113 c.c. e art. 784 c.p.c.; di conseguenza, in difetto della suddetta tempestiva produzione, è inammissibile in radice la domanda di divisione ereditaria»
7. v. Cass. civ., sez. VI, 28 maggio 2020, n. 10067.
8. cfr. Cass., 4.11.1995, n. 11523.
9. cfr. Cass., 23.1.2017, n. 1656.
10. In questi termini cfr. Cass., 7.6.1971, n. 1694; Cass., 18.6.1986, n. 4080.
11. In questi precisi termini si veda la Relazione illustrativa del 25.5.2021 redatta dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi, presieduta dal prof. Francesco Paolo Luiso.
12. Ci si riferisce non solo alla già citata Cass. civ., sez. VI, 28 maggio 2020, n. 10067, che ha precisato che il deposito della documentazione ipo-catastale non può considerarsi quale condizione di procedibilità della domanda, ma anche a Cass. civ., sez. un., 7.10.2019, n. 25021 la quale, ponendosi nel solco già tracciato da Cass. civ., sez. un., 22.3.2019, n. 8230, ha escluso che per la divisione sia necessario un apposito accertamento sulla conformità sostanziale dell'immobile al titolo edilizio rilasciato, essendo sufficiente, per non incorrere nelle nullità previste dalla speciale disciplina urbanistica ed edilizia (art. 46 d.P.R. n. 380/2001 e art. 40 l. n. 47/1985), la mera menzione del titolo ovvero una dichiarazione attestante l'inizio dell'attività costruttiva in epoca anteriore al 1° settembre 1967.
13. Il riferimento è a M. ACONE, La Cassazione mette fine alla «strage dei giudizi di divisione» causata dalla indebita applicazione analogica dell'art. 567 c.p.c., in Foro it., 2020, parte I, c. 3128.





Informatica e nuove tecnologie

L'informatica nella giustizia



di Antonella Ciriello

Magistrato componente del Direttivo della SSM

It

L'articolo si sofferma sull'analisi dei dati giudiziari, intesi come informazioni sui procedimenti e come provvedimenti giurisdizionali, e sulle loro modalità di raccolta ed elaborazione, sulla titolarità e gestione degli stessi, in capo al Ministero della giustizia nelle sue articolazioni responsabili della Statistica e dei servizi informativi, nonché sul ruolo che svolgono al riguardo gli uffici giudiziari e le reti dei Referenti informatici RID (dal 2019 Referenti Distrettuali per l'Innovazione).

 **dati giudiziari, statistica giudiziaria**

Eng

The article focuses on the analysis of judicial data, as information on proceedings and as judicial decisions, and on the methods of collection and processing the same. It also highlights the ownership and management of such data, headed by the Ministry of Justice through its sections responsible for Statistics and IT services, as well as on the role played in this regard by the judicial offices and the networks of RID IT Referrals (from 2019 District Referents for Innovation).

 **judicial data, judicial statistics**

Sommario

1. Il ruolo dell'informatica nella giustizia come strumento di conoscenza; 2. I dati giudiziari, ricostruzione normativa essenziale; 3. I dati giudiziari: base per l'intelligenza artificiale; 4. Titolarietà e natura dei dati giudiziari; 5. Il ruolo della direzione generale dei servizi informativi automatizzati (DGSIA), la gestione tecnica; 6. Dati come provvedimenti giurisdizionali; 7. La cultura del dato. Il dovere di collaborazione degli uffici e la responsabilità dei dirigenti quanto alla qualità dei dati, il ruolo dei singoli magistrati, il ruolo dei rid; 8. La situazione attuale, il datawarehouse parzialmente realizzato; 9. Conclusioni.

1. Il ruolo dell'informatica nella giustizia come strumento di conoscenza

L'innovazione e la tecnologia permeano la vita di tutti i giorni e consentono, con i potenti strumenti di cui si avvalgono, ormai alla portata di tutti, di perseguire immediatamente la "conoscenza", in passato raggiungibile faticosamente e patrimonio di pochi.

Da anni ormai, i magistrati e tutti gli operatori della giustizia si confrontano con informazioni e strumenti di lavoro tecnologici, vivendone le evoluzioni (e le modifiche normative correlate) e sperimentando anche le frustrazioni che tutti i cambiamenti producono, ma il processo di digitalizzazione, pur se avanzato, non può dirsi ancora compiuto.

Come si vedrà infatti, non è disponibile ancora un sistema unico e completo che contenga tutti i dati giudiziari (informazioni e provvedimenti), sia per gli operatori della giustizia (magistrati, personale, dirigenti) che per i cittadini, e si registrano differenze tra il settore civile ordinario e quello penale.

Il momento attuale è, tuttavia, cruciale per la convergenza di scelte governative e disponibilità di fondi, con lo stimolo proveniente dall'Europa e serpeggia in molti la speranza che la potente svolta tecnologica da tanto attesa, sia ormai imminente.

L'Europa, del resto, da tempo ha investito risorse e ha prodotto documenti che invitano tutti gli Stati a puntare sulla tecnologie digitali per migliorare l'accesso alla giustizia e l'efficienza dei sistemi giudiziari[1], anche attraverso l'uso dell'intelligenza artificiale che è una delle tecnologie più importanti del ventunesimo secolo, e che presuppone potenti e moderni sistemi di calcolo (gli algoritmi) ma soprattutto la disponibilità di dati giudiziari attendibili e completi.

L'abbattimento dell'arretrato presso gli uffici in sofferenza, la velocizzazione dei processi, la coerente distribuzione del personale giudiziario e amministrativo, l'adozione di normative adeguate a snidare e combattere l'abuso del processo favorendo la risoluzione delle controversie meno importanti con metodi alternativi, sono solo alcuni dei temi centrali nel dibattito di politica giudiziaria, cui può giovare la capillare conoscenza del fenomeno giustizia, funzionale anche alla migliore distribuzione delle risorse in arrivo (come quelle dell'Ufficio per il processo).

Tale conoscenza è raggiungibile solo attraverso una corretta raccolta, gestione e lavorazione delle "informazioni": e l'informatica è la scienza delle informazioni.

2. I dati giudiziari, ricostruzione normativa essenziale

Il testo base vigente che si occupa dei dati giudiziari è il Decreto 24 maggio 2012 n. 102, che al primo comma dell'art. 4 stabilisce che "i dati e le informazioni trattati nell'ambito delle attività giurisdizionali ed amministrative del Ministero della giustizia costituiscono dati statistici a norma dell'articolo 6-bis, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 1989, n. 322[2] e sono utilizzati anche per le misurazioni e le valutazioni previste dall'articolo 2 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150[3]".

L'atto regolamentare in questione risulta emanato sulla base del d.l. 193 del 2009 convertito nella l. 22 febbraio 2010, n. 24[4] che costituisce uno degli atti normativi più importanti per l'avvio del processo telematico, disciplinando le comunicazioni e notificazioni telematiche di cancelleria progressivamente estese dalla norma, con varie scadenze sul territorio (la norma modifica l'art. 51, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 che già ne aveva disposto l'operatività).

Prima di tale momento, il passaggio precedente era stato - sul versante civile - la digitalizzazione dei registri informatici, con il data entry di tutti i dati di ogni singolo procedimento evolutosi poi con la successiva creazione di una vera e propria banca di informazioni consultabile dall'esterno (sul sito <http://pst.giustizia.it>), sia da parte di utenti privati (con un numero limitato di informazioni) sia da parte dei cc.dd. "abilitati esterni"; nei registri confluiscono, perché scansionati dal cancelliere oppure perché inviati telematicamente, gli atti dei giudici e gli atti ed i documenti dei cc.dd. "abilitati esterni", di cui all'art. 1, lett. m) del D.M. 44/2001 (avvocati, consulenti tecnici, notai delegati, curatori fallimentari, custodi ecc.). [5]

Tuttavia mentre faticosamente si è realizzato il data entry delle informazioni nei registri, solo a partire dalla obbligatorietà delle comunicazioni e notificazioni di cancelleria per via telematica, l'amministrazione informatica del processo ha ricevuto un vero impulso.

Dopo il disposto dell'art. 51 del d.l. 112/2008, relativo ai soli uffici individuati da apposito decreto ministeriale, la obbligatorietà delle comunicazioni è stata disposta con valore legale per i tribunali e le corti di appello dall'art. 16 del d.l. 179/2012, divenendo così residuale la comunicazione cartacea.

Tale passaggio è stato possibile solo attraverso la disposizione che ha reso obbligatoria la iscrizione degli utenti abilitati esterni (in primis gli avvocati) presso il Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) gestito dal Ministero della giustizia e previsto dall'art. 7 del DM 44/2011 e succ. modifiche e dall'art. 7, 8 ed 9 delle Specifiche tecniche di cui al Prov. Resp. DGSIA 16 aprile 2014. [6]

Progressivamente il legislatore ha esteso l'ambito del PCT con il D.L. 179 del 2012 e le sue modifiche.[7]

Allo stato, dunque, se l'unico atto obbligatoriamente telematico per il giudice è il decreto ingiuntivo, ogni atto di parte, potenzialmente, può essere telematico.

La circostanza che il cancelliere debba necessariamente riversare nel fascicolo telematico, gli atti del giudice realizzati in modalità cartacea, al fine di comunicarli alle parti obbligatoriamente per via telematica ha, di fatto, determinato un grande impulso al deposito telematico degli atti da parte dei magistrati presso gli uffici abilitati (tutti i Tribunali e le Corti di Appello).

Cionondimeno, allo stato, l'informatizzazione del processo non può dirsi appieno realizzata, risultando, per un verso, frustrata dalla natura mista del fascicolo processuale, in parte cartaceo e in parte telematico (con la necessità per il legislatore di ampliare i poteri di estrazione di copie informatiche o telematiche a seconda dei casi, molti dei quali estesi anche agli avvocati), per altro verso dalla natura (ancora prevalentemente) cartacea del processo di Cassazione e di quello dinanzi al giudice di pace (oltre che di quello minorile)[8].

Sul versante penale, invece, mentre per i registri la disposizione che riguarda la digitalizzazione è risalente al codice Vassalli (art. 206 disp. att. c.p.p.), e poi nella normativa generale richiamata[9], la normativa relativa alle comunicazioni e alle notifiche, di cui al d.l. 179/2012, risulta operare solo a partire dal 2012 con l'avvio del sistema SNT[10] quando vengono disposte le notifiche telematiche, peraltro non integrate in un sistema/applicativo comune a tutti i vari organi giurisdizionali e perciò, pure se realizzate telematicamente, trasformate in documento cartaceo (cd. artefatto) nel corso del procedimento, con ovvi problemi interpretativi, come dimostra l'ampia giurisprudenza di legittimità fiorita sul punto.[11]

I dati (sia pure informatizzati) dei procedimenti e dei processi penali (confluiti nel SICP), risentono di questa frammentazione tra sistemi e registri, ed i provvedimenti giurisdizionali del giudice penale, a differenza di quelli del giudice civile, non sono dati digitali nativi (poiché ad oggi il giudice penale non può depositare digitalmente)[12]

3. I dati giudiziari: base per l'intelligenza artificiale

I dati giudiziari - dati statistici nella definizione regolamentare in esame - costituiscono anche il primo presupposto per l'uso dell'intelligenza artificiale nella giustizia, ossia di una tecnologia ancora non diffusa nel nostro settore se non per poche e frammentarie sperimentazioni che, utilizzando algoritmi, promette di sfruttare al massimo le relazioni tra i dati, a vari fini (organizzativi, conoscitivi e, aspetto da molti auspicato da altri paventato, predittivi).

Certamente, ove applicata correttamente con garanzia di trasparenza e conoscibilità piena di dati e algoritmi, sono infinite le potenzialità dell'intelligenza artificiale come strumento di conoscenza e organizzativo per tutti gli operatori della giustizia: per favorire la conoscenza dei precedenti; per agevolare la trattazione di cd. "small claims"; per agevolare lo spoglio o filtro preliminare dei fascicoli in Corte di Cassazione o in appello; oltre che, sul pian sostanziale, per elaborare valutazioni tecniche (ad. Es. in materia di licenziamento, assegno divorzile, invalidità civile, risarcimento danno). Risultano invece remoti i rischi paventati di cristallizzazione della giurisprudenza, anche in considerazione delle sperimentazioni, limitate, ad oggi registrate nel paese, tutte riferite all'uso dell'IA quale mero ausilio alla conoscenza).

4. Titolarità e natura dei dati giudiziari

Alla luce di quanto esposto, dunque, gli interrogativi che animano gli interpreti vertono sulla natura dei dati giudiziari, sulle loro modalità di raccolta e trattamento, sulle responsabilità per la loro corretta compilazione, sulla affidabilità, omogeneità e condivisione dei dati stessi

La maggior parte delle risposte, tuttavia, almeno a livello normativo, sono evincibili dal regolamento più volte citato, che risulta dettato proprio con lo scopo di disciplinare la tipologia e le modalità di estrazione, raccolta e trasmissione dei dati statistici dell'Amministrazione della giustizia all'archivio informatico centralizzato (non ancora completamente realizzato in forma di datawarehouse), e che stabilisce, all'art. 4, che per dati statistici si intendono "I dati e le informazioni trattati nell'ambito delle attività giurisdizionali ed amministrative del Ministero della giustizia".

E' evidente allora, come emerge anche dal tenore letterale della norma in parola, che i dati in essa considerati sono non solo le informazioni sui provvedimenti giudiziari, ma anche gli stessi provvedimenti (sono, poi, dati statistici anche i dati e le informazioni trattati nell'ambito delle attività amministrative).

Il primo ordine di dati, ossia le informazioni sui procedimenti (nomi delle parti, oggetto del processo o del reato, durata degli stessi etc), rivestono un indubbio valore organizzativo, ai fini di quella conoscenza essenziale per migliorare la cd. "performance" della giustizia.

I secondi, ossia i provvedimenti giurisdizionali, i vari esiti delle singole fasi procedimentali e processuali, costituiscono un patrimonio irrinunciabile di conoscenze per magistrati, studiosi e operatori del settore, base della banca dati giurisprudenziale unica la cui istituzione da anni si auspica.

5. Il ruolo della direzione generale dei servizi informativi automatizzati (DGSIA), la gestione tecnica

Il regolamento in esame, mentre attribuisce la titolarità dei dati e la responsabilità della qualità degli stessi rispettivamente al titolare dei sistemi statistici^[13] e agli uffici giudiziari investe il responsabile dei servizi informatizzati della gestione tecnica dei dati.

L'art. 5 del regolamento citato, infatti dispone che "1. La raccolta e l'estrazione dei dati di cui all'articolo 1 è effettuata attraverso i sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia che gestiscono le attività giurisdizionali ed amministrative", e prevede, poi, al comma secondo che "Il responsabile per i sistemi informativi automatizzati, d'intesa con il responsabile del sistema statistico, stabilisce, con le specifiche tecniche di cui all'articolo 8, le modalità operative di estrazione e raccolta dei dati statistici".

Tale possibilità vale senz'altro per la maggior parte dei settori della giustizia, tuttavia la norma stabilisce pure, al comma 3, che "Quando non è possibile procedere ai sensi del comma 1, la raccolta viene effettuata mediante apposite procedure informatiche o manuali stabilite dal responsabile per i sistemi informativi automatizzati, d'intesa con il responsabile del sistema statistico". La norma dispone inoltre l'anonimizzazione dei dati personali delle parti private (comma 4: Le modalità operative di cui al comma 2 assicurano che i dati personali delle parti private siano resi anonimi, mediante procedure automatizzate, contestualmente alla loro raccolta.

6. Dati come provvedimenti giurisdizionali

Con specifico riguardo ai provvedimenti giurisdizionali, il grado di digitalizzazione degli stessi è pressoché completo, anche qualitativamente, nel settore civile (pur in assenza di obbligo generalizzato del giudice di deposito telematico, salvo il decreto ingiuntivo e gli atti del giudice per un breve periodo emergenziale, come visto), anche quale conseguenza della obbligatorietà della loro comunicazione telematica (disposta con d.l. n. 179/2012, art. 16). In sede di legittimità, del pari, anche se solo recentemente possono essere depositati atti nativi digitali (dal 31 marzo 2021, sia pure con difficoltà di decollo in ragione della incompletezza del sistema informatico), vengono da sempre digitalizzati, per essere acquisiti negli archivi informatici della Corte e condivisi anche con gli operatori della giustizia attraverso

la banca dati Italgire, la cui creazione risale agli anni '60.[14]

I provvedimenti civili, del giudice di pace, del pari, così come la per Cassazione, sono acquisiti telematicamente in ragione della comunicazione via pec.

Diversamente nel settore penale, non sono presenti atti digitali nativi del magistrato, ma tutti gli atti sono acquisiti tramite scansione ai sistemi (TIAP documenta) per gli uffici di merito, con l'eccezione del giudice di pace, mentre per la corte di Cassazione la situazione è analoga al civile.

La giustizia di merito civile e penale, diversamente dalla Corte di Cassazione, non dispone di banche dati centralizzate e consultabili da tutti. Sul versante civile, l'applicativo dei magistrati presso le corti di Appello e Tribunali (cd. consolle) pur contemplando l'accesso ad una banca dati autoalimentata dal deposito dei magistrati, risulta praticamente inutilizzato, a causa degli irrisolti problemi organizzativi circa l'oscuramento dei dati sensibili. Sul versante della giustizia amministrativa e tributaria di merito, invece, tutte i provvedimenti (sia nativi digitali che digitalizzati dal cartaceo) sono acquisiti e consultabili sui rispettivi portali.

7. La cultura del dato. Il dovere di collaborazione degli uffici e la responsabilità dei dirigenti quanto alla qualità dei dati, il ruolo dei singoli magistrati, il ruolo dei rid

Il ruolo degli uffici giudiziari, quanto ai dati, come disegnato dalla normativa regolamentare in esame, consiste nell'assicurare la completezza e il tempestivo aggiornamento degli stessi, tanto che ai dirigenti giudiziari e amministrativi è attribuita la responsabilità della qualità dei dati e la verifica periodica della loro correttezza e del loro aggiornamento, con l'onere di assumere tutte le iniziative necessarie.

Si tratta di un'attività che, indispensabilmente, i dirigenti devono distribuire sui magistrati e su tutto il personale, poiché tutti devono partecipare della cd. "cultura del dato" curando che le informazioni relative a quantità e qualità di parti e oggetti procedurali siano corrette e che, in caso di errori o omissioni, vengano rettificate.

Il legislatore regolamentare si è anche preoccupato di stabilire un onere di controllo da parte del responsabile del sistema statistico, in ordine alla qualità dei dati raccolti, disponendo che questi abbia il dovere di verificare la qualità e, in caso di anomalie, di invitare l'ufficio al ripristino di fedeltà, completezza e aggiornamento dei dati, addirittura prevedendo che sia assegnato un termine e codificando l'omesso adempimento da parte dell'ufficio giudiziario come grave violazione dei doveri dell'ufficio.

La preoccupazione della elusione di questo impianto normativo, che evidentemente il legislatore percepiva come cruciale per il corretto funzionamento del meccanismo di digitalizzazione della giustizia, ha indotto a specificare pure l'obbligo, in capo agli uffici giudiziari ed amministrativi, di fornire i dati "richiesti", ossia - allorché i registri che li raccolgono siano totalmente informatizzati, come attualmente accade - "inserire" i dati negli applicativi, affinché il Ministero possa estrarli secondo i criteri stabiliti.

Sul punto della qualità dei dati deve essere poi registrata anche la coerenza dell'azione del Consiglio Superiore della Magistratura che, nel dettare nuove versioni della circolare relativa ai RID (delibera di plenum 6 novembre 2019), si è preoccupato di favorire la collaborazione dei RID con i capi degli uffici e con la commissione flussi quanto all'onere di controllo della qualità dei dati, stabilendo che "I RID curano, all'interno della Commissione flussi, la qualità e la completezza dei dati, anche in occasione della verifica annuale da parte di Consigli Giudiziari del raggiungimento degli obiettivi del programma di gestione. I RID, coadiuvati dai MAGRIF, d'intesa con i dirigenti degli uffici giudiziari, promuovono l'adozione di criteri omogenei per l'imputazione dei dati nei registri e curano la verifica periodica della corretta tenuta dei registri informatici e delle banche dati. Sui risultati della verifica i RID relazionano tempestivamente ai dirigenti degli uffici qualora vengano rilevate criticità che incidano sulla qualità dei dati informatici e statistici, indicando rimedi e soluzioni da adottare". E correttamente risulta previsto il raccordo con le strutture periferiche ministeriali responsabili per i dati (... "i RID si avvalgono del supporto dei funzionari statistici e dei locali Cisia") [15]

8. La situazione attuale, il datawarehouse parzialmente realizzato

In ordine ai programmi individuati dal DGSIA per l'estrazione dei dati informatici, occorre evidenziare un diverso grado di sviluppo, tra civile e penale. Ed infatti, mentre sul versante civile i dati sono estratti tramite lo strumento del Datawarehouse (DWH), predisposto dal DGSIA e interrogato dalla DGSTAT del Ministero della Giustizia, sul versante penale il DWH non risulta ancora realizzato. I dati vengono estratti a vari fini dai vari programmi, la razionalizzazione è urgente.

