



A.D. 1308
unipg
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2021

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES



*Annuario giuridico della — Law Yearbook of the
Università degli Studi di Perugia*

International Annual Review in collaboration with
Escuela Libre de Derecho (México)

Editor in Chief Antonio Palazzo - Università di Perugia

Co-Editor in Chief Mario I. Álvarez Ledesma - Escuela Libre de Derecho

Scientific Coordinator Andrea Sassi - Università di Perugia

Scientific Board

Guido Alpa, *Sapienza Università di Roma*; Franco Anelli, *Università Cattolica del Sacro Cuore*; Silvia Angeletti, *Università di Perugia*; Rainer Arnold, *Universität Regensburg*; Mario Ascheri, *Università Roma Tre*; Antonio Bartolini, *Università di Perugia*; Maurizio Borghi, *Bournemouth University*; Mauro Bove, *Università di Perugia*; Giovanni Bruno, *Università di Roma Tor Vergata*; Francesco D. Busnelli, *Scuola Superiore S. Anna Pisa*; Luisa Casseti, *Università di Perugia*; Hedley Christ, *University of Brighton*; † Marco Comporti, *Università di Siena*; Cristina Costantini, *Università di Perugia*; Enrico del Prato, *Sapienza Università di Roma*; Juan Luis González Alcántara Carrancá, *Universidad Nacional Autónoma de México*; Nicolò Lipari, *Sapienza Università di Roma*; Francesco P. Luiso, *Università di Pisa*; Agustín Luna Serrano, *Académie des Privatistes Européens*; Maurizio Lupoi, *Università di Genova*; Giovanni Marini, *Università di Perugia*; Salvatore Mazzamuto, *Università Roma Tre*; Carlo Mazzù, *Università di Messina*; Lorenzo Mezzasoma, *Università di Perugia*; Manuel A. Munive Páez, *Escuela Libre de Derecho México*; Maurizio Oliviero, *Università di Perugia*; Andrea Orestano, *Università di Perugia*; Massimo Paradiso, *Università di Catania*; Andrea Pierini, *Università di Perugia*; Calogero Pizzolo, *Universidad de Buenos Aires*; Vito Rizzo, *Università di Perugia*; Simona C. Sagnotti, *Università di Perugia*; Umberto Santarelli, *Università di Pisa*; Claudio Sartea, *Università di Perugia*; Francesco Scaglione, *Università di Perugia*; Stefania Stefanelli, *Università di Perugia*; † Peter Stein, *University of Cambridge*; Ferdinando Treggiari, *Università di Perugia*; Andrea Trisciuoglio, *Università di Torino*; Marco Ventura, *Università di Siena, Centro per le Scienze Religiose (FBK-ISR)*; David Zammit, *University of Malta*; Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre, Università degli Studi Internazionali di Roma*.

Editorial Board of Europe

Managing Editors: Valentina Colcelli (valentina.colcelli@cnr.it); Andrea Sassi (andrea.sassi@unipg.it); Stefania Stefanelli (stefania.stefanelli@unipg.it). Members: Sabrina Brizioli; Silvio Pietro Cerni; Roberto Cippitani; Elisabetta Mazzilli; Francesco Paolo Micozzi; Vera Sciarino; Alessandro Marceca.

Editorial Board of Latin America

Managing Editor: Manuel A. Munive Páez (mmunive@eld.edu.mx). Members: José Castillo Nájera; Carlos Ortega.

Peer Review and Open Access Journal

ISSN 1722-1110

2021

Registration at the Tribunale di Perugia on 24 July 2003, no. 33
Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Editorial

- 7-38 *Venti anni di Diritto e Processo nello Studio perugino del XXI secolo. Nel solco di una lunga tradizione: dalla Scuola del commento all'interesse giuridicamente rilevante* [ANTONIO PALAZZO]

Articles

- 39-56 HEDLEY CHRIST
What can we say Law is: does Linguistics help in the Analysis?
- 57-100 FRANCESCO SCAGLIONE
Autonomia contrattuale e regolazione del mercato elettrico
- 101-120 MANUEL MILLÁN TORRES, FAVIO FARINELLA, ROBERTO CIPPITANI
Tecnología, datos personales y pandemias
- 121-154 STEFANIA TUCCANI
La carta d'identità tra tradizione e innovazione
- 155-206 ALBERTO MATTIA SERAFIN
Divagazioni su ragionevolezza e proporzionalità
- 207-234 ROBERTO PARADISI
Se la legittima difesa è scolpita nel cuore

Focus: Environmental Law and Policy

- 235-270 SABRINA ELIA
Principio di precauzione e diritto penale ambientale. Luci ed ombre di un rapporto ancora controverso
- 271-300 SIMONE FAIELLA
Le "Ecomafie" tra esigenze di tutela ambientale e rispetto dei principi del sistema penale

- 301-336 ANNA BERTI SUMAN
Voicing Claims to Governmental Accountability: the case of Environmental Citizen Sensing
- 337-378 SABRINA BRIZIOLI
Gli attori del sistema di access and benefit-sharing: criticità e prospettive a dieci anni dall'adozione del Protocollo di Nagoya

Focus: Law and Technologies

- 379-426 SILVIO PIETRO CERRI
Trattamento illecito dei dati personali e risarcimento del danno non patrimoniale
- 427-486 FLAVIA CRISTIANO
Il Regolamento UE 679/2016 e i trasferimenti extra UE dei dati personali nel contesto universitario
- 487-508 MARCO GAMBULI
Il risarcimento del danno da illecito trattamento dei dati personali
- 509-544 VALERIA ORABONA
Il registro delle attività di trattamento nella P.A.: il delicato ruolo del DPO tra accountability e gestione delle risorse
- 545-568 SIMONA SERGIO
Il trattamento dei dati personali nelle Pubbliche Amministrazioni
- 569-592 ALESSANDRO BILLI
La natura giuridica degli smart contract

Overviews

- 593-627 *Gestazione per altri e accertamento di stato* (nota a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33) [ANDREA SASSI]
- 628-664 *Note minime sul difficile equilibrio tra interesse fiscale e diritto alla privacy del contribuente* (nota a Corte EDU, 12 gennaio 2021, L.B. c. Ungheria) [SIMONE FRANCESCO COCIANI]
- 665-713 *Il titolo di avvocato "specialista"* [GIANCARLO SAVI]
- 714-732 *Data Protection and Covid 19: Individual Rights and Public Interests in the time of Coronavirus* [KOSTANZA TOMAINO]

733-762 *Individualismo dello status* [ALESSIA SPERANDIO]

763-770 *Modifica delle condizioni di divorzio e affidamento della prole. A proposito di un recente provvedimento del Tribunale di Perugia* [ALESSANDRO MARCECA]

771-772 *Recensione a G. Abbritti (a cura di), L'Istituto di Medicina del Lavoro dell'Università degli Studi e dell'Azienda Ospedaliera di Perugia dalle origini ai nostri giorni* [ANTONIO PALAZZO]

In Memoriam

773-774 *In memory of Giovanni Barberini* [ANTONIO PALAZZO]

775-776 *In memory of Beniamino Caravita di Toritto* [ANTONIO PALAZZO]

Editorial

Venti anni di *Diritto e Processo* nello Studio perugino del XXI secolo. Nel solco di una lunga tradizione: dalla Scuola del commento all'interesse giuridicamente rilevante.

[ANTONIO PALAZZO^(*)]

SOMMARIO: 1. *Diritto e Processo*. – 2. Integrazione e internazionalizzazione. – 3. Genesi del diritto a Perugia: la Scuola del Commento. – 4. *Expressio causae* e promesse gratuite. – 5. *Aequitas*, rapporti intersoggettivi e interessi commutativi. – 6. Influenza della Scuola del Commento nel *common law* moderno. – 7. Il diritto a Perugia dopo l'unità d'Italia: Giuseppe Messina e le relazioni industriali nella sociologia di Sturzo. – 8. Dal positivismo delle "regole" al positivismo degli "interessi": Gioacchino Scaduto e la sua Scuola.

1. *Diritto e Processo* compie vent'anni. Era il 2001 quando abbiamo pensato, unitamente alla Scuola perugina, ad un Annuario giuridico dell'Università, che potesse raccogliere contributi su temi al contempo classici e innovativi, e che tenesse presente le continue interrelazioni tra situazioni giuridiche soggettive e tutela delle stesse, che è poi l'essenza del *civil law*. L'allora M. Rettore Francesco Bistoni mostrò sensibilità e attenzione per l'iniziativa, sensibilità e attenzione perpetuate ed accresciute – stante anche il ruolo di insigne costituzionalista – nell'attuale M. Rettore Maurizio Oliviero, entrato a far parte dello *Scientific Board*.

In questi vent'anni la *Rivista* si è evoluta, rappresentando una degna vetrina per Colleghi affermati, ma anche per giovani che si sono affacciati e si affacciano alla carriera con risultati pregevoli, ampliandosi sia nei contenuti che nelle iniziative editoriali collegate.

Relativamente al primo aspetto, alla sezione dedicata ai saggi (*Articles*), si sono via via aggiunte quelle dedicate all'analisi della giurisprudenza o di particolari argomenti di attualità (*Overviews*) e a celebrare gli Amici e Colleghi che ci hanno lasciato (*In memoriam*); da ultimo, l'offerta si è arricchita con due *Focus* concernenti il diritto ambientale (*Environmental Law and Policy*) e il rap-

^(*) Accademico dei Giusprivatisti Europei, Università degli Studi di Perugia, *Editor in Chief*.

porto tra diritto, scienza e tecnologie (*Law and Technologies*), particolarmente apprezzabili perché seguiti da giovani valenti ricercatori, entrambi Membri dell'*Editorial Board of Europe*, la Dott.ssa Sabrina Brizioli e il Dott. Silvio Pietro Cerri, *Focus* sui quali ci vorremmo brevemente soffermare.

Lo scopo di *Environmental Law and Policy* è quello di aprire una finestra sugli strumenti giuridici di tutela ambientale, attraverso contributi di esperti della materia. Nel rispetto dei settori scientifici di provenienza dei singoli autori e della interdisciplinarietà della *Rivista*, ciascun contributo fornisce un'indagine accurata e specialistica di una ben individuata tematica afferente alla vasta materia ambientale. Gli studi non si occupano del medesimo topic, né si inseriscono nella trattazione di una stessa tematica prestabilita o imposta dal Comitato scientifico, scelta editoriale rara nell'attuale panorama degli *Special Issue*. *Environmental Law and Policy* rappresenta, infatti, uno spazio libero di confronto e al tempo stesso un laboratorio scientifico, in cui ciascun esperto ha la possibilità di esprimersi attraverso le personali ricerche ed esperienze professionali e introdurre dei nuovi profili di studio ed attualissimi temi di indagine. Esso è stato ideato e organizzato con lo scopo di permettere la divulgazione di una nuova dottrina del diritto ambientale, una letteratura scientifica di una emergente generazione di studiosi che si muovono, interagiscono e collaborano per dar vita ad una virtuosa cooperazione la cui finalità è la conoscenza di un settore in continua evoluzione.

Analogamente, da questo numero, *Law and Technologies* rappresenta un esperimento editoriale il cui scopo è quello di aprire una finestra sugli strumenti giuridici di protezione delle libertà fondamentali e dei dati personali, di sicurezza informatica e d'informatica forense. Ciascun contributo approfondisce una ben individuata tematica attinente, in particolare, al commercio elettronico, alla digitalizzazione e all'affidabilità di reti e sistemi informatici ed informativi. Anche in questo caso, i lavori di ricerca non si occupano del medesimo topic, né si inseriscono nella trattazione di una stessa tematica prestabilita, in linea con le scelte editoriali poc'anzi rappresentate.

Per quanto concerne le iniziative scientifiche collegate, *Diritto e Processo* può vantare un vasto panorama, che spazia dalla riproposizione dell'opera completa di Maestri del passato (*Pubblicazioni*), ai saggi monografici (*Mono-*

grafie), a saggi su argomenti specifici (*Quaderni*), ad opere dedicate alla formazione degli studenti (*Manuali*), a raccolte di scritti interdisciplinari e atti di convegni (*Studi tematici*), agli studi compiuti nell'ambito di progetti europei (*Jean Monnet Chair TeKla Studies*), sino a commenti alla legislazione (*Commentari*).

2. La svolta è avvenuta nel 2013 con la internazionalizzazione della *Rivista*, grazie all'apporto specifico dei Colleghi messicani, sapientemente guidati da Mario I. Álvarez Ledesma, *Co-Editor in Chief*, e, più in generale, di quelli latino-americani.

Diritto e Processo celebra la collaborazione tra la Scuola giuridica perugina e i Colleghi della Escuela Libre de Derecho di Città del Messico, dell'IN-DEPAC (Instituto des Studios Superiores en Derecho Penal) di Città del Messico e della Escuela Judicial de Oaxaca, che vedono tra i docenti titolari anche il mio allievo Roberto Cippitani.

Il progetto scientifico che sta alla base di questa collaborazione parte dagli ottimi rapporti con gli studiosi messicani e cerca di favorire l'obiettivo più ampio di creare uno spazio giuridico comune tra Europa e America Latina. Che diritto europeo e americano abbiano origini e sviluppi comuni è un fatto che non va ulteriormente dimostrato. Eppure oggi queste importanti interrelazioni stanno alla base dell'integrazione giuridica tra le due sponde dell'Atlantico.

Nei due continenti, fino a pochi decenni fa, gli studiosi e gli operatori del diritto erano custodi di un sapere circoscritto entro i confini del diritto nazionale. Si volgeva lo sguardo al diritto degli altri Paesi solo per un esercizio storico o comparatistico, senza una reale ricaduta applicativa sul diritto interno.

Negli ultimi decenni, però, si è prodotto un fenomeno irresistibile e irreversibile, che è costituito dall'integrazione regionale. Una integrazione che si è voluta all'inizio soltanto economica, ma che è divenuta essenzialmente giuridica. Le fasi di questo processo sono ovviamente diverse in Europa e in America Latina. Ma sono uguali gli obiettivi da raggiungere ed il contributo dei giuristi al loro raggiungimento. Inoltre, proprio in virtù di quella area

di famiglia che ha prodotto nel passato importanti contaminazioni, i due processi di integrazione giuridica trovano reciproco impulso dal confronto reciproco, per evidenziare problemi, proporre soluzioni, evitare errori.

Questo confronto è particolarmente evidente nei richiami contenuti nelle fonti e nella giurisprudenza delle Corti latino-americane.

Tale riferimento si osserva nelle forme di collaborazione tra gli Stati sudamericani, che stanno passando da accordi economici e settoriali (come il Mercosur) ad una cooperazione di carattere politico, basata sull'idea di "solidarietà", sviluppo sostenibile e sulla riduzione delle asimmetrie tra regioni (come è accaduto per il trattato dell'Unasur, ma anche per gli sviluppi del Mercosur, come la creazione del fondo per la convergenza strutturale, la creazione della banca del sud, la dichiarazione sui diritti del consumatore, il *Mercosur Sociolaboral*). Questo passaggio si ispira e cita spesso letteralmente il percorso dell'Unione Europea.

Inoltre, il modello europeo guida la letteratura e la giurisprudenza che supportano i processi di integrazione. Infatti, le Corti latino-americane, istituite nell'ambito degli accordi intergovernativi, fanno sempre più riferimento ai concetti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, seguendone inoltre il metodo interpretativo, che costituisce in Europa un essenziale strumento di integrazione giuridica. È il caso del Tribunale Permanente di Revisione del Mercosur, il quale, richiamando anche talune decisioni della Corte di Giustizia, utilizza nozioni quali diritti umani, diligenza e buona fede, diritto alla corretta informazione e così via, che non sono esplicitamente contenuti nelle fonti intergovernative⁽¹⁾. Per non parlare, ovviamente, dell'influenza che il diritto europeo, soprattutto quello privato, hanno avuto e hanno sui codici dell'America Latina.

Allo stesso modo la letteratura giuridica europea potrebbe trarre importanti spunti di riflessione dal diritto dell'America Latina, che già da tempo ha affrontato questioni legate a società multietniche, il confronto con i modelli nordamericani, la globalizzazione.

⁽¹⁾ Solo per citare un esempio: *Commissione c. Francia* – C-265-95; caso *Schmidberger* (C-112-00).

In questo quadro la Scuola perugina ha stretto rapporti scientifici e personali con studiosi e istituzioni americane, poi sfociati nel Dottorato europeo ed internazionale sui temi dell'integrazione regionale (intitolato alla Società della Conoscenza e coordinato dal mio allievo Andrea Sassi), partecipando a convegni e seminari, organizzando ricerche comuni.

Questo nostro progetto si collega strettamente all'impegno per la costruzione di un diritto europeo che si realizza attraverso diverse iniziative di ricerca, anche per mezzo della collaborazione con l'Accademia dei Giuristi Europei diretta dall'amico Giuseppe Gandolfi.

La collaborazione ha prodotto in poco tempo una oramai consolidata consuetudine di attività scientifiche e didattiche: due numeri speciali celebrativi; i corsi tenuti a Città del Messico e a Perugia; la partecipazione a Convegni; la redazione di alcune voci del prestigioso Dictionario historico-judicial del Mexico, realizzato dalla Suprema Corte de Justicia de la Nación messicana⁽²⁾; la collaborazione dei colleghi messicani all'opera in tre volumi "Diritto privato", edita da Utet (a cura di Alberto Donati, Alessandro Garilli, Silvio Mazzaresse, Andrea Sassi)⁽³⁾.

3. *Diritto e processo* si inserisce in una tradizione antica e prestigiosa, colmando, a nostro avviso, una lacuna. Mancava, infatti, un Annuario giuridico nella Università in cui è nata la c.d. *Scuola del commento*, che ha dato impulso fondamentale alla costruzione di un diritto comune nell'ambito dello spazio europeo, coniugando il diritto romano (essenzialmente tardoantico e giustiniano⁽⁴⁾) con elementi di diritto germanico e, soprattutto, con il diritto-

⁽²⁾ Le voci redatte dall'Università degli Studi di Perugia e da noi coordinate sono le seguenti: *Permanencias del derecho civil* (Antonio Palazzo); *Derechos patrimonialmente neutros* (Andrea Sassi); *Antitrust (en el Derecho Europeo)* (Francesco Scaglione); *Derecho subjetivo y Interes legitimo* (Valentina Colcelli); *Solidaridad (en las relaciones jurídicas)* (Roberto Cippitani).

⁽³⁾ Il contributo di M.I. Álvarez Ledesma è "L'Accesso alla giustizia"; quello di B. Sosa Morato si intitola "Persona y Derecho".

⁽⁴⁾ Non a caso nell'Università di Perugia è attiva, da quasi cinquant'anni (la sua istituzione risale al 1973), l'Accademia Romanistica Costantiniana, Centro di ricerca di livello internazionale, pensato e fortemente voluto dall'Amico Giuliano Crifò (del quale quest'anno ricorre il decennale della scomparsa) e ora alacremente guidato dalla Sua allieva Marialuisa Navarra.

to canonico. Queste interrelazioni, proiettate nel presente, costituiscono al contempo l'ispirazione e la visione della *Rivista*, focalizzandosi su tradizione e modernità. Ed è per queste ragioni che, richiamando alcune osservazioni che avevano accompagnato l'uscita del primo numero, vogliamo in questa sede dar conto dell'importanza della Scuola giuridica perugina, dagli albori al XX secolo, con particolare riferimento al diritto civile, che ha costituito il laboratorio per la formazione e lo studio degli interessi della persona, poi trasfusi, sotto forma di situazioni giuridiche soggettive, nelle norme di diritto positivo⁽⁵⁾.

L'insegnamento del diritto civile nello *Studium Perusinum* ha una storia secolare che, sia pure con una crisi nei secoli XVII e XVIII, registra nomi illustri di giuristi titolari della disciplina.

Nel 1308, l'anno stesso della Bolla Clementina di riconoscimento dello Studio generale perugino, Jacopo da Belviso († 1335) vi teneva già la cattedra di diritto civile suscitando le invidie dei Bolognesi che gli avevano ingiunto di tornare subito nella sua Università di nascita e formazione. E il Consiglio dei Priori e dei Savi di Perugia deliberava il 9 settembre di quell'anno di inviare a Bologna una "solenne ambasceria" per indurre i bolognesi a consentire al civilista Belviso *gratia et amore communis Perusii et populi*, di continuare il suo insegnamento perugino. Braccio di ferro tra i due comuni che continuò per anni con minacce e lusinghe al Belviso da parte di entrambe le istituzioni⁽⁶⁾. I dieci anni di Jacopo a Perugia decidono, secondo l'Ermini, dell'avvenire dello Studio: «è per lui che la Scuola si avvia per quel nuovo metodo scientifico, che la farà maestra a tutti di dottrina civilistica»⁽⁷⁾.

Vero continuatore del Belviso è Cino de' Sighibuldi o Sinibuldi da Pistoia

⁽⁵⁾ Ci permettiamo di rinviare ad A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 2 ss., spec. pp. 3 ss. e 117 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 1 ss., spec. p. 19 ss.; A. PALAZZO, *Permanenze del diritto civile*, in questa *Rivista*, 2006-2009, p. 479 ss.; ID., *Permanencias*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (COORD.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 502 ss. V. anche P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, 4ª ed., Torino, 2016, spec. p. 4.

⁽⁶⁾ G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, I, Firenze, 1971, p. 127 ss.

⁽⁷⁾ G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 129.

(† 1336), considerato l'iniziatore della cultura civilistica e della *Scuola del commento*, che era sicuramente a Perugia sul finire del 1326 dove dava consigli al Comune e dove i documenti lo ricordano nel 1328-29 sulla «Cattedra ordinaria di diritto civile». E a Cino succede Bartolo da Sassoferrato († 1357), «una delle più forti menti di giurista che l'umanità abbia mai avuto»⁽⁸⁾. Bartolo entrò nella Scuola civilistica perugina di Cino e come sentiva dire da lui Baldo⁽⁹⁾: «ciò che formò il mio ingegno fu la lettura di Cino». Bartolo rimase sulla cattedra di diritto civile a Perugia sino alla morte; solo tra il 1342-43 e il 1351-53 fu a Pisa per leggervi l'Inforziato.

Nome illustre è pure il successore e allievo di Bartolo, Baldo degli Ubaldi o Baldeschi († 1400)⁽¹⁰⁾, che aveva conseguito probabilmente il Dottorato tra il 1343 e il 1344 su presentazione di Bartolo. Varie città si contesero la presenza di Baldo: Bologna, Pisa, Firenze, Padova, Piacenza e Pavia (ove morì), ma il più lungo periodo di insegnamento lo trascorse nella sua Perugia.

Dice Ermini: «se Bartolo è senza dubbio il massimo giurista del secolo per limpidezza dei concetti, visione sintetica dei problemi e rigore di costruzione dogmatica, Baldo supera il Maestro per ricchezza di erudizione, acume giuridico, modernità di atteggiamenti. Scrisse un suo discepolo, Paolo di Castro: “Pro certo fuit uno polito dottore et seppe bene anche lui indurre più sottilmente che Bartolo; ma pur generalmente seguita meglio il Vero che Baldo”»⁽¹¹⁾.

Tra i fratelli di Baldo, Pietro porta un contributo materiale agli studi e all'insegnamento del diritto civile a Perugia⁽¹²⁾. La sua opera più importante costituisce il fondamento del diritto moderno teso a tutelare l'unità del patri-

⁽⁸⁾ L'espressione – dice Ermini (*Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 137) – è usata da Giason del Maino, in l. 132, D. 45, 1. Su cui v. anche F. CALASSO, *Bartolo da Sassoferrato*, in *Diz. biografico degli italiani*, VI, Roma, Ist. Enc. it. Treccani, 1965, spec. p. 28 ss. (estr.).

⁽⁹⁾ BALDUS, in *Feud.*, II, 26.

⁽¹⁰⁾ Su cui, da ultimo, F. TREGGIARI, *Baldo degli Ubaldi (1327-1400). Una bio-bibliografia*, Perugia, 2021.

⁽¹¹⁾ G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 146 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 152 ss.

monio familiare nella trasmissione a causa di morte⁽¹³⁾: in essa si rinvencono, ad esempio, riferimenti alla divisione di beni tra fratelli, ove si consiglia di non smembrare quella parte di patrimonio per mezzo della quale l'ascendente esercitava un'attività produttiva. Queste ascendenze si rinvencono nel pensiero della civilistica attuale in tema di istituti alternativi al testamento e in alcuni provvedimenti legislativi recenti, quali la legge 55 del 2006 introduttiva dell'istituto del "Patto di famiglia"⁽¹⁴⁾.

Anche l'insegnamento del Notariato assurge a dignità universitaria nello Studio Perugino dei secoli XIV e XV con nomi illustri quali Maffeo di Riguccio che vi legge l'*ars notaria* di Rolandino de' Passeggieri⁽¹⁵⁾.

Ma è stato l'insegnamento di Bartolo, con il suo rigore tecnico-giuridico, il centro della cultura civilistica più ricco di contenuti a Perugia. Se Cino da Pistoia viene considerato il fondatore della *Scuola del commento* sono Bartolo e poi Baldo ad incidere sui fondamenti della cultura giuridica europea. A loro si deve la soluzione della questione dell'*expressio causae* e delle promesse gratuite, nonché l'utilizzo del procedimento equitativo che è arrivato sino ai nostri giorni.

4. In relazione al primo problema i due Commentatori riservarono grande attenzione alla dottrina dell'efficacia dei *nuda pacta*, che Bartolo, distinguendosi per la consueta finezza argomentativa, pone al centro delle sue riflessioni definendola «*materia subtilis et bona*», ed alla quale il giovane Baldo – appena ventunenne – dedicherà gran parte dei suoi già maturi studi, redigendo all'uopo un apposito trattatello (*De pactis*)⁽¹⁶⁾.

Si tratta di una svolta epocale nella storia del diritto civile, attesi i suoi riflessi determinanti sulla dogmatica moderna delle obbligazioni, che trova le sue ascendenze nel diritto romano postclassico ove la storia della donazione

⁽¹³⁾ PETRI DE UBALDIS, *Tractatus de duobus fratribus et aliis sociis*, Lugduni, 1550, spec. p. 133 ss.

⁽¹⁴⁾ Sul punto v. A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 431 ss.

⁽¹⁵⁾ G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 183 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. S. RICCOBONO, *Stipulationes, contractus, pacta. Corso di diritto romano*, Milano, 1935, p. 418 ss.

ha un impatto dirompente sul vecchio sistema dello *ius civile*: l'ingresso della donazione causale, infatti, contribuisce – insieme alla nuova *stipulatio* – a ribaltare la dottrina ulpiana (D.2.14.7.4), secondo cui, com'è noto, «*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem; igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*».

D'altro canto, non è un caso che l'emersione della causa (o motivo oggettivato) si accompagni alla crisi del vecchio formalismo, atteso che già la *stipulatio*, fonte di obbligazioni per eccellenza, viene ritenuta nulla, qualora si presenti *sine causa*, proprio nel momento in cui perde la sua forma tradizionale, come si evince, tra l'altro, dalle invalidità della *stipulatio turpi ex causa* o viziata da dolo, che della causa, invece, presuppongono l'esistenza⁽¹⁷⁾.

Il *pactum donationis*, in buona sostanza, è *nudum* perché privo di *vestimentum*, ma è efficace perché ha una sua propria *causa*. Il *vestimentum*, in altri termini, non va inteso come sinonimo di *causa*, nell'accezione classica (ma insincera) di *datio*, bensì nel senso di forma solenne, atteso che, come riferisce la migliore dottrina, ai cui studi insuperati è d'obbligo rinviare in questa sede, «il *pactum* assorbi la *stipulatio* senza forma»⁽¹⁸⁾.

D'altra parte, l'estrema rilevanza dell'innovazione giustiniana in tema di *pactum donationis* è testimoniata dalle importanti riflessioni del *doctor ultramontanus* Jacques de Révigny, il quale, in polemica con la Glossa azoniana, attribuisce al consenso il ruolo di *vestimentum* nella donazione, in quanto elevata dall'ordinamento a *species contractus*, del tutto azionabile prescindendo

⁽¹⁷⁾ Sull'argomento, rimangono insuperate le pagine di S. RICCOBONO, *Stipulationes, contractus, pacta*, cit., p. 174 ss. V. anche C. MANENTI, *Teoria generale dei Pacta*, Siena, 1891, *passim*; e il nostro, *Scienza e insegnamento del diritto civile a Perugia. Dalla Scuola del commento alla giurisprudenza degli interessi*, in F. TREGGIARI (a cura di), *Giuristi dell'Università di Perugia. Contributi per il VII centenario dell'Ateneo*, Roma, 2010, p. 256.

⁽¹⁸⁾ S. RICCOBONO, *Stipulationes, contractus, pacta*, cit., p. 430. E v., chiaramente, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed., Torino, 1993, p. 487 ss. Dice Burdese (ivi, p. 490): «Caduto l'antico formalismo, ogni convenzione può, con qualche limitazione, presentarsi come *stipulatio*, e pertanto viene ormai a risultare priva di significato la massima *ex pacto actio non nascitur*, benchè la si trovi ancor riprodotta nelle fonti giustinianee, ove risulta ormai solo vera per i patti (tipico il *pactum de non petendo*) in ordine ai quali la mancanza di azionabilità deriva dall'intento stesso delle parti».

dall'adozione di una forma particolare: «[...] *donatio erat conventio nuda ante iustinianum voluit iussi quod ex pacto donationis posse agi. Unde similiter venditio est conventio vestita quia contrahitur consensu sic et donatio. Sic dico in aliis casibus ubi lex iuvat conventionem distinguendo eam et eam reponendo in speciem. Unde dico quod vestitur consensu donatio sic et venditio quia voluit iustinianus quod ex consensu donationis agetur sic et ex consensu venditionis*»⁽¹⁹⁾.

Le fonti postclassiche confermano quindi il fatto che la forma solenne non è mai stata, in diritto romano, la “stampella” cui si appoggia una “causa debole” o, ancor peggio, una donazione “astratta”, per la semplice ragione che, tutte le volte in cui i motivi oggettivati acquistano rilevanza, la donazione è un negozio causale. E tale aspetto è presente nel pensiero di Bartolo e soprattutto di Baldo, il quale affermava che il *promissor*: «*si voluisset donare, hoc expressisset [...] ergo, nulla inserta causa, paesumitur stultitia non liberalitas [...] unde voluntas non facit eum debitorem*»⁽²⁰⁾.

Il pensiero dei Commentatori è stato ripreso e sviluppato in chiave moderna dal fondatore della scienza comparatistica italiana, Gino Gorla, che insegnò a Perugia per un breve periodo nella seconda metà degli anni trenta del XX secolo.

È infatti sulla dottrina di Gorla che si fondano gli sviluppi della civilistica attuale secondo cui la causa dell'attribuzione regge l'efficacia della promessa e vale a superare il vecchio feticcio formalista che serviva a colmare la presunta deficienza causale delle attribuzioni unilaterali non donative, origine delle preoccupazioni gorliane⁽²¹⁾. Forma solenne e promessa unilaterale, infatti, non costituiscono più un inscindibile binomio concettuale. L'evolu-

⁽¹⁹⁾ JACQUES DE REVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Iurisdictionum ff. de pactis*, fol. 129 vb., in *Lectura Codicis*, r. a. Bologna, 1967.

⁽²⁰⁾ BALDI, *In quartum et quintum codicis, de non num. pec., l. generaliter* (C. 4, 30, 13) un. 13, 15.