Il datawarehouse (o DW, o DWH) (dall'inglese: magazzino di dati) è un archivio informatico contenente dei dati, che consente di produrre analisi e relazioni; la principale caratteristica di un DWH è quella di conservare e storicizzare i dati ricavati da interrogazioni periodiche. E' pertanto possibile, semplicemente modificando la data cui riferire le richieste di interrogazione, ottenere ex post, sia dati aggiornati e corretti, sia dati riferibili al periodo antecedente alle modifiche. Si tratta di una potenzialità di estrema importanza ove si consideri la frequenza e la rilevanza degli interventi sui registri giudiziari.[16].

Si tratta dunque di uno strumento prezioso, il cui completamento appare indispensabile per la realizzazione degli obiettivi di cui al regolamento in esame.

9. Conclusioni

La tecnologia deve essere al servizio della giustizia, governata e conosciuta affinché non sia subita e sottoutilizzata. La sfida del momento, per un sistema democratico e trasparente di gestione della giustizia, consiste nel coniugare il rispetto della privacy (es. diffusione delle sentenze con adeguata anonimizzazione) e le esigenze di segretezza di alcuni procedimenti con l'esigenza conoscitiva, funzionale non solo all'utilizzo delle informazioni in chiave organizzativa e predittiva ma soprattutto al controllo da parte del cittadino. E' indispensabile una corretta gestione dei dati giudiziari, curati sin dall'inserimento per essere omogenei, conservati a norma, anonimizzabili, riutilizzabili e accessibili, raccolti su piattaforme collegate o centralizzate, che consentano un inserimento agevole delle informazioni da parte dei soggetti abilitati e possano essere consultate da tutti i soggetti istituzionalmente deputati alla conoscenza (es. Dirigenti, Ispettori, Csm, Ministero). L'obiettivo si può raggiungere solo con la collaborazione di tutti gli attori della giustizia, e con una corretta formazione del personale alla "cultura del dato", per non frustrare le potenzialità dell'informatica.

Solo queste consapevolezze, diffuse, a tutti i livelli, potranno aiutare il Paese, le istituzioni giudiziarie, a vincere la sfida della conoscenza, assumendo il pieno controllo delle informazioni, e, conformemente alla Costituzione, il corretto e trasparente governo della giustizia.

Note

1. Al fine di sfruttare appieno i vantaggi della digitalizzazione, la Commissione ha presentato un pacchetto costituito da una comunicazione sulla digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea, accompagnata da una mappatura dell'attuale livello di digitalizzazione, e da una proposta di regolamento su un sistema informatico sistema di comunicazione nei procedimenti civili e penali transfrontalieri (sistema e-CODEX).
2. Il decreto legislativo 322/1989 istitutivo del Sistema Statistico Nazionale, detta i principi e i criteri direttivi per la riforma della statistica pubblica.
3. In materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.
4. In particolare il cit. comma dieci dell'art. 4 stabilisce che 10. Il Ministro della giustizia è autorizzato ad adottare, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, un regolamento al fine di disciplinare la tipologia e le modalità di estrazione, raccolta e trasmissione dei dati statistici dell'Amministrazione della giustizia all'archivio informatico centralizzato esistente, senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato.

5. La gestione informatica dei registri di cancelleria, intrapresa in quel momento costituisce quindi il primo passo verso l'innovazione, e viene faticosamente realizzato dal legislatore attraverso una serie di norme susseguite a partire dagli anni '90, con la legge 2 dicembre 1991, n. 399, sulla "delegificazione delle norme concernenti i registri degli uffici giudiziari e dell'amministrazione penitenziaria", per divenire effettivo solo con il D.M. 27 marzo 2000, n. 264, con il quale era stato pubblicato il regolamento recante norme per la tenuta dei registri presso gli uffici giudiziari in attuazione della L. 2 dicembre 1991, n. 339, il DPR 13 febbraio 2001, n. 123, contenente il regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile (...)il DM 27 aprile 2009 recante nuove regole procedurali relative alla tenuta dei registri informatizzati dell'amministrazione della giustizia.
6. Se l'indirizzo PEC non è stato preventivamente comunicato al Reginde (per gli avvocati vi provvede il Consiglio dell'Ordine di appartenenza) l'abilitato esterno non può effettuare depositi e non può ricevere comunicazioni/notificazioni di cancelleria.
7. La prima tappa, stabilita con il decreto legge 90/14 dell'obbligatorietà ha riguardato, dal 30 giugno 2014, nei Tribunali, l'obbligo del deposito telematico per il Ricorso per decreto ingiuntivo e per gli atti processuali e documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite iscritti a ruolo dal 30 giugno 2014 (con esclusione degli atti introduttivi come il ricorso o l'atto di citazione e la comparsa di costituzione e risposta il cui deposito telematico era stabilito come facoltativo a condizione che l'ufficio fosse stato destinatario di un decreto autorizzativo ex art. 35 del DM n. 44/2011). La obbligatorietà è stata dalla stessa norma estesa, con riferimento ai medesimi atti cd. endoprocessuali, ai procedimenti già pendenti alla data del 30 giugno 2014 e poi, a partire dal 30 giugno 2015 per le Corti d'appello. Solo con il decreto legge n. 83/15 "è stato generalizzato, a prescindere dall'esistenza del decreto autorizzativo citato, il regime di facoltatività per tutti gli altri atti. Durante la pandemia, poi, le disposizioni emergenziali (d.l. 11/2020 e successive modifiche) hanno imposto alle parti il deposito obbligatorio di tutti gli atti negli uffici di merito ove ciò era possibile, norma rimasta in vigore fino al 31.7.2021, in virtù di numerose proroghe, mentre per i magistrati l'obbligatorietà è stata limitata ad un breve periodo (dal 9 marzo al 31 luglio 2020).
8. Inoltre nonostante l'obbligatorietà del formato telematico per molti atti processuali, il governo italiano non ha, per il processo civile telematico, ancora attuato le norme del CAD (art. 43); di derivazione europea, che impongono una conservazione del digitale secondo specifici criteri, indicati dalle prescrizioni contenute nel dpcm 3.12.2013 (si veda, sul punto, Arcella, Il documento informatico e la sua conservazione in Italia e in Europa, relazione presso la Scuola Superiore della Magistratura, 3.4.2017, <http://www.fiif.it>).
9. V. nota 5
10. Il Sistema SNT, approntato dal DGSIA per l'invio degli atti tramite PEC ai destinatari selezionabili dall'albo degli indirizzi telematici, permette il monitoraggio delle notifiche inviate e l'invio di comunicazioni e la trasmissione di documenti ad altri soggetti.
11. V, tra le tante Sez. 3, Sentenza n. 56280 del 24/10/2017 Ud. (dep. 18/12/2017) Rv. 272421 - 0
12. Il decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19» convertito, con modificazioni, nella legge 17 luglio 2020, n. 77, all'art. 221, comma 11, prevede che al fine di consentire il deposito telematico degli atti nella fase delle indagini preliminari, con decreto del Ministro della giustizia non avente natura regolamentare è autorizzato il deposito con modalità telematica, presso gli uffici del pubblico ministero, di atti e documenti da parte degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, secondo le disposizioni stabilite con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, anche in deroga alle disposizioni del decreto emanato ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 febbraio 2010, n. 24; il decreto di cui al primo periodo è adottato previo accertamento da parte del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia della funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici. Le predette disposizioni relative alle modalità di trasmissione delle comunicazioni agli uffici del pubblico ministero da parte degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria di atti e documenti con modalità telematica sono state adottate con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati n. 8086 del 28 luglio 2020, pubblicato in pari data sul portale dei servizi telematici. Con decreto del Ministro della giustizia del 4 marzo 2021 pubblicato in G.U. n. 87 del 12 aprile 2021 (entrato in vigore il quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione nella G.U.) è stata accertata la funzionalità dei servizi per la comunicazione e deposito, in conformità alla previsione dell'art. 221, comma 11, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come convertito con modificazioni in legge, di atti e documenti da parte degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli.
13. La Direzione generale di Statistica, nell'ambito del Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, risulta istituita nel 2001.
14. Attualmente l'applicativo italgire web CortediCassazione.it
15. La delibera prevede, altresì, che ai RID viene garantito dal dirigente dell'ufficio l'accesso ai registri informatici ed alla base dati dell'ufficio; la verifica del RID può inserirsi in qualunque fase del procedimento civile o penale; per i procedimenti con dati relativi a indagini preliminari non ostensibili le modalità di verifica verranno concordate tra il RID ed il dirigente dell'ufficio. La Settima Commissione valuta il mancato adempimento dei compiti sopra indicati ai fini della revoca anticipata e del rinnovo nell'incarico di RID".
16. Il DWH estrae i dati dai registri attraverso degli appositi estrattori realizzati dal fornitore del dwh e installati sui sistemi informatici distrettuali, ed è programmato allo stato per estrarre dati dai registri civili con cadenza mensile. Il programma effettua le verifiche e le riconciliazioni necessarie e assicura una storicizzazione e censisce le "variazioni" della base dati che sono catturate su base incrementale. La data osservazione è quindi quella fondamentale: una volta corretto il dato sui registri la statistica viene corretta in modo automatico e sarà visibile all'estrazione successiva.



Diritto europeo e sovranazionale

PNRR e (dis)eguaglianza di genere: la grande illusione?



di Anna Lorenzetti

professoressa associata di Diritto costituzionale
all'Università degli Studi di Bergamo

It

Lo scritto illustra le misure del Piano nazionale di ripresa e resilienza (in sigla, PNRR) e le riforme adottate per dare attuazione alla promozione delle pari opportunità e al contrasto alle discriminazioni, provando a metterne in evidenza le luci e le ombre. Se da un lato, il Piano ha l'indubbio merito di nominare e affrontare frontalmente la diseguaglianza delle donne, proponendo riforme in chiave di superamento o quanto meno di mitigazione, dall'altro veicola però un'idea paternalistica ed essenzializzante della donna e della sua funzione familiare, mirando a superare le disparità di genere con l'obiettivo della crescita economica e dell'eliminazione di un freno allo sviluppo economico.

 **PNRR, discriminazione, diseguaglianza, genere**

Eng

The paper analyses the measures of the National Recovery and Resilience Plan (in abbreviation, NRRP) and the reforms adopted to implement the promotion of equal opportunities and the fight against discrimination, stressing the lights and shadows. If on the one hand, the Plan addresses gender inequality, on the other, it shows a paternalistic and essentializing idea of women; a problematic issue is also that the Plan has economic aims, with a very reduced attention to the social dimension of the NRRP.

 **NRRP, discrimination, inequality, gender**

Sommario

1. PNRR e genere: uno sguardo di insieme; .2. I primi strumenti di attuazione del PNRR; 3. "Luci e ombre" del Piano nazionale ripresa e resilienza e della sua attuazione; 4. Cosa resta da fare

1. PNRR e genere: uno sguardo di insieme

Il presente contributo intende proporre una riflessione su come il Piano nazionale di ripresa e resilienza (in sigla, PNRR) e i suoi strumenti di attuazione si pongano rispetto ai temi dell'uguaglianza di genere e del contrasto alle discriminazioni nei confronti delle donne, intercettando alcune questioni problematiche che si stanno profilando già nelle prime fasi applicative.

Come noto, grazie a finanziamenti ingenti, il Piano si pone l'obiettivo di tracciare il percorso di uscita dalla pandemia, collocandosi lungo la scia tracciata dal programma europeo Next Generation EU (NGEU). Il superamento della disuguaglianza di genere viene assunto nel PNRR quale obiettivo trasversale a ogni altra azione funzionale alla ripresa, al contempo prevedendo alcune misure puntuali specificamente incentrate su singole questioni problematiche. Sotto la dizione "politiche per le donne", la mobilitazione delle energie femminili viene indicata come fondamentale per la ripresa dell'Italia, proiettando gli interventi sulle molteplici dimensioni della discriminazione di genere, ad esempio, in ambito familiare (per l'impari suddivisione dei carichi di cura) e lavorativo (in ogni sua fase, dall'accesso, al licenziamento, alle condizioni occupazionali, tra cui la disparità retributiva, mettendo a tema i fenomeni della segregazione orizzontale e verticale e la tendenziale maggiore precarietà).

Proprio nella presa d'atto delle esistenti disuguaglianze e della necessità di un loro superamento, viene lanciata una Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026, in coerenza con la Strategia europea (2020-2025), che ha individuato cinque priorità (lavoro, reddito, competenze, tempo, potere), accompagnate anche da misure di tipo trasversale, tra cui la promozione dei principi e degli strumenti del *Gender Responsive Public Procurement* (GRPP). La Strategia mira a produrre cambiamenti duraturi, in particolare recuperando, nei prossimi cinque anni, cinque posizioni nella classifica del *Gender Equality Index* dello *European Institute for Gender Equality*, così da raggiungere, entro il 2026, un migliore posizionamento nella media europea e rientrare tra i primi 10 paesi europei in 10 anni.

Quanto alla struttura, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza si articola in sei Missioni, sedici componenti, quattro riforme di contesto, distinte fra le riforme c.d. orizzontali («innovazioni strutturali dell'ordinamento, idonee a migliorare l'efficacia, l'efficienza e la competitività»), riforme abilitanti (volte a «rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali») e riforme settoriali («destinate a introdurre regimi regolativi e procedurali più efficienti nei rispettivi ambiti territoriali»).

Mirando altresì a superare un quadro decisamente critico in tema di disuguaglianza di genere, il PNRR orienta la Missione 1 (dedicata a digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo) quale spinta all'occupazione femminile in termini di quantità e di qualità. Viene altresì enfatizzato il ruolo potenzialmente strategico delle riforme nella pubblica amministrazione, richiamando l'importanza di garantire la parità, in primo luogo di genere (p. 46), nei meccanismi di reclutamento e rivedendo le modalità di accesso alle posizioni apicali, così da porsi quale modello anche per il settore privato (p. 114). Nel ricordare l'importanza di modificare i modelli culturali che potrebbero spingere gli uomini ad accedere a forme di lavoro flessibile per assumere un maggiore ruolo in ambito domestico (p. 114), anche alle misure dedicate al c.d. *smart-working* nella pubblica amministrazione viene riconosciuto un ruolo di rilievo nel contrasto alla disparità di genere, poiché incentivano un più equilibrato bilanciamento tra vita professionale e vita privata. Pure gli investimenti per la banda larga e le connessioni veloci sono ricondotti all'obiettivo del riequilibrio anche di genere, poiché se ne presume un maggiore impatto sull'imprenditoria femminile, consentendo un ampliamento del mercato di riferimento. Infine, il PNRR assume come orientati al superamento delle disuguaglianze di genere anche il potenziamento e l'ammodernamento dell'offerta turistica e culturale, poiché in grado di generare significative ricadute occupazionali in settori a forte presenza femminile come quello alberghiero, della ristorazione, delle attività culturali (p. 114).

Più contenuto è l'impatto di genere della Missione 2 (sulla rivoluzione verde e la transizione ecologica) rispetto a cui si ricorda però il ruolo di contrasto alle disuguaglianze di genere di misure come l'estensione del c.d. superbonus al 110% all'edilizia residenziale pubblica. In un'ottica *gender sensitive*, l'aspetto interessante di tale rilievo è nel nominare il diverso

dato materiale con cui si esprime la carenza abitativa di donne e uomini, in ragione del differente ruolo familiare loro attribuito e del fatto che la maggior parte delle famiglie monoparentali vedono come “capo-famiglia” delle donne (p. 152).

Se non vi sono riferimenti alla parità di genere nella Missione 3 (infrastrutture per la mobilità sostenibile), più incisivo è il richiamo nell’ambito della Missione 4, su istruzione e ricerca. Nel ricordare che l’impari ripartizione del lavoro di cura dovrebbe essere assunta quale tema di rilevanza pubblica, senza gravare esclusivamente sulle famiglie, ma pure prendendo atto di come esso gravi sistematicamente sulle donne, il PNRR intende il suo riequilibrio quale azione a sostegno dell’occupazione femminile e della parità di genere, in particolare attraverso il potenziamento dei servizi di asili nido e scuole per l’infanzia. A questo obiettivo, sono poi ricondotte anche le misure previste nel campo dell’istruzione, che contemplano incentivi nella formazione professionale terziaria (ITS) e volti a favorire, da parte delle donne, l’acquisizione di competenze STEM, linguistiche e digitali (p. 18), così da migliorare le loro prospettive lavorative; in tal modo, si intende perseguire l’obiettivo di migliorare la posizione dell’Italia rispetto alle medie europee (p. 196), mitigando i divari di genere (p. 182), anche attraverso il pieno superamento degli stereotipi di genere (p. 185).

Ma è in particolare la c.d. Missione 5 a orientarsi verso il rafforzamento delle politiche di genere (p. 26), riconoscendo l’importanza del sostegno all’*empowerment* e all’occupazione femminile, in chiave di contrasto alle discriminazioni di genere. Viene previsto un sostegno specifico all’imprenditorialità femminile, con l’attivazione di un fondo *ad hoc* (pp. 204-205), per sostenere o avviare attività, nonché con azioni di comunicazione mirate che le valorizzino, in particolare, presso scuole e università (p. 205); è pure previsto un sistema di certificazione della parità di genere con l’obiettivo di ridurre il gap salariale e attivare *policy* nelle 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. 200). Gli investimenti del Piano per le infrastrutture sociali funzionali a realizzare politiche a sostegno di famiglie, minori, persone con gravi disabilità e anziani non autosufficienti sono pure ricondotti all’obiettivo di un più equilibrato carico di cura. Il Piano riconosce infatti il *valore sociale dell’attività di cura*, con il duplice obiettivo di alleggerire il carico che tradizionalmente grava maggiormente sulle donne, ma anche di stimolare una loro maggiore partecipazione al mercato del lavoro. Infatti, l’incremento dei servizi alla persona viene inteso quale rafforzamento di un settore lavorativo in cui è più alta la presenza femminile, cui si affiancano misure di sostegno come l’assegno unico e universale per i figli contenuto nel *Family Act* (p. 199). Notevole è l’impatto atteso da questa Missione sulla riduzione del divario di genere, in particolare quanto al tasso di occupazione femminile e a un miglioramento della sua qualità, anche attraverso lo sviluppo delle condizioni di occupabilità che l’investimento in infrastrutture sociali e la progressiva attivazione dei servizi a esse connessi possono garantire. Per le imprese che parteciperanno ai progetti finanziati dal PNRR e da altri Fondi, è così previsto l’inserimento di previsioni dirette a subordinare la loro esecuzione all’assunzione di donne, anche per il tramite di contratti di formazione e specializzazione; con specifici interventi normativi, si prevede l’inserimento nei bandi gara di clausole con cui saranno indicati, come requisiti necessari e premiali dell’offerta, criteri orientati al superamento delle disuguaglianze (p. 33).

Nella Missione 6 (salute), l’obiettivo del rafforzamento dei servizi di prossimità e di supporto all’assistenza domiciliare viene pure connesso alla riduzione dell’onere delle attività di cura (pp. 35-36), così da incoraggiare un aumento dell’occupazione femminile; questo si ipotizza sia consentendo alle donne di accedere al mercato del lavoro proprio grazie alla riduzione del carico di cura che su di loro grava, sia nel settore dei servizi di cura a maggiore presenza femminile. Significativo è poi il richiamo alla medicina di genere nel quadro dell’offerta dei servizi alla salute e nell’implementazione delle strutture assistenziali di prossimità (p. 225), inquadrato nel contesto pandemico che ha limpidamente messo in luce la necessità di comprendere gli effetti delle patologie differenziati per genere.

Sul piano complessivo, nella parte relativa al rafforzamento delle misure di revisione e valutazione della spesa, il PNRR prevede poi la necessità di implementare il “bilancio di genere”, così da disporre di adeguate informazioni circa i profili finanziari in chiave *gender sensitive* (p. 71).

La parte conclusiva del PNRR è infine dedicata alla valutazione di impatto di genere (Parte

4), riportando indicatori di inclusione di genere (oltre che territoriale e generazionale) e strumenti di monitoraggio relativi alle priorità trasversali, come la parità di genere (p. 239).

2. I primi strumenti di attuazione del PNRR

A un anno dalla sua approvazione, il Piano ha visto avviare le prime misure attuative, nel tentativo di coniugare l'indubbia complessità del suo impianto alle rigide scadenze cui è legata l'erogazione di fondi.

2.1. La governance del Piano

Dovendo tentare di schematizzare i primi interventi, può rilevarsi come ad alcune misure di sistema, ne siano seguite altre puntuali.

In ragione della complessità del Piano, i primi strumenti di attuazione hanno comprensibilmente riguardato l'impostazione di un metodo di lavoro e la creazione di una *governance*.

A una Cabina di regia interistituzionale sono stati affidati poteri di indirizzo politico, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi, nonché di raccordo tra i diversi livelli di governo, centrale e territoriale, dunque tra le diverse amministrazioni coinvolte. Spetta alla Cabina di regia effettuare la ricognizione periodica sullo stato di attuazione delle misure, degli interventi previsti nel Piano, nonché garantire la programmazione delle risorse destinate al finanziamento. La presidenza è affidata al Presidente del Consiglio dei ministri o all'Autorità politica delegata alle pari opportunità ed è composta da 20 Ministri e 3 designati dalla Conferenza unificata, con una composizione «a geometria variabile o mobile», poiché Presidente a parte, gli altri componenti variano in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta. Quando vi siano questioni di competenza regionale o delle province autonome o di interesse locale, partecipano i rispettivi Presidenti, il Presidente della Conferenza delle regioni, il Presidente dell'ANCI o il Presidente dell'UPI, come anche il Ministro per gli affari regionali e le autonomie. La composizione è così integrata anche quando si tratti di questioni in cui le funzioni statali di programmazione e attuazione degli investimenti previsti nel PNRR e nel Piano nazionale complementare richiedano il coordinamento con l'esercizio delle competenze costituzionalmente attribuite agli enti territoriali, e si provvede simultaneamente a promuovere le conseguenti iniziative anche nella Conferenza permanente e nella Conferenza Unificata. In ragione della tematica affrontata, è anche prevista la possibilità di allargare la Cabina ai rappresentanti dei soggetti attuatori e dei rispettivi organismi associativi e ai referenti o rappresentanti del partenariato economico, sociale e territoriale.

In generale, nelle modalità di funzionamento della Cabina di regia, pare di potersi riconoscere la volontà di dare concretezza al principio di sussidiarietà garantendo la "voce" delle autonomie territoriali.

Quale organismo tecnico di supporto alla Cabina di regia, è previsto un Osservatorio nazionale per l'integrazione delle politiche per la parità di genere, con funzioni di monitoraggio, analisi, studio e proposta dei possibili strumenti per la definizione e l'attuazione del Piano, al fine di migliorarne l'efficacia e integrarne gli strumenti.

Accanto alla Cabina è istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e coordinato dal Presidente del Cnel, un Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, composto dai rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, delle Province autonome, degli Enti locali, di Roma capitale, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e della ricerca, della società civile e delle organizzazioni della cittadinanza attiva, con funzioni consultive. Il Tavolo permanente può segnalare collaborativamente alla Cabina di regia e al Servizio centrale per il PNRR ogni profilo ritenuto

rilevante per la realizzazione del Piano, anche al fine di favorire il superamento di eventuali circostanze ostative e agevolare l'efficace e celere attuazione degli interventi.

2.2. Le misure puntuali attuative del PNRR

2.2.1 Requisiti di accesso e clausole di premialità nelle commesse pubbliche

Tra le misure puntuali adottate, è da segnalare la previsione di requisiti di accesso e clausole premiali nell'ambito delle commesse pubbliche finanziate – in tutto o in parte – con le risorse del PNRR e del Piano nazionale per gli investimenti (a esso) complementari (PNC).

Con l'obiettivo della parità di genere e della promozione dell'occupazione femminile, dalla fine dell'anno 2021, sono infatti state ad esempio previste clausole premiali per le imprese che promuovano le pari opportunità occupazionali per donne, giovani e persone disabili. Inoltre, si prevede che nei bandi pubblici, in caso di aggiudicazione del contratto, vi sia l'obbligo di assicurare alle donne almeno il 30% delle assunzioni necessarie alla realizzazione del progetto finanziato dal PNRR e dal PNC (oltre al 30% riservato ai giovani), con la possibilità di addurre una motivazione per il mancato rispetto.

Per partecipare alle gare pubbliche indette successivamente all'entrata in vigore della normativa, si richiede agli operatori economici pubblici e privati di avere predisposto e consegnato il Rapporto aziendale di parità, che sono tenuti a redigere con cadenza biennale. Tale documento, che delinea la situazione del personale maschile e femminile, deve essere trasmesso congiuntamente all'attestazione della sua conformità a quello eventualmente già trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alle consigliere regionali di parità. A tale obbligo sono soggetti, a pena di esclusione dalla gara, gli operatori che occupano oltre cinquanta dipendenti, mentre in caso di un numero pari o superiore a quindici dipendenti e non superiore a cinquanta, vi è l'obbligo di produrre (e trasmettere alle RSA e alle consigliere regionali) la relazione, entro sei mesi dalla conclusione del contratto.

La mancata produzione viene sanzionata in base alla gravità della violazione e proporzionalmente all'importo del contratto o alle prestazioni dello stesso, con la conseguente impossibilità di partecipare in forma singola o in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi, a ulteriori procedure di gara riguardanti progetti finanziati con le risorse derivanti da PNRR e PNC.

Tali misure si applicano sia nell'ambito delle concessioni, sia degli appalti sopra e sotto soglia di rilevanza comunitaria, e diretta applicabilità hanno le disposizioni volte a impegnare le aziende ad affrontare in modo trasparente l'analisi del proprio contesto lavorativo in una chiave *gender sensitive*.

Il quadro normativo non può di certo dirsi concluso, rilevandosi frequenti e continui aggiornamenti e modifiche, da ultimo, rispetto alla previsione del rafforzamento dell'impegno a favore dell'equilibrio di genere attraverso il riconoscimento alle pubbliche amministrazioni della possibilità adottare misure *ad hoc* per attribuire «vantaggi specifici... al genere meno rappresentato». Può sin d'ora ipotizzarsi che un ulteriore passo in questa direzione venga compiuto con la revisione del Codice dei contratti pubblici, attualmente in discussione in Parlamento, che estenderebbe tali regole a tutte le procedure a evidenza pubblica.

2.2.2 La certificazione di genere

Rapida attuazione è stata data alla previsione contenuta nel PNRR di una certificazione della parità di genere, con cui l'azienda può "attestare" le misure concrete adottate al fine di ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità

salariale, di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità, potendo altresì ottenere un bonus contributivo laddove superi le verifiche dell'organismo certificatore.

Tre sono i passaggi previsti che partono dalla definizione del sistema per la certificazione sulla parità di genere e del meccanismo premiante, con l'istituzione di un Tavolo di lavoro; successivamente, si prevede la creazione di un sistema informativo per la raccolta di dati disaggregati per genere e di informazioni sulla certificazione, nonché di un albo degli enti accreditati; da ultimo, si prevede l'attivazione del sistema di certificazione (a partire dal secondo quadrimestre del 2022). La recente approvazione delle Linee guida per la certificazione, pur non vincolanti, fissa infine i requisiti minimi per il conseguimento.

Non vi sono preclusioni dimensionali per il sistema di certificazione che sarà dunque aperto a tutte le imprese e, nella fase sperimentale (fino al secondo quadrimestre del 2026), prevederà servizi di accompagnamento e assistenza per le imprese di medie, piccole e micro-dimensioni.

Lo strumento della certificazione è stato ulteriormente rafforzato, prevedendone un diretto collegamento al Codice dei contratti pubblici e stabilendo l'obbligo di tale certificazione per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica e individuandolo quale criterio premiale nelle commesse.

2.2.3. Il sostegno all'imprenditoria femminile

Una delle azioni più significative del PNRR prevedeva misure di sostegno all'imprenditoria femminile, cui è stata data attuazione con il "Fondo Impresa femminile", finalizzato a sostenere la nascita, lo sviluppo e il consolidamento delle imprese guidate da donne attraverso contributi a fondo perduto e finanziamenti agevolati.

Nella stessa direzione, si colloca l'istituzione del Comitato Impresa Donna con il compito di aggiornare le linee di indirizzo per l'utilizzo delle risorse del Fondo e formulare raccomandazioni sui temi della presenza femminile nell'impresa e nell'economia, marcando l'interesse per un sostegno concreto e fattivo.

2.2.4. Le altre misure

Rientra nel quadro degli interventi volti a rafforzare la presenza delle donne nei processi decisionali, l'introduzione di misure per estendere anche alle società, pur se controllate dalle amministrazioni pubbliche, l'equilibrio fra i sessi negli organi, imponendo una presenza del genere meno rappresentato per almeno due quinti dei componenti.

Inoltre, significativa è la modifica del Codice pari opportunità nel senso di inquadrare quale forma di discriminazione "indiretta" (cioè quale comportamento apparentemente neutro, ma che può generare un particolare svantaggio nei confronti di un genere) la modifica delle condizioni e dei tempi di lavoro idonee a generare uno sfavorevole impatto in ragione del sesso e delle esigenze familiari o ancora a limitare le opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali, questioni che grande impatto hanno nei termini di conciliazione vita privata-lavoro e in specie sul lavoro delle donne su cui maggiormente grava il carico di cura.

Testimonia il complessivo fermento sul tema il fatto che, dall'8 marzo 2021, il Servizio studi della Camera dei Deputati abbia avviato in via sperimentale l'analisi di impatto di genere quale elemento dei dossier di documentazione sulle proposte di legge di iniziativa parlamentare all'esame della Camera stessa.

3. “Luci e ombre” del Piano nazionale ripresa e resilienza e della sua attuazione

Una prima lettura del Piano per la ripresa e la resilienza post-pandemica e degli strumenti attuativi introdotti in chiave di contrasto alle diseguaglianze di genere restituisce l'idea che le misure previste prefigurino luci e ombre, senza rendere possibile una valutazione definitiva sul loro impatto.

In estrema sintesi, è certamente da interpretare positivamente l'azione del *nominare* il quadro di disparità, quantificandolo, assumendolo quale chiave di lettura critica di ogni azione e riconoscendo a esso una importante visibilità. Indubbiamente, il PNRR porta tracce di una lettura *gender oriented* di tutte le missioni in cui risulta articolato (ad eccezione di quella riguardante le infrastrutture), che individuano strumenti puntuali e di sistema per il superamento delle diseguaglianze. Si pensi al supporto nella formazione alle materie STEM, finalizzato a eliminare gli stereotipi che si ritengono alla base di un orientamento influenzato dal genere nei percorsi formativi, come pure alla riqualifica professionale. Si pensi ancora alle azioni positive pensate a vantaggio del lavoro e dell'imprenditoria femminile, con la previsione di un fondo *ad hoc*, azioni che il PNRR intende quale leva in grado di valorizzare l'imprenditoria nel suo insieme. Anche l'obiettivo di alleggerire il lavoro femminile nella cura è finalizzato a riequilibrarne il carico che maggiormente grava sulle donne, così da garantire più eque possibilità di carriera.

Di certo rilevante è il Piano asili nido (Missione 4) che consentirà di potenziare i servizi, sgravando dalla cura le donne; analogamente può dirsi anche per l'investimento nell'ambito dell'orientamento scolastico delle ragazze verso le materie STEM, o il fondo per la cura per le persone non autosufficienti.

Ma è forse il salto concettuale rappresentato dall'evoluzione dell'Unione Europea che il Piano attesta – da una *comunità economica* finalizzata al libero scambio a *un'unione* volta al *progresso sociale* – a rappresentare l'elemento di maggiore forza del PNRR. Questo orientamento viene ancorato al supporto di coloro che per genere (donne), età (giovani) e provenienza territoriale rispetto al Mezzogiorno, non hanno ancora potuto esprimere le proprie capacità, potendo però rappresentare una risorsa per lo sviluppo del paese.

L'obiettivo di «eliminare la distanza tra chi ha e chi non ha, di raffreddare la corsa di chi è avanti per accelerare quella di chi è indietro» in ragione di condizioni personali e di superare il quadro di disparità è tuttavia finalizzato a un miglior benessere complessivo e non a un'idea di giustizia sociale fondata sul superamento delle diseguaglianze. L'idea del lavoro e delle competenze femminili come fattore di incremento del PIL appare pure il segno di un salto concettuale che finalizza il PNRR quale fattore di una maggiore coesione anche sociale, oltre che finanziaria.

Di certo, le novità introdotte hanno posto le premesse per un deciso scossone, dovendosi positivamente rilevare l'approccio non soltanto quantitativo ma *qualitativo* all'occupazione, riguardando tutti i livelli di carriera e non soltanto i profili occupazionali in cui è più presente il lavoro femminile o che sono caratterizzati dal precariato e da basse remunerazioni.

Realmente significativo è di certo l'effetto che tali misure produrranno nei termini di raccolta di dati, patrimonio fondamentale di conoscenza sullo stato dell'arte, così come la costruzione di strutture a tali attività deputate, come l'Osservatorio per la parità di genere, la cui opera si auspica non cesserà nel breve periodo.

È poi significativa la volontà che le misure esprimono nell'orientare la leva pubblica – attraverso le previsioni riguardanti le commesse pubbliche – verso obiettivi di parità di genere, segnando un impegno assai rilevante per il “peso” dell'amministrazione pubblica come operatrice economica.

Se non poche “luci” possono individuarsi nel PNRR, occorre però tenere conto anche delle “ombre” che esso profila, a partire dalla limitatezza dei fondi dedicati alla parità di genere e dagli obiettivi posti che avrebbero potuto essere di certo numericamente più consistenti, più ambiziosi e più specifici. Si pensi, ad esempio, a come gli obiettivi di riequilibrio dell'occupazione femminile si riferiscano a dati che paiono battaglie di retroguardia, posto che

indicano come orizzonte temporale il 2026, con un lasso di cinque anni per raggiungere traguardi che l'Unione europea chiede all'Italia da quasi un ventennio. Di certo, pochi sono i finanziamenti e limitate le misure specificamente *gender oriented*, ricordando come soltanto quattro interventi su 34 hanno l'obiettivo esplicito di abbattere le asimmetrie di genere, gli altri puntando soltanto a un impatto indiretto; così, anche osservando i finanziamenti, che mostrano come degli oltre 38,5 miliardi di euro di fondi destinati alle misure per la parità di genere – oltre il 20% del totale – la maggior parte avrà un effetto indiretto. In questo senso, rappresenta una cartina di tornasole come soltanto l'1,6% delle risorse del PNRR sia stato orientato su interventi rivolti alle donne (in particolare nelle missioni 4 e 5) e il 18,5% su interventi con un effetto solo indiretto sulla riduzione dei divari a sfavore delle donne.

Alcune assenze vistose, ad esempio, nella promozione del lavoro femminile, più focalizzato nel privato che nel settore pubblico, emergono poi con nitore dall'analisi del PNRR, sembrando non pienamente valorizzato il potenziale che l'amministrazione pubblica può rivestire quale leva e orientamento del complessivo mondo del lavoro. Inoltre, circa la formazione al lavoro, pare un limite che l'intervento non si proietti alla creazione del lavoro stesso in settori in cui si ipotizza una crescita (si pensi all'ambito *green*), né a una garanzia dell'occupazione femminile, neppure nel pubblico impiego laddove di certo il decisore pubblico avrebbe (avuto) un ampio margine di manovra.

Profila un'ulteriore cono d'ombra la previsione di una quota di occupazione femminile prevista come obbligatoria in una percentuale significativa (30%) che, misura di eccezionale impatto sulla carta, rischia però di tradursi in un nulla di fatto non tanto per il suo carattere intrinsecamente temporaneo, ma per il limite di intervenire sull'occupazione aggiuntiva generata dai progetti legati al PNRR e soprattutto per la possibilità di sottrarsi all'obbligo mediante adeguata motivazione; anche l'assenza di indicazioni chiare sulla vigilanza nella sua applicazione sembra porre le premesse per un obbligo – netto sul piano normativo – che potrà però essere disatteso nella pratica eludendo le previsioni.

Non può infatti non considerarsi criticamente il fatto che la maggior parte degli investimenti previsti dal PNRR riguardino attività ad alta concentrazione di lavoro maschile, per cui è certo che l'impatto sarà prevalentemente su questi lavoratori, facilmente potendosi dimostrare che non vi sono professionalità femminili e dotate della necessaria esperienza in taluni contesti (si pensi all'edilizia e alle infrastrutture).

Sono forse gli investimenti nel settore cultura a poter avere un impatto significativo, ad esempio, rispetto alla digitalizzazione del patrimonio dei siti archeologici, dei musei, così come per le competenze digitali degli operatori del settore che potrebbero forse divenire volano per l'occupazione femminile; è però necessario tenere conto del *digital (gender) divide* e della minore presenza delle donne nelle discipline STEM che tali settori chiamano in causa, ma pure del peso degli stereotipi che comunque svantaggiano le donne che intraprendono studi tecnico-scientifici. Il rischio è infatti che le preziose previsioni si traducano nella realtà in investimenti rivolti soltanto a uomini, marginalizzando le donne nell'incapacità della normativa di tenere conto della situazione materiale di disparità.

Vi è poi da considerare come dall'intero PNRR sembri propalare l'idea di una donna presa in considerazione per la sua vocazione domestica familiare, per il suo collocarsi professionalmente nell'ambito dei servizi di cura sia come dato di fatto, sia come proiezione futura verso cui tendere per accrescere l'occupazione femminile, con un approccio che tende a riproporre la dicotomia pubblico/privato su cui storicamente si fonda la dissimmetria di genere.

In aggiunta, è da segnalare criticamente pure la scarsa sensibilità verso il pluralismo e l'assenza di una prospettiva intersezionale, posto che considera *le donne* quasi come una categoria unitaria, sembrando poco consapevole dell'impari collocazione sociale delle donne straniere o di chi manifesti condizioni di fragilità che intrecciano il genere (si pensi alla disabilità, ad esempio).

Poneva forti perplessità, poi, che la valutazione e il monitoraggio non fossero affidati alla magistratura contabile ma a una Cabina di regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, dunque, all'esecutivo, sottratti al controllo di chi avrebbe certamente presentato maggiori garanzie di autonomia e indipendenza, ma successivi interventi hanno cor-

retto tale vistosa anomalia.

Resta ambiguo però il profilo della necessaria misurazione e misurabilità dell'impatto del PNRR, che gli strumenti attuativi non hanno aiutato a superare, sorgendo forti dubbi su quale sarà l'impatto effettivo di questa impostazione e, ancor prima, su come sarà possibile valutarlo efficacemente.

Infine, va criticamente rilevata una tensione paternalistica e liberale del PNRR – ad esempio nell'intendere il superamento della diseguaglianza di genere come finalizzata alla crescita economica e a eliminare un freno allo sviluppo economico – e di cui occorre tenere conto per non annullare l'impatto dei positivi aspetti che comunque il Piano presenta.

4. Cosa resta da fare

Posto che il PNRR dichiara di voler superare le diseguaglianze di genere ma non lo fa compiutamente, è dunque importante domandarsi cosa resta da fare nel breve, nel medio e nel lungo periodo, nelle more del completamento degli strumenti attuativi e della fase esecutiva.

Per quanto riguarda ciò che resta da fare, è in primo luogo fondamentale che il PNRR venga inteso non come un libro statico, ma nella sua dimensione prospettica in grado di tracciare un orientamento complessivo anche su ambiti, temi e settori non inclusi in esso ma che si porranno all'attenzione del decisore pubblico nei mesi a venire. È infatti evidente che le proposte in esso inserite non possono esaurire tutto il margine del "possibile", in chiave di contrasto alle diseguaglianze di genere, di certo potendosi prevedere ampi orizzonti di possibile intervento.