⁽²¹⁾ Cfr. G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 196, secondo il quale «da causa di liberalità presenta questo carattere particolare, di essere una causa generale o generica, che comprende tutte le promesse di dare non aventi un certo carattere tipico o una *causa sufficiente* [...]; sicché la forma della donazione serve o può servire per rendere valide le promesse di quel genere, che altrimenti valide non sarebbero». V. i nostri *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 160 ss., e *Le donazioni* (artt. 769-809), in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 52 ss.

zione del sistema privatistico, in ordine al fondamento della sanzionabilità della promessa unilaterale registra singolari mescolanze provenienti dalla storia del pensiero giuridico⁽²²⁾: dalla *pollicitatio* romana alla dottrina della *aequitas* canonica, dalla *fides* tomistica di ispirazione aristotelica – che apre la strada alle teorie della scolastica spagnola sulla morale dell’obbligo⁽²³⁾ – alla “laicizzazione”⁽²⁴⁾ giusnaturalista della promessa fondata sulla *aequitas constituta* groziana⁽²⁵⁾, il punto d’approdo (o di non ritorno) non è rimasto (o, forse, non è mai stato) il dogma volontaristico di matrice pandettistica⁽²⁶⁾. Le riflessioni della dottrina attuale – e le avanguardie quasi pionieristiche della giurisprudenza – sul contratto con obbligazioni del solo proponente, configurato quale negozio unilaterale, dimostrano che il cammino della scienza civilistica – che origina dal diritto romano postclassico, e prosegue nello Studio perugino attraverso Bartolo e Baldo per arrivare nel secolo XX a Gino Gorla – in ordine alle ragioni della giuridicità del vincolo assunto unilateralmente si è oggi concluso. Infatti, la dicotomia contratto-promessa non esprime più una contrapposizione di concetti antitetici, ma una semplice alternatività dei modi di acquisto derivativo *inter vivos* dei diritti⁽²⁷⁾.

5. Riguardo al secondo problema, concernente l’uso del procedimento

⁽²²⁾ In argomento, v. il nostro studio in A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L’interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, spec. p. 68 ss.; e *Interessi permanenti*, cit., spec. p. 54 ss.; L. MOCCIA, *Promessa e contratto*, in *I contratti in generale* (Aggiornamento 1991-1998) a cura di G. Alpa e M. Bessone, I, Torino, 1999, p. 297 ss.

⁽²³⁾ Cfr. A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997.

⁽²⁴⁾ L. MOCCIA, *Promessa e contratto*, cit., p. 308 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 18 ss.; A. PALAZZO, A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L’interpretazione della norma civile*, cit., p. 80 ss.

⁽²⁶⁾ In argomento, v. And. D’ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, I, *Profilo storico e comparativo*, Torino, 1992; ID., *Le promesse unilaterali* (artt. 1987-1991), in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 241 ss.; A. ORESTANO, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2019, p. 7 ss. e 131 ss.

⁽²⁷⁾ A. PALAZZO, *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 181 ss. Sul punto, v. le belle pagine di G. GORLA, *La “logica” illogica del consensualismo o dell’incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255 ss.

equitativo⁽²⁸⁾, i due Commentatori, non solo si servivano dell'*aequitas* (anche *non scripta*) per colmare eventuali lacune del sistema, ma propendevano per un utilizzo tale da consentire di evidenziare la *ratio* effettiva della disposizione e di disapplicarla nel caso concreto, qualora risultasse che il fine voluto dal legislatore venisse disatteso nell'ipotesi di applicazione rigida del precetto⁽²⁹⁾: così, a proposito della previsione concernente la fattispecie in cui un soggetto spargeva sangue all'interno del palazzo comunale (punita con la pena di morte) i due *Commentatori* precisarono che, allorché il fatto avveniva, ad esempio, ad opera di un medico o di un barbiere-cerusico nell'intento di salvare un malato, la *ratio legis* «veniva meno» e il precetto, con la relativa sanzione, non potevano trovare applicazione⁽³⁰⁾.

Questo uso del procedimento equitativo risale ad epoca antichissima. Secondo Aristotele la natura dell'«equo» è di essere correzione della legge, nella misura in cui essa «è carente» a causa del suo carattere universale⁽³¹⁾, ma

⁽²⁸⁾ Sul tema, l'indagine più completa e attuale è di A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011.

⁽²⁹⁾ Sul pensiero di Bartolo e di Baldo in merito al concetto di *bona fides* interrelato a quello di *aequitas canonica*, si veda P. FEDELE, *Ricordo di Baldo degli Ubaldi. Rileggendo il suo commento al Cap. I Lib. XV "De pactis" delle Decretali di Gregorio IX*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni – La forma degli atti nel diritto privato*, Napoli, 1988, spec. p. 159 ss.; più in generale, sull'importanza dei *Commentatori* nel panorama culturale cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. italiana di Santarelli e Fusco, coord. da Grossi, Milano, 1980, I, spec. p. 115 ss., il quale sottolinea come «solamente chi conosce le vite tormentate di queste personalità [...] è in grado d'apprezzare la misura e lo spirito del contributo ch'essi dettero alla cultura europea» (p. 117); l'influenza di tali personalità (con particolare riguardo a quella di Bartolo) sul pensiero giuridico europeo sino al settecento è evidenziata, tra gli altri, anche da R.C. VAN CAENEGEM, *Introduzione storica al diritto privato*, ed. italiana con presentazione di M. Ascheri, Bologna, 1995, pp. 79, 109; da J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, ed. italiana, Bologna, 1996, p. 160 s.; da A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, ed. italiana, Bologna, 1999, p. 110 s.; e, di recente, A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, spec. p. 56 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. P.G. CARON, "*Aequitas*" romana, "*miserordia*" patristica ed "*epicheia*" aristotelica nella dottrina dell'"*aequitas*" canonica, Milano, 1971, p. 74 ss., spec. p. 80 s.

⁽³¹⁾ *Etica Nicomachea*, V, 14, 1137b, 25, trad. italiana con introduzione e note di C. Natali, Bari, 1999, p. 215. La traduzione più appropriata è la seguente: «L'equo è giusto, ed è migliore di un certo giusto, non del giusto in assoluto, ma di quel giusto che difetta per astrattezza.

è soltanto nel mondo romano che il diritto diviene scienza e si procede nella fattispecie analizzata alla corretta applicazione della regola o, se del caso, alla sua disapplicazione: l'*interpretatio* va oltre il dato formale e attraverso il procedimento equitativo consente di realizzare quel temperamento di interessi a tutela di tutte le parti del rapporto⁽³²⁾. Emblematico è il pensiero di Giuliano (II sec. d.C.), secondo il quale la buona fede, che regola il momento della formazione del contratto e del suo svolgimento, impone un limite al contenuto del rapporto: nell'ipotesi in cui le parti pattuiscono l'esonero del venditore dalla responsabilità per l'evizione della cosa, qualora quest'ultima intervenga, il venditore stesso, pur non essendo tenuto al risarcimento del danno, deve comunque restituire il prezzo, essendo contrario a buona fede la circostanza che il prezzo possa essere trattenuto quando il compratore "perde" la cosa⁽³³⁾. Il principio è arrivato sino a noi: cfr. art. 1488 c.c.

Ancora prima, riguardo alle interrelazioni tra clausole generali ed equità⁽³⁴⁾, Celso affermava che oggetto della ricerca pratica del giurista doveva essere il bene dei singoli nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, bene attuato e realizzato *ratione bonae fidei* e, con il temperamento di opposti interes-

Ed è questa la natura dell'equo, di essere correzione della legge, laddove essa è carente a causa del suo carattere universale».

⁽³²⁾ Sul punto, A. PALAZZO, *Interessi permanenti ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, spec. pp. 15 ss. e 24 ss.

⁽³³⁾ Cfr. L. VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea (Atti del convegno in onore di A. Burdese)*, Padova, 2003, IV, p. 349 s.

Altre volte i giuristi romani, per giustificare un eventuale contrasto tra la soluzione adottata in concreto e la regola generale, fanno riferimento al concetto di *utilitas*, il quale è così divenuto uno strumento ambivalente, segno della possibile coesistenza nel ragionamento giuridico di pensiero sistematico e di pensiero problematico: M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, spec. pp. 3 e 207 ss.

⁽³⁴⁾ Per un uso attuale delle clausole generali e dell'equità, intese in un senso che favorisce la soluzione di casi pratici in maniera adeguata alla giustizia del caso concreto, v. la pregevole analisi di P. RESCIGNO, *Rimeditazioni sulla buona fede: omaggio ad Alberto Burdese*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea (Atti del convegno in onore di A. Burdese)*, cit., IV, p. 568 ss., spec. p. 569.

si (*aequitas*)⁽³⁵⁾, applicava principi fondamentali che – consolidatisi in epoca recente anche attraverso il richiamato passaggio alla c.d. giurisprudenza degli interessi – sono arrivati sino a noi, tanto da essere recepiti nelle Carte costituzionali e nei Trattati dell’Unione (c.d. *permanenze*)⁽³⁶⁾.

La dottrina aristotelica trova terreno fertile soprattutto nell’elaborazione dogmatica di San Tommaso d’Aquino (1225-1274), riletta alla luce dell’interpretazione che di essa fornì il Cardinale Caietano (1468-1534) nei suoi *Commentaria in Secundam Secundae Divi Thomae de Aquino* del 1518⁽³⁷⁾. Secondo San Tommaso, infatti, accanto alla giustizia distributiva, che impone allo Stato doveri di impiegare i beni della Terra a vantaggio di tutti i membri della comunità, esiste un concetto di giustizia commutativa, che richiede allo Stato di assicurare l’equità dello scambio nei contratti tra privati. Entrambe queste forme di giustizia sono espressione della giustizia legale, che consiste nel dovere fondante di promuovere e rispettare il bene comune.

San Tommaso applica i principi di equità e di buona fede alla materia contrattuale, ponendo le basi del diritto privato del mercato; la dottrina tomistica plasmerà profondamente il pensiero della *Scuola del commento* e di quella dei *doctores medievali* della Scuola perugina in particolare.

Assai interessante è la prospettiva di lettura del *iustum pretium* offerta dall’Aquinato, il quale, nella vigenza del divieto canonico delle *usurae*, ammetteva tuttavia che non fosse *turpe lucrum* il prezzo concordato in base alle regole del mercato, al di fuori di comportamenti abusivi che, distorcendo il funzionamento del mercato stesso, portassero a sovrapprofitti iniqui⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Si veda l’ampia analisi di A. PALAZZO, *Interessi permanenti*, cit., p. 15 ss. Precedentemente Labeone (ca. 45 a.C.-22 d.C.) aveva applicato il principio al fine di ritenere “ingiusta” la pretesa dell’adempimento dell’obbligazione corrispettiva nell’ipotesi in cui la controprestazione non fosse stata eseguita, ma è soltanto in epoca adrianea che i giuristi danno rilievo al sinallagma funzionale e la buona fede viene utilizzata per consentire alla parte adempiente il recupero del valore della prestazione effettuata in caso di mancata esecuzione della controprestazione per causa non imputabile: cfr. L. VACCA, *Buona fede*, cit., IV, p. 333 ss., spec. p. 345 ss.

⁽³⁶⁾ Sul significato del termine “permanenze” v. ancora A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell’interpretazione civile*, cit., spec. pp. 1 ss. e 37 ss.

⁽³⁷⁾ J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996, p. 198 ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. A. SAPORI, *Studi di teoria economica*, (Sansoni) Firenze, 1955, p. 279. Sul punto,

La questione prospettata da San Tommaso nella *Summa Theologiae* riguarda la vendita di grano ad un prezzo elevato, in conseguenza di una scarsità momentanea dell'offerta, da parte di un commerciante che è al corrente del prossimo mutamento delle condizioni di mercato in senso più favorevole all'acquirente (II^a-IIae q. 77 a. 3 arg. 4): «*Praeterea, si aliquis teneatur dicere defectum rei venditae, hoc non est nisi ut minuatur de pretio. Sed quandoque diminueretur de pretio etiam sine vitio rei venditae, propter aliquid aliud, puta si venditor deferens triticum ad locum ubi est carestia frumenti, sciat multos posse venire qui deferant; quod si sciretur ab ementibus, minus pretium darent. Huiusmodi autem non oportet dicere venditorem, ut videtur. Ergo, pari ratione, nec vitia rei venditae.*»

Orbene, secondo San Tommaso, la circostanza, ignorata dall'acquirente e taciuta dal venditore, che il prezzo sarebbe diminuito a seguito dell'imminente aumento dell'offerta di frumento, non comporta l'ingiustizia del prezzo già praticato, atteso che alla data della vendita era diversa l'entità dell'offerta stessa (II^a-IIae q. 77 a. 3 ad 4): «*Ad quartum (respondeo) dicendum quod vitium rei facit rem in praesenti esse minoris valoris quam videatur, sed in casu praemisso, in futurum res expectatur esse minoris valoris per superventum negotiatorum, qui ab ementibus ignoratur. Unde venditor qui vendit rem secundum pretium quod invenit, non videtur contra iustitiam facere si quod futurum est non exponat. Si tamen exponeret, vel de pretio subtraheret, abundantioris esset virtutis, quamvis ad hoc non videatur teneri ex iustitiae debito.*»

Questo pensiero medievale è ancora attuale, perché ci ricorda che i valori del mercato non sono avulsi dagli interessi dei contraenti, sicché il prezzo di mercato è equo se rispecchia la reale utilità che il bene o il servizio scambiato presenta per le parti.

La riflessione tomistica può essere a buon diritto considerata la radice storica della moderna dottrina dell'abuso di posizione dominante mediante imposizione di prezzi non equi, dal momento che le condizioni dell'offerta sono eque se il loro mutamento è causato da circostanze sopravvenute (*per superventum negotiatorum*) sottratte alla volontà del venditore, il quale è costretto ad innalzare il prezzo in risposta all'aumento della domanda. Si tratta di

ampiamente, A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, cit., p. 355 ss., spec. p. 363.

una posizione dominante transitoria, che non è foriera di comportamenti scorretti di stampo monopolistico. Ad ogni modo, anche l'esempio portato da San Tommaso d'Aquino è indirettamente la conferma del fatto fondamentale che l'equità è connaturata allo scambio, a condizione che i termini di esso siano liberamente e consapevolmente accettati da entrambe le parti.

La giustizia commutativa nel diritto privato è dunque riconducibile alla *aequitas singularis* di ascendenza aristotelico-tomistica e della *Scuola del commento*, perché consente al giudice di tener conto della particolarità degli interessi di ciascuna delle parti nell'applicazione della normativa contrattuale.

6. Anche in ambito anglosassone viene sottolineata l'importanza dell'equità nella formazione delle regole giuridiche: si afferma infatti che la funzione dei principi giuridici «è quella di contrastare le tendenze verso la rigidità e il legalismo, nel senso di attaccamento alla norma come fine a se stessa più che come mezzo per conseguire decisioni giuste. Vi è, pertanto, sempre un elemento di relatività nella nozione di equità. I principi che arrivano ad essere considerati come equitativi riguardano quegli aspetti del diritto che necessitano di modifiche. Man mano che il diritto si consolida, muta la funzione dei principi, che vengono ad essere impiegati in modo più marginale, solo per controllare l'applicazione delle norme in ordine a situazioni di fatti particolari»⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. italiana di Maccioni, con presentazione di A. Giuliani e appendice di L. Moccia, Milano, 1981, p. 143, che richiamano la celebre affermazione di sir Henry Maine, che definì l'equità come un complesso di principi giuridici aventi – in virtù della loro estrinseca superiorità – il potere di sostituirsi alla vecchia legge. Emblematica è l'esperienza attuale del diritto israeliano, che dimostra ancora una volta le strette interrelazioni sussistenti tra equità e clausole generali, con particolare riferimento alla buona fede: si osserva in dottrina che anche in tale realtà non si «esiterà ad attuare il principio della buona fede a fianco delle norme specifiche sulla tutela del consumatore, e cioè, che il principio di buona fede vada applicato alla fase precontrattuale dei contratti di consumo [...]. Questa è dunque la natura del principio di buona fede: espandersi in aree precedentemente non coperte, ed obbligarci, anche in quanto parti di trattative, a rispettarci l'un l'altro»: così A.M. RABELLO, *Israele fra common law e civil law, verso la codificazione del suo diritto contrattuale*, in V. BERTORELLO (a cura di), *Io comparo, tu compari egli compara: che cosa, come, perché?*, in *L'alambicco del comparatista*, coll. diretta da M. Lupoi, 6, Milano, 2003, p. 271, ed ivi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

Diffusore delle idee dei Commentatori in ambito anglosassone è stato Alberico Gentili, grato ai Maestri perugini per avergli dato prima di Oxford la massima formazione. Il Gentili pronunciò due orazioni in lode delle Accademie di Perugia e di Oxford e l'occasione fu quella delle Assemblee riunite per il solenne conferimento di dottorato a Perugia e di cattedra ad Oxford (1602 e 1603).

Ecco come si esprime il Gentili sul metodo di studio seguito a Perugia e sulla prova che viene richiesta per la creazione di un dottore⁽⁴⁰⁾: «Gli studenti ricevono dai dottori al termine di ogni lezione la indicazione del tema che sarà trattato prossimamente, e degli scrittori e interpreti e dove questi si possono reperire, affinché siano letti prima della lezione che segue, e ad un tempo sia esaminato ciò che poi verrà esposto e brevemente vi sia rivolta attenzione, onde i dottori abbiano poi pochissimo da esporre di cui i discepoli non abbiano in precedenza preso conoscenza: utilissimo metodo di studio, poiché non è sufficiente che gli uditori ascoltino con tutta attenzione il professore, ove già non abbiano precedentemente conosciuta la materia; lodatissimo metodo anche per i sermoni sacri come riferisce Crisostomo. E grave colpa è ritenuta comportarsi diversamente, negligenza che danneggia tutto, negligenza grandissima che è matrigna certamente dell'erudizione. Se poi ambisci il grado dottorale, devi adire tre dottori designati, che ti indicano la legge sulla quale il giorno seguente dovrai parlare e dissertare con loro: duro esame (credete ad un esperto), per timore del quale non pochi partono verso altre accademie a conseguire il grado, pure avendo seguito l'intero corso di studi a Perugia; e che ad alcuni di coloro che si arrischiano ad affrontarlo, fa sentir dire, dai tre dottori insieme, non essere loro ancora lecito di aspirare alla dignità del dottorato. Se poi ti è stato concesso di chiedere tale dignità, allora accedi al collegio e ricevi la indicazione di due testi, che interpreterai entro ventiquattro ore. Assistono i dottori della tua professione, quaranta, cinquanta giureconsulti, e il più giovane disputa con te contro le tue tesi. E nulla dico delle altre due tesi alle quali parimenti sei

⁽⁴⁰⁾ A. GENTILI, *Lodi delle accademie di Perugia e di Oxford*, testo latino con versione italiana e note a cura di G. Ermini, Perugia, 1968, pp. 27-31.

tenuto, procurate a te molto prima e forse nemmeno proporzionate alle tue forze, ma che non ritengono di udire. Per i due punti che ti ordinano di discutere, la brevità del tempo concessoti esclude ogni frode e consente un giudizio conclusivo sul tuo sapere e sul tuo merito. Quanta dottrina infatti è appena sufficiente, perché tu possa trarne ciò che riempia ed adorni i due commenti? E d'altro lato, di quanto ingegno vi è bisogno perché tu colga, in tanta angustia di tempo, quel che puoi dire in modo adeguato? Né della tua varia dottrina e del tuo no puerile giudizio: qui necessita davvero la memoria dei giureconsulti e l'acume dei dialettici, qui dove invano cercheresti aiuto nelle carte, che non ti è lecito portare. Ciò, in breve, degli studenti perugini».

Baldo e Bartolo hanno insegnato al mondo giuridico europeo a coltivare attraverso il diritto dei privati l'interdisciplinarietà culturale della giustizia.

La storiografia contemporanea, rivisitando i termini delle dottrine tradizionali, sta dimostrando che il rinnovamento della scienza giuridica nell'età moderna va ricercato nei giuristi del *mos italicus*, come ad esempio Matteo D'Afflitto e Alberico Gentili, piuttosto che nei giuristi umanisti del *mos gallicus*⁽⁴¹⁾.

Ma viene anche per la Scuola perugina il periodo della crisi che «è generale per tutto il mondo civile vivente in regime di diritto comune», che «si accompagna a quella degli Ordinamenti stessi dello Studium Perusinum» e si propone nel sei e settecento anche dopo la riforma operata da Urbano VIII nel 1625⁽⁴²⁾. In questi due secoli mancano civilisti equiparabili ai Maestri dei secoli precedenti e l'erudizione soffoca la pienezza del metodo tecnico-giuridico di stampo bartoliano.

Il periodo napoleonico e la restaurazione presentano segni di ripresa soprattutto per l'attenzione ai codici ottocenteschi e all'ordine degli studi con una razionalità dei programmi di insegnamento, ma non sono di gran fama i titolari delle cattedre.

⁽⁴¹⁾ Cfr. M. ASCHERI, *I giuristi, l'umanesimo e il sistema giuridico dal medioevo all'età moderna*, in *El Dret Comú i Catalunya* (Actes del II Simposi International, Barcelona 31 maig - 1 iuny 1991), Barcelona, 1992, p. 145 ss.; A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla filosofia italiana della legislazione)*, in AA.VV., *La legislazione. Profili politici e giuridici*, Milano, 1992, p. 13 ss.

⁽⁴²⁾ G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 537.

7. È necessario attendere la ripresa della vita universitaria dopo l'unità nazionale per ritrovare a Perugia i nomi più illustri della civilistica italiana ed il conseguente alto livello didattico e scientifico, anche se per la brevità di tempo del loro insegnamento non nasce mai una scuola perugina contemporanea del diritto civile, fra i quali vanno ricordati: Silvio Perozzi (1884-85), Enrico Serafini (1886-89), Alfredo Ascoli (1888-90), Lodovico Barassi (1899-1902), Antonio Scialoja (1906-09), Vincenzo Arangio Ruiz (1909-10), Carmelo Scuto (1910-13), Filippo Vassalli (1911-14), Pietro de Francisci (1916 e 1922), Andrea Guarneri Citati (1923-24). Tra tutti, massimo rilievo, oltre al già richiamato Gino Gorla⁽⁴³⁾, hanno assunto due insigni civilisti, Maestri della Scuola siculo-romana, che hanno lasciato un segno imperituro della loro saggezza durante il soggiorno perugino, formando allievi che hanno ripercorso in tempi recenti le loro orme, insegnando il diritto civile a Perugia: Giuseppe Messina (1902-1904) e Gioacchino Scaduto (1922-1923).

Mentre la rilevanza scientifica e sociale della scienza di Giuseppe Messina appartiene essenzialmente a quello che attualmente viene qualificato come diritto del lavoro e sindacale, Gioacchino Scaduto è un civilista "puro".

Il pensiero del primo è interrelato con la costruzione sociologico-giuridica delle relazioni industriali e del conflitto di classe in Luigi Sturzo, il quale vede il progresso umano nella sua storicità. La sua indagine sociologica è fondata «sulla conoscenza della storia come azione consapevole degli uomini associati»⁽⁴⁴⁾. La sociologia ha per oggetto la società in concreto, nel suo

⁽⁴³⁾ V. la produzione perugina di Gino Gorla: *L'atto di disposizione dei diritti*, estratto da *Annali della Regia Università di Perugia*, vol. 46, serie V, vol. 13, Perugia, 1936.

⁽⁴⁴⁾ G.F. MORRA, *Luigi Sturzo. Il pensiero sociologico*, (Città nuova editrice) Roma, 1979, spec. p. 29 ss. Afferma F. BATTAGLIA, *Croce e i fratelli Mario e Luigi Sturzo*, (Ravenna Ed. Longo) Roma, 1973, p. 91 «come Luigi Sturzo fosse consapevole dell'originalità del suo assunto: fare della sociologia, dopo la grande fioritura francese e germanica dell'800, significa non solo lasciarci dietro l'eclettismo italiano, che confondeva la sociologia con l'economia politica, che poi veniva chiamata economia sociale, ma disimpegnarsi dalla falsa idea della filosofia della storia». Cfr. al riguardo le pregevoli riflessioni di F. BARBANO, *Storicità e sociologia delle libertà. Appunti sul pensiero sociologico di Luigi Sturzo*, in AA.VV., *Luigi Sturzo nella storia d'Italia*, Vol. I, (Ed. Storia e letteratura) Roma, 1973, spec. p. 255 ss.

Sulla vita e sul pensiero di Sturzo rimangono fondamentali le riflessioni di Eugenio Guccione: v., in particolare, E. GUCCIONE, *Luigi Sturzo tra società civile e Stato*, (ILA Palma)

dinamismo temporale, e allora il metodo più adeguato è quello storico (che può avvalersi di quello sperimentale, ma sempre con la proiezione e la lungimiranza storica). Egli suddivide le forme sociali in principali e secondarie. Le prime sono la famiglia, la politica, la religione; le seconde, il sindacato, le associazioni delle varie categorie sociali quali quelle dei produttori, dei consumatori, ecc.

Questa distinzione regge a una verifica storica e si rivela sempre più utile nella società contemporanea.

Possono così comprendersi da un canto i fondamenti delle leggi sociologiche: *a)* legge della individualità-socialità; *b)* legge del moto verso la razionalità; *c)* legge di unificazione vista nel modo più concreto e moderno: «La società non può mancare di una finalità che l'anima e che valga a mantenere associati gli individui fra di loro. Essendo, però, ogni finalità comune intesa dagli individui secondo il proprio modo di accettarla e di attuarla, la nucleazione sociale è per sé stessa molteplice e si concretizza in una pluralità di società esistenti e naturalmente anche contrastanti non solo per interessi particolari in urto, ma anche per più larghe e successive finalità da attingere»⁽⁴⁵⁾; *d)* legge di dualità (o di polarizzazione): non è una legge diversa da quella di unificazione, ma un momento interno ad essa: quando la dualità sociale non si realizza come lotta e conflitto, ma come conciliazione e collaborazione, si ha la diarchia sociologica ossia la compresenza della conservazione e del mutamento. Dualismo limitatamente e provvisoriamente stabilizzato⁽⁴⁶⁾.

Ed a questo punto è possibile capire che essendo l'uomo il protagonista della storia, le leggi sociologiche possono essere date soltanto dal comportamento dell'uomo associato in un dato momento storico. Via quindi dal quadro il determinismo marxista, e piena valorizzazione dell'uomo libero

Palermo-San Paolo, 1987; sino ai più recenti Id., *Luigi Sturzo*, (Flaccovio) Palermo, 2010; Id., *Luigi Sturzo. Il prete scomodo fondatore del Partito popolare italiano*, (Di Girolamo) Trapani, 2018; Id., *Pensiero e azione di Luigi Sturzo. Prete e statista*, (Il Pozzo di Giacobbe) Trapani, 2019.

⁽⁴⁵⁾ L. STURZO, *Del metodo sociologico*, in *Opera omnia*, (Zanichelli) Bologna, 1970, pp. 14-15.

⁽⁴⁶⁾ Si veda L. STURZO, *Del metodo sociologico*, cit., pp. 76-77. Sul valore di questa costruzione v. N.S. TIMASHEFF, *La sociologia di Luigi Sturzo*, (La nuova cultura editrice) Napoli, 1966, pp. 41, 79, 107, 189 e 206 ss.

e associato, in una società ove è la stessa persona a potere decidere storicamente della sua libertà e della consistenza di questa libertà⁽⁴⁷⁾.

Queste principali leggi sociologiche, colte incisivamente da Sturzo, sono allora affidate alla coscienza morale e in pratica alla preparazione politica dell'uomo associato. Le associazioni sindacali, forme sociali secondarie, presentano la vigenza di queste leggi ed il diritto sindacale moderno nasce dall'esperienza pratica delle *Trade Unions* inglesi, e dalle riflessioni scientifiche di Messina e di Kahn-Freund.

Anzitutto, l'impossibilità ad essere regolati da leggi dello Stato, interessi che fanno capo a gruppi sociali *rectius* sindacali a nucleazione molteplice. Questi gruppi si presentano con continue e spesso rapide scomposizioni e ricomposizioni di soggetti ad essi aderenti che sfuggono alla complessità del procedimento legislativo statale. Ipotesi concreta della legge sturziana di unificazione che conferma il protagonismo delle persone aderenti al gruppo e smentisce l'idea di massa lavoratrice i cui interessi vengono gestiti dallo Stato.

Ma è la legge della dualità che trova un riscontro puntuale nell'attuale scienza del diritto del lavoro e riguarda le relazioni di conflitto tra i gruppi speciali.

Secondo Messina e Kahn-Freund è sull'idea e sulla realtà del conflitto che si formano e si consolidano i gruppi d'interesse e le loro relazioni. Il conflitto assume, così, una funzione genetica rispetto alla nascita dei gruppi; il conflitto è il *prinus* che determina la solidarietà organizzata dei gruppi, lo sviluppo delle loro relazioni, il funzionamento dei metodi di codificazione e di amministrazione degli standard normativi, scaturenti dalla istituzionalizzazione delle predette relazioni⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ L. STURZO, *Del metodo sociologico*, cit., p. 26. Sturzo dev'essere considerato il Maestro di filosofia politica che ha fatto compiere con il suo pensiero un passo determinante verso la sua completezza, teorica e pratica, al cattolicesimo liberale che sta pure a fondamento, come vedremo più avanti, della dottrina sociale della Chiesa. D. ANTISERI, *Liberali quelli veri e quelli falsi*, (Rubbettino) Soveria Mannelli-Messina, 1998, p. 951, definisce "lezione decisiva" quella di Sturzo: «Se don Antonio Rosmini, in Italia, è la stella del pensiero liberale cattolico del secolo scorso, don Luigi Sturzo è il maestro del pensiero liberale cattolico del nostro secolo».

⁽⁴⁸⁾ O. KAHN-FREUND, *Labour and the law*, (Stevens ed.) London, 1972, pp. 15-17.

E ancora in *Der Funktionswandel des Arbeitsrechts*, saggio del 1932, Kahn-Freund vede il ruolo dello Stato nel complesso gioco delle relazioni industriali e scorge come Sturzo le interrelazioni tra società e Stato, guardando da una parte alla società come assetto concreto di poteri sociali disegualmente distribuiti, e allo Stato quale strumento tecnico di regolazione del potere sociale nel terreno delle relazioni industriali, al fine di garantire l'equilibrio dei poteri collettivi, di cui sono portatrici le rappresentanze organizzate degli interessi dei lavoratori e degli imprenditori⁽⁴⁹⁾.

Ma Sturzo già sei anni prima, in *Italia e fascismo* (1926), allargava il quadro e la legge di autonomia-interferenza, sfiorata dal civilista tedesco, la vede non soltanto sotto la forma giuridica riguardante le interrelazioni tra la normazione dei gruppi sociali e quella dello Stato che la garantisce, ma ancora più in profondità⁽⁵⁰⁾.

Presupposto per Sturzo perché queste interrelazioni siano corrette, è che non esista l'intervento statale nell'economia. Per Sturzo libertà economica, quale presupposto per la più genuina libertà politica, significa diritto soggettivo pubblico di libertà per ogni cittadino di gestire l'economia, di controllare la produzione, il consumo, il risparmio. Le forme giuridiche della partecipazione sono la cogestione e la cooperazione che da un canto riducono la conflittualità e dall'altro rendono eccezionale e soltanto attuabile dall'esterno il sostegno dello Stato all'economia privata. Un sistema sofisticato di assicurazioni private salvaguarderebbe poi l'imprenditore nel caso di fallimento. Ciò posto se lo Stato intervenisse con la sua partecipazione diretta, come è avvenuto da noi con le famigerate Partecipazioni Statali, la libertà contrattuale collettiva tra gruppi sociali verrebbe ad essere inevitabilmente compromessa perché lo Stato diverrebbe parte, prima nel conflitto e poi nel contratto collettivo tra i due gruppi contrapposti, con la conseguenza di non essere più attendibile quale strumento garante di tutela del procedimento contrattuale collettivo.

⁽⁴⁹⁾ O. KAHN-FREUND, *Der Funktionswandel des Arbeitsrechts*, in *Archiv für Sozialpolitik*, 1932. Ma a queste conclusioni era già giunto G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, (Vallardi) Milano, 1904.

⁽⁵⁰⁾ L. STURZO, *Italia e fascismo*, ora in *Opera omnia*, cit., p. 56.