Sarebbe ad esempio auspicabile che le linee di sviluppo del PNRR producano un impatto su ogni politica nazionale, rendendo fondamentale attuare le riforme nell'ottica del *gender mainstreaming* che, già dalla Piattaforma di Pechino (1995), auspicava la centralità del genere in ogni ambito; si pensi all'impatto che potrebbero avere la trasversalità di politiche *gender oriented* in ogni azione pubblica, come pure alcune proposte puntuali quali, ad esempio, l'inserimento nel piano di reclutamento straordinario della pubblica amministrazione della figura del *gender advisor* o di un *gender local manager* in grado di supportare la pubblica amministrazione, centrale e locale, nell'attuare politiche pubbliche *gender sensitive*.

Da ultimo, ma non per ultimo, è auspicabile anche orientare i fondi non ancora assegnati convogliandoli su alcuni temi di primario rilievo, asili nido e occupazione femminile, aumentando così le risorse a essi dedicati che attualmente paiono decisamente insufficienti a quella ripresa e quella resilienza che al Piano danno il nome.

Dato lo scenario, sarà dunque fondamentale nei mesi a venire un più chiaro orientamento verso misure direttamente rivolte a superare le asimmetrie e verso l'aumento delle risorse, monitorando lo stato di attuazione attraverso la copiosa mole di documenti progressivamente elaborati dagli organi di coordinamento (Cabina di Regia) e controllo (Corte dei conti).

Di certo il PNRR poteva dire di più, imprimendo una decisa accelerazione a un percorso che ha segnato e segna ancora oggi un sistematico ritardo rispetto al quadro costituzionale della parità, nella necessità di assumere davvero la trasversalità del genere come prioritaria, individuando specifici interventi e misure.

Solo così sarà possibile che il PNRR non sia soltanto una grande illusione ma possa dispiegare il potenziale di cui pure dichiara di volersi fare attore.

Note

1. D.-l. 6 maggio 2021, n. 59, conv. con mod., in l. 1° luglio 2021, n. 101. Il piano è disponibile in: https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf; a questo indirizzo sono disponibili gli aggiornamenti: <https://italiadomani.gov.it/it/home.html>. La dottrina sul tema inizia a essere significativa. Inter alia, v. G. DE MINICO, Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa, in *Costituzionalismo.it*, nr. 2/2021, p. 130; A. SCIORTINO, PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»? in *Federalismi.it*, n. 18/2021, pp. 235 ss.; F. BILANCIA, Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, pp. 32 ss.
2. Le ingenti risorse previste dal PNRR sono peraltro integrate da altri fonti di finanziamento (es. il programma REACT-EU), anche provenienti dai fondi strutturali 2021-2027 (Fondo per la perequazione infrastrutturale, Fondo del Piano complementare, Fondo di sviluppo e coesione e Fondo europeo di sviluppo regionale).
3. Si tratta di un documento programmatico che definisce un sistema di azioni politiche integrate nell'ambito delle quali sono previste iniziative concrete, definite e misurabili.
4. Il punteggio assegnato all'Italia dall'indice sull'uguaglianza di genere nel 2021 è di 63,8 su 100 e colloca il nostro paese al quattordicesimo posto sui 27 stati dell'Unione europea. Il punteggio dell'Italia è inferiore di 4,4 punti alla media dell'UE e, ad eccezione di quello della salute, riguarda tutti i settori. Le disuguaglianze di genere sono più marcate nei settori del potere (48,8 punti), del tempo (59,3 punti) e della conoscenza (61,9 punti), con il punteggio più basso di tutti nel lavoro (63,3). Il suo punteggio più alto è invece nel settore della salute (88,4 punti). L'Italia è penultima tra i paesi Ue per tasso di occupazione femminile, pari al 52,1% nel 2020.
5. Pubblica amministrazione, giustizia, semplificazione della legislazione e promozione della concorrenza.
6. D.l. 77/2021, conv. con mod. con la l. 108/2021. Decreto Dipartimento pari opportunità, 27 gennaio 2022, «Istituzione della Cabina di regia interistituzionale per la parità di genere».
7. G. MENEGUS, La governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la politica alla prova dell'attuazione, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, 4, p. 945.
8. S. PROFETI, B. BALDI, Le regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenda, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 3/2021, p. 431 ss.; S. PARISI, Pnrr e meccanismi di raccordo: C'è vita oltre gli esecutivi?, in N. ANTONIETTI, A. PAJINO (a cura di), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia: problemi e prospettive*, Bologna, 2022, pp. 259 ss.; M. TRAPANI, Il sistema delle Conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative, in *Rivista AIC*, 4, 2021, pp. 181 ss.; G. FALCON, Viaggio al centro del PNRR, in *Le Regioni*, n. 4/2021, p. 723; C. MAINARDIS, Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, pp. 151-152.
9. Previsto dalla legge di bilancio 2022 (art. 1, c. 139-147, l. 234/2021).
10. Decreto Dipartimento pari opportunità, 22 febbraio 2022.
11. Dpcm 14 ottobre 2021.
12. Regolamenti (UE) 2021/240 e 2021/241.
13. Si tratta dello stanziamento di cui al d.-l. 59/2021, finalizzato a integrare gli interventi del PNRR con risorse nazionali.
14. V. art. 47, co. 4 e 5, d.-l. 77/2021 (c.d. Decreto Semplificazioni-bis), per la cui attuazione sono state approvate Linee guida, adottate il 7 dicembre 2021, con Decreto del Ministro per le pari opportunità e della famiglia e del Ministro per le politiche giovanili (Adozione delle linee guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC); v. la Delibera n. 122 del 16 marzo 2022, adottata dall'ANAC (Individuazione dei dati e delle informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori devono fornire alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici al fine di monitorare l'adozione dei requisiti e dei criteri premiali per le pari opportunità generazionali e di genere, nonché per l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, di cui all'articolo 47 decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, in relazione ai contratti finanziati con le risorse del PNRR e del PNC), alla quale è affidato il monitoraggio della misura.
15. V. i criteri applicativi contenuti nelle Linee guida sopra citate, che si riferiscono all'oggetto del contratto, alla tipologia o alla natura del progetto o ad altri elementi puntualmente indicati e tali da rendere l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.
16. Art. 46, CPO.
17. Si tratta di un Rapporto che ha ad oggetto la situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, nonché della retribuzione effettivamente corrisposta; è redatto in conformità alle indicazioni definite dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con proprio decreto del 3 maggio 2018. Se non realizzato, il Rapporto può essere prodotto

contestualmente alla partecipazione alla gara. Art. 47, co. 3, d.l. 77/2021.

18. Art. 5 D.L. n. 36/2022.
19. Introdotta con l. del 5 novembre 2021 n. 162 (art. 4), di modifica del CPO art. 46-bis.
20. Per consentire il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità e consentire loro di esercitare il controllo e la verifica dei requisiti, il datore di lavoro deve fornire annualmente un'informativa che rifletta il grado di adeguamento a UNI/PdR 125:2022. È riconosciuta la possibilità di segnalare all'organismo di valutazione anomalie o criticità, previa assegnazione all'impresa di un termine, non superiore a centoventi giorni, per sanarle. Sono poi riportati gli indicatori di performance da utilizzare per la misurazione delle azioni intraprese dall'azienda riguardanti, ad esempio, i processi di selezione e organizzazione del personale, l'equità delle retribuzioni, la possibilità di crescita di carriera, la tutela della genitorialità e del lavoro di cura, cui sono attribuiti i diversi punteggi. Il rilascio della certificazione sarà effettuato – una volta ottenuto un punteggio minimo – dagli organismi accreditati.
21. Il 16 marzo 2022 sono state approvate le “Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere”, che prevedono l'adozione di specifici KPI (Key Performance Indicator) inerenti alle Politiche di parità di genere nelle organizzazioni” (UNI/PdR 125:2022). Le Linee guida raccolgono le prescrizioni inerenti a prassi condivise dai soggetti istituzionali parte del Tavolo di lavoro e dalla società civile, individuando degli indicatori prezzazionali, di natura quantitativa e qualitativa, a cui sono assegnati specifici punteggi e che sono suddivisi in sei aree principali in cui viene declinato l'obiettivo della parità di genere: (i) cultura e strategia; (ii) governance; (iii) processi HR; (iv) opportunità di crescita ed inclusione delle donne in azienda; (v) equità remunerativa per genere; (vi) tutela della genitorialità e conciliazione vita-lavoro. La certificazione viene rilasciata solo laddove si raggiunga uno score minimo di sintesi complessivo del 60%. La prassi UNI PDR 125 2022 è entrata in vigore il 16 marzo 2022 in conformità alla norma UNI CEI EN ISO/IEC 17021-1. Non si tratta dunque di un documento nazionale: Regolamento UE n.1025/2012.
22. Art. 34, d.l. n. 36/2022; art. 46-bis CPO.
23. Legge di bilancio per il 2021. V. <https://www.mise.gov.it/index.php/it/incentivi/fondo-a-sostegno-dell-impresa-femminile>.
24. L. 275/2021. V. <https://www.ipsoa.it/documents/quotidiano/2022/03/12/parita-genere-lavoro-pnrr-rapporto-aziendale-differenza>.
25. Si è così dato seguito a un ordine del giorno – O.d.g. 9/Doc.VIII, n. 6/18, Spadoni e altri (testo modificato nel corso della seduta) – approvato nella seduta del 30 luglio 2020.
26. L. BIANCHI, L'impatto del PNRR sulla coesione economica e sociale, in PasSaggi Costituzionali, n. 2/2021, pp. 52 ss.; A. POGGI, Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud), in Le Regioni, n. 1-2/2021, pp. 199 ss.; G. DE MINICO, Il Piano nazionale di ripresa e resilienza, cit., p. 130.
27. G. DE MINICO, Il Piano nazionale di ripresa e resilienza, cit., p. 130.
28. Sia pure rispetto alla violenza contro le donne, v. M. CORSI, Rendere visibile l'invisibile, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice Rosso. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno, Giappichelli, 2020, p. 163, che sottolinea l'importanza di disporre di numeri in grado di quantificare la complessità del fenomeno.
29. Si vedano le prese di posizione pubbliche di Linda Laura Sabbadini (Istat) su tali aspetti.
30. Soltanto l'8% dei fondi del PNRR per la parità di genere sono considerati a impatto diretto. V. fonti del MEF: <https://www.mef.gov.it/focus/Le-diseguaglianze-di-genere-in-Italia-e-il-potenziale-contributo-del-PNRR-per-ridurle/>; v. <https://www.openpolis.it/le-misure-del-pnrr-che-potrebbero-favorire-la-parita-di-genere/>.
31. Nel complesso, il Piano coinvolge, per quasi l'80% delle risorse, i settori caratterizzati da una prevalenza di lavoratori di sesso maschile, mentre poco più del 18% è destinato a quelli in cui prevale la quota di forza-lavoro femminile. La restante parte degli interventi tocca infine le misure specificamente rivolte alla promozione del lavoro femminile nell'ambito di molteplici settori economici. V. <https://www.sace.it/education/dettaglio/pnrr-ed-empowerment-femminile-come-raggiungere-la-gender-equality>.
32. Fanno eccezione le misure volte a rafforzare la presenza delle donne nella formazione e nelle occupazioni STEM.
33. V. ad es., art. 7, co. 7 d.l. 77/2021, che si riferisce al controllo della Corte dei conti, ma v. anche il controllo assegnato all'ANAC, relativamente ad alcune misure.
34. V. <https://www.openpolis.it/le-misure-del-pnrr-che-potrebbero-favorire-la-parita-di-genere/>.
35. Un modello di riferimento è certamente quello del Ministero della difesa che da anni ha attivato alcune figure specifiche di esperte/i sui temi di genere, tra cui i Gender Advisor e i Gender focal point. Per un quadro di insieme, v. R. 6, La prospettiva di genere nelle forze armate italiane, in Queste istituzioni, 2021, 3, p. 1 ss.
36. V. <http://www.cida.it/parita-di-genere-un-obiettivo-del-pnrr-irrinunciabile-per-lequita-e-lo-sviluppo/>.
37. Art. 2, co. 2, lett. e), d.l. 77/2021.
38. Art. 7, co. 7, d.l. 77/2021.



Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice



di Fabio Cintioli

professore ordinario di diritto amministrativo presso
l'Università degli Studi Internazionali di Roma

It

L'articolo offre una serie di osservazioni sul rapporto tra p.a. e PNRR, partendo dall'analisi di alcune delle ragioni delle difficoltà e dei limiti della nostra amministrazione pubblica, per poi formulare, nella seconda parte, una proposta interpretativa. Del resto, il vero banco di prova del PNRR, il vero campo di adempimento degli obblighi assunti verso l'UE sarà quello degli effettivi investimenti di queste risorse. Questo chiama in gioco non tanto - e non solo - la capacità riformatrice-legislativa del Paese, ma la sua capacità di azione amministrativa.



PNRR, discrezionalità amministrativa, risultato amministrativo

Eng

The article offers a series of observations on the relationship between the PA and the PNRR, starting from the analysis of some of the reasons for the difficulties and limitations of our public administration, and then formulating, in the second part, an interpretative proposal. Moreover, the real test of the PNRR, the real field of fulfilment of the obligations assumed towards the EU will be that of the actual investments of these resources. This calls into play not so much - and not only - the country's reform-legislative capacity, but its capacity for administrative action.



PNRR, administrative discretion, administrative result

Sommario

1. Gli obiettivi del PNRR tra legislazione e amministrazione; 2. La codificazione dell'azione amministrativa: luci e ombre; 3. (Segue) La discrezionalità dell'interprete incerto; 4. L'attacco alla discrezionalità amministrativa; 5. La prevalenza della legittimità sul merito amministrativo; 6. Il PNRR, i poteri sostitutivi e il quadro normativo; 7. Il PNRR e la sua "legificazione"; 8. La legificazione del Piano e il risultato amministrativo; 9. Il vincolo del Piano e gli effetti derivanti dal Regolamento UE: una efficacia rinforzata a beneficio del risultato?; 10. Criteri interpretativi della discrezionalità nel nuovo scenario del PNRR.

1. Gli obiettivi del PNRR tra legislazione e amministrazione

Siamo giunti al primo momento di verifica dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Si tratta di accertare che i tempi previsti per gli obiettivi qualitativi (Milestones) e quantitativi (Targets) siano effettivamente rispettati.

Sappiamo che il PNRR è un piano, ossia un atto di pianificazione e programmazione di una serie di attività ed è, da questo punto di vista, un atto del Governo e sottoposto come tale alle regole del diritto nazionale. È una pianificazione che, per un verso, ci riporta ad esperienze di molti anni orsono e che, per altro verso, ci appare di portata innovativa, perché la sua proiezione verso il futuro e verso le nuove generazioni si unisce alla conservazione di alcuni capisaldi della Società aperta, su tutti il principio di concorrenza nell'economia sociale di mercato. D'altra parte, la dottrina italiana aveva già anni orsono spiegato che la pianificazione è un fenomeno che non è legato da un nesso indissolubile all'economia di tipo collettivista e che quindi possiede una flessibilità che può renderlo compatibile con modelli ben diversi, così come è nella radice del quadro costituzionale italiano.

Sappiamo anche che lo scopo del piano è quello di utilizzare le risorse che perverranno – e che iniziano già a pervenire – dall'UE, in parte a titolo di mutuo e in parte a fondo perduto. Sicché la verifica dell'adempimento del Piano è condizione essenziale per poter (continuare) ad acquisire i fondi dalla Commissione e per evitare atti di sospensione delle erogazioni o nei casi più gravi – che ci auguriamo solo teorici – atti di revoca del finanziamento con obbligo di restituzione.

Così, adesso entriamo nel vivo del problema "amministrativo" del PNRR.

Tra gli impegni assunti dalla Repubblica italiana e menzionati dal Piano ve ne sono molti che possono dirsi in qualche misura già adempiuti o in corso di definitivo adempimento. Mi riferisco, ad esempio, ai vari progetti riformatori, che consistono nell'approvazione dell'una o dell'altra legge: riforma della P.A., della disciplina degli appalti pubblici, della concorrenza, della giustizia. Mi guardo bene dall'entrare nel merito dell'una o dell'altra riforma, questione evidentemente complessa, che lascio ai giudizi che verranno, e parto dall'assunto – ancor oggi acritico – che siano tutte più o meno rispettose degli obblighi assunti. Sono adempimenti già conseguiti, quindi. Ma sono anche leggi, e nulla più al momento. E nella nostra storia recente ben sappiamo che le leggi di riforma sono state davvero tante, sovente declamate dall'una o dall'altra compagine governativa e maggioranza parlamentare per rivendicare la bontà della propria azione.

In fondo, dobbiamo dirlo, varare una legge è relativamente facile. È sufficiente l'approvazione parlamentare. Un discorso diverso è attuarla; il che – sia chiaro – non significa neppure e soltanto varare quei decreti regolamentari di esecuzione e/o attuazione la cui carenza o ritardo sono spesso messi all'indice dalla stampa periodica, bensì portare a compimento quelle azioni amministrative concrete che servono a raggiungere gli obiettivi.

Siamo arrivati al punto essenziale del discorso: stiamo parlando dell'amministrazione, del fare le cose che servono per costruire una nuova linea ferroviaria, mettere al sicuro nel cloud nazionale i dati sensibili che possano essere esposti al rischio di un cyberattacco, attivare un percorso di circolarità dell'economia in relazione all'una o all'altra produzione, dotare le strade e autostrade di colonnine di ricarica elettrica, realizzare e rendere operativi asili nido che siano in grado di aiutare le famiglie, giusto per fare qualche esempio che sia collegato alle varie indicazioni del PNRR.

E la questione amministrativa è sicuramente quella centrale a proposito del PNRR. Dato che, in definitiva, si tratta di utilizzare risorse finanziarie e che le riforme legislative – e le varie leggi e decreti legge o decreti legislativi che di volta in volta dovranno esser varati per provvedere alle necessità del PNRR – sempre a questo fine ultimo sono strumentali, il vero banco di prova del PNRR, il vero campo di adempimento degli obblighi assunti verso l'UE sarà quello degli effettivi investimenti di queste risorse. Questo chiama in gioco non tanto – e non solo – la capacità riformatrice-legislativa del Paese, ma la sua capacità di azione amministrativa.

2. La codificazione dell'azione amministrativa: luci e ombre

Abbiamo nella nostra recente memoria ombre, segni di preoccupazione e qualche luce, persino munita di rimarchevole luccichio.

Da un lato, abbiamo la cronica difficoltà amministrativa della Repubblica nell'utilizzo dei fondi europei, che ci ha penalizzato rispetto all'esperienza di altri partners (ad es., la Spagna per non andar troppo lontani), nonché le classifiche internazionali specializzate e il dibattito pubblico tutto, che vedono nel malfunzionamento della nostra "burocrazia" il principale ostacolo ad una crescita economica e sociale che vada oltre i miseri punticini che ne hanno segnato il passo negli ultimi vent'anni e più. Dall'altro lato, restando ai nostri giorni, la forza dirompente di una campagna di vaccinazione che ha sconfitto le previsioni dei pessimisti, ha coinvolto e nobilitato molte delle nostre amministrazioni e dimostrato, dalla sua prima organizzazione e sino agli esiti recenti, che un'amministrazione efficiente e "di risultato" è cosa possibile anche in Italia, senza bisogno di scomodare complicate cornici giuridiche e intricate reti di linee guida, regolamenti e sentenze, ma semplicemente mostrando la capacità di "fare".

Descrivere le ragioni delle difficoltà e dei limiti – certamente ve ne sono, e di profondi – della nostra amministrazione pubblica sarebbe compito troppo vasto per poter essere anche solo approssiato in queste note. Questo intervento sul rapporto tra p.a. e PNRR sarà allora dedicato a sottolineare solo alcune di tali ragioni, per poi formulare, nella seconda parte, una proposta interpretativa che potrà essere valutata anzitutto da coloro ai quali questo scritto è principalmente destinato, ossia il Giudice.

Desidero allora soffermare l'attenzione su tre questioni complementari tra loro. Le distinguerò concettualmente, anche se sono tra di esse reciprocamente legate, sia storicamente sia causalmente.

La prima è quella che definirei la codificazione dell'amministrazione.

La seconda è quella che chiameremo l'attacco alla discrezionalità amministrativa.

La terza è la prevalenza della legittimità sul merito amministrativo.

Partiamo dalla prima, dunque.

Chi abbia avuto la possibilità di conoscere il diritto amministrativo che in Italia affacciava lo sguardo al nuovo secolo, questo XXI, come molti dei lettori cui sono destinate queste pagine, ricorderà che il diritto amministrativo si distingueva per alcuni caratteri propri, che ne facevano qualcosa di molto diverso dal diritto privato – il quale ultimo ovviamente per il suo ruolo ordinamentale ha una posizione di primato, anche "quantitativo" – ma anche da altre partizioni dell'ordinamento, come ad esempio il diritto penale.

Il diritto amministrativo era una partizione non codificata e composta soprattutto da una fitta rete di principi generali e sottoprincipi.

Il cuore del diritto amministrativo – beninteso è ancor oggi così – stava dunque nel continuo bilanciamento tra autorità e libertà, tra potere e diritti (e interessi). Da un lato, vi è il potere che dev'essere riconosciuto alla p.a. – secondo la teoria generale in grado di infrangere il muro dell'intangibilità della sfera giuridica altrui – e il potere dev'essere esercitato con continuità ed efficacia ed è quindi sottoposto a regole flessibili ed essenziali, in grado di adattarsi ad un caso o all'altro; e dall'altro lato vi è la cruciale correzione e limitazione di tale potere, per rendere effettiva la tutela dei cittadini, nel procedimento dapprima e nel processo amministrativo successivamente.

Certamente, questa è una sintesi estrema e, come tale, insoddisfacente sul piano sistematico, ma forse in grado di far affiorare nella memoria del lettore le emozioni giovanili di chi imparava a studiare questa materia così diversa dalle altre.

Moltissime le leggi di settore al tempo richiamate, collocate addirittura tra la fine del secolo XIX e il primo secolo XX, ma quasi sempre non allo scopo di rinvenire in esse una normazione compiuta del fenomeno regolato, bensì l'enucleazione di un principio, di un istituto, che poi si andava assestando e formando nelle sentenze del giudice amministrativo od anche del giudice ordinario piuttosto che nei commi di un codice o d'una legge speciale.

Bene, questo tratto distintivo del diritto amministrativo è stato via via messo in discussione dall'ordinamento attraverso un complesso processo evolutivo, nonostante la radice genuina del fenomeno amministrazione non fosse davvero cambiata. Cerco di spiegare questa apparente contraddizione: per un verso, si è affermata una codificazione, talora disomogenea, episodica ma decisamente imponente del diritto amministrativo; per altro verso, il diritto amministrativo è rimasto pur sempre un insieme di principi che servono – o dovrebbero servire – ad equilibrare il rapporto tra autorità e libertà.

A dispetto delle moltissime regole catapultate su questo scenario, infatti nel caso concreto la funzione amministrativa tende – o dovrebbe tendere quantomeno – a raggiungere un dato risultato e quindi la sintesi discrezionale degli interessi in gioco dovrebbe essere tale da disegnare il tipo di scelta da compiere, i suoi contenuti ed i suoi tempi. Insomma, i classici requisiti della discrezionalità amministrativa, sull'an, sul quando sul quomodo.

Una codificazione del diritto amministrativo ha però avuto luogo, si è consolidata e concretizzata in più fenomeni distinti.

Il primo è stato l'effetto convergente di un'imponente produzione normativa di fonte europea nei vari settori di rilevanza amministrativa – dall'ambiente e beni culturali alla privacy, dagli appalti pubblici ai trasporti – e di una normativa di recepimento che, per dichiarazione espressa dei legislatori del tempo, si è mossa nel segno della codificazione del diritto amministrativo. Talvolta, nel dibattito è sembrato quasi che, guadagnando questo carattere, il diritto amministrativo si liberasse di una sorta di subalternità rispetto ad altri settori da lungo tempo codificati. La codificazione spesso è stata sì intitolata all'obiettivo della semplificazione, ma questa pur commendevole finalità si è presto rivelata vana, perché la regola una volta fissata nella legge si cristallizza e, quand'anche desunta dai precedenti della giurisprudenza, finisce per suscitare nuovi dubbi e per assumere nuovi significati. E così sono arrivate nuove regole per chiarire i nuovi dubbi e poi dubbi ancor più freschi sono però prontamente emersi, in una rincorsa all'infinito.

Un altro fenomeno concomitante, non meno decisivo, è stato quello delle novelle ai codici di settore comparse nei maxi-emendamenti alle varie leggi di stabilità e nei "treni" normativi dedicati alla conversione dell'uno o l'altro decreto legge. Il quadro normativo non solo si è ampliato, ma è divenuto sempre più episodico, disorganico, disomogeneo.

3. La discrezionalità dell'interprete incerto

Gli adempimenti a carico delle amministrazioni sono stati nel frattempo viepiù aggravati e la dinamicità dell'azione amministrativa indebolita da una nuova idea affiorata all'orizzonte.

L'idea è quella che fossero necessarie abbondanti leggi destinate a combattere la "corruzione" in sede amministrativa – e non la corruzione prevista come figura tipica di reato, beninteso – e che compito del legislatore fosse non soltanto quello di assicurare la legittimità dell'azione amministrativa ma anche quello di mettere al bando la c.d. maladministration, vale a dire la cattiva amministrazione. Si è così avviata, in nome di una nozione "oggettiva" di corruzione all'interno della quale si è compresa ogni manifestazione di una "degenerazione delle istituzioni pubbliche", una battaglia contro quell'amministrazione che risultasse eticamente riprovevole, ma sempre nel presupposto che tali mali potessero essere svelati e combattuti con altrettante norme, con piani, con programmi, con regole e regolette di varia fonte e natura. Però, in questo modo si sono allentati – e di molto – i confini che devono separare il diritto dall'etica e si sono poste le premesse per favorire di caso in caso le soluzioni interpretative che servissero ad escludere – quale che fosse il risultato di interesse pubblico nella concreta vicenda – il rischio di una situazione eticamente condannabile.

Di dare regole all'azione amministrativa, poi, si sono occupati non solo il legislatore – quello statale e quelli regionali – ma anche le autorità indipendenti. Così, ad esempio, non sono stati rari i casi nei quali, per stabilire che tipo di regole andassero seguite per selezionare il proprio contraente, l'amministrazione dovesse tener conto, oltre che

delle direttive UE e delle leggi, nazionali e regionali, anche della posizione dell'A-NAC (Autorità anticorruzione, competente anche in materia di contratti pubblici), di AGCM (Autorità garante della concorrenza e del mercato) e dell'ART (Autorità regolazione trasporti).

Non si cada, poi, nell'errore di pensare che quella che si sta raccontando non sia in fondo una storia così nuova, perché il vizio italico di produrre troppe leggi è antico e questa descrizione non è altro che un effetto del solito problema. Chi ha pensato ciò aveva proposto, qualche anno addietro, una ricetta che consisteva nel "tagliare le leggi": le leggi sono troppe e ingessano, dunque dobbiamo eliminarle e questo risolverà i problemi. Non è proprio così però, perché la questione di cui parlo è ben più specifica e riguarda l'amministrazione e chi di diritto amministrativo si è occupato, perché è in queste sedi che è maturata l'idea di codificare la p.a., forse pensando che fosse cosa giusta per muovere il pendolo autorità-libertà verso il secondo polo. Si è trattato, in altre parole, di una svolta qualitativa sul modo di concepire il rapporto tra la norma e l'azione amministrativa e non soltanto quantitativa.

Tutto questo, in una parola, ha però reso l'agire amministrativo molto più difficile, molto meno flessibile, esposto ai venti di interpretazioni confliggenti, se del caso animate dello spirito formale dell'una o dell'altra espressione grammaticale, ma sovente avulse dalla concreta dimensione dell'interesse pubblico da curare e possibilmente talora lontane dal risultato da conseguire.

La discrezionalità amministrativa, vero cuore e rebus del diritto amministrativo, assillo della cultura giuridica – alla quale presto passerò – è stata così afflitta da questa messe di regole, a tratti ridotta nei suoi contenuti ed a tratti sostituita da una nuova forma di discrezionalità: quella che vorrei qui definire, un po' provocatoriamente, la "discrezionalità dell'interprete incerto e confuso". Incerto e confuso perché egli si trova sovente al cospetto di indicazioni contrastanti e non chiare. Si trova comunque costretto ad enucleare il principio, che potrà guidarlo verso il risultato amministrativo, ma per farlo dovrà magari sacrificare l'una o l'altra norma e questo potrà aprire il varco ad una confutazione esterna, di un controllore amministrativo o giudiziario.

Jura novit curia, direte. Lì dove campeggiano le norme, mi direte, non v'è discrezionalità, perché, in fondo, l'origine genuina della discrezionalità amministrativa – come insegnava uno dei padri del diritto amministrativo italiano, Federico Cammeo – sta in una norma incompleta, che decide di affidare direttamente all'amministrazione il suo completamento mediante la ponderazione degli interessi nel caso concreto e il modo di attuarla sta nella dimensione del "tipo medio di uomo, in questo caso il buon amministratore". Eppure, nonostante questa legittima obiezione, insisterei nel ravvisare una radice pragmaticamente comune alla discrezionalità in questo fenomeno – una discrezionalità che sarebbe dunque richiesta ad una p.a. che con coraggio volesse usarla – perché è proprio nella congerie di norme e in mancanza di un'indicazione univoca data dalla legge che deve talvolta muoversi chi amministra la cosa pubblica.

4. L'attacco alla discrezionalità amministrativa

È evidente, però, che all'amministrazione non sempre si può chiedere così tanto coraggio. Sicché, di fronte alla difficoltà di mettere ordine nel diritto amministrativo codificato e di affermare una soluzione interpretativa in nome del risultato amministrativo, essa molte volte preferirà o l'inerzia o tuttalpiù la soluzione più "facile" dal punto di vista (per così dire) etico, che però nella gran parte dei casi potrebbe non corrispondere alla logica del fare, del portare a compimento un investimento pubblico, dell'utilizzo delle risorse per il conseguimento degli obiettivi. Del resto, ormai gli scritti sulla c.d. burocrazia difensiva sono molti e molto ben argomentati.

Nel frattempo, è evidente che il burocrate che si difende, paradossalmente, alimenta la causa del problema, perché per proteggersi richiede nuove norme, che chiariscano i problemi sul tappeto, che gli diano una sicura linea d'azione. Il circolo vizioso, dunque, si ravviva e prosegue ininterrotto.

Passiamo allora alla seconda questione, l'attacco alla discrezionalità amministrativa.

Questo aspetto è stato già introdotto da quanto si è appena detto, perché è evidente che l'aspirazione alla codificazione si giustifica e si traduce in una sfiducia verso la discrezionalità amministrativa.

Per Cammeo, come ricordavo, la discrezionalità è quella ponderazione che la legge ha voluto lasciar libera alla p.a.. Per Massimo Severo Giannini è il modo in cui la p.a. decide attraverso la commisurazione tra l'interesse pubblico primario da realizzare e gli altri interessi secondari, sia pubblici che privati, che l'ordinamento seleziona e porta all'attenzione della p.a. E' la chiave per raggiungere il risultato amministrativo negli studi più recenti della dottrina italiana, come diremo tra breve. Ed è quel fenomeno che il giurista ha individuato come ponte tra il potere dell'amministrazione e le garanzie, vero e proprio tramite tra legittimità e merito e cuore pulsante dell'eccesso di potere.

Ebbene, è difficile negare che, fors'anche per via della sovrapposizione del piano etico a quello giuridico e forse per via di una impropria assimilazione tra autorità e discrezionalità, in questi anni si sia diffusa tra le istituzioni e la dottrina una certa preoccupazione verso la discrezionalità, che si è risolta nella tendenza a scegliere soluzioni che ne riducessero la portata.

Da un primo punto di vista, la riduzione della portata della discrezionalità è stata vista come uno strumento utile a rafforzare la tutela giurisdizionale di diritti e interessi davanti al giudice amministrativo, nel presupposto - in verità tutto da dimostrare a parere di chi scrive - che il modello del controllo sul potere vincolato rispondesse meglio di quello sul potere discrezionale al canone di effettività della tutela. Da un altro punto di vista, la recente spinta verso il rafforzamento della prevenzione della corruzione ha fatto ritenere che l'eccesso di discrezionalità amministrativa potesse giocare come fattore rilevante della corruzione.

Si è diffuso un timore verso la discrezionalità e le sue possibili conseguenze.

Molti esempi potrebbero esser fatti. Tra di essi, basterà citare il modo in cui si è data vitalità all'istituto dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio di aggiudicazione degli appalti pubblici: doveva servire, in contrapposizione al criterio del prezzo più basso, ad ampliare la discrezionalità valutativa delle commissioni di aggiudicazione e ciò in perfetta sintonia con le indicazioni del diritto UE; attraverso il sovrapporsi di indicazioni legislative e regolamentari, è diventato un sistema alquanto macchinoso, che attraverso criteri, punteggi e sottocriteri finisce per ridurre moltissimo lo spazio di valutazione della qualità dell'offerta.

La perdita di tono della discrezionalità è anche dipesa dall'ampliamento della c.d. discrezionalità tecnica e dall'affermarsi delle tesi che affidano al giudice amministrativo un controllo pieno su di essa, vale a dire un controllo che non è quello esercitabile sulla discrezionalità pura, il quale presuppone un sindacato appuntato solo sull'eventuale violazione delle limitazioni a tale discrezionalità, bensì analogo a quello del rapporto paritetico in quanto commisurato alla corretta o non corretta applicazione della norma. Sul piano interpretativo, dunque, allo schema norma-potere-fatto si è sostituito sempre più frequentemente lo schema norma-fatto.

Alla sfiducia verso la discrezionalità e all'idea che di essa, in fondo, si potesse fare a meno, ha concorso anche il ricorso ai sistemi di c.d. ingegneria amministrativa, i quali hanno puntato sulla possibilità di rinunciare alla valutazione della p.a. Il fiorire di silenzi-assensi, da soli o nelle conferenze di servizi sempre più macchinose, e di DIA e Scia, in contesti nei quali però un'autentica liberalizzazione - nel senso dell'eliminazione della valutazione rimessa alla p.a. - non era possibile o non era comunque prevista, ha proposto una ricetta che era quella di risolvere il problema della decisione amministrativa ... facendo a meno di essa. Il che però trascurava che in moltissimi casi - che poi coincidono oggi con le molte e delicate scelte che il PNRR imporrà - fare a meno della discrezionalità non era affatto possibile. Peraltro, non va dimenticato che lo stesso diritto UE, se da un certo punto di vista ha fatto largo uso del silenzio-assenso e della Scia, da un altro in alcuni settori più sensibili, come ad esempio nel campo delle autorizzazioni ambientali, ha imposto la necessità del provvedimento espresso.

Oggi nel dibattito in molti guardano con interesse alle decisioni con algoritmi, quasi suggerendo che questo possa essere un rimedio alla questione amministrativa in Italia ed ai mali della burocrazia difensiva. Questo potrà forse essere in qualche limitato caso, ma per il resto questi strumenti - ai quali certamente non si deve sbarrare la strada restando pervicacemente trincerati sul passato - sembrano replicare i limiti e i vizi delle teorie che avevano visto il silenzio assenso come rimedio generalizzato alle difficoltà dell'amministrazione decidente.

5. La prevalenza della legittimità sul merito amministrativo

La terza questione è quella della prevalenza della legittimità sul merito amministrativo. Si pensi al percorso certamente virtuoso che ha condotto alla legge generale sul procedimento, la legge n. 241 del 1990 ed all'esigenza che molte componenti dell'agire amministrativo fossero proceduralizzate e così univocamente attratte nell'orbita del giuridico: la carenza di motivazione, così come il difetto di istruttoria, si erano trasformati da vizi di eccesso di potere (i.e. sintomi di un non corretto esercizio della discrezionalità) in vizi di violazione di legge. Il pendolo si assestava così a vantaggio della libertà e a scapito dell'autorità o comunque a scapito di visioni autoritarie che potessero ridurre le garanzie individuali.

Senonché questo percorso è proseguito e, in una con la stagione della codificazione, ha registrato moltissime novelle della legge sul procedimento, le quali hanno consolidato il fenomeno complessivo di cui discutiamo: l'amministrazione è parsa sempre più una questione di legittimità, e dunque di conformità alla legge, e sempre meno una questione di merito, ossia di ponderazione dell'opportunità e convenienza della scelta amministrativa nell'interesse dell'amministrazione, che poi – non dimentichiamolo – è l'interesse di tutti.

L'attenzione che in eccesso è stata riservata, nei vari progetti riformatori succedutisi negli ultimi decenni, alla c.d. amministrazione di servizi anziché all'amministrazione decidente e munita di potere discrezionale ha probabilmente contribuito a disperdere parte del valore ordinamentale del merito amministrativo, (ché l'ordinamento ammette e valorizza il merito ossia accetta che una parte dell'agire amministrativo stia al di fuori del controllo di legittimità). Ragionare della p.a. solo come di un soggetto produttore di servizi e di prestazioni materiali – vizio nel quale il dibattito politico e pubblico sovente è caduto – implica il sottovalutare quanto sia importante la p.a. che, esercitando la discrezionalità amministrativa, bilancia gli interessi in gioco e compie le scelte che servono a realizzare un dato progetto di pubblico interesse, agendo così ad un livello certamente più prossimo all'indirizzo politico-amministrativo. Quanto sia importante questa seconda veste della p.a. per l'attuazione del PNRR è intuitivo. Come è intuitivo che sulle principali questioni del PNRR non potrà essere di grande aiuto l'algoritmo in sostituzione dell'amministrazione umana.

Un altro contributo alla riduzione del peso del merito amministrativo è verosimilmente derivato dalla tesi che, a partire dalle riforme dei primi anni '90, ha distinto tra il livello politico e quello amministrativo, assegnando al primo l'enunciazione degli indirizzi e al secondo la gestione amministrativa. A parte molte altre criticità, sulle quali si è formato un dibattito dottrinale cospicuo, questa separazione ha allentato – o per dir meglio celato – quell'ineliminabile collegamento tra i due livelli che abbraccia proprio la sfera – non “giuridicizzata” – del merito amministrativo quale valutazione di opportunità e convenienza in nome del risultato amministrativo.

6. Il PNRR, i poteri sostitutivi e il quadro normativo

Dopo aver detto – con inevitabile sommarietà – di queste difficoltà che toccano la nostra amministrazione è tempo di passare al PNRR, alla sua attuazione ed a capire se i tratti giuridici del piano possano offrire qualche spunto di interpretazione utile a superarle nel concreto e ad agevolare il percorso di attuazione. Che il passaggio sia cruciale per la storia della nostra Repubblica è ben noto a tutti ed è stilato a chiare lettere, da ultimo, nelle parole del d.l. n. 77 del 2021, convertito nella legge n. 108 del 2021: la “sollecita e puntuale realizzazione degli interventi” inclusi nel PNRR “assume preminente valore per l'interesse nazionale”. La competenza legislativa dello Stato, a sua volta, è fondata non soltanto sull'art. 117, comma 2, lett. a), Cost., che attiene ai rapporti dello Stato con l'UE, ma anche sull'art. 117, comma 2, lett. m), che attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

Che vi sia consapevolezza della difficoltà della sfida per la Repubblica è dimostrato dall'urgenza e dalla determinazione che il Governo ha mostrato nel varare quei decreti legge. Questi decreti, da un primo punto di vista, costituiscono assolvimento di alcuni tra gli impegni di tipo preliminare assunti nel piano – che appunto si riferisce a progetti riformatori della p.a. – e, da un secondo punto di vista, vogliono essere una risposta a tali preoccupazioni nonché il modo per allestire un quadro organizzativo nuovo e diremmo fatto ad hoc per il PNRR.

Il decreto n. 77 del 2021 prevede l'istituzione della Cabina di regia a Palazzo Chigi, definisce i principali compiti dei Ministri, riconoscendo la centralità del MEF, istituisce una segreteria tecnica presso la Presidenza che ha il compito di vigilare e monitorare l'attuazione del Piano nonché un Ufficio che dovrebbe occuparsi di migliorare la qualità della regolazione, ma soprattutto munisce il livello centrale dell'amministrazione di penetranti poteri sostitutivi in caso di inerzia nell'esecuzione dei singoli progetti. Il decreto n. 80 del 2021 prevede un rafforzamento della p.a. con un programma straordinario di assunzioni.

Accanto agli atti governativi va crescendo l'attenzione di studiosi e addetti ai lavori.