8. Ad un'attenta rilettura delle celebri prolusioni di Gioacchino Scaduto (1898-1979) “*Sull'identificazione dei principii generali di diritto*” e “*Sulla tecnica giuridica*”, entrambe del 1926⁽⁵¹⁾, si possono cogliere le premesse di quel delicato passaggio dalla giurisprudenza dei concetti a quella degli interessi, che la dottrina italiana compirà sulle orme di quella tedesca, mediante l'assimilazione delle tesi di Rudolph von Jhering e del fondatore della Scuola di Tübingen, Philipp Heck⁽⁵²⁾, contro la degenerazione della metodologia giuridica pandettistica di Savigny, Puchta e Windscheid⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ La prima apparve per la prima volta nel vol. VII degli *Annali dell'Università di Perugia*, 1926, p. 11 ss., e fu poi ripubblicata negli *Scritti in memoria del prof. Francesco Innamorati*, Perugia, 1932, p. 189 ss. La seconda, invece, si trova nella *Rivista di diritto civile*, 1927, p. 225 ss. Tutte le opere di Scaduto possono ora leggersi in G. SCADUTO, *Diritto civile*, a cura di A. Palazzo, tt. I-II, Perugia, 2002.

⁽⁵²⁾ Insieme a Philipp Heck (1858-1943), tra i rappresentanti della Scuola di Tübingen (*Tübinger Schule*) vanno annoverati Max von Rümelin (1861-1931) e Heinrich Stoll (1891-1937); alla suddetta Scuola aderirono anche i civilisti di Göttingen Paul Oertmann (1865-1938) e Rudolf Müller-Erzbach (1874-1959). Sull'argomento, v. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., II, p. 329 ss., nonché G. ORRÙ, *Giurisprudenza degli interessi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 171 ss.

⁽⁵³⁾ Parla di “degenerazione del positivismo”, legata ad «un irresponsabile Positivismo strumentale al servizio del potere», F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, cit., p. 307 ss. Qui, invece, ne parliamo in altro senso, più ristretto, quale inevitabile conseguenza, sul piano scientifico, dell'esasperazione concettuale dei pandettisti. Cfr. G. ORRÙ, *Giurisprudenza dei concetti*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 176 ss. La Scuola scadutiana erediterà pienamente il pensiero del Maestro siciliano nell'adesione convinta e matura al filone positivista: la necessità di tener conto, nell'analisi del dato positivo e nella connessa elaborazione dogmatica, dell'effettiva incidenza dei concetti giuridici nel regime dei rapporti privati, ancorando l'attività ermeneutica agli interessi ed ai valori sottesi al regolamento legale, è messa in luce, a proposito di un'importante indagine sull'*intuitus personae*, da A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, pp. 20-21: «Quel che conta [...] è svelare questi reali interessi per i quali l'intervento legislativo ha predisposto, in un determinato momento storico, un modulo di disciplina positiva; e chiaramente nel contempo la funzione, talvolta solo descrittiva ma più spesso integrativa, esercitata dall'uso dottrinale e giurisprudenziale del concetto e della categoria dell'*intuitus*, rispetto a tale disciplina. [...] Si tratta, cioè, non di attribuire o negare dignità “dogmatica” ad una categoria giuridica che, quanto più appare sfuggente, tanto più sembra ricorrere nelle argomentazioni degli studiosi e nelle motivazioni dei giudici, bensì di accertare la sua effettiva incidenza nel regime dei rapporti privati».

Sulla Scuola storica del diritto e sui pandettisti, v. le nostre osservazioni in A. GIULIA-

La svolta epocale di Jhering verso una giurisprudenza pragmatica ed il superamento di un concettualismo sistematico così accentuato da nuocere persino alle stesse ragioni del positivismo francese post-illuminista⁽⁵⁴⁾, deriva essenzialmente, com'è noto, dalla celebre conferenza del procuratore di Stato prussiano Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884), il quale, nel 1848, proclamò a gran voce «La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza (*Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*)»⁽⁵⁵⁾. Alla de-

NI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, cit., p. 102 ss. La galleria dei pandettisti di spicco e i loro rapporti col positivismo giuridico sono l'oggetto dell'approfondito, ricchissimo studio di F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., pp. 123-176. Sulla crisi del positivismo legislativo e della *Begiffjurisprudenz* v. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 39, che sottolinea quali fattori di consunzione della giurisprudenza dei concetti quello economico e socio-politico; sotto quest'ultimo profilo, non è senza rilievo che il clima politico in cui scrive Scaduto è contraddistinto dal tramonto dello Stato liberale di impronta giolittiana a causa dell'inasprirsi dei conflitti di classe, con la conseguente ascesa dello Stato corporativo fascista.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. i nostri studi in A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, cit., pp. 106-107: «La giurisprudenza dei concetti influisce sul giovane Jhering che se ne allontanerà con la fine degli anni cinquanta sconcertato dall'esperato concettualismo dei pandettisti. Egli è il primo civilista di rilievo a rompere con l'astratta sistemazione dei concetti giuridici ordinati in categorie da una mentalità illuministica che crede in un ordinamento positivo creato da giuristi colti. La pandettistica dei suoi contemporanei è infatti una appendice del diritto romano comune europeo che era stato risistemato dai commentatori alciatani».

Su Jhering, v., in particolare, F. WIEACKER, *Rudolph von Jhering*, Stuttgart, 1968 (1ª ed.: *Rudolph von Jhering. Eine Erinnerung zum 50. Todestage*, Leipzig, 1942). In argomento, v. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (traduzione a cura di S. Ventura), Milano, 1966, pp. 17 ss. e 58 ss. Cfr. altresì M.A. CATTANEO, *Positivismo giuridico*, in *Dig. disc. prin., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 2: «Il positivismo giuridico francese deriva storicamente in modo diretto dal giusnaturalismo illuministico; quest'ultimo infatti sostiene da un lato una concezione razionalistica della giustizia, fonda il diritto naturale sulla ragione umana, e sostiene dall'altro una concezione volontaristica del diritto positivo, considera questo come l'emanazione della volontà del legislatore. Queste due concezioni sono strettamente legate fra loro, in quanto l'attribuzione al legislatore, alla legge, del carattere di unica fonte del diritto positivo, permette di concretizzare, positivizzare, i principi razionali di giustizia».

⁽⁵⁵⁾ Il saggio si può leggere in J.H. VON KIRCHMANN, E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza* (a cura di G. Perticone), Milano, 1964, pp. 1-35.

Sulla crisi della scienza giuridica di matrice pandettistica e sulla polemica sollevata dal Kirchmann, v. S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*

lusa constatazione di Kirchmann, secondo cui «il diritto positivo è nelle sue estreme determinazioni puro arbitrio»⁽⁵⁶⁾, cui più tardi farà eco, quale vessillo di rivincita degli epigoni della Scuola giusnaturalista, la teoria della libera interpretazione del diritto di François Gén^y⁽⁵⁷⁾, aveva già risposto Otto von

– *Saggi*, Milano, 1951, pp. 691-699. Ecco come Pugliatti (1903-1976) descrive l'agitato clima culturale di quegli anni (p. 693): «Fin dall'inizio, dunque, nello stesso momento in cui cominciava a fervere l'opera ricostruttiva della scienza giuridica, se ne denunciava l'inconsistenza scientifica. Così alla scienza giuridica si dava il viatico: da quel momento, i giuristi procedevano nel loro lavoro di elaborazione sistematica, tra le critiche ricorrenti e le difese non meno tenaci, e quando essi medesimi, sostando nel loro lavoro, si interessavano alle polemiche che lo accompagnavano come inseparabili ombre, si sentivano in preda a ondate ora di scetticismo ora di entusiasmo, che ne raffreddavano o rinfocolavano, con vicenda alterna, ogni slancio». Sintetiche ma chiare le riflessioni di P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, cit., p. 118 ss., spec. p. 120 s.

⁽⁵⁶⁾ J.H. VON KIRCHMANN, E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, cit., p. 16.

⁽⁵⁷⁾ G. PERTICONE, *Introduzione a J.H. VON KIRCHMANN, E. WOLF, Il valore scientifico della giurisprudenza*, cit., p. X.

Il problema della arbitrarietà delle norme positive è un vecchio dilemma della cultura filosofico-giuridica: cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 4: «Il diritto, pertanto, è sempre più chiaramente e consapevolmente “diritto positivo”, cioè posto o prodotto, più o meno consapevolmente, dall'opera dell'uomo. Tuttavia ciò non significa per nulla che sia necessariamente frutto del capriccio o dell'arbitrio. Infatti la prima e più generale ragion d'essere del diritto si ritrova nell'esigenza di sottrarre le vicende umane all'incertezza e all'insicurezza. D'altronde il concetto stesso di regola esclude il ricorso ad una volontà incostante e sempre mutevole. Regole create dall'uomo ambiscono ad una stabilità che vinca la fragilità e l'insicurezza dell'esistenza umana. Dunque il rifiuto di un'origine soprannaturale o, comunque, non umana del diritto dei popoli non significa per nulla il rigetto dell'esigenza di sottrarre il diritto al capriccio della volontà dei potenti o all'incostanza delle cose umane. Il paradosso, che bisogna spiegare, è come mai un diritto creato dall'uomo non sia interamente disponibile da parte della volontà umana. È questo paradosso, infatti, che salva dall'oblio l'antica problematica della legge naturale, cioè quella della possibilità di criteri e di vincoli, non dipendenti dalla volontà umana, che la produzione del diritto positivo deve in qualche modo rispettare se vuole evitare il rischio dell'arbitrio». Sull'argomento v. G. ZACCARIA (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991.

Va qui ricordato, sia pure per inciso, che il contributo di Gén^y alla critica del formalismo giuridico arricchisce in modo considerevole la galleria degli autorevoli esponenti di quel filone di pensiero che, secondo Renato Treves (1907-1992) [*Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, 1996 (ristampa, con prefazione di Mario G. Losano), pp. 103-

Gierke (1841-1921) nel 1889, sollevando la questione del “compito sociale del diritto privato”⁽⁵⁸⁾. Lo farà, implicitamente, anche Scaduto, sottolineando l'importanza del metodo storico naturale di Jhering nel procedimento costruttivo di *trasposizione*, consistente «nel trasportare il concetto giuridico dal campo intellettuale in quello fisico»⁽⁵⁹⁾. La novità della riflessione scadutiana risiede proprio nella rivalutazione della tecnica *costruttiva* jheringhiana

141; su Treves, v. il saggio di A. TANZI, *Renato Treves. Dalla filosofia alla sociologia del diritto*, Napoli, 1988], in varia misura aprì la via alle concezioni sociologiche del diritto: Jhering, Kirchmann, Hermann U. Kantorowicz (1877-1940), Eugen Ehrlich (1862-1922) [E. EHR- LICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976 (ristampa a cura di Alberto Febbrajo; titolo originale: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913). Sulla svolta verso il volontarismo nel movimento del diritto libero e sulle tesi di Ehrlich, v. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1970, p. 82 ss. Come ricorda Larenz (p. 84), fu però il Kantorowicz, in un saggio apparso nel 1906 (sotto lo pseudonimo di Gnaeus Flavius: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*), ad inaugurare la svolta verso il soggettivismo, in antitesi alla giurisprudenza formale dei concetti. Sul “modernismo giuridico”, espressione coniata da Widar Cesarini Sforza nel 1912 a proposito della *Freirechtsbewegung*, v. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 102 ss.], e, nel campo del diritto pubblico, Léon Duguit (1859-1928), Maurice Hauriou (1856-1929) e Santi Romano (1875-1947); né si può trascurare, in questa direzione, la tesi idealistica della natura creativa dell'interpretazione di Giuseppe Maggiore (1882-1954) [*L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, 1914] e Max Ascoli (1898-1978) [*L'interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Roma, 1928 (ristampato a Milano nel 1991, a cura di F. Riccobono, con prefazione e postfazione di R. Treves)]. Sul punto v. la colta e raffinata analisi ricostruttiva di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 146 ss., nonché la concezione soggettivistica del diritto di Widar Cesarini Sforza (1886-1965) [*Il diritto dei privati*, Milano, 1963 (ristampa a cura di Salv. Romano).

Sul pensiero di Geny, v. P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, pp. 143-192, nonché le sintesi di A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. dir. comp.* Sacco, Torino, 1996, p. 314 ss.; P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, 1997, p. 127 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 106 ss. In argomento, cfr. N. LIPARI, *L'interpretazione giuridica*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 125: «Se la legge è (cioè vige, vincola, opera) quale è interpretata, essendo l'interpretazione il procedimento attraverso il quale si assegna significato ad un enunciato, e se quindi in questo senso l'interpretazione è sempre creativa, si deve riconoscere che la giurisprudenza, in quanto professionalmente qualificata all'interpretazione, è fonte di diritto».

⁽⁵⁸⁾ Cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 59.

⁽⁵⁹⁾ Sul metodo giuridico-naturale di Jhering, v. W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (a cura di P. L. Lucchini), Milano, 1974, p. 123 ss.

in chiave, per così dire, evolutiva: il concettualismo del primo Jhering⁽⁶⁰⁾, quale si trova espresso nella celebre prolusione su “*Il nostro compito*” (*Unsere Aufgabe*)⁽⁶¹⁾ sotto forma di elogio della costruzione giuridica⁽⁶²⁾, non è incon-

⁽⁶⁰⁾ Cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., pp. 27-28: «L'opera giuridica di Jhering è notoriamente contrassegnata da una profonda cesura: mentre nel primo periodo della sua produzione, soprattutto nello *Spirito del diritto romano* e nel saggio introduttivo degli *Annali di Jhering*, egli non soltanto approva la giurisprudenza dei concetti e la costruzione formale di Puchta, ma la spinge fino all'estremo, nel secondo periodo egli l'ha resa oggetto di pungente derisione ed ha cercato di sostituirla mediante un indirizzo completamente diverso».

⁽⁶¹⁾ R. VON JHERING, *Il nostro compito (Unsere Aufgabe)*, presentazione della rivista *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, anno I (1857), vol. I, pp. 1-52, ora in R. VON JHERING, *La lotta per il diritto (e altri saggi)*, trad. it. a cura di R. Racinaro, Milano, 1989, pp. 1-48. Lo scritto di Jhering è esplicitamente richiamato in nota da Scaduto nel saggio sulla tecnica giuridica.

⁽⁶²⁾ Cfr. R. VON JHERING, *La lotta per il diritto (e altri saggi)*, cit., pp. 8-9: «Io faccio distinzione fra una giurisprudenza *superiore* e una *inferiore*, fra la *superiore* e *inferiore* condizione di *aggregato* del diritto. La normale forma di apparizione, in cui il diritto si presenta nella realtà, è quella della *regola* giuridica, che può essere più universale (e in questo caso si suole usare l'espressione *principio* giuridico), oppure più speciale e limitata (e in questo caso è più corrente l'espressione *massima* giuridica). Se la regola ha *esternamente* la forma imperativa è per questo del tutto indifferente; l'elemento imperativo è nell'oggetto. Ora, tutte le operazioni della giurisprudenza, che lasciano alla materia del diritto questa sua forma originaria e immediatamente pratica, che quindi non portano al di là delle massime e dei principi giuridici, sia che li abbiano trovati da sé, sia che abbiano soltanto elaborato quelli dati dal legislatore, io le annovero nella giurisprudenza *inferiore*. L'opposizione della giurisprudenza superiore rispetto a quella inferiore si determina attraverso l'opposizione del *concetto* del diritto rispetto alla *regola* del diritto, e il passaggio del diritto dalla condizione di aggregato inferiore a quella superiore è mediato dalla *costruzione giuridica*, in quanto essa eleva la materia giuridica data a concetti. La trasformazione, che segue da ciò, consiste, *negativamente*, in ciò, che la materia si spoglia completamente della sua forma immediatamente pratica e imperativa, *positivamente*, nel fatto che essa assume la forma di un corpo *giuridico*. La massa complessiva del diritto appare ora non più come un *sistema di norme, di pensieri*, ma come un insieme di *esistenze, di potenze* giuridiche. Noi consideriamo la rappresentazione di un *corpo* giuridico come quella più semplice e naturale. Ognuno di questi corpi ha un suo modo particolare, una sua natura e sue caratteristiche, grazie alle quali esso è capace di produrre certi effetti. Il nostro compito di fronte ad esso assume pertanto il *carattere di una ricerca storico-naturale*».

Sul ruolo della elaborazione dogmatica dottrinale come “filtro” tra legislatore e giudice, e sulle riflessioni nascenti dalla prima fase del pensiero di Jhering, v. le osservazioni di F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 163 ss.; e di R. SACCO, *La dottrina fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, pp. 449-465.

ciliabile con lo sviluppo della vita del diritto, ma al tempo stesso resta immune dalla logica giusliberista che affida la ricerca giuridica alla personalità e alla discrezionalità dell'interprete⁽⁶³⁾.

Scaduto può pertanto essere considerato, a buon diritto, il precursore, lucido e lungimirante, delle attente riflessioni dei giuristi contemporanei, che, risvegliatisi dal generale "sopore dogmatico", hanno tentato di uscire dalla crisi del positivismo legislativo di stampo ottocentesco riqualificando l'ermeneutica giuridica nelle forme e secondo i metodi del pensiero problematico⁽⁶⁴⁾. Il limite della funzione euristica della dogmatica, c.d. ermeneutica dogmatica, messo in luce dai giuristi del secondo dopoguerra⁽⁶⁵⁾, ha consentito di risolvere il problema principale della giurisprudenza costruttiva di Scuola pandettistica, che, com'è stato recentemente ricordato, «selezionava le soluzioni possibili esclusivamente dal punto di vista della razionalità formale del sistema, governata dal principio logico di non contraddizione, e quindi in funzione dell'interesse di chiusura (o di purezza) del sistema, senza riguardo alle conseguenze nella realtà sociale circostante e alla congruità con le aspettative degli interessati al traffico giuridico»⁽⁶⁶⁾.

Nella prolusione sulla tecnica giuridica, si delinea ancora più nettamente il ritratto positivista di Giacchino Scaduto; della tecnica, infatti, egli esalta l'essenzialità per ogni giurista, poiché «senza di essa non si dà retta interpretazione della legge», costituendo «l'unico mezzo di progresso e di sviluppo del diritto costituito».

Scaduto distingue, all'interno della tecnica giuridica, la tecnica legislativa da quella interpretativa. Mentre la prima «si riferisce al rilievo dei bisogni della vita sociale, al modo ed ai mezzi come effettuarlo ed al regolamento di quei bisogni in un sistema armonico di norme coattive», la seconda, invece, è suscettibile di una duplice accezione: «da tecnica interpretativa in senso lato

⁽⁶³⁾ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritto libero*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VI, Torino, 1990, p. 279 ss.

⁽⁶⁴⁾ In questi termini, v. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 41-42.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (edizione italiana a cura di A. Baratta), Milano, 1970, p. 91 ss.

⁽⁶⁶⁾ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 48 ss., spec. p. 56.

abbraccia tutti i mezzi di interpretazione ed applicazione del diritto». *Stricto sensu* essa si identifica con le costruzioni giuridiche.

Contro le tesi di Gény, che, distinguendo nell'attività del giurista il dato dal costruito, relega il ruolo della tecnica giuridica ad un'elaborazione non scientifica, ma artificiale del diritto (consistente in trucchi di mestiere), Scaduto replica che «non è possibile distinguere procedimento scientifico da procedimento tecnico, riferendosi al complesso delle attività necessarie a conseguire i risultati scientifici. Se la scienza giuridica è costituita dalla conoscenza del diritto, questa non si ha che interpretando le norme giuridiche con tutti i mezzi tecnici disponibili»⁽⁶⁷⁾. La scienza giuridica non può dirsi sistema, cioè unità organica di regole di diritto, senza un'interpretazione tecnica delle norme giuridiche. Scaduto rifugge perciò dalla contrapposizione effettuata da Gény tra elaborazione scientifica ed elaborazione tecnico giuridica, riecheggianti quella fiducia dell'interprete nel diritto naturale, che lo guida verso un diritto giusto, derivante dalla natura delle cose. L'attaccamento al dato naturale di Gény riflette l'estremo suo disfavore verso la tecnica giuridica, che si esprime nelle costruzioni dottrinali. Concetto e costruzione sono così per Gény strumenti meramente artificiali, «artifici di pensiero spiegati e giustificati col bisogno d'unità inerente allo spirito umano e che lasciano intatte ed indipendenti le realtà di cui esse non sono che i simboli puramente intellettuali e logici».

⁽⁶⁷⁾ Siamo agli antipodi del positivismo giuridico e legislativo: la scientificità del metodo non è nell'aderenza al dato positivo, ma nella ricerca naturalistica del benessere umano. Gény riconosce così la funzione "creativa" – intesa come efficacia di "propulsione" – della giurisprudenza: il sistema giuridico è costruito anche con l'apporto di fonti (non formali) extralegislative. Come ha osservato mirabilmente Rodolfo Sacco, «Geny, rompendo con il mito della completezza della legge, intendeva riaprire vasti spazi alla dottrina – cui affidava il compito di scoprire un nuovo diritto naturale in evoluzione, dipendente dalla natura delle cose –; ma il suo insegnamento valse a legittimare, agli occhi dei suoi contemporanei, soprattutto la creazione del diritto ad opera dei giudici. Nel clima da lui creato, il codice civile svizzero disporrà che in caso di lacuna il giudice disponga come disporrebbe se fosse legislatore»: R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp. Sacco*, Torino, 1992, p. 233. In proposito, v. le belle pagine di W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario* (lo scritto, che costituisce la prima monografia di Bigiavi, è del 1933, ma è stato ristampato per iniziativa del suo illustre allievo, Francesco Galgano, con prefazione di Marino Bin), Padova, 1989.

Il messaggio contrario di Scaduto è chiaro ed inequivocabile: il tecnico deve indicare il diritto quale è, non quale dovrebbe essere. Questa è la sua “missione”, e le costruzioni giuridiche (imposte dalle disposizioni di legge), che servono a tale scopo, devono, nei limiti del possibile, vale a dire se i mezzi tecnici di cui egli dispone per l'interpretazione della legge lo consentano, rispondere alla realtà sociale⁽⁶⁸⁾.

Come si vede, nella prospettiva positivista di Scaduto, secondo quanto si è precedentemente rilevato, la dogmatica e l'elaborazione scientifica del diritto che da essa deriva, sono strumenti della tecnica giuridica al servizio dell'interpretazione della legge, ma sempre nell'ambito della c.d. autointegrazione del sistema, che non ammette altre fonti (sia pure non formali) all'infuori di quelle strettamente normative⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile*, cit., pp. 222-223: «In conclusione, almeno tendenzialmente (e qui si enuncia un altro criterio metodologico) la scienza giuridica deve costruire ed elaborare concetti (definizioni, distinzioni, etc.) che, rispetto all'ordinamento giuridico a cui appartengono, mantengano quel valore teorico e pratico insieme, che caratterizza la funzione della detta scienza. La costruzione di concetti a fini esclusivamente didattici o mnemonici si ridurrebbe ad una esercitazione dell'attività didattica e della memoria; vana esercitazione se l'una e l'altra devono tendere a svelare e a mantenere in vita le note di una realtà, e non già a tenere in esercizio delle facoltà individuali».

⁽⁶⁹⁾ Sul problema delle lacune dell'ordinamento giuridico, cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1998, p. 243 ss.

Per la distinzione tra positivismo giuridico e legislativo, v. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., pp. 124-125 e p. 163 ss. ove si analizza dettagliatamente il passaggio dal positivismo scientifico a quello legislativo. Cfr. P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: Introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 405 ss. ed ora in *Scuole, tendenze e metodi*, cit., p. 75 ss. Osserva Perlingieri, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico*, cit., pp. 92-93: «Quando il sociologismo si prospetta decisamente antipositivista assume il vezzo del progressismo; in realtà diventa un comodo atteggiamento per vanificare la funzione promozionale della norma come voluta dal legittimo potere legislativo e per tradire i compiti del giurista. L'equivoco maggiore si ha nella breve ma insidiosa stagione dell'“uso alternativo del diritto” durante la quale a tale formula di per sé contraddittoria si attribuiscono i significati più diversi: dalla vecchia interpretazione c.d. evolutiva alla creazione libera del diritto, dalla giurisprudenza di classe alla concezione nichilista della giurisprudenza. Ma gli entusiasmi, che non pochi danni hanno contribuito a produrre con perdita di credibilità per i giuristi e di fiducia nelle istituzioni, si sono in gran parte spenti. Soltanto un'esigua mi-

In definitiva, l'elemento che proietta il pensiero di Scaduto nel presente e costituisce la sintesi tra il positivismo delle regole e la libertà del giudice propugnata da Gény è rappresentato dal *principio dell'interesse rilevante*, alla cui attuazione nel caso concreto sono deputati il *procedimento equitativo* e il *criterio della causalità concreta*. Infatti, la concezione della causa che pone al centro dei fenomeni giuridici (e, di conseguenza, dell'applicazione delle regole che li governano) l'interesse penetrato nell'atto (c.d. motivo oggettivato o causa in concreto) – declinandola come insieme degli interessi condivisi dalle parti e, quindi, oggettivati nell'atto, da loro idonei a reggere le attribuzioni compiute⁽⁷⁰⁾ –, supera definitivamente l'equazione causa uguale tipo, figlia di quel concettualismo sistematico che ha imbrigliato il positivismo, disancorandolo dalla realtà effettiva e dai bisogni delle persone.

noranza di operatori del diritto manifesta ormai allo scoperto di privilegiare l'abbattimento del "sistema", atteggiamento che si traduce nell'infantile, velleitaria posizione di chi si attribuisce tutti i poteri costituzionali in nome di un'aristocratica interpretazione della volontà popolare e nell'abuso dell'autonomia e dell'indipendenza riservate alle sue funzioni e della non sindacabilità delle decisioni proposte, conquiste irrinunciabili di un moderno stato democratico». Sui pericoli del "dogmatismo sociologico", v. anche P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, 3ª ed., Napoli, 1994, pp. 61-62.

⁽⁷⁰⁾ Rinviando ai nostri A. PALAZZO, *Considerazioni sull'unità concettuale del negozio giuridico*, estratto da *Il circolo giuridico*, (Scuola Tipografica Salesiana) Palermo, 1960, spec. pp. 8 s., 18 e 24 s.; più di recente, in particolare, A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in ID. (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, 11, Torino, 2009, p. 45 ss.; e, già prima, ID., *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, pp. 75 ss. e 120 ss.; ID., *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.; ID., *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 181 ss.; ID., *Profili di invalidità del negozio unilaterale*, *ivi*, 2002, I, p. 587 ss.

In giurisprudenza, v. almeno: Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI, *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus?*, e, poi, Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460, con nota di F.S. COSTANTINO, *Adempimento di debito altrui, fallimento del solvens e revocatoria al vaglio delle sezioni unite (con chiose su "causa concreta" e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*; in *Giur. it.*, 2010, p. 2080, con nota di M. SPIOTTA, *La "causa concreta" del pagamento da parte del fallito di un debito altrui*; in *Contratti*, 2010, p. 1000, con nota di A. DI BIASE, *La rilevanza della "causa concreta" nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 748, con nota di M. GIULIANO, *Adempimento di debito altrui: la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità od onerosità dell'atto*.

L'impiego di un tipo negoziale costituisce, dunque, soltanto un mero strumento per la realizzazione dell'interesse o degli interessi rilevanti sottesi alla fattispecie concreta, con la conseguenza che un tipo, pensato in astratto dal legislatore per il raggiungimento di determinate finalità, ben può essere concretamente utilizzato per scopi differenti, sempre che con esso si realizzino interessi giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela⁽⁷¹⁾.

In altri termini, oggi il positivismo giuridico si pone non più come positivismo delle "regole", né di "principi" astratti, ma come positivismo degli "interessi giuridicamente rilevanti"⁽⁷²⁾. Ed è su questa linea che gli strumenti di divulgazione e di approfondimento giuridico debbono a nostro avviso operare anche al fine di promuovere l'integrazione culturale e giuridica. In questo senso *Diritto e Processo* è fortemente impegnato e lo sarà anche in futuro.

⁽⁷¹⁾ Questi concetti, del resto, si pongono in stretta continuazione con il pensiero dei principali esponenti della Scuola del commento, Bartolo e Baldo, a proposito del superamento del formalismo di Ulpiano; non è un caso che l'emersione della causa (o motivo oggettivo) si accompagni alla crisi del vecchio formalismo, atteso che già la *stipulatio*, fonte di obbligazioni per eccellenza, viene ritenuta nulla, qualora si presenti *sine causa*, proprio nel momento in cui perde la sua forma tradizionale, come di evince, tra l'altro, dalle invalidità della *stipulatio turpi ex causa* o viziata da dolo, che della causa, invece, presuppongono l'esistenza: cfr. *retro*, § 4.

⁽⁷²⁾ Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *Antonio Palazzo e il positivismo degli interessi nel XXI Secolo*, in questa *Rivista*, 2017, p. 249 ss., spec. p. 250.

HEDLEY CHRIST^(*)

WHAT CAN WE SAY LAW IS:
DOES LINGUISTICS HELP IN THE ANALYSIS?

ABSTRACT: From a wide range of different sources, including a number of different countries, customary law, religious law and international law, linguistic analyses of legal discourse can deepen not only the understanding of the nature of law but also widen the understanding of legal topics. Thus, the paper aims to analyse the key aspects of legal discourse and the importance of its understanding through the analysis and examination of the language of the law, as well as why language or its linguistic analysis is important to law.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Classifying Law’s Form and Content. – 3. Laws Content and Linguistic Analysis. – 4 Conclusions.

1. — *Introduction.*

W.H. Auden’s poem “Law Like Love” ends with the statement “Law is The Law”.

However, does Law really equate with The Law and if not what is the difference, and does it really matter? If you were to ask a non-lawyer what does law mean they would probably have a good stab at it. The emphasis would be on certain types of law, more likely criminal law than, say, the law of intestacy. Perhaps they would mention the notion of justice or rights. If you asked a legal scholar (sometimes known as Jurists) or a lawyer you would probably get the answer “well, it’s difficult to say exactly what law is”, or “that is an issue of jurisprudence”, otherwise known as the philosophy of law. As Zane stated: «No jurist has yet achieved a definition of law that does not require the use of the idea of law, either implied or expressed, as a

^(*) University of Brighton (UK).

part of the definition»⁽¹⁾. We seem to be back to Auden's "Law is The Law". If you ask the same question to a law student you tend to get the answer that law is to do with legislation produced by governments and what judges say it is. This is not surprising as this is generally how law students learn The Law. Dictionaries tend to define law as; the exercise of authority or power over peoples in a territory; the maintenance of rights of individuals; authoritative administration of law; impartial adjudication of conflicting rights; and the punishment of wrong. But we still do not seem to be able to answer the question, what is law? What we can say is that there seems to be a set of properties that the word law contains, which are given as an answer to our question. If then you change the question to what does law do, sometimes the answer is to punish wrong doers, other times the answer revolves around securing ownership, as say when something is purchased.

For lawyers, there are practical issues because a lawyer needs to know what sources or materials can be relied upon in legal argument, whether in giving advice to a client, during negotiations, or presenting a case in court. To think of law then is to think of lawyers, judges, policemen, parliaments, justice, rights, crimes, property, and the list goes on. None of these tells us what law is. There are, of course, more general statements that can be discovered such as law is a mode of regulating human conduct; law is normative in that it prescribes rather than describes; law indicates the range of allowable or possible forms of human conduct; and law acts through prescription and sanctions expressed by political governments. Furthermore, we have not even begun to consider the difficulty of discussing law and morality and law and religion; for example, are laws and morals different modes of regulating human conduct? It is clear then that if we are going to discuss why language or its linguistic analysis is important to law, or The Law, and what linguistic analysis can tell us about law, we need some form of classification. This will not answer the question of what is law, in the end this is an issue for jurisprudence, however, linguist analysis will inform the debate. For the present we need some form of

⁽¹⁾ J.M. ZANE, *The Story of Law*, Ives Washburn Inc., New York, 1927, p. 1.

general notion of what is covered by the word law which will act as our sources for linguistic analysis.

2. — *Classifying Law's Form and Content.*

What we seem to have discovered so far is that law has both form and content. By form I mean that law has legal sources which, in some way, have been created and in that creation process has acquired the tag 'law' or 'this is law'. By content I mean those issues which are described within the legal sources. We can consider this in terms of criminal law, contract, torts, or property law to mention just a few. So that one form of classification is to say that for a territory which we will consider as a nation state such as Chile, The United States, The United Kingdom, France, Iran, or China, there are a set of laws which govern the nationals and visitors of those states. These laws have been created by certain means within the state. This is often called public law, divided into administrative law and constitutional law. The type of laws created then fall into the category of private law, which includes such things as contracts, property, family, civil wrongs known as torts, and criminal law, which includes those aspects of human conduct which become punishable by the state. What we have then is a nation state with its own set of laws governing its own peoples. However, it should not be forgotten that this has an historical process that has led to different legal traditions in different nation states.