Ad esempio, ha avuto un rilievo speciale la tesi che si debba assicurare un cambiamento nelle competenze e nei "saperi" dell'amministrazione proprio per il PNRR. Il dibattito pubblico, alimentato da contributi di giuristi ed economisti, ha messo in luce una eccedenza di professionalità giuridiche rispetto a quelle, ad es., economiche e tecnico-ingegneristiche ed ha sottolineato che proprio tale circostanza non avrebbe favorito la flessibilità ed efficienza dell'azione amministrativa. Il problema dell'esorbitanza dei profili giuridici sugli altri avrebbe nella burocrazia italiana radici storiche e avrebbe visto la "sconfitta" delle discipline tecniche, con l'unica eccezione degli economisti che avrebbero opposto resistenza non senza difficoltà. Si auspica, dunque, che, mutando pelle all'amministrazione, la semplificazione, l'efficacia, il raggiungimento del risultato amministrativo possano diventare realtà concreta e che questo possa essere il viatico giusto per il PNRR.

In fondo, sembra una tesi che evoca e conferma la descritta e problematica eccessiva prevalenza della legittimità sul merito nell'attività amministrativa.

Il riequilibrio delle competenze potrà essere un obiettivo ragionevole e condivisibile, così come potrà esserlo il ritorno ad alimentare l'amministrazione di nuove risorse di personale, più giovane e munito di saperi più adatti alla sospirata transizione digitale.

Tuttavia, rispetto ai problemi che ho descritto in precedenza, si può nutrire qualche dubbio che quest'ultima ricetta basti a risolverli.

I nuovi funzionari, ancorché muniti di competenze non giuridiche, avranno pur sempre molto a che fare col diritto. Anzi con l'eccesso di regolazione giuridica che ho testé cercato di resocontare. Per mettere a frutto le professionalità non giuridiche e porre al centro del discorso amministrativo il risultato servirà proprio recuperare in qualche modo la discrezionalità attraverso la scatola degli attrezzi del giurista e riscoprire quella centralità del merito amministrativo che sembra oggi talvolta un lontano ricordo.

Il bandolo della matassa torna dunque, a mio modo di vedere, proprio al giurista, al quale spettano le proposte per conciliare l'insopprimibile bisogno del "risultato" nell'attuazione del Piano con quei fattori di crisi dell'amministrazione che potremmo sintetizzare così: una certa esorbitanza del dato giuridico – e di un certo modo di intendere il dato giuridico – e quindi il modo di vigilare sul suo rispetto da parte della nutrita serie di controllori.

Proprio ispirandomi a questo passaggio proverò allora a dire di come il PNRR, i suoi contenuti e le fonti che ne costituiscono il fondamento possono aiutare, appunto, sul piano dell'interpretazione giuridica ad affrontare i problemi.

7. Il PNRR e la sua "legificazione"

Fatta l'analisi del problema di fondo, per costruire la proposta interpretativa è indispensabile ricordare alcuni dati.

Il PNRR è un atto del Governo italiano, che è stato adottato al fine di coordinarlo con

le iniziative, le risorse finanziarie e le determinazioni previste nel Regolamento UE 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che ha istituito il “dispositivo per la ripresa e resilienza”.

Il PNRR si sviluppa intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale. Si articola in sedici Componenti, raggruppate in sei Missioni. Le sei Missioni (i c.d. Pilastri secondo la terminologia del diritto UE) sono un elemento di coesione che riguarda tutti i piani degli Stati membri interessati e devono perseguire: (1) transizione verde; (2) trasformazione digitale; (3) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, compresi coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione e un mercato unico ben funzionante con PMI forti; (4) coesione sociale e territoriale; (5) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, anche al fine di aumentare la capacità di reazione e la preparazione alle crisi; (6) politiche per la prossima generazione, infanzia e gioventù, incluse istruzione e competenze. Il Piano è stato inizialmente trasmesso al Parlamento, il quale ha votato due risoluzioni di approvazione. Dopodiché, il Piano, ai sensi del predetto Regolamento, è stato trasmesso alla Commissione europea, la quale ha adottato la sua proposta di decisione di esecuzione, con una valutazione positiva, unendo al proprio Documento di lavoro un corposo Allegato. La proposta della Commissione formulata in caso di valutazione positiva del piano, va ricordato, “stabilisce le riforme e i progetti di investimento che dovranno essere attuati dallo Stato membro, compresi i traguardi e gli obiettivi e i contributi finanziari” (art. 20, par. 2) e indica altresì l’importo dei prestiti da erogare. È stato puntualmente osservato quindi che la proposta sembra avere anche un contenuto prescrittivo unilaterale in relazione al quale lo Stato dovrà assumere obblighi propriamente giuridici .

Il Consiglio ha adottato la decisione di esecuzione, dopo la quale è previsto dall’art. 20 e dall’art. 23 del predetto Regolamento che “la Commissione conclude con lo Stato membro interessato un accordo che costituisce un impegno giuridico specifico ai sensi del regolamento finanziario”. Va infine ricordato che una eventuale modifica del piano da parte dello Stato membro può essere concessa solo “a causa di circostanze oggettive” e in seguito alla presentazione alla Commissione di “una richiesta motivata” (art. 21, par. 1). Ciò significa che lo Stato membro, una volta che il Consiglio ha adottato la decisione di esecuzione, perde nella sostanza la disponibilità dei contenuti del proprio piano.

Benché la nostra tradizione giuridica conosca la figura delle leggi di approvazione dei piani, che esemplificano un caso di legge-provvedimento o comunque una legge sui generis che ha la funzione specifica di approvare quel particolare atto amministrativo generale che è il piano, parrebbe a prima vista che il PNRR abbia mantenuto la veste (e gli effetti) di un provvedimento amministrativo, imputabile formalmente solo al Governo.

Solo a prima vista, però.

Il PNRR infatti mi sembra che sia stato in verità sostanzialmente legificato attraverso la relatio che è stata implicitamente ma incontestabilmente effettuata dal citato d.l. n. 77 del 2021 e dalla sua legge di conversione. Il decreto è stato convertito in legge e, dal momento che esso ha predisposto un modello organizzativo complesso per l’attuazione del Piano, già solo per questo parrebbe aver unito alla volontà governativa quella parlamentare mediante l’approvazione della legge di conversione. Il Piano, infatti, alla data del decreto era già compiuto e definito nei suoi contenuti, anche molto specifici come diremo, sicché l’approvazione parlamentare non poteva che intendersi estesa ai suoi contenuti sostanziali. Il che, oltretutto, consentirebbe di risolvere ogni dubbio che mai si sollevasse sul rispetto della riserva di legge ex art. 41, comma 3, Cost., sulla quale la pianificazione di molti decenni fa aveva a suo tempo innescato un acceso dibattito .

Ma v’è di più, perché il decreto in questione ha introdotto i poteri sostitutivi e dunque le corrispondenti modifiche delle competenze amministrative per assicurare la puntuale attuazione del Piano. L’articolo 12 del d.l. n. 77 del 2021 è intitolato appunto ai “poteri sostitutivi”, e tali poteri vedono in primo piano il Presidente del Consiglio dei Ministri. Quest’ultimo, in caso di “mancato rispetto degli obblighi o impegni finalizzati all’attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori” dalle Regioni, Province autonome o altri enti territoriali ovvero in caso di ritardo, inerzia o difformità nell’esecuzione dei progetti, dopo aver assegnato un primo e breve termine per provvedere può nominare un commissario ad acta. E analoghi poteri competono ai Ministri nel caso di ritardi imputabili ad altre amministrazioni.

Le competenze amministrative presuppongono una legge, nel rispetto dell'art. 97 Cost., e qui è prevista una modifica di tali competenze sulla base di presupposti molto puntuali, che rispondono agli impegni del PNRR e alle sue "prestazioni". Quest'ultima circostanza mi sembra che abbia reso il Piano obbligatorio ex lege quantomeno – e anzitutto – nei confronti di tutte le amministrazioni che siano già indicate o che saranno indicate come responsabili dell'attuazione dell'uno o dell'altro progetto. Esse sono obbligate a curare tale adempimento – alle volte già riportato in modo specifico nella prima versione del PNRR, altre volte da esplicitare in una futura legge o atto avente forza di legge – e qualora non vi provvedessero, subirebbero la perdita di competenza amministrativa secondo la tecnica del potere sostitutivo e della tradizionale figura dell'avocazione amministrativa.

Questa considerazione mi sembra importante, perché comincia col portare il Piano al livello della fonte legislativa, emancipandolo da una dimensione esclusivamente amministrativa, benché certamente e in ogni caso appartenente al tipo dell'alta amministrazione.

Il risultato è dunque consolidato in un atto che risale alla legge e che si avvale della sua forza e possiamo dire, da questo punto di vista, che quel risultato impegna non solo l'amministrazione chiamata ad eseguire il Piano, ma anche gli altri operatori giuridici, gli interpreti tutti, inclusa la giurisdizione ovviamente, che di quel risultato dovrà interessarsi anche perché – non dimentichiamolo – il suo conseguimento "assume preminente valore per l'interesse nazionale" ed il ritardo o il fallimento di questo obiettivo potrebbe implicare dapprima la sospensione dell'erogazione delle risorse e dopo persino la revoca con l'obbligo restitutorio.

8. La legificazione del Piano e il risultato amministrativo

La proiezione del Piano e degli effetti della legge verso il risultato è un punto cruciale. Il PNRR, infatti, è stato redatto proprio secondo la logica dell'enunciazione di azioni amministrative ed obiettivi spesso puntuali. In ciascuno dei vari capitoli, è prevista una scansione binaria che distingue le "riforme" da approntare e gli "investimenti" da realizzare. Se le prime passano di solito per l'adozione di altrettanti atti legislativi, i secondi invece possono avere, a seconda dei casi, un carattere meno dettagliato o più dettagliato. Così ad esempio, tra gli investimenti non descritti in modo dettagliato possiamo menzionare nell'ambito della Missione 1 (M1C3.1, Patrimonio culturale per la prossima generazione) la creazione di una piattaforma digitale unica, vera e propria infrastruttura nazionale, per la "digitalizzazione di quanto custodito in musei, archivi, biblioteche e luoghi della cultura, così da consentire a cittadini e operatori di settore di esplorare nuove forme di fruizione del patrimonio culturale e di avere un più semplice ed efficace rapporto con la pubblica amministrazione"; oppure nell'ambito della Missione 2 (M2C1.3) l'attuazione di investimenti per le "Green communities".

Tra gli investimenti indicati in modo dettagliato si può menzionare nell'ambito della Missione 2 (M2C2.4) lo sviluppo del trasporto rapido di massa, a proposito del quale il Piano indica con precisione l'obiettivo che si prefigge l'investimento, il traguardo in concreto che dovrà essere raggiunto, ossia il numero di chilometri di rete attrezzata per le infrastrutture del trasporto rapido di massa da realizzare e la suddivisione del totale dei chilometri di rete tra le varie tipologie di trasporto, mentre l'Allegato alla Decisione di esecuzione del Consiglio specifica anche quelle che saranno le aree metropolitane interessate dagli interventi; nonché, nell'ambito della Missione 3 (M31.1) l'investimento che riguarda le risorse stanziare per i lavori sulla rete ad Alta velocità, con indicazione puntuale dei lavori da eseguire sulle linee Napoli-Bari, Palermo-Catania-Messina e Salerno-Reggio Calabria.

Questi sono, appunto, solo alcuni esempi in un quadro vastissimo.

Non potendosi di certo svalutare il senso di queste previsioni – dato il contesto istituzionale e storico in cui si collocano – non potremo che prendere atto del fatto che la tecnica è proprio quella del risultato. Cos'altro rappresentano altrimenti le Milestones ed i Targets attraverso cui passa e passerà la verifica di rispetto degli impegni assunti dal Governo italiano?

Si vuol dire che la tensione verso quel dato risultato è un vincolo giuridico che nasce da una legge e che impegna di certo il Governo, di certo l'Amministrazione tutta, ma anche gli altri interpreti. Chiunque verrà a valutare e ad applicare la cornice giuridica che si adatterà all'uno o all'altro intervento non potrà non considerare anche che quella cornice va interpretata ed applicata in sintonia – secondo il canone interpretativo logico-sistematico – con quella legge che, approvando il Piano, ha conferito al vincolo verso il risultato un rilievo preciso.

Così, quando il giurista sarà chiamato a districarsi nella congerie delle leggi ed a sciogliere la discrezionalità "dell'interprete incerto e confuso", saprà che la scelta della soluzione che meglio consente di raggiungere il risultato è quella che trova fondamento in una legge, di conio recente e quindi se del caso adattabile persino a qualche – non troppo ardito – ragionamento in termini di abrogazione tacita o parziale di qualche previsione che remasse in senso contrario.

Lo sforzo – spero non vano né infondato – che tento di approfondire con questa tesi mi sembra piuttosto chiaro: cercare nel PNRR stesso le risorse per rimediare ai fattori di crisi della discrezionalità amministrativa che ho passato prima in rassegna.

Affermare che la tendenza al risultato è la cifra di lettura di questa legge e che essa lo impone all'amministrazione e, nel contempo, affermare che all'amministrazione stessa vanno lasciati quei margini che servono ad un'azione snella ed efficace, anche con un po' di coraggio interpretativo, significa anche trasmettere un messaggio netto. Nel corso degli ultimi decenni l'amministrazione è stata abituata ad un'azione che tenesse in primo piano le esigenze di spending review e di riduzione della finanza pubblica e dunque una dimensione nella quale il principio di economicità aveva una certa prevalenza e capacità condizionante di tutta la dimensione amministrativa. Oggi il quadro cambia, sicché l'amministrazione deve, all'opposto, utilizzare, e bene e tempestivamente, le risorse del Piano. È un mutamento di mentalità che si potrà chiedere all'amministrazione solo se ad essa si sapranno offrire nuovi strumenti di interpretazione del nostro diritto amministrativo (ormai) codificato, sì da affidare a quest'ultima i margini di valutazione necessari. Un'azione espansiva ha bisogno di una base normativa che possa giustificarla nei momenti di dubbio e di difficoltà interpretativa, per trainare la nostra amministrazione fuori dalle sabbie mobili che hanno dato vita al fenomeno della burocrazia difensiva.

Chi scrive sa bene che questi discorsi sono difficili da tradurre in realtà, ma non è questa una buona ragione per non proporli, vista l'importanza della posta in gioco.

9. Il vincolo del Piano e gli effetti derivanti dal Regolamento UE: una efficacia rinforzata a beneficio del risultato?

Il discorso, però, non si chiude qui. Dobbiamo infatti soppesare l'altro fronte del PNRR, quello che guarda verso l'Europa.

Il Piano è stato approvato dagli organi UE ed è oggetto di un preciso impegno verso l'UE assunto dalla Repubblica italiana. Questo implica che, in conformità alle disposizioni del Regolamento istitutivo del c.d. dispositivo per la ripresa e la resilienza, la Commissione abbia il potere di vigilare sull'adempimento del Piano e, come detto, di intervenire con i rimedi "sanzionatori" previsti dal Regolamento medesimo: potrebbe sospendere l'erogazione e addirittura cancellare l'aiuto e revocarlo, come abbiamo detto (v. l'art. 24 del citato Reg. 2021/241).

Chi scrive però pensa che l'efficacia del vincolo assunto dalla Repubblica Italiana – piaccia o meno – non si riduca a questo.

In primo luogo, non si può trascurare che il raccordo tra PNRR e fonti di diritto UE comporta una precisa funzionalizzazione del Piano – peraltro ben esplicitata e infatti a tutti ormai nota – al raggiungimento delle altrettante Missioni di ordine generale, entro la cui rispettiva sfera sono raccolti i singoli progetti ordinati per aree tematiche. Si tratta, mi sembra difficile negarlo, di un vero e proprio indirizzo politico che, partendo dal Regolamento, attraverso il PNRR impegna e impegnerà la Repubblica, salvo (imprevedibili) rivolgimenti nei prossimi anni.

Che il PNRR sia stato un segnale di svolta nelle relazioni tra Stati membri, un vero spartiacque sul piano politico, è un dato di fatto: è un passo nel segno della mutualizzazione del debito e, se pure come è stato scritto non segna un momento ancora Hamiltoniano, nondimeno segna il passaggio da una stagione nella quale il Patto di stabilità e crescita nei suoi sviluppi successivi si atteggiava come mero vincolo esterno e quantitativo a carico degli Stati membri – percepito come limite alla spesa – ad uno scenario nel quale la strada è ben diversa .

Anche le vicende che avevano dato luogo nell'Eurozona alle misure correttive dopo la crisi del 2008 e che avevano portato all'istituzione del Meccanismo europeo di stabilità apprestavano sistemi di condizionalità che non esprimevano una vera e propria condivisione di un indirizzo politico a livello europeo, ma forme di controllo esterno e che quindi restavano diverse dallo scenario del dispositivo di ripresa e resilienza .

Quel che va sottolineato dunque è che tale diversità non si riduce di certo solo nella disponibilità delle nuove risorse a sostegno del Piano nazionale. La svolta evidentemente non consiste nell'apprestamento di una mera transizione finanziaria. Il dispositivo non esclude affatto né la permanenza di un vincolo né l'esistenza di vere e proprie condizionalità. Il che significa che le condizionalità riguardano il raggiungimento degli obiettivi. Gli impegni presi dalla Repubblica rispondono così ad un vincolo che si è trasformato da quantitativo in qualitativo, perché coincide con la realizzazione del programma e delle finalità che vi sono annesse .

Se così è, pare riduttivo circoscrivere la "sanzione" per il caso di inadempimento dell'impegno al solo dato della sospensione e restituzione del finanziamento. Questa sarà la conseguenza immediata strettamente giuridica, ma si dovrebbe volgere lo sguardo anche oltre, per cogliere i contorni di una responsabilità politica che in parallelo si manifesterebbe se la compromissione dell'uno o dell'altro progetto si riverberasse addirittura sul mancato adempimento di anche di una soltanto delle sei Missioni. La questione non si esaurisce nell'esecuzione della singola prestazione e nel conseguimento delle risorse, ma coinvolge il rispetto dell'impegno politico assunto dalla Repubblica. La mancata attuazione dell'una o dell'altra frangia del PNRR potrebbe incidere sul compimento di una o l'altra delle missioni e questo implicherebbe una revisione di questa scelta di indirizzo politico.

In secondo luogo, è tutto da esplorare il rilievo giuridico che l'impegno assunto dalla Repubblica potrà produrre all'interno del proprio ordinamento.

Potrebbe forse apparire congruente coi dati giuridico-formali assumere che il vincolo discendente dal Piano sia sostanzialmente asimmetrico: pieno e giuridicamente sanzionabile verso l'UE, debole verso il Parlamento così come verso gli altri esecutori del Piano, nel senso che non vi sarebbe alcun valore aggiunto sul piano degli effetti giuridici (interni) .

A questa visione si potrebbe però replicare che l'accordo vincolante siglato sul PNRR vede le sue radici in una disposizione del citato Regolamento UE e che questo accordo con un atto di diritto derivato suscettibile di produrre effetti erga omnes potrebbe conferire alla legge di approvazione del PNRR, che a sua volta abbiamo visto esistere nei fatti, un'efficacia rinforzata.

E' stato anche già osservato che l'Accordo legato al PNRR comporta delle condizionalità che non sono meramente sanzionatorie e che in ogni caso implicano un'efficacia giuridicamente vincolante. E si è aggiunto che attraverso la tecnica del rinvio il Regolamento ha attratto al proprio livello di efficacia vincolante anche atti, quali le Raccomandazioni, che ne sarebbero di per sé privi: l'art. 4 del Regolamento, ad esempio, stabilisce che il dispositivo ha per obiettivo, tra l'altro, di contribuire all'attuazione del "Pilastro europeo dei diritti sociali", il quale è un atto ben identificato; l'art. 17, par. 3, a sua volta menziona le sfide e le priorità individuate nell'ultima raccomandazione del Consiglio sulla politica economica della zona euro per gli Stati membri la cui moneta è l'euro .

D'altra parte, anche guardando alla teoria generale e ad una logica kelseniana, è indubbio che un atto che vede come sanzioni la sospensione e la revoca dell'erogazione del contributo è un atto giuridicamente vincolante e che questi rimedi sono le (principali e più evidenti) sanzioni che accompagnano il precetto. Ma è altrettanto certo che questo dimostra che al Piano si accompagna un'efficacia giuridicamente vincolante e che, nello stesso tempo, tale efficacia deriva da un atto regolamentare, la cui efficacia erga omnes, forte del primato del diritto UE, tale si presenterebbe anche nelle relazioni di stretto diritto interno.

Una buona fetta dell'autonomia procedurale che pure il diritto UE riconosce agli Stati

membri è nel nostro caso sacrificata, quantomeno per quel che riguarda la definizione delle singole azioni previste nel PNRR.

Il risultato amministrativo questa volta sembra insomma avere addirittura una copertura di diritto UE.

Le azioni del Piano sono definite nell'Accordo, che a sua volta poggia le fondamenta nel Regolamento 2021/241, ed esse rispondono ad obiettivi che la Repubblica, come si diceva, ha inteso assumere come propri nell'ambito di tale impegno, sicché il modo in cui realizzarli – e il correlato rischio di disattenderli – non è solo una questione di autonomia procedurale dello Stato membro.

10. Criteri interpretativi della discrezionalità nel nuovo scenario del PNRR.

Intravedere un'efficacia rafforzata nella legificazione del Piano e restringere l'autonomia procedurale significa rivolgersi direttamente all'interprete che a vario titolo si troverà di fronte ad una delle azioni amministrative attuative del PNRR.

La sequenza Regolamento UE/Accordo/risultato/obiettivi del PNRR diventa così un dato che il giurista potrà utilizzare. Il raggiungimento del risultato diventa anche una questione di diritto dell'UE, come si diceva.

Il futuro verificherà se questo non possa addirittura favorire talora il congegno della disapplicazione del diritto interno per consentire l'applicazione della norma che si presenta come sostanziale recepimento del diritto UE. Mi pare però comunque plausibile assumere che questa proiezione verso il risultato delineato nel PNRR sia un principio munito di efficacia rinforzata e che quindi possa tradursi in un criterio che potrà aiutare l'interprete.

Torniamo così ai problemi della discrezionalità amministrativa. Quando si tratterà di districarsi nella discrezionalità dell'interprete incerto nel groviglio normativo, si potrà sciogliere il nodo nel senso che favorisce il raggiungimento del risultato, appunto, perché questo è il vincolo che discende dalle fonti UE, dall'indirizzo politico che la Repubblica ha ritenuto di concordare con l'Europa, dalla legge italiana e quindi dalle previsioni del PNRR.

Questa strada andrebbe preferita a quella che invece molto spesso è stata seguita in questi anni in nome di una protezione dalla responsabilità e in nome di una soluzione (spesso solo formalmente) preferibile sul piano "etico". Le rigidità normative potrebbero attenuarsi, la discrezionalità riespandersi, il merito amministrativo allargarsi e allora sì che i diversi "saperi" dell'amministrazione non solo giuridica potrebbero efficientemente adoperarsi.

A titolo di esempio, pensiamo ai casi, certamente eccezionali, nei quali gli articoli 63 e 125 del d. lgs. n. 50 del 2016 (c.d. Codice dei contratti pubblici) consentono di avviare l'affidamento di un appalto mediante procedura negoziata e, in casi speciali, addirittura in via diretta a trattativa privata. Finora l'interpretazione di queste eccezioni è stata molto restrittiva, al punto che tali disposizioni sono diventate pressoché inapplicabili, anche a causa della consueta contaminazione "etica" che risale alla prevenzione amministrativa della corruzione. Ebbene, potremmo trovarci di fronte a casi nei quali i dubbi interpretativi sul se sia possibile l'affidamento diretto, ad esempio per via della previa celebrazione di una gara andata deserta o per unicità del contraente disponibile o per eccezionale urgenza, si vengano a riproporre. Se nel recente passato essi venivano sciolti seguendo la strada negativa che finiva quasi sempre per escludere la possibilità dell'eccezione, ecco che la motivazione basata sul raggiungimento del risultato cristallizzato nel PNRR potrebbe esser forse decisiva per giungere, in coerenza coi dati di diritto positivo che abbiamo tentato di ricostruire, ad un esito opposto.

Perché questo possa accadere, però, bisogna che anzitutto i giuristi e il Giudice se ne convincano e che facciano del risultato, a proposito del PNRR, un dato davvero condizionante le scelte di interpretazione e applicazione delle norme nei vari settori dell'ordinamento, da quello che segna le responsabilità penali e di contabilità pubblica a quello che riguarda la legittimità amministrativa.

Note

1. Mi riferisco al classico contributo scientifico di A. PREDIERI, Pianificazione e costituzione, Edizioni di Comunità, Milano, in part. 69 e ss.
2. Sul tema, non senza approccio critico sul sistema italiano di prevenzione amministrativa della corruzione, M. DELSIGNORE – M. RAMAJOLI, La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia, Riv. trim. dir. pubbl., 2019, 61 e ss. Invece, per un quadro riassuntivo del sistema in questione e in prospettiva decisamente diversa cfr. M. D'ALBERTI (a cura di), Corruzione e pubblica amministrazione, Napoli, 2017.
3. Cfr. M. D'ALBERTI, Il propagarsi della corruzione amministrativa, in Corruzione e pubblica amministrazione cit. 1 e ss.
4. Ad esempio, si veda AGCM- ANAC – ART, Segnalazione congiunta in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale, 25 ottobre 2017.
5. Su questa esperienza, cfr. N. LUPO (a cura di), Tagliareggi e normattiva, Padova, 2011.
6. Sulla discrezionalità amministrativa, anche per una sintesi recente di uno sterminato dibattito con ampie citazioni, cfr. G. MORBIDELLI, Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa, Munus, I, 2021. A definire la discrezionalità come autentico assillo per la cultura giuridica è S. CASSESE, Le basi del diritto amministrativo, Milano, 2000, 444.
7. F. CAMMEO, Corso di diritto amministrativo, ed. curata di G. MIELE, Padova, 1960, 188 e ss..
8. G. MIELE, Principii di diritto amministrativo, Padova, 1966, 27 e 28.
9. Si può citare in proposito M. CAFAGNO, Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva", Dir. econ., 2018, 625 e ss.
10. Il pensiero di M.S. GIANNINI risale soprattutto al notissimo Il potere discrezionale della pubblica amministrazione (concetto e problemi), Milano, 1939. Per un inquadramento generale del tema, anche in chiave storica, C. MORTATI, Discrezionalità, (ad vocem), Noviss. dig. it., Torino, 1960; A. PIRAS, Discrezionalità amministrativa, ad vocem, Enc. Dir., XIII, Milano, 1964, 65 e ss.; cfr. altresì, senza alcuna pretesa esaustiva di un dibattito amplissimo, F.G. SCOCA, La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, Riv. trim. dir. pubbl., 2000, 1045 e ss.; G. AZZARITI, Dalla discrezionalità al potere, Padova, 1989; L. BENVENUTI, Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo, Milano, 2002, 64 e ss.; B.G. MATTARELLA, L'attività, in S. CASSESE (a cura di) Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale, Milano, 2003, 758 e ss.; Id., Discrezionalità amministrativa, Dizionario di dir. pubbl., III, Milano 2006, 1993 e ss.; G. BARONE, Discrezionalità (diritto amministrativo), ad vocem, Enc. giur., 1989, vol. XI.
11. Un aspetto di questa tendenza dottrinale è stata la spinta a far confluire la discrezionalità tecnica (figura destinata ad occupare uno spazio sempre più ampio tra i due poli opposti della discrezionalità pura e del potere vincolato) al di fuori del merito amministrativo, per trattarla in sede processuale alla stessa stregua del potere vincolato e quindi con un sindacato pieno e sostitutivo del giudice amministrativo. Su questo dibattito, v. infra.
12. D'ALBERTI, Il propagarsi della corruzione cit. 17, con ulteriori citazioni comparatistiche.
13. Per questo dibattito, per una più ampia esposizione del tema ed anche per le indicazioni bibliografiche, sia consentito il rinvio al mio Discrezionalità tecnica (dir. amm.) (ad vocem), in Enc. Dir., Annali, II, tomo II, 471 e ss.
14. Cfr. C. BARBATI, La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario, Dir. pubbl. 2021, 15 e ss. Insiste sull'adeguatezza del corpo amministrativo e delle relative professionalità alla nuova sfida "per obiettivi" legata al Recovery Fund anche M. RENNA, Il cambiamento necessario: una contraddizione o una sfida?, Dir. pubbl. 2021, 155 e ss., in part. 168.
15. R. CAVALLO PERIN, Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare, Dir. pubbl., 2021, 73 e ss.
16. Sul rapporto tra legge n. 241 del 1990 e merito amministrativo, cfr. A. PUBUSA, Merito e discrezionalità amministrativa, ad vocem, Dig. disc. pubbl., IX, Torino, 1994, 409.
17. Mostra opportuna attenzione proprio alla salvaguardia della sfera del merito amministrativo rispetto alla valutazione giurisdizionale, con riferimento sia al campo amministrativo che penale, R. GAROFOLI, Controllo dei giudici, libertà dell'amministrazione e esigenze di prevedibilità, in F. CENTONZE – S. MANACORDA (a cura di), Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità, Milano 2021, 229 e ss.
18. C. BARBATI, La decisione pubblica cit.

19. Sul tema v. anche gli scritti raccolti in M. CLARICH – G.F. FERRARI – G.D. MOSCO (a cura di), *Burocrazia ed Economia. Covid, ultima spiaggia?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, n. 1.
20. Cfr. G. MELIS, *Un episodio dello Stato liberale: la sconfitta dei tecnici e l'emarginazione degli "economisti"*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, n. 1 cit., 13 e ss.
21. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astridonline*.
22. Sul quale si possono rileggere le acute osservazioni di A. PREDIERI, *Il programma economico 1966-70. Aspetti giuridici*, Milano 1967, 26 e ss.
23. Per una visione del risultato incline a farne proprio un canone di orientamento per l'interprete piuttosto che un criterio di sostituzione del parametro della legalità, sia formale che sostanziale, A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n.59 e n.127 del 1997*, *Dir. amm.*, 1998, 57 e ss., in part. 62, ove si osservava che "per quanto la legalità non possa più dirsi il valore primario per l'amministrazione ... essa non cessa quindi di rappresentare un valore quanto meno strumentale e di non scarso rilievo, nello stesso perseguimento di quel risultato che sembra averla sostituita quale principio costituzionale di legittimazione dell'autorità amministrativa".
24. Il tema dell'amministrazione di risultato non è di certo nuovo. Sul principio di buon andamento ex art. 97 Cost., inteso come sinonimo di efficienza e di elasticità dell'azione amministrativa, si ricorda anzitutto M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, 79 e ss.. Sul concetto di risultato quale tratto qualificante dell'azione amministrativa e dello stesso giudizio amministrativo cfr. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, *Dir. proc. amm.*, 1988, 299 e ss.; *Id.*, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, *Dir. amm.*, 1999, 57 e ss.; *Id.*, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità, Atti del convegno di Macerata del 21 e 22 maggio 1999*, Milano, 2000, 37 e ss.. A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n.59 e n.127 del 1997*, *Dir. amm.*, 1998, cit. Sui rapporti tra risultato e principio di legalità, M. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la "regola del caso"*, *Dir. amm.*, 2000, 131 e ss.. Sul tema dell'amministrazione di risultato v., in linea generale, i contributi raccolti sotto il titolo *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano 2003. Tra questi ultimi, si segnalano: G. MORBIDELLI, *Invaldità e irregolarità*, 79 e ss., con particolare riguardo alle ricadute in termini di patologia dell'atto; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, 107 e ss., il quale collega strettamente la funzione del risultato, come criterio di orientamento, alla crisi della legge ed ai suoi problemi conseguenti; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, 127 e ss., il quale, però, finisce per avanzare molti sospetti sulla possibilità di utilizzare nella P.A. la metodologia elaborata per l'impresa privata. In termini generali, sul buon andamento come precetto sostanziale, A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, 147 e ss..
25. Cfr. su queste riflessioni anche N. LUPO, *Meccanismi istituzionali per i fondi del "Next Generation EU"* in www.rivistailmulino.it
26. Sullo stretto rapporto tra PNRR e indirizzo politico, si vanno già formando i primi consensi: cfr. A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, *Federalismi*, 28 luglio 2021.
27. Sulla questione "hamiltoniana", F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico*, Milano, 2021, 133 e ss.
28. Cfr. G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, *Quad. cost.* 2021, 23. E' proprio a causa di queste diversità, in fondo, che nel caso Pringle la Corte di giustizia ha potuto osservare che "la condizionalità prevista non costituisce uno strumento di coordinamento delle politiche economiche degli stati membri, bensì è diretta a garantire la conformità delle attività del Mes, in particolare con l'art. 125 TFUE e con le misure di coordinamento adottate dall'Unione, Corte di giustizia UE 27 novembre 2012, T. Pringle vs Government of Ireland e altri, causa C-370/12", per il cui commenti cfr. R. CALVANO, *Il meccanismo europeo di stabilità e la perduta sensibilità costituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea alla luce del caso Pringle*, *Giur. cost.* 2013, 2426.
29. Su questi profili di recente BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Milano 2020, 408 e ss.. E questo spostamento di attenzione verso la qualità della spesa al posto della quantità della spesa, vale anche a modificare quell'approccio che era stato seguito in Italia sin da quando, negli anni '70, iniziava il dibattito sul contenimento della spesa pubblica, appunto attento più al dato quantitativo che a quello qualitativo, come osserva M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini, relazione al 58esimo Convegno di studi amministrativi di Varenna, settembre 2012*, in *Astridonline*.
30. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, cit.
31. F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico*, cit. 51 e ss.



Diritto ammministrativo

L'impugnazione degli atti amministrativi incidenti sull'ambiente: il ruolo delle associazioni ambientaliste e il requisito della “vicinitas”



di Emanuele Quadraccia

Magistrato presso il Tribunale di Como

It

Lo scritto affronta il nodale profilo della vicinitas nell'ambito del contenzioso amministrativo in materia ambientale. Nell'illustrare i più recenti approdi dottrinali e giurisprudenziali sul tema, l'A. si sofferma sull'azionabilità dei rimedi processuali da parte degli enti collettivi e, in particolare, sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste e sul ruolo da queste svolto nei giudizi in cui si contestano atti amministrativi contenenti prescrizioni lesive dell'ecosistema.

 **Ambiente; Associazioni ambientaliste; Legittimazione; Vicinitas; Pregiudizio**

Eng

The paper addresses the crucial profile of “vicinitas” in the context of administrative litigation in environmental matters. In illustrating the most recent doctrinal and jurisprudential approaches on the subject, the A. focuses on the enforceability of procedural remedies by collective bodies and, in particular, on the assumptions of the legitimacy of environmental associations and the role they play in judgments in which administrative acts containing prescriptions harmful to the ecosystem are contested.

 **Environment; Environmental associations; Legitimation; Vicinitas; Prejudice**

Sommario

1. Inquadramento generale; 2. L'attribuzione della legittimazione processuale alle associazioni ambientaliste; 3. Il requisito della c.d. vicinitas nell'ambito del processo amministrativo (in generale); 3.1. (Segue) La vicinitas nell'ambito dei giudizi di impugnazione di atti amministrativi incidenti sull'ambiente e il ruolo degli enti collettivi; 4. Osservazioni conclusive

1. Inquadramento generale

Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla legittimazione degli enti collettivi a proporre ricorsi a tutela di interessi ambientali.

Com'è noto, infatti, la protezione degli interessi diffusi, anche detti "adespoti", è stata in principio negata in ragione della mancanza del requisito della differenziazione che vale tradizionalmente a qualificare la posizione giuridica di interesse legittimo. La giurisprudenza, sino agli anni '70 del Novecento, ne escludeva ogni tutela, argomentando proprio sulla loro distinzione dagli interessi legittimi.

Nei decenni a seguire si è fatta strada l'opzione ermeneutica secondo cui, in virtù del dettato dell'art. 24 della Costituzione, l'esistenza di un interesse legittimo di natura collettiva potesse essere imputabile ad un ente che, per via del possesso di taluni requisiti individuati in via pretoria (effettiva rappresentatività, finalità statutaria, stabilità e non occasionalità, collegamento con il territorio, ecc.), fosse idoneo ad assumerne la titolarità.

Il legislatore è successivamente intervenuto con alcune disposizioni speciali, ammettendo la cura di determinati interessi diffusi e demandandola, in concreto, ad enti o associazioni. È il caso degli interessi ambientali, la cui custodia, ai sensi degli artt. 13 e 18 della l. 8 luglio 1986, n. 349 (istitutiva del Ministero dell'ambiente), è stata rimessa alle associazioni di difesa ambientale maggiormente rappresentative, individuate con apposito decreto ministeriale (cfr., oggi, artt. 309 e 310 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

Sicché, per il tramite di un ente esponenziale, l'interesse collettivo ha conseguito i caratteri della differenziazione, in quanto categoria giuridica soggettiva imputabile direttamente al gruppo organizzato (e non ai suoi singoli componenti), e della qualificazione, poiché, seppure in via mediata, ha finito per essere preso in considerazione dall'ordinamento.

2. L'attribuzione della legittimazione processuale alle associazioni ambientaliste

Recentemente, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, affrontando il (diverso ma assonante) caso di un'azione proposta, ai sensi dell'art. 32 *bis* del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, a tutela dei risparmiatori, ha avuto modo di ribadire come la legittimazione riconosciuta alle associazioni iscritte negli elenchi di cui all'art. 13 della l. 8 luglio 1986 n. 349 non abbia carattere di esclusività, chiarendo, al contempo, come a salvaguardia degli interessi ambientali siano legittimati a ricorrere anche gli altri enti collettivi per i quali sia stata concretamente accertata la concomitante sussistenza di tre requisiti: a) perseguire statutariamente, in modo non occasionale, obiettivi di conservazione degli habitat naturali; b) possedere un adeguato grado di rappresentatività e di stabilità; c) avere un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa. In altri termini, viene ammessa la possibilità per il giudice amministrativo di valutare, nella singola fattispecie, la legittimazione – aggiuntiva, si badi, e non sostitutiva rispetto ai criteri ordinariamente individuati per l'azionabilità degli interessi collettivi – ad impugnare i provvedimenti amministrativi in materia di ambiente (e, conseguentemente, ad intervenire nei relativi giudizi), anche in capo ad associazioni locali, indipendentemente dalla loro natura giuridica, purché concorrano i tre ordini di requisiti citati.

Ciò posto, la (pre)condizione dello stabile collegamento con il territorio – su cui si tornerà, *amplius, infra* – esclude la legittimazione di quei comitati "occasionalisti", costituiti all'esclusivo fine di ostacolare circoscritte iniziative asseritamente lesive dell'ambiente o per impugnare specifici atti. Di talché, è stata a più riprese esclusa l'ammissibilità di azioni giurisdizionali proposte da comitati di cittadini caratterizzati da una forma associativa temporanea, aventi come peculiare finalità statutaria l'opposizione alla realizzazione del tale impianto o della tal altra discarica.

Neppure l'ampliamento delle finalità dell'associazione o del comitato, quale portato di una modifica statutaria approvata nel corso del giudizio, può evitare, coerentemente con l'impostazione secondo cui le condizioni dell'azione debbono sussistere già al

momento della presentazione dell'atto introduttivo di primo grado, l'inammissibilità dell'impugnazione per carenza di legittimazione a ricorrere.

3. Il requisito della c.d. vicinitas nell'ambito del processo amministrativo (in generale)

Il tema della c.d. *vicinitas* – intesa quale stabile collegamento tra un determinato soggetto e il territorio o l'area su cui sono destinati a prodursi gli effetti dell'atto contestato – è da sempre molto dibattuto.

In particolare, tutt'altro che pacifica è la questione relativa al rapporto tra il criterio della *vicinitas*, la legittimazione ad impugnare e l'interesse a ricorrere. Sul punto si segnalano, in seno alla giurisprudenza amministrativa, tre distinti orientamenti interpretativi. Il primo di essi, sino ad oggi il più diffuso, ritiene che lo stabile collegamento con un immobile ubicato nei pressi del luogo interessato dall'intervento in ordine al quale si controverte sia sufficiente a fondare tanto la legittimazione quanto l'interesse a ricorrere, senza che sia necessario provare uno specifico pregiudizio per effetto dell'attività, in ipotesi illegittima, intrapresa sul fondo finitimo.