Consider the United Kingdom, which according to Cruz is the oldest national law in existence common to a whole Kingdom. In fact the English legal system is thought to begin in 1066 when the Normans under William defeated the Anglo-Saxons at the Battle of Hastings⁽²⁾. The nature of English law is therefore seen as an historic development, principally developing through cases decided in courts. This type led to the development of what is

⁽²⁾ P. DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish Publishing Ltd., London-Sydney, 1999, p. 99.

called the Common Law, i.e. the Common Law of England. Cruz describes this common law as a tradition typically identified with a case based system which although court cases played a dominant role, the primary sources of English law include not just case law, which is a body of principles derived from court decisions regulated by the doctrine of precedent (*stare decisis*), but also statutes, which is the law contained in legislative enactments⁽³⁾. This Common Law tradition has, primarily due to colonialism, been exported to other countries including the United States; Australia; South East Asia, particularly Malaysia and Singapore; the far East in Hong Kong; and the Indian sub-continent. These countries laws have of course undergone profound changes; however, the underlying tradition of these countries can still be seen as a Common Law tradition.

What is noticeable from this list of Common Law countries is the lack of other European Countries. Consider the French legal system which also has a rich historic tradition. It was, however, the revolutionary events of 1789 which led to the production of a set of Codes written down. This type of legal tradition, known as Civil Law, describes the substantive body of private law based on the French Civil Code of 1804 (as amended). The phrase Civil Law has different meanings. Cruz states, «it is important to clarify the terminology that is used to describe Civil law systems and the Civil law tradition, because the term ‘civil law’ is susceptible to several different meanings. Civil law, in one sense refers to the entire system of law that currently applies to most Western European countries, Latin America, countries of the Near East, large parts of Africa, Indonesia and Japan. It is derived from ancient Roman law *jus civile* – the private law which was applicable to the citizen, and between citizens, within the boundaries of a state in a domestic context. It was also call the *jus quiritum*, as opposed to the *jus gentium* – the law applied internationally, that is, between states»⁽⁴⁾.

It is clear then that when we consider the word law, outside its jurisprudential contexts, we see that it is not one type but many. Note what

⁽³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

Cruz writes about China: «Chinese codes appeared at the time of the Han dynasty, but dealt only with administrative and criminal law matters. It continued to dominate all aspects of life for the next 2,000 years. In an attempt to unshackle themselves from Western ideas and Western domination, the Chinese adopted a series of Codes, ironically based on Western prototypes. They passed a Civil Code in 1927-31 (dealing with private and commercial law), a Code of Civil Procedure in 1932 and a Land Code in 1930»⁽⁵⁾.

The common and civil law traditions of Europe determined, in great measure, the laws of its colonies. These traditions, however, come up against the laws already in existence, i.e. the indigenous law. Such laws were frequently of an oral tradition, that is, they were never written down. Indigenous law, or sometimes called customary law, has been said to be oral, flexible, anonymous, old, primitive, folk, peasant, and rural. This category therefore covers a wide scope of what is now called folk-law; from laws of villages to laws of great regions; from issues of pigs to issue of marriage, there is a great wealth of law within this category. Folk-law, or *Volksrecht*, may point to the origin of a rule, an institution, or a legal system. However, it is not a system of abstract concepts and normative propositions, such as the legal system we have so far been discussing, but of perceptible, formal acts and words, natural institutions, symbols, symbolic procedures and objects, and proverbs based on popular consciousness. As Rentelin and Dundes state: the characteristics of folk law are the same as the characteristics of folklore in general, that is for myths, folktales, legends, folksongs, proverbs, riddles, and the like⁽⁶⁾. You would be hard pressed to write this about English, French or American law.

Another category of law is religious law. In the Christian tradition, we have Canon law, or perhaps more generally, ecclesiastical law. These is laws which, governs the nature of the Christian Churches, differ in their order and their constitution. These laws, have their roots in the early Church, in

⁽⁵⁾ *Ibidem*, p. 204.

⁽⁶⁾ A.E. RENTELIN, A. DUNDES, *What is Folk Law?*, in A.E. RENTELIN, A. DUNDES (eds.), *Folk Law: Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, WI, University of Wisconsin Press, 1995, Vol. 1, p. 2.

which, decisions made by the Church became legal norms and rules. These norms and rules then became written down in the form of Canon Law and were the means, by which, Christians should live their lives, both clergy and laity. After the Reformation, the various divided churches developed their own juridical instruments and regulatory instruments. We have, therefore, a range of church laws which govern the Catholic Church, both Roman and Orthodox, The Anglican Communion, and The Protestant traditions⁽⁷⁾. Apart from the Christian tradition another great religious legal tradition is Jewish Law. The earliest sources of Jewish law are the Pentateuch, the Torah, sometimes known as the Law of Moses. The written Torah, Torah Shebiktab is distinct from the extra-Pentateuch law, or oral Torah, Torah Shebea'l-peh contained in the Mishnah, in the Baraithoth and in the Gemera. They form the nucleus of Jewish law whose development has been undertaken by prophets, scribes, the Tannaim, the Amoraim and their successors.

Recently Islamic law has become of interest to jurists and lawyers. Islamic law starts with the proposition that all law comes from Allah as revealed through the prophet Muhammad and is immutable. These laws have been subject to inquiry by Islamic jurists but only to the extent that they discover and explain the law not create it. Islamic law reflects the will of Allah and is therefore of wider application than Western law, including the religious observance and devotions. The most important source of Islam law is the Koran, the collection of the utterances of the prophet Muhammad. There are four roots of Islamic law: two sources, the Koran and Sunna, the inspired practice of the prophet; one method, the *giyas*, which is the application of like cases to like by analogy; and one judgement the *igma* where the legal scholars have agreed upon a principle. Finally, another religious law is that of the Hindus. Classical Hindu law, called the *dharmasastra* in Sanskrit, derives

⁽⁷⁾ The nature of these laws govern a wide ranges of activities including the rights, duties and functions of the clergy and laity (known as the People of God), ecclesial structures and institutions, discipline, offences and sanctions, the nature and forms of worship, such as The Eucharist, builds, state/church relationships *inter alia*. N. DOE, *Christian Law: Contemporary Principles*, YEAR Cambridge, University Press Cambridge.

from the works of legal scholars called the *smritis*. This was linked to the divine revelations of *Veda*, providing rules of behaviour and laying down the customary law. During the British rule of India much of the Hindu law was changed, in part, areas such as property and the law of obligations were taken up from English common law, but other laws, such as family law and the law of succession were subject to court decisions. Such decisions were initially aided by the *pundits* trained in Hindu law. After independence much of the Hindu law has now been codified.

When we use the word law therefore, we are not confining ourselves to a particular legal system. One nation state's laws will differ, in varying degree, from another nation state – a study of such difference and commonality is called comparative law. Furthermore, indigenous peoples have developed their own laws and religious communities theirs. When nation states get together, agreements often develop into law, in this case international law or *jus gentium*, which covers a large area of transnational concern including traditional topics, such as, the position of states, state succession, state responsibility, peace and security, the laws of war, the laws of treaties, the law of the sea, the law of international watercourses, and the conduct of diplomatic relations. Beyond this international law deals with issues related to international organizations, economy and development, nuclear energy, air law and outer space activities, the use of the resources of the deep sea, the environment, communications, and last but not least, the international protection of human rights. Much of these sources of this type of law are to be found in 'Treaties signed, or ratified, by the Member States who join'⁽⁸⁾.

The word law, therefore, outside its jurisprudential context, covers a wide range of human social activities where these activities somehow acquire the tag 'law'. This means that anyone interested in the linguistic application to law may draw upon a wide range of topics and sources; be it for legal analysis, sociology, or anthropology. It is not possible to give a list of all the types of sources there are, I have already mentioned a few. However, for

⁽⁸⁾ Like other aspects of law, international law consists of form and content. The Vienna Convention contains four major substantive sections which consider treaty formation, treaty compliance, treaty modification or amendment, and treaty lapse.

the most part the sources fall into four categories. The first two are what we might consider as constitutional and administrative law. A constitution usually means a document which sets out the framework and the principal functions of the government and its agencies. It is also a statement of principle. In countries like the United States, Canada, and Western Europe there are written constitutions. However, in the United Kingdom there is no such document as the United Kingdom Constitution. The constitution of the United Kingdom is found in many sources. The second category is legislation consists of acts created by governments or international organizations such as the United Nations and the European Union. A number of terms are used for these acts. In the United Kingdom, they are called Statutes or more minor or explanatory acts are called Statutory Instruments. The United Nations form Resolutions, while the European Union enacts Regulations and Directives. These are just a few terms used for legislation. In International law agreements are called Treaties which are governed by an overall Treaty, for example, the Vienna Treaty.

The third category is case law which interpreters and applies all forms of law to certain circumstances in courts and tribunals or other forums. Nation states frequently have a hierarchy of courts leading to one Supreme Court although this court may have different names⁽⁹⁾. Many of the decisions of these courts, principally the high courts, are recorded and printed in Law Reports. Such reports include the facts of the case and the decisions of the Judge or judges. In common law countries, the principal or main ruling of the decision, which is considered binding, is called the *ratio decidendi* (reason for the decision), while the other comments which are considered important but non-binding are called *obiter dicta*. Within this court system the binding decisions not only bind those subject to the law but also the courts, known as the doctrine of precedent (*stare decisis*). The Civil law courts report differently from those of the Common law. In France, which has a number of different courts the judgement will contain a concise statement of the issue

⁽⁹⁾ Up until 2008 the highest court of England was the House of Lords. This has now been replaced with a Supreme Court. In the United States there is also a difference between the Federal and State courts.

before the court, a collective judgement (“the court hold”) and no dissenting judgement, which is often found in Common law reported decisions.

The fourth category includes other documents associated with the law, are interviews with suspects of criminal activity, eye witnesses to such events or statements given by such persons. There is also testimony given in courts. Many documents are prepared before legislation is enacted, in the form of expert advice, policy documents and the like. Although we have some idea of the coverage of law, before we can embark on the linguistic analysis of law we must consider how law ‘acts’; why language is important to law, and what are the linguistic theories that are going to be useful to our enquiry.

3. — *Laws Content and Linguistic Analysis.*

In one form, law is an argumentative discipline⁽¹⁰⁾. Legal questions put in terms of a proposition seek legal answers through argumentation⁽¹¹⁾. Can we then ever say that a legal proposition is true, in the sense that there can ever be legal certainty? Legal decisions also have to have legal justifications that come from argumentation; argumentation that is based on rationality and reasonableness⁽¹²⁾. There is, therefore, an evaluation of competing arguments, and it is because of this process of argumentation that we need to consider the linguistic analysis of law. First argumentation is about being persuasive, convincing others that your position is the correct one, or at

⁽¹⁰⁾ N. MACCORMICK, *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, (2005) Oxford University Press, Oxford.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*. «Legal arguments are always in some way arguments about the law, or arguments about matters of fact, of evidence, or of opinion, as these have a bearing upon the law, or as the law has a bearing on them», and «[...] Chaim Perelman emphasized that arguments are necessarily addressed to an audience, and that persuasiveness is audience-relative. This is especially obvious in legal practice, where trained advocates put cases before courts as persuasively as possible, and judges decide after weighing their rival arguments on points of law.».

⁽¹²⁾ R. ALEXI, *Theory of Legal argumentation*, 1989, Clarendon Press (R. Trans Adler & N. MacCormick), Oxford.

least a better position than any competing one. Second, argumentation is based on *Vorverständnisse*⁽¹³⁾ or pre-understanding. By using the techniques of linguistic analysis we can identify the nature of the pre-understanding or in linguistic terms the presupposition. However, in a legal context no one starts with a blank sheet and tries to work out a reasonable conclusion *a priori*. A solution offered must ground itself in some proposition that can be at least colourably presented as a proposition of law, and such a proposition must be shown to cohere in some way with law as already determined.

But law is not only argumentation, it is also about testimony. Testimony either in the form of court evidence, i.e. evidence given by those involved in the case and expert witnesses for example, or testimony in the form of evidence, that is giving evidence before a governmental or parliamentary committee on proposed legislation for example. Such testimony is the assertion of a declarative sentence by a speaker to a hearer or to an audience and requires that the hearer or audience relies on the sincerity of others, often strangers or acquaintances. In doing so we tend to have a default rule: if the speaker S asserts P to the hearer H under normal conditions the hearer H accepts S's assertions unless H has reasons to suspect S's assertions. Linguistic analysis can tell us a great deal about testimony, the default rules we use and the types of assertions made. In law or during the legal process these assertions may have considerable consequences.

Another form of law is that it is a social phenomenon. This can come in the form of social control by state governments through regulation or through the role of legal actors such as the police, lawyers, judges, lawmakers, and many other agencies involved in the maintenance of the law. Law therefore is concerned with a range of social relationships. Consider for a moment the following three examples of social relationships. First your relationship with your doctor of medicine and your consent to treatment. In the US case *Schloendorff v New York Hospital* (1914) 105 NE 92, Justice Cardozo stated «Every human being of adult years and sound mind has a

⁽¹³⁾ J. ESSER, *Vorverständnig und Methodenwahl in der Rechtstindung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1970.

right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent, commits an assault [...]» However, what if you were not of sound mind? Should you then still have the final say as to receiving treatment? The English Mental Health Act 1983, Section 63 states «The consent of a patient shall not be required for any medical treatment given to him for the mental disorder from which he is suffering».

In the second relationship consider your relationship to a manufacturer of a good you have purchased. What happens if you are harmed by the product? The English Consumer Protection Act 1987, Section 2 states «[...] where any damage is caused wholly or partly by a defect in a product, every person to whom subsection (2) below applies shall be liable for the damage [...]». Subsection (2) includes, among others, the producer. And finally, your relationship with the police. Cotterrell states the «Police constitute one particular important kind of enforcement agency, that which is typically most visible to citizens...and is entrusted with the most general range of criminal law enforcement»⁽¹⁴⁾. This not only involves your direct relationship with the police, should you be burgled, assaulted, or be the perpetrator of such events, but also it involves your rights, your individual rights such as liberty and freedom of speech among many other issues.

Such legal social relationships thus surround us as we go about our daily business. Just consider a normal day. People wake up in their own bed say, which was purchased. This involved a contract between them and the supplier, product liability relationship between them and the manufacturer. They may have listened to the radio or watched TV while eating their breakfast. This will have involved a range of broadcasting rights; in the United Kingdom, they will have had to purchase a TV licence. Their breakfast they will have purchased, involving more contracts, product liability, and food safety standards. They may have caught a bus or train to college or work, involving yet more contracts or they may have driven a car, in which case

⁽¹⁴⁾ R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, 1989, Butterworths, London-Edinburgh, p. 120.

they would have been subject to a number of road traffic laws. If they have gone to work then this will involve employment contract laws, taxation, and health and safety regulations among many others depending on their job. At the end of the working day they may have gone to a bar for a drink, yet more contracts and also alcohol licensing laws. If they eat out, more contracts, product liability, and food safety laws along with other laws governing restaurants. I could go on but we think you get the point. Law affects us on a daily basis.

This could of course all sound rather invasive; however, it provides each of us with a degree of legal certainty and security. In the end unless you have specific reason to be involved in the law or be involved in some legal issue, most people will never think about all of the direct and indirect laws that affect them throughout their daily life. The point I wish to make is that law affects us all and has significant consequences for us all. And it is for this reason that the linguistic analysis of law is important. To demonstrate this, consider the word abortion. I realize that this is an emotive word which is why I wish to consider it. I shall quote from a number of sources which will form part of the text analysis exercises below which, I should like you to consider. In Hursthouse we find, «The simplest view on the issue of abortion, the one often expressed explicitly or implicitly by non-philosophers in letters to newspapers, discussions on the wireless and so on, is that the moral rights and wrongs of abortion can be unproblematically settled by determining the moral status of the foetus [or embryo]». ⁽¹⁵⁾

Brazier states, «The difficulty is that the dispute is itself incapable of any conclusive resolution. Perception of the status of the embryo derives in many cases from the presence or absence of religious belief. Most, but not all, proponents of the belief that the embryo is from fertilization a genetically unique individual as fully human as you or I, rest that belief, at least in part, on the embryo's potential possession of an immortal, immaterial soul... Thus the argument on abortion becomes for opponents: 'How can the law permit the wanton destruction of human life?' And supporters of

⁽¹⁵⁾ R. HURSTHOUSE, (1987) p. 15.

liberal abortion law respond: 'By what right do you seek to impose your personal unprovable claims about God and the Soul on others?' The dispute reaches stalemate [...]»⁽¹⁶⁾.

Glover notes, «Perhaps what matters is not some property an embryo now has, but what it has the potential to become. Their claim seems to imply that disposing of an embryo is wrong because it prevents the existence of a particular developed person, namely the one the embryo would have become. But this argument rules out contraception. You are a particular developed person, and contraception would have prevented your existence. The apparently innocuous word 'potential' turns out to be very slippery».⁽¹⁷⁾

Returning to Rosalind Hursthouse, «The confusion of questions about morality and legislation is particularly common in arguments about abortion [...] One reason why the questions become readily confused in debate is because of the tactics of opposition. Many people, particularly women, do think there is something wrong about having an abortion, that it is not a morally innocuous matter, but also think that the current abortion laws are if anything still too restrictive, and find it difficult to articulate their position on the morality of abortion without, apparently betraying the feminist campaign concerning legislation. To give an inch on a woman's right to choose, to suggest even for a moment that having an abortion is not only 'exercising that right' (which sounds fine) but also 'ending a human life' (which sounds like homicide) or even 'ending a potential human life' (which sounds at least serious) plays into the hands of the conservatives [...]»⁽¹⁸⁾

These three sources highlight first a number of issues we have already discussed. Consider for example the nature of argumentation here regarding the moral, if not legal, status of the embryo; the nature of the testimony that these authors provide; the socio-legal issues and questions that the passages present, for example the relationship between women, embryos,

⁽¹⁶⁾ M. BRAZIER, (1990).

⁽¹⁷⁾ J. GLOVER et al., *Report to the European Commission on Reproductive Technologies, Fertility and the Family*, 1989, Fourth Estate (The Glover Report), London, p. 97.

⁽¹⁸⁾ R. HURST HOUSE, (1987) p. 15.

doctors and the law. However, this is not the only aspect that these passages present. A particularly acute question derives from the last quoted source: “The confusion of questions about morality and legislation”. The issue of morality and the law occupies a great deal of writing in jurisprudence; however, it is not a topic I intend to consider here. What is important to understand is that, like all disciplines, law has its own legal theories which have developed and changed over hundreds of years. One of the current and important legal theories is known as positivism⁽¹⁹⁾. Although it is not possible to consider here the nature of positivism a brief description will be given here since much of the legal theorizing, and therefore much of the sources is informed by positivism.

Positivism develops the idea of the ‘is’ and the ‘ought’, i.e. how things are, the ‘is’ case, and how things should be, the ‘ought’ case. The ‘is’ can be identified through investigation and examination, based on the ideas of scientific analysis, investigation, and observation, while the ‘ought’ depends on propositions, or norms; statements about how one should act. For law these propositions of the ought can particularly be seen in legislation. In discussing the word abortion, the original English Abortion Act 1967 stated in Section 1, «Subject to the provisions of this Section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith [...]».

Which is a clear proposition, or norm; the ought case⁽²⁰⁾. Positivism, therefore, distinguishes between the facts, the ‘is’ case, and values, the ‘ought’ case. For legal positivists the law is all about the is case; the law as it is, the law as we can identify it, particularly through the judgement of judges, and

⁽¹⁹⁾ Positivism was first used by Comte [see A. COMTE, (1842) *Positive Philosophy*], a French philosopher who stated that valid knowledge relies upon using the scientific method based on observation. Theories should be subject to empirical investigation.

⁽²⁰⁾ Probably some of the most well known propositions of the ought case, at least in the Judeo-Christian faiths are the laws given to Moses on Mount Sinai. At Exodus Chapter 20 Verses 13 to 15 we read: Thou shalt not kill. Thou shalt not commit adultery. Thou shalt not steal.

the law as an analysis of the legal system or systems as they exist in different countries or internationally. Twining, (2009) states, positivism in the present context involves no more and no less than two well-known propositions, first that there is no necessary connection between law as it is and law as it ought to be (the separation thesis); and second that the existence of law is a matter of social fact (the social sources thesis).

Here then law and morality stand apart. Law is different from morality⁽²¹⁾. As MacCormick (2005) notes «Law does not, of course, have conclusive moral value, since legally established rules can sometimes, perhaps even often, fall some way short of any reasonable moral ideal, and can even stand condemned by that test sometimes»⁽²²⁾. Law then, with its doctrines and principles established in legislation and judicial judgements stands apart from moral principles which do not have «Statue-book[s] and does not afford libraries full of recorded [moral] decisions to serve as precedents»⁽²³⁾.

This is not to say that this is the view of all jurists, lawyers, and judges. In fact, Cotterrell (1989) notes, that in contrast to legal positivism stands a tradition of thought that law cannot be properly understood except in moral terms; that it is fundamentally a moral phenomenon; that questions of law's nature and existence cannot be isolated from questions about its moral worth⁽²⁴⁾ (Cotterrell, R., 1989).

However, many of the issues assume a positivist thesis, a presupposition of legal positivism. To what degree should morality inform law I leave to you to make up your own mind. One final comment is that of Twining (2009) who noted that the separation thesis, that is between law and morality, and between the is and the ought, is particularly important when looking at legal orders and phenomena from the outside of the law. Describing, and where appropriate evaluating legal orders other than one's own, considering

⁽²¹⁾ N. MACCORMICK, *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, cit.

⁽²²⁾ *Ibidem*.

⁽²³⁾ *Ibidem*.

⁽²⁴⁾ R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, 1989, Butterworths, London-Edinburgh, p. 120.

them as the product of other people's power, comparing legal phenomena from two or more legal orders and mapping law in the world are activities that require relative detachment so far as is feasible. On the other hand, if one is participating in one's own legal system as citizen, lawyer, judge, reformer or critic, one's concern may indeed be to make the system 'the best it can be', to emphasise aspirations such as respect for rights or the Rule of Law or fidelity to law. There are some contexts in which the is/ought distinction breaks down, for example in presenting an argument or justifying a decision on a disputed point of law⁽²⁵⁾ [Twining, W., (2009) p. 26]. Each of these positions is informed by an analysis of the language of the law, a linguistic analysis which will provide a deeper understanding of the law and inform its social practice.

I have, therefore, identified a great deal from the four passages quoted on the topic of abortion: that there are a number of arguments and testimonies, both legal and moral, and that law and morality, important here in the consideration of abortion, are not so obviously connected as may be initially thought. All of this will be informed by a linguistic analysis of law. If we are going to create laws on abortion, as many states have, how then are we going to go about it? How would you advise a government in its production of abortion law? Should it be a criminal offence to abort an embryo? In the United Kingdom, as in many countries, abortion is, in fact, *prima facie* a criminal offence. So how does this leave a pregnant woman seeking an abortion or the doctor who terminates the pregnancy? These at least are socio-legal questions which can be investigated through a linguistic analysis.

4. — *Conclusions.*

The key aspects of legal discourse and the importance of its understanding through the analysis and examination of the language of the law show

⁽²⁵⁾ W. TWINING, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, 2009, Cambridge University Press, Cambridge, p. 26.

that law and its political forum is special in that it affects all of us every day and that, although often conceived as uncontroversial, rarely is a product of persuasion and argumentation through particular linguistic means and practices. Law is also a product of choice and a range of linguistic skills which can be decoded, understood, evaluated, and put to practical use within professional practice (understanding testimony, negotiations, and determining legal texts), academia (in research, teaching, and consultancy), and in providing students with an enhanced learning experience either as potential lawyers or linguists and a deepening of their knowledge whether legal or linguistic. Thus, from a wide range of different sources, including a number of different countries, customary law, religious law and international law, linguistic analyses of legal discourse can deepen not only the understanding of the nature of law but also widen the understanding of legal topics. It can provide new understanding of legal concepts, as I hope the consideration of the concept of abortion shows and thereby how words can or cannot be put together and what this means for law. How different theoretical approaches to analysing meaning and use of language provide different means of understanding and providing insights into how new and given information and themes identify hidden meaning or what is presupposed or implicated highlights background and what that means for the text. Finally, it can provide practical knowledge of how to apply linguistic theories of meaning to legal texts. I hope I have demonstrated that law is, therefore, much more than *The Law* in Auden's poem.

FRANCESCO SCAGLIONE^(*)

AUTONOMIA CONTRATTUALE E REGOLAZIONE DEL MERCATO ELETTRICO

ABSTRACT: The essay, starting from the problem of the integration of electricity supply contracts, reflects on the relationship between private autonomy and the powers of the judge to ensure the principle of substantial equality between the parties and the justice of the contract.

SOMMARIO: 1. Intervento pubblico regolatorio nel mercato elettrico e integrazione cogente del contratto. – 2. Ordine giuridico del mercato e contratto. – 3. Rilevanza dello squilibrio genetico e funzionale nei contratti asimmetrici. – 4. Sistema delle tutele contrattuali e poteri conformativi del giudice nei rapporti di mercato tra principi costituzionali e clausole generali. – 5. Usura reale e assenza di un paradigma unitario sul controllo dell'equilibrio contrattuale.

1. — *Intervento pubblico regolatorio nel mercato elettrico e integrazione cogente del contratto.*

Il mercato dell'energia elettrica costituisce uno dei mercati più rilevanti dei servizi di pubblica utilità (c.d. *utilities*), ove la tutela dell'interesse economico generale richiede l'intervento regolatorio dell'Autorità amministrativa indipendente di settore⁽¹⁾, attraverso norme regolamentari con-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Si tratta dell'ARERA, l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (già AEEG, Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas), istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481, e pienamente operativa dal 1997, che svolge attività di regolazione e controllo nei settori dell'energia elettrica, del gas naturale, dei servizi idrici, del telecalore e del ciclo dei rifiuti (cfr. www.arera.it). Sulle Autorità amministrative indipendenti v., *ex plurimis*, E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi giur. econ.*, 2020, p. 51 ss.; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2011; M. CUNIBER-

formative del contratto⁽²⁾.

Si tratta di un intervento pubblico diretto essenzialmente a correggere i c.d. fallimenti del mercato, derivanti da asimmetrie informative e situazioni di monopolio, oppure a simulare le dinamiche del mercato concorrenziale in un contesto connotato da vincoli naturali che ne impediscono il corretto svolgimento, a beneficio dei consumatori e degli utenti⁽³⁾.

La regolazione, in questa prospettiva, mira innanzitutto a delineare o a ridefinire il contenuto del contratto secondo uno standard che garantisca l'effettiva tutela del consumatore o utente finale del servizio elettrico dallo sfruttamento abusivo della posizione dominante che l'impresa fornitrice può realizzare ai suoi danni. In altri termini, il contratto di fornitura del servizio elettrico, quale rapporto di mercato asimmetrico, rientra nella categoria dei contratti non negoziati ad offerta monopolistica ove il controllo pubblico è la necessaria conseguenza dell'esigenza di tutela dell'interesse del consumatore, che rientra in quello generale alla competitività del mercato.

In particolare, la legge n. 481 del 1995 consente all'ARERA di fissare ed aggiornare i prezzi di erogazione dei servizi (c.d. regolazione tariffaria), nonché di definire le modalità di erogazione di questi ultimi (cfr. art. 2, 12° comma, lett. *e*) ed *h*), e art. 3)⁽⁴⁾. Secondo l'opinione prevalente, attraverso lo

TI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti*, Bologna, 2000.

⁽²⁾ In argomento, cfr. D. FAUCEGLIA, *I mercati regolati e l'integrazione dei contratti di impresa*, Napoli, 2021, pp. 137 ss., 255 ss.; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012; C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 1368 ss.; G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia elettrica*, Bologna, 2009, p. 233 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008.

⁽³⁾ Cfr. G. GITTI, P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, p. 17.

⁽⁴⁾ Ciò avviene sulla base di indici e criteri obiettivi, riconducibili al modello del *price cap*, volto a stabilire la soglia massima del prezzo praticabile. Più specificamente, l'art. 2, 12° comma, lett. *h*), letto in unità con il successivo 37° comma, attribuisce all'ARERA il potere di conformare e integrare il regolamento di servizio che l'operatore esercente è tenuto ad

strumento della deliberazione⁽⁵⁾ (oppure della determinazione)⁽⁶⁾, l'Autorità amministrativa indipendente interverrebbe sul contratto limitando l'autonomia privata, proprio grazie alla delega legislativa, che attribuisce ad una fonte secondaria di natura regolamentare⁽⁷⁾ il potere di conformare in via amministrativa il contenuto del contratto – c.d. contratto amministrato⁽⁸⁾ – per la realizzazione di finalità regolatorie del mercato⁽⁹⁾. In quest'ottica, la necessità

adottare in base allo stesso art. 2, 37° comma. Sul punto, v. D. FAUCEGLIA, *I contratti di utenza di energia elettrica e i poteri dell'Autorità indipendente del settore energetico: un esempio di integrazione del contratto*, in *Riv. dir. impr.*, 2019, p. 105 ss. In tal senso, può dirsi che le scelte dell'ARERA influenzano i contratti di utenza soltanto indirettamente o in via riflessa, nei limiti in cui questi recepiscano il contenuto del regolamento di servizio: cfr. Cass., 27 luglio 2011, n. 16041, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 897 ss., con nota di M. ANGELONE, *Poteri regolatori dell'AEEG e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*; Cass., 28 luglio 2011, n. 16519, in *Foro it.*, 2012, I, c. 870; Cass., 27 giugno 2012, n. 10730 e Cass., 13 luglio 2012, n. 11992, entrambe in *leggiditalia.it.*; Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, in *Corr. giur.*, 2013, p. 603, con nota di M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*.

⁽⁵⁾ Cfr., ad esempio, le delibere dell'ARERA del 28 settembre 2021, n. 402, e del 30 dicembre 2021, n. 638, sull'aggiornamento delle condizioni economiche del servizio di vendita dell'energia elettrica in maggior tutela; v. anche, in tema di definizione di alcune clausole negoziali da inserire nei contratti bilaterali di fornitura, la precedente deliberazione dell'AEEG n. 78/1999, in ottemperanza a quanto stabilito dall'art. 6, 1° comma, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79.

⁽⁶⁾ Cfr. art. 2, 12° comma, lett. e), l. n. 481/1995.

⁽⁷⁾ Sulla natura dei regolamenti delle *Authorities*, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, pp. 75-76, il quale rileva che i regolamenti delle Autorità indipendenti sono fonti del diritto e, al pari della legge, presentano i caratteri della generalità, astrattezza e innovatività; ne deriva la necessità di sottoporli, in via diretta, al controllo di legittimità costituzionale ex art. 134 Cost.

⁽⁸⁾ Cfr. G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 160; G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 100 ss.; C. SOLINAS, *Il contratto amministrato. La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018, p. 92 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. Cons. Stato, 27 giugno 2019, n. 4422, in *Giur. it.*, 2019, p. 2497, con nota di T. SICA, *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*; Tar Lombardia, 14 marzo 2013, n. 683, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 169, con nota di M. IMPINNA, *I poteri di regolazione dell'AEEG, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti*. Secondo i giudici amministrati-

della previsione di una fonte primaria che autorizzi l'intervento dell'ARE-RA, nel rispetto di criteri determinati⁽¹⁰⁾, è giustificata dalla natura relativa della riserva di legge disposta dagli artt. 41 e 42 Cost. in ordine all'esercizio – per mezzo del contratto – della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà⁽¹¹⁾. Lo strumento giuridico privatistico dell'intervento pubblico

vi, «devono considerarsi illegittimi gli atti di regolazione emanati da autorità amministrative indipendenti che si pongono quale fonte eteronoma del contratto se non previsti ed autorizzati da norma di legge». In argomento, v. C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 94 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cons. Stato, 27 giugno 2019, n. 4422, cit., che esclude la possibilità di desumere poteri impliciti di incisione *ab externo* sul contratto da disposizioni che individuano soltanto la finalità dell'azione amministrativa; si sottolinea, infatti, come «la delega normativa non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, ma deve accompagnarsi anche da un corredo minimo di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti, in coerenza con il principio di legalità sostanziale posto alla base dello Stato di diritto». Sul punto, v. Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115, in *leggiditalia.it*, la quale osserva che il suddetto principio «non consente l'assoluta indeterminazione del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una totale libertà al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa».

⁽¹¹⁾ La garanzia costituzionale dell'autonomia contrattuale, infatti, si rivela indiretta, essendo il contratto strumentale all'esercizio della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà: In tal senso, *ex plurimis*, cfr. Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *leggiditalia.it*. In argomento, v. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.

Il primo intervento della Consulta sul tema risale a Corte cost., 14 febbraio 1962, n. 4, in *leggiditalia.it*, secondo cui «La riserva di legge di cui all'art. 41, ult. comma, Cost. deve ritenersi necessaria anche per l'emanazione delle misure di cui al comma precedente dello stesso art. 41. Ciò si desume tanto dai principi generali informatori dell'ordinamento democratico (secondo i quali per ogni limite ai diritti dei cittadini occorre il consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura), quanto dall'esigenza che la valutazione relativa alla convenienza dell'imposizione di uno o di altro limite sia effettuata avendo presente il quadro complessivo degli interventi statali nell'economia, inserendolo armonicamente in esso. Pertanto, ciò compete al Parlamento, quale organo da cui emana l'indirizzo politico generale dello Stato. È tuttavia da precisare che, riferendosi i limiti di cui si tratta, a diritti

è quello dell'integrazione cogente del contratto di utenza⁽¹²⁾, atteso che la violazione delle prescrizioni dell'ARERA, intese quali norme imperative⁽¹³⁾, comportando la nullità della clausola (art. 1418, 1° comma, c.c.), apre la via

su mezzi o su attività rivolti alla produzione economica, la riserva di legge di cui all'art. 41 non esige che l'intera disciplina dei rapporti venga regolata con atto normativo del Parlamento, dovendosi ritenere sufficiente che questo determini i criteri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l'esercizio tanto dell'attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione affidate al governo, evitando che esse si svolgano in modo assolutamente discrezionale». In senso conforme, v. Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, in *leggiditalia.it*: «La riserva di legge di cui all'art. 41 Cost. non esige che la disciplina della libera iniziativa economica venga tutta e per intero regolata da atti normativi, bastando la predeterminazione (anche attraverso i principi informativi di norme valutate nel loro complesso), di criteri direttivi che, avendo per fine l'utilità sociale, delineino, circoscrivendola, l'attività esecutiva della Pubblica Amministrazione, così da togliere ad essa carattere di assoluta illimitata discrezionalità».

Che il riferimento dell'art. 1339 c.c. alle clausole "imposte dalla legge" valesse anche in ordine agli atti amministrativi, sulla base del meccanismo della delega legislativa, era già stato puntualizzato da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004 (rist. ed. 1969), p. 37. In senso conforme, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, 2° ed., Milano, 2011, pp. 474-475; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, p. 466; R. SACCO, *L'integrazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Milano, 2016, p. 1389. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, 27 giugno 2019, n. 4422, cit.; Tar Lombardia, 14 marzo 2013, n. 683, cit.; Tar Lombardia, 30 aprile 2014, n. 1118, in *leggiditalia.it*, secondo cui «l'art. 1339 c.c., sebbene faccia esplicito riferimento alle clausole imposte dalla legge, allude non soltanto al caso nel quale la legge individui essa stessa direttamente la clausola da inserirsi nel contratto, ma si riferisce anche all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa di rango secondario da essa autorizzata».

⁽¹²⁾ Cfr. Cass., 2 febbraio 2016, n. 1906, in *Contratti*, 2016, p. 999, con nota di D. FAUCEGLIA, *L'eterointegrazione del contratto ad opera dei provvedimenti dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas*, secondo cui «il regolamento dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas ha forza di integrazione cogente del contratto di utenza, non solo con riguardo agli aspetti non regolati dalle parti, ma pure nelle ipotesi in cui il contratto abbia contenuto negoziale difforme a quanto stabilito dal regolamento».

⁽¹³⁾ Cfr. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 114; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., p. 110 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 162 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 520 ss. V. anche, più in generale, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Milano, 2003, p. 203 ss.

alla sostituzione automatica di essa in base al combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, 2° comma, c.c.⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2013, p. 22 ss., il quale però sostiene l'autonomia dell'art. 1339 rispetto all'art. 1419, 2° comma, c.c., avendo la prima norma «una portata più ampia rispetto alla previsione legata alla nullità della clausola sostituita. Si consideri l'ipotesi che una legge successiva abbia previsto una clausola o un sistema di prezzi diverso da quello oggetto dell'accordo di un contratto con prestazioni continuate o periodiche. Se soltanto attraverso la qualificazione della nullità della clausola contrattuale l'art. 1339 c.c. potesse essere operante, si dovrebbe escludere l'applicazione della norma, non essendo contemplata nell'ordinamento la figura della nullità sopravvenuta» (p. 24). Deriva che «anche in mancanza di una esplicita disposizione transitoria che accompagni l'entrata in vigore di una nuova norma, può accadere che una clausola contrattuale perda efficacia, ma questa non potrà essere determinata da una sua nullità sopravvenuta, bensì da una incompatibilità tra l'esecuzione di quella clausola e la nuova disposizione» (p. 26). E v. già P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 156, secondo cui l'operatività dell'art. 1339 c.c. non presuppone l'invalidità del negozio, atteso che tale norma si applica anche nelle ipotesi in cui le parti non abbiano affatto disposto sul punto che costituisce oggetto della disciplina legale.

In ogni caso, le disposizioni autoritative dirette ad integrare il contenuto contrattuale possono derogare a norme di legge, ma alla duplice condizione che queste ultime siano meramente dispositive – e, dunque, derogabili dalle stesse parti – e che la deroga venga comunque fatta dall'Autorità a tutela dell'interesse dell'utente o consumatore. Restano invece escluse le deroghe a norme di legge di contenuto imperativo e a norme di legge dispositive a sfavore dell'utente o consumatore, salvo che siano consentite da una previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria ad efficacia diretta: Cass., 27 luglio 2011, n. 16041, cit.; Cass., 28 luglio 2011, n. 16519, cit.; Cass., 27 giugno 2012, n. 10730, cit.; Cass., 13 luglio 2012, n. 11992, cit.; Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, cit. In senso critico, va segnalata la posizione di chi revoca in dubbio che la violazione dei provvedimenti dell'Autorità possa condurre alla nullità della clausola, poiché le norme di cui all'art. 2, 12° comma, lett. b) e 37° comma, l. n. 481/1995, non comminano espressamente tale sanzione: cfr. D. FARACE, *Art. 1339 cod. civ., provvedimenti delle Autorità indipendenti ed integrazione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 656 ss., sulla scia di M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., p. 80 ss.

D'altra parte, è stato osservato che l'art. 1339 c.c. non può fungere da paradigma di integrazione dei contratti disciplinati dalle Autorità indipendenti, in quanto «la regolazione di fonte autoritativa è di rado autosufficiente, anche quando statuisce in tema di contenuti negoziali minimi, poiché, al fine di essere concretizzata (*rectius*, inserita di diritto) nel regolamento contrattuale necessita di una manipolazione ad opera delle parti contraenti, soprattutto del contraente che riveste la qualifica professionale»; deriva che «l'integrazione autentica – che non proviene né dalla legge né da disposizioni di fonte autoritativa – resta

2. — *Ordine giuridico del mercato e contratto.*

L'intervento normativo delegato da parte dell'Autorità amministrativa indipendente suggerisce al civilista una rilettura del sistema dell'autonomia contrattuale, fornita da un nuovo – e sempre più consolidato – paradigma di interazione tra diritto privato e diritto pubblico. Infatti, l'idea tradizionale dell'integrazione cogente del contratto quale limite all'autonomia privata nei rapporti di mercato deve ormai essere rivista se si guarda al contesto istituzionale in cui si iscrive oggi il diritto contrattuale, che non tollera la costituzione o l'esecuzione di rapporti asimmetrici, perché il riequilibrio del rapporto, sulla base di un principio di parità sostanziale delle parti, è la premessa necessaria per il corretto funzionamento del mercato in senso concorrenziale⁽¹⁵⁾.

Deriva che l'eterointegrazione del regolamento contrattuale – sia essa affidata (anche e in primo luogo) ad una *Authority* oppure soltanto al giudice – in realtà non stravolge, né restringe lo spazio disegnato dai privati, ma lo incanala nell'unica via percorribile fornita dall'ordinamento per regolare i loro interessi.

I temi del contratto amministrato, così come quello, più generale, della giustizia contrattuale richiamano la necessità di assicurare il conseguimento

l'unica via percorribile per la conformazione e manutenzione dei contratti al dettaglio»: C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 310 ss. Sul punto, v. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 238. Tuttavia, nel caso della determinazione dei prezzi, le delibere dell'ARERA, sembrano attagliarsi perfettamente al meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1339 c.c., stante la loro determinatezza.

⁽¹⁵⁾ Questa posizione del problema è contrastata da coloro che, in via di principio, difendono il dogma della intangibilità – al di fuori delle ipotesi tipizzate di vizi del procedimento formativo della volontà – dell'atto di autonomia privata: cfr. A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 753 ss.; ID., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 625 ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.; A. MORACE PINELLI, *Il contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 663 ss.; P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 345 ss.; ID., *Squilibri contrattuali e poteri del giudice*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, p. 459 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 331 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231.

del fine primario dell'ordinamento di impedire o rimuovere le asimmetrie contrattuali, fonti di inefficienze allocative della ricchezza esiziali per il sistema economico di mercato⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ V., al riguardo, le belle pagine di N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 235 ss.; ID., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 147 ss., spec. pp. 160-161, il quale, segnalando l'art. 2, 2° comma, lett. e), cod.cons. (secondo cui sono diritti fondamentali dei consumatore e degli utenti quelli alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali), osserva: «Almeno nei contratti di cui sia parte un consumatore o un utente il diritto all'equità è un principio essenziale in nessun modo condizionato dal contenuto contrattuale, con la conseguenza che il riconoscimento di un tale diritto è destinato ad operare da criterio interpretativo di fondo, anche al di là della disciplina delle clausole vessatorie, che suppongono pur sempre una predisposizione unilaterale. D'altra parte se si riconosce che il diritto all'equità nel contratto (con conseguente superamento dell'alternativa tra squilibrio economico e squilibrio normativo) è un "diritto fondamentale" (e questa qualifica, pur ovviamente non determinando una integrazione dei diritti fondamentali previsti in Costituzione, suppone quanto meno la necessità che esso sia inteso come diritto essenziale che non può essere violato senza adeguata sanzione), ne discende che, non potendo essere qualificata la relativa previsione normativa come meramente programmatica, debba ritenersi inevitabilmente ampliato il potere del giudice giungendo ad attribuirgli anche il compito di adottare misure idonee a correggere il contenuto del contratto concluso in violazione dei principi in parola». Cfr., in proposito, le puntuali considerazioni di G. ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Milano, 2014, p. 332 ss. Sotto questo profilo, è condivisibile l'analisi di A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 247, secondo cui «il paradigma concorrenziale smentisce l'idea dell'autonomia privata intesa nei termini di norme attributive e ricognitive d'un interesse finale, e quindi d'una *libertà*, consegnato integralmente alla valutazione dell'attore del mercato. Basti considerare che la nozione e l'interesse concorrenziale protetto postula il realizzarsi d'un fine *esterno* al rapporto contrattuale singolarmente considerato (e che può declinarsi, a seconda delle opzioni giuspolitiche e dei contesti economici, nei termini della tutela di piccoli produttori indipendenti, della tutela dei consumatori, del favorire e promuovere il dinamismo concorrenziale)».

V. anche G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 132: «Le determinazioni delle autorità, in definitiva, sono caratterizzate dalla neutralità rispetto agli interessi privati contrapposti [...]. La ragione dell'intervento regolativo risiede, infatti, proprio nella disparità di potere di mercato e contrattuale tra l' esercente e l'utente, che i pubblici poteri mirano a correggere». Secondo N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 246, «il difetto di giustizia del contratto diventa un problema che non si esaurisce nel rapporto interno fra le parti, ma produce esternalità negative che, propagandosi in un contesto più ampio, pregiudicano una più ampia platea di interessi».

Sulla protezione del contraente debole offerta dal diritto del mercato, v. già N. IRTI,

Sotto questo profilo, il contratto equo è anche un contratto efficiente, perché realizza la migliore allocazione delle risorse patrimoniali dei contraenti, garantendo la massima soddisfazione dei bisogni di entrambi. Questa vocazione efficientistica del contratto è in linea con i principi della scienza economica, secondo cui, in regime di concorrenza perfetta, lo scambio ha come conseguenza il miglioramento delle condizioni di entrambe le parti⁽¹⁷⁾.

L'ordine giuridico del mercato, 2^a ed., Roma-Bari, 2003, pp. 86-87; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, pp. 88 ss. e 184 ss. Sul tema, v. anche M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 65 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. A. CHIANCONE, D. PORRINI, *Lezioni di analisi economica del diritto*, 3^a ed., Torino, 1998, p. 57 ss.; D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004, p. 275 ss.; F. CAROCCIA, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto: "the Italian job"*, in *Foro it.*, 2014, V, c. 193 ss., spec. c. 205 ss. In particolare, un contratto è detto mutualmente vantaggioso o *Pareto efficiente* quando esso non può essere modificato in modo da aumentare l'utilità attesa da ciascuna delle parti: S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Torino, 2005, p. 273; cfr. V. PARETO, *Manuale di economia politica, con una Introduzione alla scienza sociale*, Milano, 1906, p. 357, secondo cui una situazione è efficiente quando non è possibile migliorare la condizione di qualcuno nel sistema senza peggiorare quella di qualcun altro (ottimo paretiano). Il fallimento del criterio di Pareto è stato però evidenziato da chi, come Guido Calabresi, ha improntato le sue analisi al bilanciamento dei valori dell'efficienza del mercato con l'attenzione a considerazioni di equità e giustizia distributiva della ricchezza, giustificative dell'intervento statale nell'economia: in questi termini, circa l'influenza di Calabresi nell'analisi economica del diritto, v. F. MENGARONI, *Analisi economica del diritto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, *ad vocem*, p. 5; analogamente, v. già R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 313 ss. Cfr., al riguardo, G. CALABRESI, *L'inutilità di Pareto: un tentativo di andare oltre Coase*, in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato* a cura di G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI, Milano, 1998, p. 16 ss., spec. p. 28 (il saggio è stato originariamente pubblicato con il titolo *The Pointlessness of Pareto: Carryng Coase Further*, in *Yale Law Journal*, C, 1991, pp. 1211-1237), ove l'Autore si avvale del c.d. *test* di Kaldor-Hicks, che definisce uno spostamento efficiente «tutte le volte in cui coloro che traggono un utile guadagnano più di quanto perdono coloro che subiscono un danno, per cui, se i vincitori compensassero i perdenti, otterrebbero comunque un miglioramento della loro posizione rispetto a quella precedente lo spostamento». Sul *test* di Kaldor-Hicks, v. N. KALDOR, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, in *Economic Journal*, II, 1939, p. 549 ss. Che il criterio dell'ottimo paretiano, adoperato per definire la distribuzione dei beni nel sistema della concorrenza pura, non è invece utilizzabile in un contesto di scelte tragiche (*tragic choices*, riguardanti beni vitali e valori fondamentali), ove emergono i limiti del mercato puro, è

Pertanto, il significato dell'autonomia contrattuale quale libertà e consapevolezza della scelta economica (art. 1322 c.c.) va riaffermato *entro lo spazio* disegnato dai principi fondamentali dell'ordinamento interno ed europeo⁽¹⁸⁾.

I limiti all'autonomia privata sono, in quest'ottica, da considerarsi limiti *esterni* ad essa, vale a dire riguardano la liceità della causa del contratto e la rilevanza sociale degli interessi perseguiti dalle parti.

È opportuno, al riguardo, riassumere i termini attuali della libertà contrattuale all'interno del più ampio contesto del diritto del mercato.

I contratti del mercato possono definirsi come quei contratti tradizionalmente deputati alla realizzazione dell'ordine giuridico del mercato, essendo basati sullo scambio o corrispettività (diretta o indiretta) tra le prestazioni⁽¹⁹⁾. Sotto questo profilo, non rientrano nel novero dei contratti del mercato i contratti con causa gratuita o liberale⁽²⁰⁾, che restano fuori dal meccanismo

stato ribadito da G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, trad. it. a cura di C.M. MAZZONI e V. VARANO, 2ª ed., Milano, 2006, p. 89 ss.

⁽¹⁸⁾ Sulla necessaria interrelazione tra ordinamento privato e ordinamento pubblico fondamentali sono le pagine di Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 24 ss., e di Salv. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, p. 23 ss.

⁽¹⁹⁾ Devono ritenersi, a nostro avviso, esclusi dal novero dei contratti del mercato i contratti di lavoro, autonomo oppure subordinato, attesa la peculiarità della natura della prestazione che ne forma oggetto specifico (attività lavorativa). Per essi il principio di proporzionalità tra le prestazioni può certamente ricondursi già al chiaro dettato dell'art. 36 Cost. Peraltro, detto principio emerge nettamente anche nella legislazione ordinaria: v. in particolare, l'art. 13-*bis* della legge n. 247/2012 (introdotto dal d.l. n. 148/2017, convertito in l. n. 172/2017), disposizione applicabile a tutti i contratti di lavoro autonomo conclusi da professionisti intellettuali (non imprenditori) – ad. es. avvocati, commercialisti, notai – con imprese bancarie e assicurative di grandi dimensioni sulla base di convenzioni unilateralmente predisposte da queste ultime. Secondo questa norma, qualora le suddette convenzioni prevedano un compenso non *equo* (cioè non proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione prevista dal contratto, e non sia conforme ai parametri previsti dai regolamenti ministeriali) e/o contengano clausole *vessorie* (vale a dire determinanti, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un *significativo squilibrio contrattuale* a carico del prestatore d'opera intellettuale), il giudice, accertate la non equità del compenso e la vessatorietà della clausola, dichiara la nullità della clausola stessa e determina il compenso del professionista intellettuale, tenendo conto dei parametri previsti dai vigenti decreti ministeriali.

⁽²⁰⁾ Cfr. A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, pp. 59 ss.,

dell'incontro tra domanda e offerta di beni o servizi quale metodo di allocazione della ricchezza.

I contratti del mercato possono suddividersi in contratti di impresa e contratti di diritto comune: i primi sono soggetti (anche) ad una disciplina speciale, mentre i secondi soltanto a quella generale del codice civile.

I contratti di impresa sono contraddistinti dal fatto che almeno una delle parti è un imprenditore e costituiscono gli strumenti essenziali per la realizzazione dell'attività di impresa⁽²¹⁾; essi presentano un'asimmetria di potere contrattuale che coinvolge l'aspetto di rilevanza *macroeconomica* dello scambio di mercato, perché – di regola – si tratta di contratti standard non negoziati (contratti *business to consumer* B2c e *business to business* B2b).

I contratti di diritto comune, viceversa, realizzano uno scambio di rilevanza *microeconomica*, essendo strutturalmente caratterizzati da un procedimento di formazione basato sulle trattative (contratti negoziati: *consumer to consumer* c2c). In questi ultimi contratti l'asimmetria di potere negoziale tra le parti non è – a differenza dei primi – un dato costante o fisiologico, ma è il risultato (patologico) di un vizio genetico o funzionale della causa soltanto eventuale (C2c)⁽²²⁾.

Orbene, il nesso inscindibile tra contratto e mercato emerge dal fatto che l'autonomia contrattuale costituisce la manifestazione giuridica della libertà di

75 ss. e 120 ss.; cfr. anche G. SAPELLI, *Perché esistono le imprese e come sono fatte*, 2^a ed., Milano, 2019, p. 110 ss., che colloca tra gli scambi non di mercato le attribuzioni gratuite interessate, ove emerge una corrispettività indiretta.

⁽²¹⁾ Cfr. A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 1 (ora in ID., *Studi di diritto commerciale*, II, Milano, 2009, p. 287 ss.). In questo senso, crediamo che possano rientrare nella categoria dei contratti d'impresa anche i contratti del consumatore, tenuto presente però che la nozione di professionista di cui all'art. 3, lett. c), cod.cons., si riferisce alla «persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario». Pertanto, il professionista è non soltanto l'imprenditore, ma anche, ad esempio, il titolare di uno studio medico (il quale non conclude con i propri pazienti un contratto del mercato).

⁽²²⁾ Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, 4^a ed., Torino, 2020, p. 83, il quale contrappone efficacemente i contratti conclusi in condizioni di fisiologia sociale a quelli conclusi in condizioni di patologia sociale.

impresa, di cui la libertà di concorrenza rappresenta l'aspetto pluralistico⁽²³⁾.

In particolare, l'art. 41 Cost. sancisce che «l'iniziativa economica privata è libera», aggiungendo però, al 2° comma, che essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»⁽²⁴⁾. Il valore supremo della dignità umana, d'altra parte, è posto a fondamento del Trattato sull'Unione europea (art. 2) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 1), che ha lo stesso valore giuridico dei trattati europei (art. 6 TUE)⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Si può anche dire che l'autonomia contrattuale "genera" l'iniziativa economica privata: cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, t. II, *Il Contratto in generale*, Milano, 2009, p. 55, e già in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Roma-Bari, 2008, p. 3.

⁽²⁴⁾ Il riferimento alla salute e all'ambiente è frutto di una modifica costituzionale introdotta con la l. cost. 8 febbraio 2022. Si tratta di limiti esterni e non elementi interni alla essenza della libertà di iniziativa economica privata, che rimane libertà dell'imprenditore di determinare le proprie scelte: cfr. P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Jus*, 1967, p. 16; F. GALGANO, *Commento all'art. 41 Cost.*, cit., in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, II, Bologna, 1982, p. 4 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Negoziio giuridico e autonomia privata*, in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Atti del Congresso dei civilisti italiani (Venezia, 23-26 giugno 1989)*, Padova, 1991, p. 303; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 100, secondo cui il 2° comma dell'art. 41 Cost. non introduce un controllo sugli scopi perseguiti, né un sindacato sul merito dell'impresa.

In argomento, v. anche F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* Galgano, I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, p. 516 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, spec. p. 94 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 582 ss.; G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, cit., p. 7 ss.; G. BOGNETTI, *Costituzione economica italiana*, Milano, 1995; G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999; ID., *Costituzione economica e ordine pubblico economico*, Torino, 2008.

Nel senso che dall'art. 41 Cost. discende la garanzia *erga omnes* della libertà di iniziativa economica privata, azionabile sia verso lo Stato che verso i privati, v. G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 6; A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, p. 178 ss.; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1540 ss., spec. p. 1550 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), in *Gazz. uff. dell'Unione europea* del 14 dicembre 2007, *Spiegazione relativa all'articolo 1 – Dignità umana*. «La dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la

Anche la libertà di impresa, che costituisce il tratto fondamentale del mercato unico europeo⁽²⁶⁾, è espressamente affermata dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui «è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali»⁽²⁷⁾.

La libertà di impresa è pertanto garantita dall'art. 41 Cost. solo in quanto situazione *socialmente utile*. Il limite dell'utilità sociale fa subito affiorare

base stessa dei diritti fondamentali». La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 consacra la dignità umana nel preambolo: «Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo». Nella sentenza del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, Regno dei Paesi Bassi/Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea (Racc. 2001, pag. I-7079), ai punti 70-77 della motivazione la Corte di giustizia ha confermato che «il diritto fondamentale alla dignità umana è parte integrante del diritto dell'Unione. Ne consegue, in particolare, che nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta. Essa non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto». In argomento, v. M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, p. 189 ss.

⁽²⁶⁾ S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, 6^a ed., Roma-Bari, 2021, p. 31 ss.

⁽²⁷⁾ V. le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), in *Gazz. uff. dell'Unione europea* del 14 dicembre 2007, – *Spiegazione relativa all'articolo 16 – Libertà d'impresa*: «Questo articolo si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale (cfr. sentenze del 14 maggio 1974, causa 4-73, Nold, Racc. 1974, pag. 491, punto 14, e del 27 settembre 1979, causa 230/78, SpA Eridania e a., Racc. 1979, pag. 2749, punti 20 e 31) e la libertà contrattuale (cfr., tra l'altro, sentenze Sukkerfabriken Nykobing, causa 151/78, Racc. 1979, pag. 1, punto 19; del 5 ottobre 1999, causa C-240/97, Spagna/Commissione, Racc. 1999, pag. I-6571, punto 99) e sull'articolo 119, paragrafi 1 e 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea che riconosce la libera concorrenza. Beninteso, questo diritto si esercita nel rispetto del diritto dell'Unione e delle legislazioni nazionali. Esso può essere sottoposto alle limitazioni previste all'articolo 52, paragrafo 1 della Carta».

Cfr., al riguardo, G. ALPA, M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, Milano, 2005, p. 575 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, 2^a ed., in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, Milano, 2006, p. 503 ss. Sul rapporto tra principi nazionali e principi comunitari, v. E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, Milano, 2008, p. 239 ss.

il delicato tema della sua concreta specificazione⁽²⁸⁾, la quale è demandata, in primo luogo nei contratti di impresa ove si manifesta un abuso di posizione dominante individuale o collettiva, all'applicazione della legislazione antimonopolistica⁽²⁹⁾. Del resto, secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, risalente ad un celebre intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, la normativa antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, vale a dire non tutela solo gli interessi delle imprese in rapporto di concorrenza; essa è, piuttosto, «la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»⁽³⁰⁾. Ma il presidio dell'utilità sociale si rinviene anche nelle disposizioni legislative a tutela del consumatore o utente, che rappresenta la parte «debole» dei rapporti contrattuali intercorrenti con un imprenditore (cfr., ad esempio, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *codice del consumo*, art. 21; d.lgs. n. 58/1998, artt. 115-128; d.lgs. n. 385/1993; d.lgs. n. 70/2003). Più in generale, il richiamo costituzionale del concetto di utilità sociale è in linea con il modello economico *sociale* di mercato, già divisato dalla Scuola degli ordoliberali di Friburgo (*Soziale Marktwirtschaft*)⁽³¹⁾, cui fa espresso riferimento il Trattato sull'Unione europea. Infatti, è l'art. 3, 3° comma del Trattato sull'Unione europea, a proclamare che «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale». In questa dire-

⁽²⁸⁾ Cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, *passim*.

⁽²⁹⁾ Cfr. G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, p. 87 ss.; ID., *Profili evolutivi del diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2001, p. 171 ss.

⁽³⁰⁾ Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, c. 1014 ss., con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori* (*ivi*, c. 1015 ss.) e di E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore* (*ivi*, 1018 ss.).

⁽³¹⁾ Cfr. L. BONINI, *Economia sociale di mercato*, Bologna, 2012, p. 74 ss.; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Catanzaro, 2008, pp. 19 ss., 33 ss. e 69 ss., ove ampi e approfonditi riferimenti alle opere di Walter Eucken e di Wilhelm Röpke (fondatori della Scuola di Friburgo insieme ad Alexander Rüstov, Hans Grossman-Dörth e Franz Böhm).

zione, l'art. 3, 1° comma, lett. *b*) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, stabilisce che l'Unione ha competenza esclusiva nella definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno (v. art. 101 e ss. TFUE)⁽³²⁾. L'espressione concreta della socialità del mercato si ritrova soprattutto nell'art. 9 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, secondo cui «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana», e nel successivo art. 12 TFUE, per il quale «nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori»⁽³³⁾.

Il mantenimento e la crescita del benessere individuale e collettivo, infatti, dipende non soltanto dalla vigenza di una concorrenza effettiva tra i soggetti imprenditoriali, ma anche dalla tutela di ciascun contraente contro gli abusi della libertà e/o del potere contrattuale che possono provenire dall'altro. Regole della concorrenza e regole del contratto sono perciò in rapporto simbiotico e si integrano a vicenda.

Il diritto privato del mercato è il prodotto di questo inscindibile connubio e persegue un duplice scopo: *a*) tutela di tutti i soggetti contrattuali ritenuti dall'ordinamento “deboli”, essendo parti di contratti asimmetrici, ove il potere economico di un contraente si rivela strumento di sopraffazione dell'altro e fonte di inefficienze allocative⁽³⁴⁾; *b*) tutela dei soggetti, imprenditori

⁽³²⁾ Cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, 7ª ed., Padova, 2016, p. 239 ss.

⁽³³⁾ Cfr. G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, p. 16, il quale rileva la decisiva influenza del diritto comunitario per la penetrazione nell'ordinamento italiano della cultura del mercato.

⁽³⁴⁾ Cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, in ID., *Il contratto del duemila*, cit., p. 95 ss.; P. GALLO, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2009, p. 160 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 4ª ed., Padova, 2021, p. 94 ss.

concorrenti o consumatori, estranei al contratto, ma che dall'esecuzione di questo possono subire un danno c.d. antitrust⁽³⁵⁾.

In questa prospettiva, può dirsi che il diritto privato, ed in particolare il diritto contrattuale, assolve anche ad una *funzione regolatoria* del mercato⁽³⁶⁾, che non è più appannaggio esclusivo delle norme di diritto pubblico dell'economia. Anzi, la radicale commistione tra interesse pubblico ed interessi privati costituisce il tratto distintivo, ed al tempo stesso la giustificazione, dell'attuale sistema rimediale del diritto dei contratti, specie nell'ambito della contrattazione d'impresa.

In altri termini, il giudice civile è oggi chiamato ad orientare le proprie decisioni in base ai valori del mercato concorrenziale, soprattutto tutte le volte in cui egli fa uso del suo potere correttivo in funzione equitativa, dando luogo alla eterointegrazione del contratto⁽³⁷⁾.

I valori del mercato sono essenzialmente *valori di libertà*: libertà di impresa e di competizione tra imprenditori per la massimizzazione del profitto, nel rispetto delle norme regolatrici della concorrenza e del meta-valore della dignità umana; libertà e consapevolezza della scelta negoziale di ciascuna delle parti del contratto affinché l'operazione economica conclusa realizzi

⁽³⁵⁾ Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVERI, *Diritto antitrust*, 2^a ed., Torino, 2020, p. 331 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 3^a ed., Bologna, 2019, p. 443 ss.; A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, Padova, 2020, p. 171 ss.; L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009, p. 19 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ss.; ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., p. 177 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. M. PENNASILICO, "Ménage à trois": *la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 179 ss.; S. MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, in A. GARILLI, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzio*, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, p. 599 ss., spec. p. 607; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 69 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 277 ss.; R. LANZILLO, *Introduzione*, in R. LANZILLO, A. RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 56 ss.

pienamente un assetto di interessi patrimoniali equilibrato, secondo la convenienza economica di entrambe⁽³⁸⁾.

Sotto questo profilo, i valori del mercato concorrenziale nel diritto dei contratti sono presenti non solo nel principio costituzionale di libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), ma anche in quelli di solidarietà economica (art. 2 Cost.) e di parità sostanziale delle parti (art. 3, 2° comma, Cost.).

In particolare, l'idea di eguaglianza sostanziale nel diritto contrattuale nacque nei sistemi di *common law* e fu portata avanti soprattutto dai giuristi d'oltreoceano; negli Stati Uniti d'America, il dogma della libertà contrattuale, inteso quale intangibilità della volontà delle parti (dottrina volontaristica), imperante nel XIX secolo⁽³⁹⁾, fu per la prima volta intaccato dalle critiche progressiste fondate sulle istanze di protezione sociale della parte debole del rapporto (teorie oggettivistiche)⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Del resto, sin dall'antichità la libertà contrattuale rappresenta la manifestazione più alta dell'autonomia privata: nella parafrasi di Teofilo delle Istituzioni giustinianee, sulle orme della *definitio* ulpiana del patto (*duorum vel plurium in idem placitum consensus*: D. 2,14,1,2), il contratto è «il convenire di due o più persone verso lo stesso punto e l'accordo di creare un'obbligazione e di render l'una debitrice dell'altra»: Theoph. *Paraphr.* 3,13,2. Sul punto, v. G. NOCERA, *La definizione bizantina di contractus*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1936, p. 278 ss. Ma v. anche D. 2, 14, 1,3 (Ulp. IV ad ed.): «*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nis habeat consensum, nulla est*». Sul *dictum* di Sesto Pedio, riportato da Ulpiano, v. soprattutto G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in *BIDR*, XLV, 1938, p. 293 ss.; S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935, p. 309 ss.; da ultimo, v. L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, p. 337 ss.