Un indirizzo più restrittivo, al contrario, esclude che la sola prossimità fisico-spaziale possa ritenersi atta a supportare il requisito dell'interesse a ricorrere, essendo viceversa necessario che il ricorrente dimostri, altresì, il vantaggio ritraibile dall'annullamento dell'atto impugnato.

Infine, un terzo orientamento interpretativo perviene a soluzioni meno categoriche, da ponderare, caso per caso, a seconda che l'impugnativa giurisdizionale afferisca a titoli autorizzatori edilizi, ovvero concerna altre materie. Si pensi, a titolo esemplificativo, al ricorso proposto dai titolari di attività commerciali concorrenti, ovvero, per quel che in questa sede maggiormente interessa, all'azione proposta avverso gli atti di localizzazione di impianti per il trattamento e lo smaltimento di rifiuti.

Orbene, per ciò che attiene la contestazione in sede giurisdizionale degli interventi edilizi, si segnala la recente, chiarificatrice pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che, in una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento abilitativo edilizio per violazione delle norme sulle distanze tra le costruzioni, ha fornito puntuale risposta ai quesiti deferiti da Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 27 luglio 2021, n. 759. Il Supremo consesso della giustizia amministrativa, nell'affrontare il nodale profilo, dianzi tratteggiato, attinente alla definizione delle condizioni per l'accesso alla tutela giurisdizionale – e chiamato, più in generale, ad individuare il punto di equilibrio (e di autonomia) fra le nozioni di legittimazione e di interesse a ricorrere nel processo amministrativo – è pervenuto alla soluzione secondo la quale «è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato». A ciò consegue, dunque, che l'interesse al ricorso del vicino contro i provvedimenti ampliativi della posizione giuridica dei terzi in materia urbanistica ed edilizia presuppone l'allegazione e la dimostrazione di un effettivo nocumento che quell'atto reca alle facoltà dominicali della parte che agisce in giudizio.

Discorso a parte, come accennato, meritano i giudizi nei quali si controverte su questioni che non riguardano, in senso stretto, alla materia edilizia e in cui i temi della protezione ambientale ricevono, per converso, preminente attenzione.

3.1. (Segue) La vicinitas nell'ambito dei giudizi di impugnazione di atti amministrativi incidenti sull'ambiente e il ruolo degli enti collettivi

Con precipuo riferimento alla legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi propeedeutici alla realizzazione di un'opera pubblica, in tesi, nociva per l'ecosistema, oc-

corre anzitutto prendere le mosse dalla nozione c.d. allargata di ambiente – in essa ricomprendendovi la conservazione e la valorizzazione dei beni culturali, il paesaggio urbano, rurale e naturale, i monumenti e i centri storici e, conseguentemente, la qualità stessa della vita in un dato ambito territoriale – da tempo maturata in seno alla più avvertita giurisprudenza amministrativa.

Ciò premesso, le Sezioni unite della Corte di cassazione, recentemente chiamate a pronunciarsi in un giudizio di impugnazione nei confronti di una decisione del Tribunale superiore delle acque pubbliche, hanno ribadito come la legittimazione dei proprietari dei fondi contermini a quello, nella specie, interessato da un intervento idraulico, possa desumersi anche dal solo requisito della *vicinitas*. Pertanto, secondo il giudice nomofilattico, la circostanza che la parte ricorrente viva abitualmente in prossimità del sito prescelto per la realizzazione dell'opera o abbia uno stabile e significativo collegamento con esso, tenuto conto della portata delle possibili esternalità negative, rappresenta, di per sé, un elemento qualificante dell'interesse a ricorrere, non potendosi altresì pretendere la dimostrazione di un sicuro pregiudizio all'ambiente o alla salute ai fini della legittimazione e dell'interesse a ricorrere. Il requisito della *vicinitas* aggiunge, in tale prospettiva, *«l'elemento della differenziazione ad interessi qualificati, che appartengono a tanti soggetti facenti parte di una comunità identificata in base ad un prevalente criterio territoriale ed evolvono in situazioni giuridiche tutelabili in giudizio, allorché l'attività conformativa della Pubblica Amministrazione incida in un determinato ambito geografico, modificandone l'assetto nelle sue caratteristiche non solo urbanistiche, ma anche paesaggistiche, ecologiche e di salubrità, e venga nel contempo denunciata come foriera di rischi per la salute»*.

Tanto chiarito in ordine all'esperibilità dell'impugnazione dei provvedimenti lesivi delle matrici ambientali da parte delle persone fisiche le quali, trovandosi in posizione differenziata sulla base del criterio del vicinore collegamento territoriale, ne lamentano la lesività, il discorso va ora esteso agli enti associativi esponenziali.

Il patrimonio ambientale, culturale, storico e artistico della Nazione (art. 9 Cost.) sarebbe infatti esposto a gravissimi rischi di sopravvivenza nell'ipotesi in cui la legittimazione ad agire fosse circoscritta ai singoli cittadini direttamente ed autonomamente lesi da provvedimenti amministrativi.

La tutela degli interessi qualificati di cui si discorre, proprio per la loro dimensione collettiva, è, perciò, sovente demandata ad associazioni o comitati, strutturati e rappresentativi, potendo questi vantare – non un diritto altrui, bensì – una situazione giuridica propria e, dunque, un interesse legittimo a se medesimi riconducibile. Cosicché, come da tempo segnalato dagli interpreti, deve escludersi la tassatività del riconoscimento ministeriale e affermarsi, di contro, l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un duplice sistema di accertamento della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste (e dei comitati), la cui asserzione (o riconsiderazione) si risolve nella possibilità, per il giudice, di valutare caso per caso l'applicabilità dell'art. 18 l. n. 349/1986, ovvero di stabilire la sussistenza della legittimazione in capo ad una determinata associazione, continuamente impegnata sul fronte della preservazione dell'ecosistema e dotata di una struttura sufficientemente estesa e radicata sul territorio, ad impugnare provvedimenti lesivi di interessi ambientali.

In proposito, va osservato come l'ultimo comma dell'art. 118 Cost. – e, in particolare, il principio di sussidiarietà orizzontale – abbia sancito (e, in un certo senso, concluda) un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della c.d. entificazione, bensì correlato, più semplicemente, alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario.

Deve infine essere ricordato come, per costante giurisprudenza, la speciale legittimazione delle associazioni di protezione ambientale a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi ai sensi dell'art. 18, co. 5, l. n. 349 cit. riguardi l'associazione ambientalista nazionale (o ultraregionale) formalmente riconosciuta, e non le sue appendici territoriali, le quali non possono ritenersi munite di autonoma legittimazione processuale neppure per l'impugnazione di provvedimenti ad efficacia territorialmente limitata. Ne consegue che le articolazioni locali non possono ritenersi munite di legittimazione processuale autonoma neppure per l'impugnazione di un provvedimento ad efficacia territoriale limitata.

Mette infine conto precisare come, in linea di principio, possa ritenersi ammissibile, laddove statutariamente prevista, una sorta di "delega" ai presidenti regionali affin-

ché si sostituiscano, a livello decentrato, all'organo rappresentativo nazionale. Questo implicherebbe che il soggetto agente sia comunque rappresentato dall'associazione nazionale-delegante e non (anche) dalla sua propaggine locale.

4. Osservazioni conclusive

All'esito della compiuta disamina si palesano, conclusivamente, i tentativi della giurisprudenza di ampliare i confini dell'impugnativa giurisdizionale per estendere la tutela a posizioni giuridiche non individuali attraverso l'elaborazione di indici qualificanti gli enti esponenziali ad essa preposti. In particolare, il carattere fluido e adespotato degli interessi di recente e progressiva emersione nel tessuto sociale, come quelli di matrice ambientale, conduce alla conclusione secondo cui la previsione della legittimazione a ricorrere delle associazioni ecologiste è essenziale al fine di fornire agli stessi una tutela piena ed effettiva. Diversamente argomentando, la fondamentale attività di salvaguardia degli interessi relativi a beni collettivi e comuni – essenzialmente assicurata nel panorama nazionale proprio dal sistema della giustizia amministrativa – risulterebbe gravemente menomata in conseguenza della preclusione dell'accesso ai suddetti rimedi giurisdizionali da parte delle associazioni predette le quali, in generale molto meglio delle singole persone fisiche, sono in grado di cogliere la dimensione superindividuale degli interessi tutelati e delle relative lesioni ascrivibili ad atti amministrativi supposta-mente illegittimi.

La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste, pur connotata, alla luce di quanto chiarito, da particolare latitudine, non può peraltro espandersi oltre i limiti invalicabili segnati dalla natura del giudizio amministrativo come processo di parti. Riconoscere, difatti, una loro legittimazione a fronte di qualunque, anche indiretta interferenza, di atti amministrativi con gli interessi ambientali, varrebbe a trasformare il ruolo di dette associazioni in un sorta di "ministero pubblico", posto a presidio dell'indifferenziato e trasversale valore-ambiente. Un tale ruolo non è tuttavia attribuito dall'ordinamento alle associazioni di cui si discorre, le quali rimangono, in ogni caso, una parte privata del giudizio amministrativo e, come tali, sono legittimate a ricorrere e a resistere – fatte salve le ipotesi di legittimazione straordinaria tipizzate dal Legislatore – nei limiti della diretta correlazione tra le illegittimità denunciate e gli interessi dalle stesse istituzionalmente protetti. In altri termini, le associazioni ambientaliste possono impugnare qualunque atto amministrativo contenente prescrizioni asseritamente lesive delle risorse naturali, ma la specialità della loro legittimazione a ricorrere, condizionata a monte dagli scopi da esse perseguiti, consente loro unicamente la deduzione di censure funzionali al soddisfacimento di precisi interessi ambientali, nella pur ampia accezione del bene protetto cui si è fatta menzione *supra* (v. 3.1.).

All'interno di tali (ampi) confini va dunque conclusivamente tratteggiata la legittimazione degli enti collettivi ad impugnare gli atti dell'Amministrazione incidenti sull'ambiente.

Note

1. In argomento, di recente, cfr. MIRATE, S., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 260 ss.; CUDIA, C., "Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo", in *Dir. pubbl.*, 2019, 393 ss.; SAITTA, F., "La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione", in *AA.VV.*, *L'oggetto del giudizio visto dal basso*, Torino, 2020, 45 ss.; TROPEA, G., "La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente", in *Dir. proc. amm.*, 2021, 440 ss..
2. L'interesse diffuso vive, infatti, «allo stato fluido e magmatico» (VIGORITI, V., *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, 39; CASSESE, S., "Gli interessi diffusi e la loro tutela", in LANFRANCHI, L. (a cura di), *La tutela degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, 569), è in origine «adespota» ed è relegato a un livello pregiudiziale per il fatto di essere riferito a collettività non determinate, o non agevolmente determinabili, di cittadini (FERRARA, R., "Interessi collettivi e diffusi", in *Dir. pub.*, VIII, Torino, 1993, 482, 490). Per una efficace sintesi, TRAVI, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 69.
3. Tra i più risalenti arresti giurisprudenziali sul tema, si segnalano Cass. civ., sez. un. 8 maggio, 1978, n. 2207; Cons. St., ad. plen., 19 ottobre 1979, n. 24.
4. La tesi della trasformazione dell'interesse diffuso in interesse collettivo risale, nella sua primigenia formulazione, a GIANNINI, M.S., "La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi", in *AA.VV.*, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976, 23 ss., poi ripresa e variamente articolata dalla dottrina successiva, tra cui, ex multis, NIGRO, M., "Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza", in *Foro it.*, 1987, V, 7 ss.; MARUOTTI, L., "La tutela degli interessi diffusi e collettivi", in *Dir. proc. amm.*, 1992, 255 ss. e PUNZI, C., "La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi", in *Riv. dir. proc.*, 2002, 649 ss..
5. Cons. St., ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, in *Foro it.*, 2020, III, 289 ss., con nota di A. TRAVI.
6. Cons. St., sez. IV, 27 agosto 2019, n. 5887.
7. V. Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2018, 1838, secondo cui, «nella materia della tutela ambientale, deve essere riaffermato, quale condizione per ammettere la legittimazione ad agire di comitati spontanei o di associazioni di cittadini che vogliono impugnare provvedimenti amministrativi ritenuti lesivi di interessi comuni, il requisito della cosiddetta stabilità temporale, nel senso cioè che la loro attività deve risultare protratta nel tempo e non, invece, insorta proprio e unicamente in funzione dell'impugnazione di quei provvedimenti».
8. Cons. St., sez. III, 18 settembre 2018, n. 5459.
9. Cfr. Cons. St., sez. V, 21 aprile 2021, n. 3247, ove è stato escluso che contro l'autorizzazione alla realizzazione di un impianto per la produzione di biogas fosse legittimato a ricorrere un comitato avente come distintiva finalità statutaria l'opposizione alla realizzazione dell'infrastruttura medesima.
10. V., in dottrina, CALABRÒ, M., "Sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste", in *Foro amm.-T.A.R.*, 2003, 412 ss.; SAITTA, F., "L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero e (imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere", in *Riv. giur. edil.*, 2008, 23 ss.; BOSCOLO, E., "L'interesse legittimo oltre la vicinitas", in *Urb. e app.*, 1999, 8, 882 ss.; MAESTRONI, A., "La vicinitas quale condizione per l'azione; paletti interpretativi in relazione alla questione della necessità della prova effettiva di un danno attuale e concreto in capo al gruppo di cittadini ricorrente", in *Riv. giur. amb.*, 2014, 5, 557 ss.; BRAMBILLA, P., "L'impugnativa dei provvedimenti ambientali di localizzazione: i nuovi vincoli giurisprudenziali della legittimazione e dell'interesse ad agire dalla nozione di «vicinitas» a quella di collegamento stabile", in *Riv. giur. amb.*, 2002, I, 61 ss.; CAROSI, A., "Riflessioni su localizzazione di discariche e tutela giurisdizionale", in *Foro amm.-T.A.R.*, 2003, 199 ss.; TRIMARCHI BANFI, F., "L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas", in *Dir. proc. amm.*, 2017, 771 ss..
11. Cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2021, n. 3480; Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2020, n. 8401; Cons. St., sez. IV, 8 luglio 2020, n. 4383; Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2019, n. 4383; Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2011, n. 5986.
12. Cons. St., sez. V, 16 aprile 2013, n. 2108, secondo cui, «ai fini della configurabilità dell'interesse ad agire non è di per sé sufficiente il mero rapporto di prossimità tra chi agisce in giudizio e l'opera oggetto del provvedimento amministrativo che intende contestare, essendo necessario dedurre un danno sia pure potenziale che può derivare dall'opera in questione, danno che se può ritenersi in re ipsa in caso di realizzazione di impianti potenzialmente inquinanti per la tecnologia utilizzata (è il caso di realizzazione di un impianto di termovalorizzazione dei rifiuti), va invece specificamente dedotto in caso di impianti in sé inidonei a determinare una chiara lesione degli interessi dei ricorrenti». V., più di recente, in tema di impugnazione di titoli edilizi, Cons. St., sez. II, 23 dicembre 2020, n. 8289; Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 2018, n. 707. In dottrina, v. GAFFURI, F., "Note in merito alla vicinitas nell'impugnazione dei titoli edilizi", in *Urb. e app.*, 2020, 1, 90 ss.; l'A., attraverso un articolato commento della decisione T.A.R. Veneto, sez. II, 17 settembre 2019, n. 986, giunge ad adombrare dubbi sulla compatibilità dell'applicazione del concetto di vicinitas con la natura soggettiva ed i caratteri generali della giurisdizione amministrativa, nel cui ambito figura il "filtro" dell'interesse a ricorrere, da intendersi (anche) quale strumento di verifica della meritevolezza della situazione giuridica soggettiva azionata allo scopo di evitare abusi del processo.

13. In tema di impugnazione di un'autorizzazione all'apertura di un centro commerciale, v. Cons. St., sez. IV, 7 maggio 2015, n. 2324. Per un'attenta ricostruzione della giurisprudenza sulla vicinitas in materia di concorrenza tra operatori economici, v. TRAVI, E., "«Vicinitas» e interesse a ricorrere", in Foro it., 2018, III, 216 ss..
14. Cons. St., sez. V, 14 giugno 2007, n. 3191.
15. Cons. St., ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in Foro it., 2022, III, 57 ss., con nota di E. TRAVI, che definisce «epocale» la svolta impressa dall'Adunanza plenaria al complessivo assetto esegetico sino ad oggi venutosi a delineare circa il ruolo svolto dal collegamento territoriale in funzione della contestazione dei titoli edilizi.
16. Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760.
17. Secondo Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2021, n. 18493, «il requisito della "vicinitas" è, invero, sufficiente al fine di radicare la legittimazione attiva e l'interesse a ricorrere avverso la realizzazione di un'opera, senza che occorra la prova puntuale della concreta pericolosità della stessa, né ricercare un soggetto collettivo che assuma la titolarità della corrispondente situazione giuridica, avendo peraltro i ricorrenti altresì allegato le paventate conseguenze dannose scaturenti, sotto il profilo della salute e dell'ambiente, dall'attuazione degli impugnati provvedimenti». Cfr., analogamente, Cass. civ., sez. un., 27 agosto 2019, n. 21740.
18. Cass. civ., sez. un., n. 18493/2021 cit. (cfr., in particolare, punto 6.2.2 dell'apparato motivazionale).
19. Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182.
20. Cons. St., Sez. cons. atti norm., 25 agosto 2003, n. 1440, in Foro amm.-CDS, 2003, 2343 ss..
21. V., ex aliis, Cons. St., sez. I, 6 novembre 2013, n. 951.
22. T.A.R. Lombardia, sez. IV, 15 dicembre 2008, n. 5786.
23. T.A.R. Lombardia (Brescia), sez. II, 28 ottobre 2010, n. 4456. V., altresì, T.A.R. Lombardia, sez. II, 27 febbraio 2015, n. 576, secondo cui «laddove il presidente regionale abbia agito in giudizio non già per l'associazione territoriale, bensì per quella nazionale, e ciò abbia fatto in virtù di un potere espressamente conferitogli dallo statuto della medesima associazione nazionale, non vi sono ostacoli a ritenere ammissibile il ricorso, in quanto proposto in nome e per conto del soggetto iscritto nell'apposito elenco disciplinato dalla legge. Invero, la legittimazione delle associazioni ambientaliste riconosciute ai sensi dell'art. 13 l. n. 349 del 1986 costituisce lo strumento attraverso il quale – rendendo operante la sussidiarietà orizzontale, ora prevista dall'art. 118 Cost. – l'ordinamento seleziona e tutela interessi che, pur diffusi (e quindi per loro natura indifferenziati e adespoti) presentano rilevanza costituzionale primaria. Tale legittimazione presenta carattere speciale, in quanto attribuita dalla legge in deroga all'art. 81 c.p.c. e quindi è del tutto condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che nega la possibilità di delegarne l'esercizio a un soggetto diverso da quello cui l'ordinamento l'attribuisce. Tuttavia, tale eventualità non si verifica laddove lo statuto non preveda una delega di rappresentanza processuale in favore di un soggetto diverso, bensì attribuisca il potere di agire in giudizio, in nome e per conto dell'associazione nazionale, anche ad organi diversi dal presidente nazionale e in particolare ai presidenti regionali».
24. Cons. St., sez. IV, 13 novembre 2012, n. 5715.
25. Si ponga mente alla previsione dell'art. 146, co. 12, d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, che, in tema di impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica, ammette l'appello di colui ("associazioni portatrici di interessi diffusi individuate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di ambiente e danno ambientale, e [...] qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse") il quale, pur non avendo partecipato al giudizio di primo grado, possa essere qualificato come controinteressato sostanziale in quanto titolare di una posizione soggettiva giuridicamente rilevante, caratterizzata da un concreto interesse di segno opposto rispetto a quello fatto valere col ricorso di prime cure (Cons. st., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 3853; recentemente, v. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 4 novembre 2020, n. 1009).
26. Dalla stretta correlazione tra estensione oggettiva dell'interesse all'ambiente e ambito di legittimazione discendono, conseguentemente, i limiti stessi di proponibilità delle censure: non è pertanto configurabile la proposizione di motivi di doglianza aventi, principalmente, una valenza urbanistico-edilizia, e che solo in via strumentale ed indiretta – e non in ragione della violazione dell'assetto normativo di difesa dell'ecosistema – possano determinare un effetto utile (anche) ai fini della tutela dei valori ambientali. Per una puntuale ricostruzione, si rimanda a Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 16 ottobre 2012, n. 933.