⁽³⁹⁾ In Europa, l'enunciazione di questo dogma si ritrova riassunta nella celebre affermazione del filosofo francese Alfred Fouillée (1838-1912) «*qui dit contractuel, dit juste?*»: A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880, p. 410.

⁽⁴⁰⁾ Si deve al famoso saggio di R. POUND, *Liberty of contract*, in *Yale L.J.*, 18, 1909, p. 454 ss., la critica più stringente alla teoria dell'eguaglianza (formale) nel rapporto contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore. Qualche anno prima, il problema della tutela dei lavoratori era già stato affrontato in Italia da G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, (Vallardi) Milano, 1904, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1948, pp. 3-54. Il tema

Nel vigente ordinamento italiano, è l'art. 3, 2° comma, Cost. a tradursi nel principio privatistico di parità giuridica sostanziale tra le parti, che non significa parità economica, ma ha come primo obiettivo la rimozione, ad opera del giudice, dei possibili effetti distorsivi della libertà contrattuale, che si manifestano già nella fase genetica del contratto, causati dalla disparità di potere economico (e/o di informazioni) tra i soggetti del nascente rapporto⁽⁴¹⁾. Secondariamente, il principio di parità sostanziale impone di mantenere inalterato, nella fase esecutiva del rapporto, l'equilibrio contrattuale divisato originariamente dalle parti.

Fatta eccezione per le ipotesi di sostituzione automatica di clausole (art. 1339 c.c.), in entrambi i casi è la clausola di buona fede oggettiva o correttezza (artt. 1337 e 1375 c.c.), applicata in unità con gli artt. 2 e 3 Cost., lo strumento giuridico che consente al giudice di assicurare a ciascun contraente la prerogativa – costituzionalmente garantita – di determinare liberamente

dell'eguaglianza sostanziale nei rapporti di lavoro sarà poi ripreso e approfondito soprattutto nell'opera di A. PALAZZO, *Violazione di legge e stabilità del rapporto di lavoro*, Padova, 1973, p. 105 ss.

Sull'evoluzione del diritto contrattuale americano, v. L.M. FRIEDMAN, *Storia del diritto americano*, Milano, 1995, p. 545 ss.; ID., *Contract law in America: A social and Economic Case Study*, Madison, University of Wisconsin Press, 1965, p. 20 ss.; M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, p. 47 ss.; G. GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1999 (rist.), p. 7 ss. Sul principio di *freedom of contract* e sulla sua crisi, rimane fondamentale lo studio di P.S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979; ID., *Introduction to the Law of Contract*, 6th ed. by S.A. Smith, Oxford, 2005, p. 9 ss.; v. anche il classico manuale di G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 12th ed. by E. Peel, London, 2007, p. 2 ss.

In Italia, v. soprattutto G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, p. 14 ss.; G. ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Dig. disc. prin., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 154 ss.; A. TROMBETTA, *Freedom of contract: ascesa e caduta di un principio*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 155 ss.

⁽⁴¹⁾ Sul principio di parità sostanziale tra le parti, v. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, 2006, p. 24 ss., e, più in generale, sul principio di eguaglianza, v. N. LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 531 ss. La distinzione tra parità giuridica e parità economica era già presente in F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed. (rist.), Milano, 1952, p. 33; ID., *Contratto*, Milano, 1961, pp. 24-25; ID., *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1973 (rist.), p. 47 ss.

la propria volontà negoziale e di realizzarla con la collaborazione dovuta dall'altro, sulla base del programma pattuito.

3. — *Rilevanza dello squilibrio genetico e funzionale del contratto.*

L'equilibrio di interessi connaturale al contratto è tradizionalmente inteso in una duplice accezione: *a)* equilibrio di tipo normativo, che si riferisce alle posizioni giuridiche (diritti ed obblighi) attribuite alle parti dalle statuizioni negoziali; *b)* equilibrio di tipo economico, che, invece, riguarda esclusivamente il valore, espresso in termini monetari, dell'arricchimento che ciascuna delle parti ottiene o si aspetta di ottenere a seguito della esecuzione del contratto.

In realtà, questa distinzione tra equilibrio economico e normativo del contratto, sebbene sembri *prima facie* trovare qualche appiglio legislativo, può essere rivista alla luce di una considerazione unitaria di un *principio di proporzionalità o di congruità dello scambio nei rapporti di mercato*⁽⁴²⁾, come si ricava dalla tassonomia che esamineremo tra breve.

⁽⁴²⁾ Il *principio di proporzionalità* tra le prestazioni contrattuali è generalmente desunto, *nella fase esecutiva* del rapporto, dalla disciplina della risoluzione, ed in particolare dall'art. 1455 c.c., che subordina la risoluzione del contratto al requisito dell'importanza dell'inadempimento, e dall'art. 1464 c.c., secondo cui, in caso di impossibilità sopravvenuta solo parziale della prestazione, il contratto non si risolve, ma l'altra parte ha diritto ad una corrispondente riduzione della controprestazione dovuta. Questo rapporto di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali, che contraddistingue i contratti commutativi, è confermato, nei contratti di durata, dalla disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex art.* 1467 c.c. (altre conferme negli artt. 1492, 1537, 1538, 1664 c.c.). Cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2002, cit., p. 543 ss., spec. p. 550 ss.; ID., *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2020, pp. 473, 498. Nel codice civile, v. anche, ad esempio, gli artt. 763, 1123, 2º comma, 1584, 1º comma, 1660, 1º comma, 1668, 1º comma, 1907, 2872. In giurisprudenza, v. Cass., 9 luglio 2021, n. 19579, in *Contratti*, 2021, p. 620.

L'esigenza del rispetto di un principio di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali *sin dalla fase genetica* del contratto è messa in luce soprattutto dagli studi di P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.; ID., *Nuovi profili del contratto*, *ivi*, 2000, p. 560 ss.; ID., *"Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss. (ed in *Scritti in onore di Vito Rizzio*, a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori, Napoli, 2017, t. II, p. 1635 ss.).

La nostra opinione, al riguardo, si confà a quella che prende spunto dalla disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, secondo cui «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile» (art. 34, 2° comma, cod.cons.). Orbene, è stato osservato, al riguardo, che «è perfino troppo ovvio rilevare che diritti e obblighi contrattuali (recessi, *ius variandi*, esoneri da responsabilità, ecc.) hanno un costo e possono avere un prezzo: sicché i confini fra squilibrio normativo e squilibrio economico sono evanescenti, e uno squilibrio che si presenta *prima facie* come normativo può in definitiva tradursi in uno squilibrio dei valori economici scambiati»⁽⁴³⁾. Ma v'è di più: secondo il sistema legislativo, il giudice, per appurare l'esistenza di uno squilibrio normativo deve tener conto anche dello squilibrio economico che eventualmente emerge dalle clausole relative al corrispettivo, come si ricava dall'art. 34, 1° comma, cod.cons.⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 81, il quale aggiunge: «Inoltre, la proclamata irrilevanza dell'adeguatezza del corrispettivo ai fini del giudizio di vessatorietà, non è un'irrilevanza assoluta: il livello di prezzo è irrilevante, solo se il contratto lo indica in modo chiaro e comprensibile; ma se questo precetto di trasparenza è disatteso, sicché le indicazioni relative al prezzo risultano poco decifrabili, anche il corrispettivo può sindacarsi come potenzialmente squilibrante e quindi vessatorio».

⁽⁴⁴⁾ Ai sensi dell'art. 34, 1° comma, cod.cons., la vessatorietà di una clausola del contratto concAi sensi dell'art. 34, 1° comma, cod.cons., la vessatorietà di una clausola del contratto concluso tra un professionista ed un consumatore, è valutata tenendo conto «della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende». Tale soluzione del problema del coordinamento tra il 1° ed il 2° comma dell'art. 34 cod.cons. è prospettata da E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, pp. 69-70, il quale argomenta dal tenore del diciannovesimo considerando premesso alla direttiva n. 93/13 CEE del Consiglio sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, già attuata con l'inserimento nel codice civile degli artt. 1469-bis - *sexies*, successivamente trasfusi nel codice del consumo (artt. 33 e ss., d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Secondo tale considerando, «la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione; nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole, si può comunque tenere conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo». Nello stesso

Le evidenti interferenze tra equilibrio economico e normativo, quindi, ci inducono a trattare l'argomento secondo una trama unitaria, considerando entrambi gli aspetti come espressioni concrete degli interessi patrimoniali dei contraenti⁽⁴⁵⁾.

D'altra parte, se equità contrattuale è sinonimo di attenzione dell'ordinamento agli interessi di entrambe le parti, non ha alcun pregio discutere se, nell'ambito dei diritti del consumatore alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali, riconosciuti solennemente come fondamentali dall'art. 2, 2° comma, lett. e), cod.cons., il riferimento all'equità debba intendersi fatto all'equilibrio normativo oppure a quello economico⁽⁴⁶⁾.

La rilevanza del controllo dell'ordinamento in ordine al contenuto economico-normativo del contratto di scambio è presente in diverse fattispecie giuridiche ove è prospettabile uno squilibrio tra le prestazioni non riconducibile alla volontà libera e consapevole delle parti. Qui di seguito è utile mostrare, a scopo esemplificativo, una elencazione di alcune delle più rilevanti ipotesi di intervento legislativo in materia.

A) Lo squilibrio economico o sproporzione tra le prestazioni deriva dalla conclusione di un contratto in stato di pericolo o in stato di bisogno. In tali ipotesi gli artt. 1447 e 1448 c.c. prevedono, com'è noto, la rescindibilità del contratto su iniziativa della parte che si è obbligata⁽⁴⁷⁾.

senso, v. S. MONTICELLI, *Commento all'art. 1469 ter c.c.*, in E. CESARO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, I, 3ª ed., Padova, 2001, pp. 561-562, secondo il quale «Proprio a tale proposito soccorre l'opportunità di considerare l'intero contenuto della negoziazione ai fini del ricorrere o meno al requisito di buona fede, requisito che non può essere valutato se non tenendo conto anche del prezzo del bene o dei servizi offerti».

⁽⁴⁵⁾ I confini tra equilibrio economico e normativo appaiono alquanto sfumati in Cass., 18 settembre 2020, n. 19565, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 313, con nota di A. PURPURA, *La vessatorietà della provvigione del mediatore in caso di recesso del venditore*: «La clausola che attribuisca al mediatore il diritto alla provvigione anche in caso di recesso da parte del venditore può presumersi vessatoria *quando il compenso non trova giustificazione nella prestazione svolta dal mediatore*. È compito del giudice di merito valutare se una qualche attività sia stata svolta dal mediatore attraverso le attività propedeutiche e necessarie per la ricerca di soggetti interessati all'acquisto del bene».

⁽⁴⁶⁾ Sui termini del dibattito, v. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., p. 71.

⁽⁴⁷⁾ In particolare, secondo la nostra Cassazione, «lo stato di bisogno non coincide con

B) Lo squilibrio economico deriva dal dolo incidente, che ha influito sulla determinazione del corrispettivo *ex art.* 1440 c.c.

C) Lo squilibrio economico è frutto della fissazione di una penale manifestamente eccessiva, avuto riguardo all'interesse creditorio⁽⁴⁸⁾. In tal caso la Cassazione è intervenuta sancendo espressamente la riducibilità *anche d'ufficio* della penale *ex art.* 1384 c.c.⁽⁴⁹⁾.

L'assoluta indigenza o totale incapacità patrimoniale, potendo essere ravvisato anche nella semplice difficoltà economica o nella contingente carenza di liquidità: Tuttavia, perché la rescissione possa essere pronunciata, è necessario che le momentanee difficoltà economiche siano in rapporto di causa ad effetto con la determinazione a contrarre, e cioè costituiscano il motivo per il quale è stata accettata la sproporzione tra le prestazioni. Perché poi sussista l'approffittamento dello stato di bisogno della controparte, non è richiesta la prova di una specifica attività posta in essere dal contraente avvantaggiato allo scopo di promuovere o sollecitare la conclusione del contratto, ma occorre pur sempre che dalla compiuta istruzione emerga una situazione tale che consenta di ritenere, attraverso una motivata valutazione complessiva del comportamento dell'acquirente, che la conoscenza dello stato di bisogno della controparte abbia costituito la spinta psicologica a contrarre. Conseguentemente il giudice che pronuncia la rescissione non può limitarsi ad affermare la sproporzione tra le prestazioni in misura eccedente la metà del valore di quella eseguita dalla parte danneggiata, ma deve dar conto di tutti gli elementi idonei a dimostrare che l'acquirente, all'atto della stipulazione del contratto, aveva la piena consapevolezza dell'approffittamento dello stato di bisogno della controparte»: Cass., 28 maggio 2003, n. 8519, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 152.

⁽⁴⁸⁾ Secondo Cass., 1° luglio 2009, n. 15468, in *Contratti*, 2010, p. 484 ss., l'interesse del creditore all'adempimento va riferito al momento della stipulazione del contratto, sicché rimane priva di rilevanza l'eventuale eccessività della penale per la sopravvenienza di fatti che riducano l'interesse del creditore o l'entità del pregiudizio che il medesimo viene a subire per effetto dell'inadempimento.

⁽⁴⁹⁾ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929, con nota di A. PALMIERI, *La riducibilità ex officio della penale e il mistero delle liquidated damages clauses*, in *Contratti*, 2000, p. 118, con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*; cfr. i commenti di A. RICCIO, *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 95 ss.; Id., *Un obiter dictum della Cassazione in materia di clausole penali*, *ivi*, 2001, p. 550 ss. L'indirizzo è stato ribadito da Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1534, con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Notariato*, 2006, p. 13, con nota di M. TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*; cfr. il commento di A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 927 ss.; nello stesso senso, v. Cass., 28 settembre 2006, n. 21006, in *Contratti*, 2007, p. 105; Cass., 19 ottobre 2007, n. 22002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 547; Cass., 10 gennaio 2008, n. 246, in *Contratti*, 2008, p. 768. Cfr. anche Cass.,

D) Lo squilibrio economico deriva da un accordo relativo al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero: in questi casi il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità delle clausole «quando risultano *gravemente inique* in danno del creditore» (art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002)⁽⁵⁰⁾.

E) Lo squilibrio economico è da ricollegare alla imposizione di interessi usurari, sia nell'ipotesi di superamento del c.d. tasso soglia legalmente determinato (usura *oggettiva*), sia nel caso in cui, anche se inferiori a tale limite, gli interessi, come gli altri vantaggi o compensi, «avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni simili, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria» (usura *sogettiva o reale*, art. 644, 3° comma, c.p.)⁽⁵¹⁾.

21 agosto 2018, n. 20840, in *leggiditalia.it*, e Cass., 5 maggio 2020, n. 8470, *ivi*, secondo cui «in tema di leasing traslativo, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, la clausola penale che attribuisca al concedente, oltre all'intero importo del finanziamento, anche la proprietà e il possesso del bene è manifestamente eccessiva in quanto attribuisce vantaggi maggiori di quelli conseguibili dalla regolare esecuzione del contratto, *dovendo il giudice effettuare*, ai fini della sua riducibilità *ex art. 1384 c.c., una valutazione comparativa* tra il vantaggio che detta clausola assicura al contraente adempiente e il margine di guadagno che il medesimo si riprometteva legittimamente di trarre dalla regolare esecuzione del contratto».

A favore della riducibilità d'ufficio della penale, v. A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 152 ss.; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pp. 901 ss. e 923 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2° ed., Milano, 2012, p. 255 ss.; sulle diverse posizioni, anteriormente al nuovo indirizzo della Cassazione, v. S. MAZZARESE, *Clausola penale*, artt. 1382-1384, in *Cod. civ. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 622 ss. In argomento, v. G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 16 ss.; F. AGNINO, *Clausola penale e tutela del consumatore*, Milano, 2009, p. 91 ss.

⁽⁵⁰⁾ La norma statuisce che «si applicano gli artt. 1339 e 1419, 2° comma, del codice civile». Inoltre, nel dichiarare la nullità, il giudice deve tenere conto di «tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale *in contrasto con il principio di buona fede e correttezza*». Cfr. S. MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità*, cit., p. 607, che sottolinea come «l'accordo gravemente iniquo sui termini di pagamento è lesivo non solo dell'interesse privato della singola impresa creditrice, ma anche dell'interesse pubblico economico».

⁽⁵¹⁾ Cfr. G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*,

F) Lo squilibrio economico-normativo deriva dalla presenza di clausole vessatorie nei contratti del consumatore (art. 33, 1° comma, cod.cons.) o dall'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese (art. 9 l. 192/1998)⁽⁵²⁾.

G) Lo squilibrio economico è frutto della imposizione di condizioni contrattuali *non eque* (o *ingiustificatamente gravose*) da parte di un'impresa che abusa della propria posizione dominante all'interno del mercato europeo o di quello nazionale [art. 102, lett. a), TFUE; art. 3, lett. a), l. 287/1990].

H) Lo squilibrio economico, nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, deriva dalla «imposizione di condizioni contrattuali *eccessivamente gravose* per il venditore, ivi compresa quella di vendere prodotti agricoli e alimentari *a prezzi al di sotto dei costi di produzione*» [art. 5, lett. b), d.lgs. 198/2021]⁽⁵³⁾.

1999, I, p. 534 ss.; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, cit., p. 286 ss.; ID, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, in A. GARILLI, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzolo*, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, cit., p. 735 ss., ed in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 247 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 81, secondo cui la formula «eccessivo squilibrio di diritti e obblighi» di cui all'art. 9, l. 192/1998 (ove, tra l'altro, non è contenuta, a differenza dell'art. 34, 2° comma, cod.cons., alcuna esplicita dichiarazione di irrilevanza dell'adeguatezza del corrispettivo), si presta «a coprire anche gli squilibri di quei particolari diritti e obblighi che hanno ad oggetto pagamenti di corrispettivi, e dunque a colpire l'inadeguatezza dei prezzi; tanto più, in quanto lo squilibrio che integra l'abuso di un'impresa contro l'altra è dalla norma espressamente riferito ai rapporti commerciali fra esse». Inoltre, l'art. 6, 3° comma della l. 192/1998, dispone che «è nullo il patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e *senza congruo corrispettivo*, di diritti di privativa industriale o intellettuale». Qui il riferimento alla rilevanza dello squilibrio economico *originario* del contratto è esplicito.

⁽⁵³⁾ Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198, è stato emanato in attuazione della direttiva UE 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, nonché dell'art. 7 della legge 22 aprile 2021, n. 53, in materia di commercializzazione dei prodotti agricoli e alimentari. L'art. 1 definisce le pratiche commerciali vietate «in quanto contrarie ai principi di buona fede e correttezza ed imposte unilateralmente da un contraente alla sua controparte» ed esclude espressamente dal campo di applicazione della normativa «i contratti di cessione direttamente conclusi tra fornitori e consumatori» (1° e 3° comma).

I) Lo squilibrio economico, nei contratti di durata, è causato da un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per il verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili, che legittima la richiesta di risoluzione *ex art.* 1467 c.c.

Tuttavia, quando l'eccessiva onerosità dipende da un evento pandemico, rilevante nell'ambito di una procedura volta ad evitare la crisi di impresa e a favorire il risanamento aziendale, lo squilibrio economico può indurre il giudice a *rideterminare equamente le condizioni del contratto, assicurando l'equilibrio tra le prestazioni* (art. 10, 2° comma, d.l. 24 agosto 2021, n. 118)⁽⁵⁴⁾.

Inoltre, l'art. 3, 1° comma, sancisce che «i contratti di cessione devono essere informati a principi di trasparenza, *correttezza, proporzionalità* e reciproca corrispettività tra le prestazioni, con riferimento ai beni forniti, cui attenersi, prima, durante e dopo l'instaurazione della relazione commerciale». Lo squilibrio contrattuale che la normativa vieta è, più in generale, evidenziato anche alla lett. d) dell'art. 5, ove si fa riferimento alla «imposizione, diretta o indiretta, di condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali *ingiustificatamente gravose*». Lo stesso art. 1, 4° comma, dichiara che gli artt. 3 e 5 sono norme imperative, la cui violazione comporta *la nullità della clausola*, ma non la nullità dell'intero contratto. Si tratta di un espresso riconoscimento normativo, nei contratti di impresa, del *principio di proporzionalità*; inoltre, la sanzione della nullità della clausola per contrasto con norme imperative è assai interessante, perché il richiamo esplicito alla sua contrarietà ai principi di buona fede e correttezza rende evidente il superamento della inveterata distinzione tra regole di validità e regole di condotta. D'altro canto, lo stesso art. 1337 c.c., sulla correttezza nella formazione del contratto, può ritenersi norma imperativa.

⁽⁵⁴⁾ Il d.l. 24 luglio 2021, n. 118, convertito in l. 147/2021, recante «Misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale», ha introdotto la possibilità per l'imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, di chiedere al segretario della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, la nomina di un esperto indipendente che agevoli le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento della situazione di squilibrio (art. 2). Secondo l'art. 10, 2° comma, «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».

J) Lo squilibrio economico sopravvenuto legittima la parte svantaggiata alla richiesta giudiziale, in luogo della risoluzione, ed in assenza di una rinegoziazione volontaria, di *revisione e adeguamento* del prezzo (artt. 1480, 1492, 1537, 1538, 1578, 1664 c.c.)⁽⁵⁵⁾.

Il dato che accomuna tutte queste fattispecie legali è la *non conformità* dell'assetto economico-normativo del rapporto contrattuale alla *libera e consapevole* determinazione volitiva di *entrambe* le parti.

Tale difformità può manifestarsi *ab origine*, nella fase genetica del rapporto, ovvero *successivamente*, a causa di un'alterazione funzionale del sinallagma. Appartengono alla categoria della *difformità genetica* le prime otto ipotesi, a quella della *difformità funzionale* le ultime due.

In linea generale, può dirsi che le condizioni economico-normative del contratto sono eque se le scelte delle parti sono state realmente libere e consapevoli, giusta il criterio di correttezza "economica"⁽⁵⁶⁾, secondo cui la esistenza di un valido contratto, quale atto di autonomia privata, in un regime economico-giuridico di mercato, è subordinata alla presenza di tre presupposti fondamentali: a) adeguata informazione, nei contratti negoziati, di *entrambe* le parti sulle circostanze rilevanti per la conclusione dell'affare, in relazione alla natura dell'operazione economica, agli eventuali rapporti già intercorrenti tra di esse ed alle loro qualità soggettive; b) effettiva trasparenza

⁽⁵⁵⁾ In argomento, v. P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; ID., *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 431 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1989, p. 104 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, *ivi*, 2003, p. 667 ss.; F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 41 ss.

⁽⁵⁶⁾ La correttezza può qualificarsi *economica* perché è prerogativa di un'economia di mercato la salvaguardia degli interessi di entrambe le parti della contrattazione, essendo dimostrato che i contratti equi sono efficienti e perciò sostengono ed incrementano il gioco concorrenziale e lo sviluppo economico. Cfr. F. SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, Roma-Perugia, 2007; ID., *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ. Galgano*, LVII, Padova, 2010.

delle condizioni contrattuali, nonché corretta e veritiera pubblicità commerciale nei contratti standard ad offerta concorrenziale; c) esistenza di un *vincolo di mercato* nei contratti con offerta monopolistica⁽⁵⁷⁾, per evitare il rischio di un abuso di posizione dominante, anche soltanto relativa; il che significa incidenza dell'analisi dei costi per l'equilibrio del prezzo o, più in generale, delle condizioni predisposte dall'offerta.

Questi requisiti esprimono i principi fondamentali del libero mercato, che costituiscono l'ordine pubblico economico⁽⁵⁸⁾. In particolare, i principi del mercato concorrenziale sono riconducibili all'ordine pubblico economico di protezione.

La correttezza economica è, quindi, regola di condotta delle parti che mira a garantire il rispetto del principio di libertà di iniziativa economica privata, entro i limiti stabiliti dal 2° comma dell'art. 41 Cost., nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, nonché dei principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale *ex artt.* 2 e 3 Cost.⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ I contratti ad offerta monopolistica presuppongono un certo grado di controllo del mercato da parte dell'imprenditore: anche un controllo parziale del mercato, infatti, può avere effetti distorsivi della concorrenza tutte le volte in cui la capacità di scelta dell'oblatore sia inesistente, come nell'ipotesi di una differenziazione dei prodotti o dei servizi forniti (o richiesti), all'interno dello stesso mercato rilevante, sufficiente a determinare un grado elevato di fidelizzazione del cliente/consumatore che si traduca in una vera e propria estorsione contrattuale ai suoi danni. L'offerta, quindi, può dirsi monopolistica in una duplice accezione: a) oggettiva, quando la quota di mercato detenuta dall'impresa sia totale o quasi totale; b) soggettiva, quando, invece, la dipendenza economica del cliente (impresa o consumatore) dall'impresa che abusa del proprio potere contrattuale sia determinata da ragioni tecniche che non consentono di reperire alternative soddisfacenti all'offerta praticata a condizioni inique.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. F. SCAGLIONE, *Buona fede in contrahendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato*, in *Giur. it.*, 2008, p. 249 ss. Sul concetto di ordine pubblico, fondamentale è la lettura di G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; ID., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1980, XXX, p. 1038 ss., spec. p. 1055 ss. Cfr. anche A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974; ID., *Ordine pubblico, Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 154 ss.; G. PANZA, *Ordine pubblico I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, *ad vocem*; L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, 1981; ID., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993; A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino, 2004.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, cit., pp. 1056-1057, il quale sottolinea come

4. — *Sistema delle tutele contrattuali e potere conformativo del giudice nei rapporti di mercato tra principi costituzionali e clausole generali.*

Alla luce delle ipotesi normative sopra ricordate di rilevanza dello squilibrio contrattuale, è possibile innanzitutto osservare come le tutele del contraente debole nei rapporti asimmetrici di mercato si articolano diversamente a seconda che si tratti di contratti di impresa oppure di diritto comune.

Nei contratti di impresa – i più importanti dal punto di vista macroeconomico – il legislatore mette a disposizione del contraente debole un rimedio conservativo, *sub specie* di nullità di protezione, relativa e parziale.

Si tratta, in particolare, di una serie di nullità testuali (v. art. 1418, 3° comma, c.c.) che tipizzano ipotesi di violazione del principio di correttezza nella formazione del contratto, a conferma del definitivo superamento del dogma della non interferenza tra regole di validità e regole di condotta⁽⁶⁰⁾

il limite dell'utilità sociale sia riconducibile al concetto di ordine pubblico: «In un sistema che, come il nostro, si caratterizza anche sulla base del valore e del principio di libertà di iniziativa economica privata, l'affermazione della utilità sociale rappresenta un limite all'iniziativa economica privata, posto a tutela della libertà di iniziativa economica stessa; ciò al fine di impedire che l'uso di tale libertà finisca per tradursi in una negazione della libertà di iniziativa altrui e per contraddire, con ciò, il valore fondamentale che questa esprime nel nostro sistema».

⁽⁶⁰⁾ Su questo dogma, v., per tutti, G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 40. Ma v. già P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, pp. 202 ss. e 222 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 104 ss., il quale però, nel ribadire la distinzione tra regole di validità e regole di risarcimento o di buona fede, osservava (p. 107): «Si potrebbe obiettare ancora, forse, che la distinzione delle norme in regole di validità e regole di buona fede è distinzione formalistica, che deriva essa stessa dal concettualismo, e che giudicare con essa del conflitto tra buona fede e forma significa in certo modo cadere in una petizione di principio: e in effetti questo è vero, come è vero che il nostro codice porta nelle sue strutture fondamentali le tracce e il carattere delle costruzioni logico-formali».

Il superamento del suddetto dogma, anche in assenza di una normativa speciale, del resto, può farsi risalire ad un'attenta rilettura dell'art. 1337 c.c., considerando che la buona fede *in contrabendo* contribuisce a delineare lo stesso profilo causale dell'attribuzione patrimoniale: cfr. G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 96 ss.; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di com-*

[v., ad esempio, gli artt. 33 e 36 cod.cons., 9, l. 192/1998⁽⁶¹⁾, 7, l.

portamento e di validità nel diritto italo-europeo, Napoli, 2013, p. 67. Sotto questo profilo, la nullità (parziale) potrebbe già derivare dalla illiceità della causa ex artt. 1418, 2° comma e 1419, 1° comma, c.c., atteso che l'interesse perseguito dal predisponente attraverso la clausola che realizza lo squilibrio economico nel contratto è contrario all'ordine pubblico economico di protezione. In particolare, sotto il profilo della nullità del contratto per illiceità della causa, è possibile distinguere due diverse situazioni: a) gli interessi delle parti sono illeciti in sé, a causa della loro intrinseca natura, essendo essi *condivisi* da entrambe le parti; b) l'interesse di *una parte soltanto* è illecito in quanto diretto a trarre un profitto ingiusto dal contratto, mediante la lesione dell'interesse dell'altra parte alla propria libertà negoziale. Nell'ipotesi *sub a)* la nullità (assoluta) del contratto è la sanzione comminata dall'ordinamento per la tutela dei suoi principi fondamentali. La nullità-sanzione scoraggia il compimento di operazioni economiche anti-giuridiche, perché dirette a perseguire finalità illecite. Nell'ipotesi *sub b)*, invece, la nullità (relativa) è il rimedio a tutela della parte lesa; tuttavia, la libertà negoziale è un interesse oltre che privato anche pubblico, perché esprime i principi fondamentali del mercato concorrenziale.

⁽⁶¹⁾ Questa norma, anzi, pur se applicabile in linea di principio ai rapporti tra imprese, sarebbe suscettibile, secondo un'autorevole opinione, di applicazione analogica nel caso di contratti tra impresa e consumatore, tutte le volte in cui sia ravvisabile, in capo a costui, una situazione di dipendenza o necessità economica: M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 249. In altri termini, l'abuso di dipendenza economica costituirebbe la breccia attraverso cui la regola di correttezza si traduce in principio generale di giustizia contrattuale nei casi di squilibrio di posizioni soprattutto *economiche* tra le parti: In tal senso, v. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 227 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639 ss.; e v. anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 870 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss., spec. p. 560 ss. Nel senso della contrarietà alla regola di correttezza dell'abuso *de qua*, v. Cass., 21 gennaio 2020, n. 1184, in *leggiditalia.it*, secondo cui: «In tema di contratto di fornitura, l'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della l. n. 192 del 1998, è nozione indeterminata il cui accertamento postula l'enucleazione della causa concreta della singola operazione che il complessivo regolamento negoziale realizza, secondo un criterio teleologico di valutazione, in via di fatto, della liceità dell'interesse in vista del quale il comportamento è stato tenuto; nell'applicazione della norma è pertanto necessario: 1) quanto alla sussistenza della situazione di "dipendenza economica", indagare se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia "eccessivo", essendo il contraente che lo subisce privo di reali alternative economiche sul mercato (p. es., perché impossibilitato a differenziare agevolmente la propria attività o per avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto); 2) quanto all'"abuso", indagare la condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero l'intenzionalità di una vessazione perpetrata sull'altra impresa,

231/2002⁽⁶²⁾, 5, lett. *b*), d.lgs. 198/2021⁽⁶³⁾]. Tuttavia, pur quando la nullità della clausola non sia espressamente prevista dalla legge, essa può ricollegarsi alla violazione di una norma imperativa che vieti situazioni di squilibrio economico (nullità «virtuale», *ex artt.* 1418, 1° comma, e 1419, 1° comma, c.c.)⁽⁶⁴⁾, come nel caso, ad esempio, di abuso di prezzo da parte di un'impresa in posizione dominante [artt. 3, lett. *a*) e 33, l. n. 287/1990; 102, lett. *a*), TFUE]⁽⁶⁵⁾.

in vista di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell'impresa dominante (quale, p. es., modificare le proprie strategie di espansione, adattare il tipo o la quantità di prodotto, o anche spuntare migliori condizioni), mirando la condotta soltanto ad appropriarsi del margine di profitto altrui».

⁽⁶²⁾ V. *supra*, nt. 50.

⁽⁶³⁾ Qui il richiamo alla violazione della regola di correttezza è ancora più marcato (art. 3, 1° comma): v. *supra*, nt. 53.

⁽⁶⁴⁾ Ma, sotto un altro profilo, è lo stesso art. 1337 c.c. che può guardarsi quale norma imperativa: cfr. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423 ss., secondo il quale alla violazione della regola di buona fede può conseguire, in base all'art. 1418, 1° comma, c.c., la nullità del contratto o, a norma dell'art. 1419, di singole sue clausole; V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2013, pp. 389 s. e 400; S. PAGLIANTINI, *La nullità d'ufficio*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016, p. 35; ID., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 185 ss.

⁽⁶⁵⁾ Anche l'abuso di posizione dominante mediante imposizione di prezzi non equi, così come la predisposizione di clausole vessatorie nei contratti del consumatore, costituiscono condotte contrarie alla buona fede precontrattuale e al principio di solidarietà economica *ex art.* 2 Cost. Per la nullità della clausola abusiva, v. Trib. Milano, 3 dicembre 2020, in *leggiditalia.it*: «L'imperatività della normativa antitrust – stabilita a livello comunitario dall'art. 102 TFUE e nell'ordinamento interno dall'art. 3 l. n. 287 del 1990, posto a presidio dei principi di rango costituzionale di cui agli artt. 41 e 2 della Carta – determina in caso di violazione la nullità delle clausole contrattuali illecite *ex art.* 1418 c.c. ovvero *ex art.* 1419 c.c. Ove la conservazione del contratto non possa essere assicurata, da ciò non ne potrebbe derivare la conservazione integrale del contratto ed il rigetto dell'eccezione di nullità. La clausola abusiva posta in essere da soggetto in posizione dominante viola in effetti l'ordine pubblico del mercato e la necessaria razionalità del suo assetto, violazione che connota il patto negoziale in termini di illiceità cui consegue la sua nullità (virtuale). La natura escludente dell'abuso induce infatti a ritenere l'esistenza di causa illecita, non già la mera violazione di una regola di comportamento». In questo senso, sul (falso) presupposto però che la norma

Orbene, dalla congerie di norme già ricordate deriva che, nei contratti di impresa, la nullità di protezione per violazione della buona fede *in contrabendo* è divenuto oggi un rimedio generale, la cui applicazione giudiziale nel caso concreto deve essere sempre sottoposta al vaglio interpretativo condotto alla luce dei criteri di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, secondo il metodo del bilanciamento degli interessi in gioco⁽⁶⁶⁾ (si pensi, ad esempio, alla determinazione della misura dello squilibrio economico-normativo ovvero della iniquità delle condizioni contrattuali). Le Sezioni unite della Suprema Corte hanno confermato questa concezione, ribadendo la rilevanza d'ufficio della nullità in parola, sulla base del rilievo dello scopo «indiscutibile» della nullità relativa, «volto anche alla protezione di un interesse

antitrust sia (solo) regola di validità e non (anche) di condotta, cfr. F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del «solo risarcimento» per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 409. In questa prospettiva, a nostro avviso, va inquadrato anche il diverso problema della nullità della clausola del contratto a valle che realizzi una intesa restrittiva della concorrenza, in cui lo squilibrio è frutto della attuazione dell'intesa vietata *ex art. 2, l. 287/1990*, sul quale, v., da ultimo, Cass., Sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *leggiditalia.it*, che accoglie la tesi della nullità parziale dei contratti di fidejussione bancaria in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema contrattuale predisposto dall'ABI. In un caso di abuso di prezzo da parte di una compagnia assicurativa, la Suprema Corte ha ipotizzato una «azione di riconduzione ad equità del corrispettivo» quale rimedio risarcitorio in forma specifica a fronte della responsabilità precontrattuale conseguente agli illeciti comportamenti (intese restrittive della concorrenza) che hanno inciso sulla determinazione dei premi assicurativi. Ciò in luogo di una dichiarazione di nullità delle clausole, con inserzione automatica di premi diversi, ai sensi dell'art. 1339 c.c., sul presupposto che il provvedimento dell'AGCM che accerta l'abuso di prezzo non può essere equiparato alle norme imperative in materia di prezzi: Cass., 11 agosto 2011, n. 17351, in *Giur. it.*, 2012, p. 1548, con nota di T. FEBBRAJO, *Contratti a valle dell'intesa antitrust e riconduzione ad equità del corrispettivo*. Viceversa, per un'applicazione dell'art. 1339 c.c., con la possibilità che la clausola nulla venga sostituita da una clausola che riproduca quanto praticato su mercati in cui opera la concorrenza, v. M. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit., p. 416.

In argomento, v. F. SCAGLIONE, *Abuso di prezzo e nullità del contratto*, in V. RIZZO, L. MEZZASOMA, E. LLAMAS POMBO, G. BERTI DE MARINIS, *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del covid-19*, Napoli, 2021, p. 645 ss.; ID., *Correttezza e abuso di posizione dominante*, in questa *Rivista*, 2020, p. 27 ss.

⁽⁶⁶⁾ G. PERLINGHERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., pp. 80 ss. e 114 ss.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 114 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss.

generale tipico della società di massa», espresso dai valori costituzionali del corretto funzionamento del mercato in senso concorrenziale (art. 41 Cost.) e dell'uguaglianza «quanto meno formale» tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)⁽⁶⁷⁾.

Pertanto, appare sterile il dibattito sulla possibilità o meno di estendere

⁽⁶⁷⁾ V. la motivazione di Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 299 ss., con nota di N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *Contratti*, 2015, p. 113 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mò di bussola per rivedere Itaca*), al punto 3.12.1: «Si è detto “indiscutibile” lo scopo della nullità relativa volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualficazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.: si pensi alla disciplina *antitrust*, alle norme sulla subfornitura che sanzionano con la nullità i contratti stipulati con abuso di dipendenza economica, alle disposizioni sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che stabiliscono la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, ex d.lgs. n. 231 del 2002), poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese. La pretesa contraddizione fra legittimazione riservata e rilevabilità d'ufficio risulta soltanto apparente, se l'analisi resta circoscritta al profilo della rilevazione della causa di nullità. Non può, infatti, tralasciarsi di considerare che il legislatore contemporaneo codifica fattispecie di nullità nelle quali convivono la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio (*ex aliis*, quelle di cui all'art. 36, 3° comma e art. 134, 1° comma, cod.cons.; quella prevista dal d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 127, 2° comma; e la nullità di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 7). E il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata». Si tratta, peraltro, di una conferma di quanto già statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia, a proposito della direttiva sui contratti del consumatore: Corte giust., 27 giugno 2000, n. 240, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 1173. D'altro canto, il suddetto riconoscimento della tutela di interessi (anche) pubblici attraverso il rimedio della nullità di protezione è in linea con l'art. 37 *bis* del codice del consumo, secondo cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può intervenire per accertare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari.

in via analogica il campo di applicazione delle nullità testuali «di protezione», sul presupposto che si tratti di nullità “speciali”⁽⁶⁸⁾: in realtà, infatti, la nullità di protezione garantisce una tutela generale che deriva da un *abuso della libertà negoziale di un contraente ai danni dell'altro, mediante condotta contraria alla regola di correttezza - nella formazione oppure nell'esecuzione del contratto - espressione dei principi fondamentali di solidarietà economica e di eguaglianza sostanziale (artt. 1337, 1375 c.c., 2 e 3 Cost.)*⁽⁶⁹⁾. Questo *abuso* altro non è che

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, pp. 50 ss., 238 ss., il quale, ritenendo che le norme sulle nullità di protezione siano speciali e non, invece, eccezionali (cfr. art. 14 preleggi), ne suggerisce l'applicazione in via analogica tutte le volte in cui ci si trovi innanzi a «uno squilibrio, non eventuale ma strutturale, tra le parti contraenti, al quale un criterio normativo attribuisca rilevanza formale». *Contra*, v. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 121 ss., secondo cui le nullità di protezione sarebbero solo testuali. Sul punto, v. anche A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. prin.*, 2011, p. 77 ss., secondo cui la nullità *de qua* non sarebbe speciale, «ma solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale».

⁽⁶⁹⁾ Anche la libertà negoziale, come si è visto, ha una tutela costituzionale indiretta nell'art. 41 Cost.

Proprio il tema dell'abuso del diritto nel contratto è alla base della decisione di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. it.*, 2010, p. 556 ss., con nota di F. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*. Secondo la Suprema Corte, l'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* pattuito in un contratto di concessione di vendita configura un abuso del diritto tutte le volte in cui avvenga secondo modalità non necessarie e censurabili rispetto al principio di correttezza nell'esecuzione del contratto, *causando una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio imposto alla controparte contrattuale*. E v. anche Cass., 24 agosto 2016, n. 17291, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 24 ss., con nota di F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa del contratto*, ove è stato ribadito l'orientamento consolidato secondo cui, in base al principio di correttezza nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), il giudice deve accertare, anche in presenza di una giusta causa tipizzata di recesso della banca dal contratto di apertura di credito a tempo determinato (art. 1845, 1° comma, c.c.), se il comportamento esecutivo della banca, in relazione alle circostanze del caso, non abbia assunto connotati imprevisi e arbitrari (c.d. interruzione brutale del credito).

Sull'abuso del diritto, v., per tutti, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 18 ss., e P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 53 ss. (e già in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.), il quale, sulla scia di Ugo Natoli, ricorda che «appare più corretto il tentativo di costruire il divieto generale dell'abuso, piuttosto che sulla norma relativa agli atti emulativi, sul principio di

una condotta contraria alla correttezza *economica*, vale a dire contraria al principio di libertà della concorrenza, valevole all'interno di un sistema economico *sociale* di mercato; il rispetto di questo principio postula l'equità degli scambi, che presuppone la libertà e la consapevolezza della scelta negoziale, e trova attuazione in un contenuto del contratto che rispecchi un ragionevole equilibrio degli interessi economici espressi nella sua causa concreta (motivi oggettivati), frutto di un bilanciamento con l'interesse pubblico sotteso ai valori costituzionali.

In quest'ottica, il laboratorio giurisprudenziale ha evidenziato come il controllo giudiziale sull'equilibrio contrattuale si traduca in un controllo sulla sussistenza e/o sulla liceità della causa concreta (art. 1418, 2° comma, c.c.)⁽⁷⁰⁾ e/o sulla meritevolezza degli interessi in gioco (art. 1322

correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.)». In argomento, v., *amplius*, F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto nel contratto*, in questa *Rivista*, 2012, p. 237 ss.

⁽⁷⁰⁾ Cfr., ad esempio, Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 78 ss. (con nota di A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, *ivi*, p. 70 ss.), in tema di clausole *claims made*, per le quali la copertura assicurativa è prestata solo se, tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengono nel periodo di durata dell'assicurazione. Nella ricca motivazione della sentenza, le Sezioni unite hanno sottolineato la necessità che il giudice di merito valuti attentamente tutte le circostanze del caso concreto prima di decidere (anche ed eventualmente) della nullità della clausola, in relazione all'assetto di interessi che le polizze stesse avrebbero dovuto realizzare. Deriva che la scelta della tutela invocabile dal contraente assicurato non è *a priori* univoca, potendo «investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, *con conformazione* secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, *secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti*; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)». In argomento, v. G. ROSSI, *Le clausole claims made: dalla valutazione della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo*, Padova, 2018.

E v. anche Cass., 25 febbraio 2021, n. 5259, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 751 [con nota di S. BOSA, *Questioni (insolute) in tema di nullità del claims made*], che ha cassato App. Roma, 19 ottobre 2018, n. 6620, così motivando: «la Corte d'appello, dopo aver dichiarato nulla la clausola

c.c.)⁽⁷¹⁾. La necessità di conservare il contratto per la protezione del con-

“*claims made*”, ha poi automaticamente applicato al contratto assicurativo il regime della “*loss occurrence*” di cui all’art. 1917 c.c., 1° comma, essendosi illegittimamente astenuta dall’integrare, come affermano le S.U. n. 22437 del 2018, lo statuto negoziale secondo il meccanismo previsto dall’art. 1419 c.c., ossia *avendo omissa di riportare ad equilibrio ciò che le parti contraenti avevano effettivamente voluto* e che non poteva certo essere ricondotto alla realizzazione di un differente programma, fondato su uno schema negoziale (quello proprio dell’art. 1917 c.c.) che le parti avevano voluto, invece, espressamente emendare e modificare. Il Giudice territoriale avrebbe, infatti, dovuto indagare tra i differenti modelli di clausola “*claims made*” rinvenibili nell’ordinamento, ed individuare quello ritenuto maggiormente compatibile alla realizzazione di un equilibrato assetto degli interessi dei contraenti, *così riadeguando le condizioni di polizza in funzione della causa concreta*, tenendo conto anche di tutti gli altri elementi (ulteriori clausole delle CGC; criterio di calcolo dell’importo del premio; durata di efficacia del contratto; sinistrosità pregressa, ulteriori coperture assicurative, ecc.), a condizioni operative compatibili con gli interessi perseguiti al momento della stipula dai soggetti contraenti, *così da salvaguardare una causa del contratto funzionale alla volontà delle parti* di concordare una prestazione assicurativa che contemplasse un rischio contraddistinto dal duplice elemento della verifica del sinistro e della richiesta risarcitoria pervenuta dal danneggiato».

⁽⁷¹⁾ Cfr., ad esempio, la immeritevolezza di un contratto finanziario (ove dovrebbe rilevare anche e soprattutto il rispetto del principio di tutela del risparmio, di cui all’art. 47 Cost.) che forniva vantaggi certi soltanto alla banca e non anche al cliente-risparmiatore. Il cliente, in particolare, acquistava prodotti finanziari emessi dalla banca mediante un mutuo da questa erogato, e poi costituiti in pegno a garanzia del mancato rimborso del finanziamento: cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, e Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, entrambe in *Società*, 2016, p. 721, con nota di M. COSTANZA, *For you nothing o immeritevolezza*. In particolare, secondo Cass. n. 2900/2016, «se uno strumento finanziario integra una fattispecie contrattuale atipica, il giudizio di immeritevolezza costituisce un accertamento preliminare indefettibile. Il contratto atipico, all’esito del giudizio d’immeritevolezza, deve ritenersi inefficace fin dalla stipulazione e inidoneo a vincolare le parti al reticolo di regole che ne compongono la struttura. Tale è la conseguenza della “irrelevanza giuridica” del medesimo. La valutazione da svolgere è, pertanto, del tutto simile a quella riguardante l’accertamento della validità o invalidità del contratto *ex art. 1418 c.c.*». V. anche Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *leggiditalia.it*; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949, in *Contratti*, 2016, p. 897, con nota di L. BUONANNO, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia?*; App. Trieste, 15 aprile 2021, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1035, con nota di F. RUSSO, *Sulla meritevolezza della clausola “rischio cambio” nel contratto di leasing*. In particolare, la Corte d’Appello di Trieste ha dichiarato nulla *ex art. 1322, 2° comma, c.c.* una clausola, inserita in un contratto di leasing, che prevedeva canoni variabili secondo il criterio di indicizzazione del «rischio cambio», contenente una scommessa sul futuro andamento del cambio tra due divise, in quanto avente natura sicuramente atipica, ed essendo

traente svantaggiato induce poi a ritenere che non si possa fare a meno di un intervento giudiziale che colmi la lacuna sopravvenuta del regolamento, ricostituendo l'equilibrio del rapporto in relazione alla sua causa concreta, ed in tal modo salvaguardando, in definitiva, la stessa autonomia privata⁽⁷²⁾.

caratterizzata da indeterminatezza, ampia aleatorietà e squilibrio delle prestazioni. Infatti, le finalità aleatorie ed eminentemente speculative della clausola sono state ritenute incoerenti rispetto alle effettive necessità di un contratto di leasing.

Sul tema del controllo di meritevolezza, che in realtà prescinde dalla atipicità o meno del contratto, v. P. PERLINGIERI, *“Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale*, cit., p. 214 s., il quale, muovendo dal fondamentale rilievo che «interesse pubblico – inteso quale realizzazione e attuazione di diritti inviolabili – e interesse privato coesistono. Si che affermare che l'autonomia negoziale (come ogni altra situazione patrimoniale) è “funzionalizzata” non equivale a negarne il riconoscimento o a pretendere che ogni atto negoziale abbia quale fine ultimo il perseguimento di un interesse pubblico», osserva come «competete all'interprete, di volta in volta, controllare la meritevolezza dell'atto, valutando in concreto la diversa incidenza dell'interesse pubblico, nella consapevolezza che il “peso” di tale interesse sarà maggiore in quei rapporti che incidono direttamente sui diritti inviolabili (si pensi ai contratti di lavoro, ai contratti di assistenza medica, ai contratti di locazione ad uso abitativo). Il controllo degli atti di autonomia negoziale opera, dunque, in relazione all'effettivo, reale assetto di interessi in tutta la sua specifica attualità, in un corretto bilanciamento di interessi e valori, attento alla pluralità dei fondamenti costituzionali dell'autonomia. In tal senso ciascun contratto si caratterizza per una propria conclamata “funzione sociale”, che rappresenta il parametro di riferimento per apprezzarne la meritevolezza». In argomento, v. anche M. PENNASILICO, *Dal “controllo” alla “conformazione” dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 823 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 412 ss.

⁽⁷²⁾ Contro la tendenza giurisprudenziale a servirsi della nullità parziale ex art. 1419 c.c. per realizzare interventi sul contratto animati dall'obiettivo di ridefinirne il contenuto in funzione di riequilibrio dei relativi termini, v. F. PIRAINO, *Il “cantiere” delle nullità: B2C, bancarie e selettive: contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1528 ss., fortemente critico rispetto alla decisione di Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit.; v. anche S. MONTICELLI, *Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 155 ss., il quale è favorevole alla integrazione del contratto soltanto mediante il diritto dispositivo esistente (ed abusivamente) derogato.

Se si guarda all'esperienza della giurisprudenza dell'Unione europea, in linea di principio la Corte di Giustizia si mostra contraria ad una correzione giudiziale del contratto in via equitativa [Corte giust., 14 giugno 2012, n. 618, in *Contr.*, 2013, p. 16 ss., con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale)*

Del resto, lo stesso intervento giudiziale riequilibratore del contenuto

necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto; Corte giust., 30 maggio 2013, n. 488, in *leggiditalia.it*; Corte giust., 21 gennaio 2015, n. 482, in *leggiditalia.it*]; viceversa, essa ammette che il riequilibrio del rapporto a favore del consumatore possa affidarsi unicamente ad una integrazione della lacuna mediante il ricorso alla disciplina dispositiva abusivamente derogata, ma solo nei casi in cui l'invalidazione della clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad "annullare" (*rectius*, dichiarare nullo) l'intero contratto, esponendo così il consumatore a conseguenze tali da esserne penalizzato: Corte giust., 30 aprile 2014, n. 26, in *Contr.*, 2014, p. 843 ss. (con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, *ivi*, p. 853 ss.), secondo cui «L'art. 6, § 1, della direttiva n. 93/13 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, ove un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta ad una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva»; Corte giust., 3 marzo 2020, n. 125, in *Corr. giur.*, 2020, p. 556 ss.: «L'art. 6, § 1, e l'art. 7, § 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale abusiva che fissa un indice di riferimento per il calcolo degli interessi variabili di un mutuo, il giudice nazionale sostituisca a tale indice un indice legale, applicabile in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti, a condizione che il contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi non possa sussistere in caso di soppressione di detta clausola abusiva, e che l'annullamento di tale contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli». In particolare, l'argomento fondante l'orientamento avverso dei giudici di Lussemburgo, è quello secondo cui «se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Infatti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive, dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti»: Corte giust., 14 giugno 2012, n. 618, cit., punto 69.

In realtà è proprio l'interesse del consumatore ad esigere un riequilibrio del rapporto in via di eterointegrazione giudiziale, quanto meno ove si tratti di salvare l'efficacia del contratto, a séguito della caducazione di una sua clausola essenziale, almeno tutte le volte in cui manchi una disciplina dispositiva applicabile. In tal senso, del resto, sono nettamente orientati i Principi Unidroit e i progetti di unificazione del diritto europeo dei contratti: cfr. l'art. 3.10 dei Principi Unidroit (*gross disparity*), secondo cui «il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio»; l'art. 4:109 dei PECL, a norma del quale «il giudice può, ove il rimedio sia

contrattuale è stato legittimato dalla Consulta sulla base di un'applicazione diretta del principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, che attribuisce *vis normativa* al canone della buona fede e la cui violazione giustifica la nullità della clausola (art. 1418 c.c.), in tema di riduzione della caparra confirmatoria⁽⁷³⁾.

inadeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza». V. anche l'art. 7:207 dei *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law -Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, intitolato «*Unfair exploitation*»: (1) *A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it.*

Sembra, tuttavia, che la Corte di Giustizia rimanga prigioniera del dogma volontaristico della intangibilità del contratto, anche qualora manchino norme suppletive applicabili, suggerendo, in tal caso, una improbabile autointegrazione del contratto ad opera delle stesse parti: cfr. Corte giust., 25 novembre 2020, n. 269, in *Contratti*, 2021, p. 273 [con nota di A.M.S. CALDORO, *Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?*], che invita il giudice nazionale a rinviare le parti ad una trattativa allo scopo di fissare il metodo di calcolo del tasso di interesse in un contratto di mutuo, purché determini il quadro di tali trattative e queste siano volte a stabilire tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti un equilibrio reale che tenga conto segnatamente dell'obiettivo di tutela del consumatore sotteso alla direttiva 93/13 CEE.

In argomento, v. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, 2^a ed., Torino, 2015, p. 48 ss., e S. PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, *ivi*, p. 84 ss.; ID., *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, p. 155 ss.; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 266 ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *cortecostituzionale.it*: «È manifestamente inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, 2° comma, c.c., impugnato, in riferimento all'art. 3, 2° comma, Cost., nella parte in cui, nel disciplinare la caparra confirmatoria, non prevede che in caso di inadempimento il giudice possa ridurre equamente la

Riequilibrio, dunque, da intendersi quale rigoroso rispetto di un principio di proporzionalità, che non significa *equivalenza* economica tra le prestazioni, ma *ragionevolezza* dei termini dello scambio alla luce dei principi e dei valori costituzionali sottesi all'archetipo del mercato concorrenziale; un ragionevole equilibrio tra le prestazioni che presuppone la ricostruzione del profilo causale dell'atto e, quindi, non può prescindere da un attento esame degli interessi di *entrambe* le parti (specie di quello – parzialmente pretermesso – della parte svantaggiata) alla luce delle circostanze del caso concreto⁽⁷⁴⁾.

In tal senso, deve escludersi che l'intervento giudiziale integrativo del contratto in via equitativa possa condurre ad una definizione dell'assetto economico-normativo del rapporto totalmente avulso dal contenuto che le parti – e specie la parte debole – avrebbero *liberamente* voluto in un contesto di mercato privo di asimmetrie di potere contrattuale⁽⁷⁵⁾. In altri termini, l'opera di integrazione – seppure cogente – svolta dal giudice *non è arbitraria*,

somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o qualora sussistano giustificati motivi. Il rimettente omette di considerare che, come evidenziato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, nel recesso disciplinato dall'art. 1385 c.c. a venire in rilievo è comunque un inadempimento gravemente colpevole, cioè imputabile (*ex artt. 1218 e 1256 c.c.*) e di non scarsa importanza (*ex art. 1456 c.c.*). Ai fini della rilevanza, egli trascura inoltre di indagare la reale portata dei patti conclusi nella specie dalle parti contrattuali e non tiene conto dei margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. Ciò in ragione della giurisprudenza di legittimità secondo cui il precetto dell'art. 2 Cost. (sotto il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) entra direttamente nel contratto, unitamente con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*, con conseguente rilevanza *ex officio* della nullità della clausola, in caso di contrasto, ai sensi dell'art. 1418 c.c.». Negli stessi termini, v. anche Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *cortecostituzionale.it*. Su queste decisioni, v. le osservazioni critiche di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, in *Contratti*, 2014, p. 926 ss., il quale insiste sui rischi connessi alla discrezionalità giudiziale. Viceversa, in senso favorevole, v. le puntuali e condivisibili osservazioni di P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, p. 72 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. P. PERLINGIERI, "Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale, cit., pp. 218-219.

⁽⁷⁵⁾ Per un espresso riferimento alla conformazione giudiziale del contratto secondo il principio dell'*adeguatezza* alla sua causa concreta, v. Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit.

ma si colloca in un processo di interpretazione del contratto secondo buona fede e di bilanciamento degli interessi patrimoniali delle parti e dei principi costituzionali coinvolti nell'operazione economica⁽⁷⁶⁾.

Nei contratti di diritto comune, il campo di intervento del legislatore per porre rimedio a situazioni di squilibrio economico tra le parti, al di fuori dei tradizionali vizi della volontà o di incapacità di agire, è ancora totalmente dominato dall'istituto della rescissione per lesione *ultra dimidium*, di cui all'art. 1448 c.c.⁽⁷⁷⁾. Questa differenza fondamentale dai contratti di impresa non consente, se non *de iure condendo*, l'applicabilità, nel caso di *squilibrio genetico* del rapporto, del rimedio della nullità parziale di protezione e della conseguente conformazione giudiziale del contratto, essendo il riequilibrio del rapporto

⁽⁷⁶⁾ Si pensi, ad esempio, al caso della violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio da parte del finanziatore nel credito immobiliare al consumo *ex art. 120-undecies TUB* (d.lgs. n. 385/1993, così come modificato ad opera del d.lgs. n. 72/2016, di attuazione della direttiva 2014/17 UE): qui l'intervento giudiziale perequativo, a seguito di una declaratoria di nullità parziale (di protezione) del contratto, per adeguare le rate di rimborso alla reale capacità finanziaria del consumatore, si giustificerebbe sulla base della scorrettezza della condotta imprenditoriale: cfr. T.V. RUSSO, *Valutazione ingannevole del merito creditizio e intervento perequativo del giudice nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 1486 ss.

Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 205 ss. E v. già A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale. Aggiornamento. Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 1999, p. 36, il quale, dopo aver sottolineato che «da buona fede si muove all'interno dei valori e interessi di cui il contratto è pur sempre espressione», conclude nel senso che «l'operatività del principio di buona fede non è conflittuale con quello di libertà contrattuale. Esso anzi serve a qualificare in vario modo l'esercizio di tale libertà».

⁽⁷⁷⁾ Si tratta di un istituto di scarso successo, come già notava G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, 2^a ed., Napoli, 1962, p. 408, in base a due ragioni principali: «da un lato, la configurazione stessa del rimedio, che conduce allo scioglimento del contratto ed alle conseguenti reciproche restituzioni, costringendo il soggetto che ha ricevuto qualche cosa, della quale aveva urgente bisogno, a restituire la cosa stessa, se vuole evitare le conseguenze del contratto lesivo, mentre nella maggior parte dei casi la restituzione si presenta ancor più gravosa del cattivo affare: dall'altro, il breve termine di prescrizione, che impedisce in molti casi la possibilità di far valere il rimedio, in quanto nell'anno difficilmente viene a scomparire il bisogno, in tal guisa da permettere l'invalidazione del contratto e la restituzione di quanto si è ricevuto».

affidato unicamente all'offerta di riconduzione ad equità *ex art.* 1450 c.c., effettuata dal contraente contro il quale è domandata la rescissione (e che era intenzionato a profittare dell'altrui stato di bisogno: il che costituisce un evidente paradosso)⁽⁷⁸⁾.

In ogni caso, in assenza di un intervento legislativo uniformatore della disciplina del riequilibrio dei rapporti di mercato⁽⁷⁹⁾, la porta di ingresso di un intervento giudiziale sembra essere costituito, ancora una volta, e sempre più nettamente, dalle clausole generali, almeno tutte le volte in cui venga in rilievo uno *squilibro funzionale*, sopravvenuto dopo la conclusione del contratto.

In questa prospettiva, le indicazioni più recenti della giurisprudenza di merito individuano nella revisione giudiziale del contratto (ad esempio, di locazione ad uso commerciale) lo strumento più idoneo per ovviare ai limiti della risoluzione per eccessiva onerosità *ex art.* 1467 c.c.⁽⁸⁰⁾; tutte le volte

⁽⁷⁸⁾ V'è, invece, chi, propone una lettura "evolutiva" dell'istituto della rescissione per lesione, alla luce della norma sull'abuso di posizione dominante *ex art.* 3, l. 287/1990. In particolare, si è affermato che «si può considerare il distacco dal mercato derivante dalla mera esistenza della grave sproporzione tra le prestazioni (ossia la lesione qualificata dall'*ultra dimidium*) come elemento sintomatico e/o presuntivo dell'abuso di posizione contrattuale (o, se si preferisce, dell'approfittamento dello stato di bisogno) e, conseguentemente, porre l'onere probatorio, tutt'altro che agevole, della insussistenza dell'abuso medesimo a carico del contraente avvantaggiato dal contratto sproporzionato. Sarà, dunque, quest'ultimo a dover dimostrare l'eventuale mancanza di asimmetria di potere – ossia dello stato di bisogno della controparte – o quantomeno, qualora non riesca a dare tale prova, del non abuso (*id est*, del non approfittamento) della situazione di asimmetria»: P. CORRIAS, *Squilibri contrattuali e poteri del giudice*, cit., pp. 471-472.

⁽⁷⁹⁾ V., ad esempio, l'art. 1, lett. i, ddl 28 febbraio 2019 (Disegno di legge recante delega al governo per la revisione del codice civile, AS n. 1151, XVIII legislatura), che enuncia l'obiettivo di «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione originariamente convenuta dalle parti».

⁽⁸⁰⁾ La risoluzione è un rimedio sostanzialmente (soltanto) demolitorio: come per la rescissione, infatti, la conservazione del contratto è rimessa alla scelta della parte convenuta, avvantaggiata dalla sproporzione sopravvenuta, la quale è libera di evitare lo scioglimento del rapporto offrendo di ricondurlo ad equità (art. 1467, 3° comma, c.c.).

in cui le parti non abbiano rinegoziato secondo buona fede le reciproche obbligazioni (come imporrebbe, ad esempio, l'emergenza sanitaria legata alla pandemia da covid), infatti, potrebbe essere invocata ad istanza di parte l'applicazione della equità correttiva *ex art.* 1374 c.c.⁽⁸¹⁾. In questo caso, il contenuto del contratto verrebbe ad essere mutato dal giudice per esigenze di solidarietà economica di matrice costituzionale (art. 2 Cost.)⁽⁸²⁾.

5. — *Usura reale e assenza di un paradigma unitario sul controllo dell'equilibrio contrattuale.*

Al di là delle aperture della giurisprudenza civile e costituzionale più illuminata, le differenze di trattamento normativo dello squilibrio contrattuale all'interno dei contratti del mercato sembrerebbero *prima facie* mostrare un'attenuazione allorché l'interprete soffermi l'attenzione sul delicato tema della c.d. usura reale. Si è già visto (*supra*, § 3), che si tratta di una fattispecie introdotta dal 3° comma dell'art. 644 c.p., così come risulta dalla formulazione della l. 108/1996, in cui viene in evidenza, al di fuori del prestito ad interesse, la sproporzione tra le prestazioni contrattuali, quando la parte svantaggiata (vittima dell'usura) si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria⁽⁸³⁾. L'usura reale, in questa prospettiva, potrebbe costituire, anche

⁽⁸¹⁾ E v. già N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, pp. 94-95, che assegnava all'art. 1374 c.c. un ruolo più ampio nel sistema codicistico, tale da far ritenere superfluo lo stesso art. 1339 c.c., in tema di integrazione cogente del contratto.

⁽⁸²⁾ Cfr., in tal senso, Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, p. 2433, con note di G. SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, e di P. GALLO, *Emergenza covid e revisione del contratto*; v. anche Trib. Treviso (ord.), 21 dicembre 2020, in *Giur. it.*, 2021, p. 589, con nota di G. SICCHIERO, *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.* In argomento, v. ID., *L'equità correttiva*, in *Contr. e impr.*, 2021, p. 1174 ss.; S.P. CERRI, *Conservazione e adeguamento del contratto*, Napoli, 2020, p. 274 ss.

Sul piano dei codici di diritto uniforme, la revisione del contratto, quale rimedio conservativo, è già previsto diffusamente: cfr. artt. 3.10.2, 6.2.3.1 e 6.2.3.3 dei Principi Unidroit; artt. 156, 6° comma, e 157, 2° e 5° comma del Codice europeo dei contratti; artt. 4.105.3 e 4.109.2 dei PECL.

⁽⁸³⁾ In realtà, l'art. 644, 3° comma, c.p., si riferisce anche all'ipotesi in cui, nelle suddette

sul piano civilistico, la prova che il legislatore ha inteso dare rilievo unitario a tutte le ipotesi di squilibrio economico tra le prestazioni contrattuali. Senonché, osta ad una ricostruzione unitaria di un paradigma normativo sul controllo dell'equilibrio contrattuale, il fatto che, avuto riguardo ai contratti di diritto comune, non vi è concordia di opinioni sulle conseguenze civilistiche del reato di usura reale, che in ogni caso devono innanzitutto armonizzarsi con la disciplina della rescissione⁽⁸⁴⁾.

Infatti, a meno di non considerare implicitamente abrogato l'art. 1448 c.c., a seguito della riforma del reato di usura⁽⁸⁵⁾, il permanere della rescissione quale unico rimedio civile alla iniquità condurrebbe «a conseguenze contrarie alla legge o addirittura inaccettabili: essendo sanzionata penalmente la lesione, sia essa *infra dimidium* o *ultra dimidium*, si dovrebbe ritenere, o che dalla prima derivino conseguenze sul piano penale ma non su quello civile, oppure che al verificarsi di essa (esclusa dall'applicazione del rimedio rescissorio) conseguirebbe la sanzione più grave della nullità del contratto e in presenza della seconda, in cui la sproporzione è maggiore, quella meno grave della rescissione»⁽⁸⁶⁾.

Orbene, se si pone mente alla circostanza che sovente l'usura reale si realizza attraverso una dazione in pagamento (trasferimento della proprietà di un bene per estinguere un precedente finanziamento) la necessità di ravvisarvi un c.d. reato-contratto⁽⁸⁷⁾, e, quindi, la conseguenza della radicale nullità di quest'ultimo, discende dal fatto che, *mancando una corrispettività in senso*

condizioni di difficoltà economica o finanziaria, gli interessi, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro (usura soggettiva in senso lato).

⁽⁸⁴⁾ In argomento, cfr. M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not. Perlingieri*, Napoli, 2011, p. 192 ss.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 544.

⁽⁸⁶⁾ In tal senso, A. SASSI, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, cit., p. 762, sulla scia di A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not. Perlingieri*, Napoli, 2003, p. 221, il quale sottolinea la inevitabile nullità del contratto espressivo di usura reale siccome in contrasto con una norma imperativa.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. A. LIBERATI, *Contratto e reato. Interferenze tra disciplina civile e disciplina penale*, Milano, 2004, p. 56 ss.

tecnico, soltanto la parte che si avvantaggia dello squilibrio economico illecito (cioè di un vantaggio “sproporzionato”) avrebbe interesse a conservare il rapporto. Viceversa, quando sia ravvisabile una corrispettività tra le prestazioni (vale a dire il trasferimento del diritto avviene dietro corrispettivo), pur potendo il negozio produrre l'estinzione di una precedente obbligazione, all'usura reale *nei contratti di diritto comune* non potrebbe che applicarsi la disciplina della rescissione *ultra dimidium*, anche se il riequilibrio del rapporto e la conservazione del contratto nell'interesse della parte svantaggiata subiscono i limiti dettati dall'art. 1450 c.c.⁽⁸⁸⁾.

Tuttavia, l'ipotesi della fattispecie di usura reale caratterizzata dalla corrispettività non soggiace alla disciplina della rescissione *nei contratti di impresa*, ove, a nostro avviso, una più intensa tutela del principio di conservazione del contratto nell'interesse della parte debole (specie ove si consideri la possibile rilevanza macroeconomica del rapporto) richiederebbe l'applicazione del già esaminato *rimedio generale della nullità parziale di protezione*, alla stregua di quanto avviene – sia pure in un diverso contesto – nell'usura pecuniaria (art. 1815, 2° comma, c.c.)⁽⁸⁹⁾, ed il conseguente intervento giudiziale integratore del contratto in via equitativa.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. A. LIBERATI, *Contratto e reato. Interferenze tra disciplina civile e disciplina penale*, Milano, 2004, p. 56 ss.

⁽⁸⁹⁾ Senza i suddetti importanti distinguo, per la nullità parziale v. B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2000, pp. 82-83, sulla base del rilievo che nell'usura reale la soluzione della nullità integrale mal si coordinerebbe con la nullità parziale caratterizzante le altre due ipotesi criminose previste dall'art. 644 c.p. (e considerato che il rimedio della nullità parziale per violazione di norme imperative è possibile sulla base dell'inciso finale dell'art. 1418 c.c. «salvo che la legge disponga diversamente»). Sull'ipotesi dell'applicazione analogica a tutti i contratti usurari dell'art. 1815, 2° comma, c.c., per evitare disparità di trattamento nelle ipotesi previste dall'art. 644 c.p., cfr. A. RICCIO, *Sub art. 1448*, in R. LANZILLO, A. RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 190 ss.

MANUEL MILLÁN TORRES^(*), FAVIO FARINELLA^(**),
ROBERTO CIPPITANI^(***)

TECNOLOGÍA, DATOS PERSONALES Y PANDEMIAS

ABSTRACT: The ongoing pandemic has been the cause of many restrictions to rights, based on public health. This article elaborates on the relationship between human rights and the pandemic while technologies and artificial intelligence are used for social control. The discussion spins around a noun and two verbs. The pandemic constitutes an *emergency* that, as such, shifts our normality to unknown places. At the same time, it *emphasizes* pre-existing critical social situations and *threatens* freedoms. The novelty brought by this crisis is that the state of emergency makes use of new technologies and artificial intelligence. They can collect sensitive data such as those corresponding to health as a key to collect, store and process sensitive data. The methodology of the article refers to a comparative description (South America-Europe) which is based on a qualitative and quantitative documentary review to gather elements that contribute to the subject.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Debilidades estructurales y negación sistemática de derechos humanos. – 3. Los nacionalismos y los procesos de desintegración. – 4. Personalismos y democracias más débiles. – 5. Economía y pauperización pospandémica. – 6. Emergencia y derechos o ¿derechos en emergencia? – 6.1 Tecnología y libertades personales. – 7. Ideas finales sobre cómo rescatar al elefante. – 8. Pandemia y protección de datos en el marco de la Unión Europea (EU). – 9. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

El escritor ruso Ivan Krylov en su obra *El hombre inquisitivo* (1812) cuenta la situación en que una persona, al visitar un museo, repara en cada detalle del mismo pero ignora la presencia de un elefante en la sala principal. Esta alegoría tomada luego por Dostoyevsky y Mark Twain entre otros, se

^(*) Universidad Del Valle (Cali-Colombia), ^(**) Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina), ^(***) INDEPAC México, Esquila Judicial de Oaxaca México.

convirtió con el tiempo en un giro idiomático anglosajón – *the elephant in the room* – que expresa la circunstancia en que un determinado tema no puede ser ignorado debido a su magnitud, aun cuando nadie desee verlo.

A lo largo de la pandemia en curso, vemos repetirse los métodos –confinamiento, desinfección, limpieza – utilizados en tiempos de la peste negra europea hace 15 siglos. A diferencia de entonces, estas estrategias afectan hoy la normalidad establecida en las sociedades libres por el paradigma de los derechos humanos. Y esto no puede ser obviado. Nuestro elefante *de los derechos humanos en suspenso* se encuentra transitando una cuarentena preventiva, social y obligatoria, aislado dentro de un marco de gruesas paredes que lo distancian de la crítica realidad con la intención de proteger su salud. Todas ellas fueron legalmente construidas a partir de una situación de emergencia, habilitada por la normativa regional y doméstica del derecho internacional de los derechos humanos. Esta legalidad de origen ha ido encontrando rajaduras y goteras. Tal vez nuestro elefante deba ser reconocido y rescatado de una realidad que puede sofocarlo. Discutiremos cada una de estas paredes en ocho títulos: (ii) debilidades estructurales de los sistemas políticos violatorias de derechos humanos; (iii) nacionalismos; (iv) personalismos y democracias débiles; (v) economía y pauperización pospandémica, (vi) Emergencia y derechos o ¿derechos en emergencia? comunicación y volumen informativo, (vii). Ideas finales sobre cómo rescatar al elefante y (viii) Pandemia y protección de datos en el marco de la Unión Europea (EU).

2. — *Debilidades estructurales y negación sistemática de derechos humanos.*

Una primera circunstancia evidente es que la pandemia en curso acentúa las debilidades existentes en función de la escasez de recursos que las sociedades latinoamericanas destinan a la promoción y protección de los derechos que reconocen. Las personas en situación de indigencia, pobreza, marginalidad, adultos mayores y aquellas privadas de libertad, entre otras, constituyen grupos afectados más allá de lo ordinario como consecuencia

directa e inmediata de la aparición del covid-19. Dentro de las medidas preventivas adoptadas por los gobiernos, la respuesta genérica ha consistido en el confinamiento – cuanto menos se sale, menos exposición al virus se tiene y, en consecuencia, decrece su transmisibilidad –. Esta residencia obligada en el propio hogar puso en evidencia ante la opinión pública, la existencia de “normalidades distintas” que conviven en toda sociedad. En general autoevidentes, pero ignoradas. Primero, existen personas que viven en la calle. Segundo, muchos de quienes poseen un techo, no pueden cumplir el confinamiento por su situación de hacinamiento. Tercero, en general los grupos poblacionales que viven en condiciones indignas se encuentran concentrados en núcleos habitacionales como barrios de emergencia o villas miseria, los cuales – cuarto – carecen de servicios esenciales como agua potable y corriente, cloacas, etc. lo que les dificulta adoptar medidas preventivas mínimas. Quinto, la pandemia arrojó luz sobre la forma en que las personas privadas de libertad como también los adultos mayores que habitan geriátricos, transcurren sus días entre defectos, deficiencias y corrupción estructural del sistema⁽¹⁾.

La pandemia exagera las situaciones mencionadas – indigencia, pobreza, marginalidad, situaciones de encierro – a punto tal de generar una corriente de opinión y decisión tendiente a cambiar las condiciones de indignidad estructural en que gran parte de la sociedad sobrevive. El covid 19 ha potenciado las negatividades con las que el sistema en lugar de resolver tales problemas los ignora. La carencia de agua potable, o siquiera corriente, vuelve inútiles ciertas soluciones simples. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un informe realizado a través de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales – Redesca –, subrayó que en el contexto de grave crisis de derechos humanos que atraviesa el país, el gobierno altera de manera adicional el disfrute de derechos, como la vida, salud e integridad de sus habitantes.

⁽¹⁾ Ver INFORME RELEVAMIENTO DE GERIÁTRICOS PORTEÑOS, *Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires*, en defensoria.org.ar/noticias y *Reportaje al defensor de la Tercera Edad*, Eugenio Semino en diarios.com.ar.

3. — *Los nacionalismos y los procesos de desintegración.*

La pandemia ha separado y aislado pueblos y sociedades. La globalización iniciada tras el final de la posguerra fría facilitó el aumento exponencial del traslado de personas en el planeta, consolidando empatía entre culturas. La pandemia ve a la movilidad de personas como una amenaza vital que debe ser detenida porque dispara la posibilidad de contagio. El cierre de fronteras, la interdicción de arribos y/o salidas, la clausura de espacios aéreos, la repatriación de nacionales, son todas ellas medidas que llevan al aislamiento, constituyendo potenciales generadores de desconfianza entre los pueblos aislados. Los nacionalismos estatales peligrosos y pre-existentes, se han exacerbado. Incluso los regionalismos se han potenciado hacia el interior de las jurisdicciones domésticas. Desde la pretensión de cerrar las fronteras provinciales o peor aún, elevar muros municipales, hasta el ataque a casas habitadas por personas contagiadas, asistimos a este tipo de reacciones tan absurdas como reales. La reminiscencia aquí es a las ciudades amuralladas medievales o desde otro ángulo mas triste, la creación de ghettos sanitarios.

El aumento del sentimiento nacionalista conduce a la negación del concepto universalista de los derechos humanos. Su respuesta son los muros. Como los países necesitan iguales herramientas para salvar vidas: un juego de suma cero es peligroso. Estados Unidos ha suspendido indefinidamente las solicitudes de asilo en su frontera sur⁽²⁾ y expulsado a 915 niños migrantes no acompañados⁽³⁾, con fundamento en el covid-19. Sesenta y nueve Estados han prohibido o restringido la exportación de equipo de protección, dispositivos médicos o medicamentos⁽⁴⁾. La Organización Mundial de la Salud advierte que el proteccionismo podría limitar la disponibilidad global de las vacunas⁽⁵⁾. Michelle Bachelet, Alta Comisionada ONU para

⁽²⁾ Ver nota P.X. DE SANDOVAL, *Trump cierra indefinidamente la inmigración por tierra con la excusa del coronavirus*, en *El país*, España, 20/05/2020, disponible en elpais.com/internacional.

⁽³⁾ *The New York Times*, edición del 20/05/2020, disponible en nytimes.com.

⁽⁴⁾ Según el proyecto Global Trade Alert, Universidad de San Galo, Suiza.

⁽⁵⁾ *The New York Times*, edición en español de 13/04/2020, disponible en nytimes.com.

los Derechos Humanos, resaltó que la pandemia constituye una amenaza a largo plazo para los derechos humanos: «Me preocupa profundamente la adopción por parte de algunos países de poderes ilimitados de emergencia, no sujetos a revisión», agregando «la epidemia se está usando para justificar cambios represivos de la legislación convencional, que seguirán en vigor mucho después del final de esta emergencia»⁽⁶⁾.

Bachelet evitó dar ejemplos concretos aunque el foco de sus preocupaciones parece estar puesto en países como Hungría, India, Filipinas o Polonia, donde las medidas de control de la población han sido extremas.

4. — *Personalismos y democracias más débiles.*

La pandemia ha acentuado los gobiernos personalistas, especialmente en democracias presidencialistas como las latinoamericanas. Estas democracias infantiles han visto debilitado su carácter republicano. En sistemas presidencialistas, el rol de los otros dos órganos del poder se ha visto relegado. Los órganos judicial y legislativo han visto recortadas sus funciones de hecho o incluso de derecho, transfiriendo potestades propias al ejecutivo con fundamento en la pandemia. En Argentina por ejemplo, en el inicio del aislamiento, el poder judicial trabajó como si transcurriera una feria judicial, atendiendo sólo los juzgados de turno. Luego sumó el teletrabajo, pero dependiendo de la mayor o menor conectividad de cada juzgado. Las notificaciones y presentaciones electrónicas y la digitalización de expedientes han ayudado en esta situación, incluidas audiencias virtuales. No obstante, la situación no refleja la anterior normalidad. También en Argentina, el poder legislativo debatió desde mediados de marzo y por dos meses, la posibilidad de sesionar a través de medios virtuales. Así, estuvo materialmente suspendido, delegando en el Ejecutivo la acción legislativa. Claro que todo tiene su fundamento en la pandemia. ¿Conducirán los personalismos al aumento de los sesgos autoritarios en democracias débiles?. En Argentina, el Ejecutivo

⁽⁶⁾ Nota en Telam de fecha 9/4/2020, disponible en *telam.com.ar*.

ha gobernado sólo, asesorado por un comité de expertos epidemiólogos, generando decretos de necesidad y urgencia, sin debate previo y sin control posterior material en la mayoría de los casos.

En Latinoamérica, desde el inicio de la pandemia, al menos cuatro poderes legislativos comenzaron a sesionar en forma virtual – Brasil, Chile, Ecuador y Paraguay – y otros seis intentan adaptarse a las nuevas circunstancias, promoviendo cambios en sus reglamentos y desarrollando plataformas para la deliberación y votación a distancia – Argentina, Bolivia, Colombia, Honduras, Panamá y Perú – sobre un total de 22 Estados⁽⁷⁾. Mas allá de nuestro continente, en Hungría el Parlamento cedió al primer ministro Viktor Orban, poderes para que gobierne y legisle a través de decretos, bajo un estado de emergencia de duración indeterminada. En cambio, en España, Francia, Italia y Estados Unidos, entre otros, los parlamentos hallaron modalidades de funcionamiento a fin de sancionar leyes, e incluso interpelar y exigir rendiciones de cuentas a ministros y jefes de Estado⁽⁸⁾.

5. — *Economía y pauperización pospandémica.*

La pandemia amenaza de manera evidente la economía de todos los Estados sin importar su nivel de desarrollo. Ninguna economía saldrá indemne y una amenaza consecuente es la posibilidad que el desorden económico se concrete en una amenaza a la paz social y eventualmente, al sistema democrático. Los confinamientos obligatorios son medidas que pueden ser cumplidas por amplios sectores de la sociedad, pero no por todos. Se desconocen los efectos económicos, aunque se presume que se tardará meses o años para recuperar los índices económicos pre-pandemia. En lo obvio, desempleo, problemas de salud asociados a la ausencia de medicina preventiva durante el

⁽⁷⁾ PARLAMERICAS, *COVID-19: El desafío de adaptar y fortalecer el rol de los Congresos, Un análisis desde la perspectiva de Parlamento Abierto*, Abril 2020, p. 3. Disponible en parlamericas.org/uploads/documents.

⁽⁸⁾ L. SERRA, *Coronavirus: los parlamentos del mundo, claves en la crisis*, en *La Nación*, 26/04/20. Disponible en lanacion.com.ar/politica.

confinamiento, pérdida y/o desaparición de la iniciativa privada, dependencia mayor del auxilio estatal, son signos característicos de la economía pospandemia en América del sur. Eventualmente, un aumento de migrantes laborales y consecuentes mayores restricciones por parte de los países receptores.

El silencio de los organismos internacionales tanto políticos como económicos fue ensordecedor. Ni el Consejo de Seguridad ni la Asamblea General ni otros organismos y entes de carácter universal, regional o aun subregional, lograron articular alguna política común o expresar algún tipo de iniciativa conjunta. La crisis sanitaria global tuvo por respuesta el aislacionismo estatal, que – de aspirar a algún grado de éxito –, no podrá repetirse a futuro en lo económico.

6. — *Emergencia y derechos o ¿derechos en emergencia?*

La pandemia amenaza el goce efectivo de todas las libertades individuales. El covid-19 constituye una situación de emergencia y ésta ha sido históricamente la piedra de toque de toda derogación y/o suspensión de derechos y libertades personales. La emergencia como concepto es la amenaza constante – y mas peligrosa, por tener raíces legales –, de los derechos humanos. En India, los ciudadanos se encuentran obligados a utilizar una aplicación de geolocalización que permite al gobierno comprobar que cumplen con la cuarentena. Bachelet afirmó también el aumento de la violencia doméstica durante los confinamientos debidos a la pandemia, ejemplificando en base a estadísticas recientes de España y Francia. Alertó también sobre las desigualdades sociales que la pandemia evidencia, tanto en acceso a las redes de atención sanitaria como en protección laboral, incluso en países desarrollados. Remarcó que el coronavirus tendrá efectos desproporcionados en los más pobres, tal como lo evidencia un estudio del gobierno de Cataluña, que muestra que el nivel de contagio es hasta siete veces mayor en los barrios más populares⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ *Idem* anterior.

Desde el instituto de la dictadura en Roma, situaciones de emergencia que ponen en peligro la paz social o el sistema político, han sido receptadas por las legislaciones nacionales, a fin de suspender el ejercicio de derechos y garantías, bajo ciertas circunstancias.

El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habilita la suspensión de las obligaciones contraídas, a fin de enfrentar situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. Tales medidas deben ser compatibles con el DI y no entrañar discriminación negativa. Aún así, se consideran inderogables los derechos a la vida, integridad, la prohibición de esclavitud, prisión por deudas, tipicidad penal, reconocimiento de la personalidad jurídica y libertad de pensamiento, conciencia y religión⁽¹⁰⁾.

El artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales refiere posibles derogaciones frente a un estado de urgencia. En caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, pueden los Estados derogar disposiciones del Convenio, siempre y cuando no sean contradictorias ni con las restantes disposiciones ni con el DI. Al igual que el Pacto I, menciona como derechos inderogables la vida, integridad personal, prohibición de esclavitud y tipicidad penal. Lógicamente, debe siempre respetarse el principio de proporcionalidad⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Artículo 4. 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. / 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. / 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. Observación general sobre su aplicación.

⁽¹¹⁾ Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia. 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante

El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la posibilidad de suspender las obligaciones previstas en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, debiéndose cumplir con las obligaciones impuestas por el DI y no ser discriminatorias. Son aquí inderogables el reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, integridad personal, prohibición de esclavitud, los principios de legalidad y retroactividad, la libertad de conciencia y religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables⁽¹²⁾.

podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional. / 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. / 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.

⁽¹²⁾ Artículo 27. Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. / 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. / 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Finalmente, en el derecho interno argentino, la Constitución, anterior a todos los documentos citados, incluye igual previsión en su artículo 23, que prevé que ante un caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas, pueden suspenderse las garantías constitucionales mediante el dictado del estado de sitio.

Son caracteres comunes de toda la normativa citada: (i) la necesidad de un hecho motivador; (ii) el respeto de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación; (iii) la temporalidad, (iv) el respeto del DI, (v) la existencia de derechos inderogables, garantías judiciales mínimas y (vi) el deber de información.

En su corta vida como Estado, Argentina ha transitado numerosas emergencias. Al respecto, la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia puede resumirse en tres etapas⁽¹³⁾.

Primero, el caso *Ercolano v. Lanteri de Renshaw* (1922)⁽¹⁴⁾ inicia el camino de la emergencia en el derecho argentino. Frente a una situación de crisis y emergencia habitacional sufrida principalmente por inmigrantes, se dictan dos leyes, la primera congela el precio de los alquileres y la segunda, suspende los desalojos. En su sentencia, la CSJN justifica la constitucionalidad de ambas leyes en la subordinación de la propiedad privada al bienestar general, refiriendo además la *emergencia* habitacional como fundamento para restringir el derecho de propiedad individual en función del interés general.

La segunda etapa se inicia en la década de 1990 con el caso *Peralta v. Estado Nacional* (1990)⁽¹⁵⁾. La CSJN concibe aquí a la emergencia como una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, y origina un estado de

⁽¹³⁾ Para un desarrollo completo ver E.M. FERRARIS, *La independencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la doctrina de la emergencia*, en *Revista jurídica electrónica Universidad Nacional de Lomas de Zamora*, año I, no. 2. En internet derecho.unlz.edu.ar/revista_juridica/02/05.

⁽¹⁴⁾ *Ercolano Agustín c/Lanteri de Renshaw* (CS, 24-08-1922). Fallos: 136:170.

⁽¹⁵⁾ *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía – BCRA.) s/ amparo*. (CSJN, 20/04/1989 y 27/12/1990). Fallos 313:513.

necesidad al que hay que ponerle fin. Conforme analiza Ferraris⁽¹⁶⁾, en este caso el Estado ya no es un árbitro del conflicto social: es él mismo quien se encuentra en emergencia. Así, el decreto del Poder Ejecutivo 36/90 priva a los ahorristas de sus fondos depositados en plazos fijos, canjeándolos por bonos de deuda pública a largo plazo. Quienes no podían esperar el plazo de rescate de 10 años, debieron vender los bonos a un porcentaje ínfimo respecto de su valor real, generando una grave lesión del derecho de propiedad. La CSJN avaló la forma y el contenido de lo decidido, declarando la constitucionalidad de la norma, con fundamento en la *emergencia*.

La tercera etapa de la doctrina de la emergencia se elabora a partir de la crisis de 2001, verdadera emergencia pública general, que afectó tanto a la sociedad civil (fallo Ercolano) como al mismo Estado (fallo Peralta). Se dictan aquí leyes, decretos, resoluciones y otras normas menores generadas por organismos independientes que conforman una suerte de mini sistema jurídico anticrisis. La ley 25.561 (2002) declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria y junto a la ley 25.414 (2001), constituirán el fundamento de la legislación derivada creada por el poder Ejecutivo a través de decretos delegados (art. 76 CN) y decretos de necesidad y urgencia (art. 99(3) CN)⁽¹⁷⁾. Algunos de estos decretos afectaron gravemente el derecho de propiedad y junto a él, el disfrute de numerosos derechos conexos como salud, educación y eventualmente la vida. La CSJN debió evaluar la eventual inconstitucionalidad del mini-sistema. Y lo hizo, aunque de forma oscilante. En dos de sus fallos, Smith (2001)⁽¹⁸⁾ y

⁽¹⁶⁾ E.M. FERRARIS, *La independencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la doctrina de la emergencia*, cit., nt. 14.

⁽¹⁷⁾ Es recién en 2006 que el Poder Legislativo sanciona la ley que reglamenta y establece el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente, encargada de revisar los decretos.

⁽¹⁸⁾ Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente, en autos Smith, Carlos A. c. Poder Ejecutivo Nacional s/ sumarísimo. CSJN, 01/02/2002. Fallos: 325:28. En este caso, la CSJN reconoce la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere su sustancia, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole.

Provincia de San Luis (2003)⁽¹⁹⁾, se pronunció en favor de una actividad de control estricto, declarando inconstitucional la pesificación de los ahorros en moneda extranjera (art. 2 Dec. 214/02). Luego, en Cabrera (2004)⁽²⁰⁾ se mantuvo al margen, invocando la doctrina de los actos propios, para justificar su postura. Finalmente, en Bustos y ot. (2004)⁽²¹⁾, luego de 3 años no pudo sino refrendar el hecho consumado, convalidando la pesificación, y contrariando en forma absoluta el citado precedente Provincia de San Luis (2003). Así a principios del siglo XXI, la emergencia sirvió para que la CSJN declarara constitucional una cuasi confiscación de propiedad privada decidida mediante un simple decreto⁽²²⁾.

6.1. – *Tecnología y libertades personales.*

La oposición presentada en los puntos anteriores entre la emergencia declarada y el ejercicio efectivo de los derechos puede ser considerada en una visión de largo plazo, como parte de un enfrentamiento mayor, el de la Tecnología vis a vis los datos personales y en definitiva, las libertades individuales. Nacen aquí varias ideas.

Primero, la tecnología satelital permite el rastreo en tiempo real de cada persona que posea un celular. Existiendo más aparatos móviles que personas en el mundo⁽²³⁾, constituye ésta una amenaza latente a nuestra libertad personal. La geolocalización personal es utilizada con fundamento en

⁽¹⁹⁾ Provincia de San Luis c/Estado Nacional. CSJN, 05/03/2003. Fallos: 326:417 .

⁽²⁰⁾ Cabrera, Gerónimo Rafael c/Poder Ejecutivo Nacional Ley 25561. CSJN, 13/07/2004. Fallos: 327:2905.

⁽²¹⁾ Bustos, Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros s/apremio. CSJN, 26/10/2004. Fallos: 327:4495.

⁽²²⁾ La CSJN declaró así la pesificación compulsiva y unilateral decidida por el Ejecutivo mediante decreto, de los depósitos en moneda extranjera de las personas, disponiendo su conversión a la moneda nacional (peso) varios cientos de veces devaluada como consecuencia de la crisis, e incluso sin respetar lo dispuesto en la ley de emergencia pública 25.561.

⁽²³⁾ Organización de Telecomunicaciones de Iberoamérica, OTI. Con una población mundial de 7400 millones de personas, el mundo tiene actualmente 7700 millones de suscripciones a teléfonos móviles Disponible en otitelecom.org/telecomunicaciones.

la pandemia para ubicar nuestros desplazamientos, el conocimiento de los patrones de movilidad de los individuos es útil al momento de decidir restricciones sesgadas, razón por la cual se lo autoriza.

Segundo, el tratamiento brindado a los macrodatos o big data es parte de la secuencia. La finalidad es simple: conocer para predecir, o bien, conocer para inducir y así pronosticar con éxito tendencias de todo tipo, incluidas las electorales. En este punto, el 2001 trajo a Snowden y los wikileaks, el 2018 fue el año de Cambridge Analytica y Facebook, y no sabemos si este 2020 constituirá otro hito en relación con la información recabada legalmente y luego utilizada para fines no declarados y diferentes de aquellos para los que fue colectada. Al presente, la minería de datos permite realizar mapeos del brote y conocer así posibles curvas de contagio, destinar recursos médicos a los lugares que primero lo necesitan y establecer restricciones y aperturas, la llamada cuarentena inteligente. Permite también clasificar a las personas conforme patrones sanitarios – contagiados sintomáticos o no, personas sanas y recuperados –. Esta posibilidad de clasificar personas a partir del uso masivo de tecnología, como el sistema de *contact tracing*, ¿se mantendrá en el tiempo, y peor aún, se extenderá a otros usos? Es difícil argumentar por la negativa. El desarrollo tecnológico raramente se detiene y es claro que no retrocede. De momento, tecnologías inmaduras e incluso peligrosas se ponen en funcionamiento sólo porque los riesgos de no hacerlo son aún mayores.

Tercero, la desinformación viral importa no sólo hablar de las *fake news*, sino considerar la relevancia del monotema informativo. Cuando la gran mayoría de los medios reiteran todo tipo de noticias relacionadas únicamente con el covid19, no solo el hartazgo informativo lleva a las personas a desinteresarse sino la abrumadora cantidad de información contradictoria – aun siendo verdadera – termina desinformando. De igual manera, la cantidad de horas que un individuo promedio permanece en el hogar navegando por internet se ha multiplicado en razón de la pandemia. Podríamos afirmar que gran parte de la vida pasa por la red o desde el punto de vista de quien recaba nuestros datos, por la dirección de IP de nuestro hogar. Así, la red se convierte en un lugar en donde muy pocos vigilan a muchos.

En definitiva, debemos preguntarnos si en razón de la habilitación brin-

dada por el covid-19, los datos referidos a la salud que por su naturaleza son de carácter sensible, no se han convertido en la llave para recabar otros datos personales de diversa naturaleza. La finalidad es clara, arribar a lo que Harari llama vigilancia totalitaria⁽²⁴⁾ y a la que debe oponerse el empoderamiento democrático. Sin desconocer que la vigilancia ocurre en regímenes totalitarios desde antes de la aparición de las NTIC masivas, lo novedoso hoy es que —comienza a suceder en gobiernos democráticos.

7. — *Ideas finales sobre cómo rescatar al elefante.*

El debate surgido en torno de las medidas adoptadas por los Estados a causa del covid-19 y las consecuencias negativas comentadas, puede resumirse en la batalla librada entre dos conceptos formidables: el ejercicio efectivo de los derechos humanos y la doctrina de la emergencia como limitante. El primero, un paradigma contemporáneo, el segundo, su *excepción*. El derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución respetuosa de los derechos humanos, surge en su interior y no debe servir para desnaturalizarla. Se distingue según las circunstancias, por el acento puesto en el interés de individuos, de grupos o de la sociedad toda⁽²⁵⁾.

El miedo es un impulsor categórico de la obediencia y la medida en que el mismo es utilizado por los distintos gobiernos para desautorizar críticas y eximirse de controles es una cuestión abierta al debate. Precisamente el disfrute de cualquier derecho individual se ha detenido en los hechos bajo la omnicomprendensiva justificación de la pandemia, elevada a verdadera “razón de estado”. Se acepta en forma simple que cualquier organismo público al que debiéramos acudir en defensa del ejercicio de nuestros derechos, simplemente no funcione o lo haga en forma limitada sólo en situaciones *excepcionales*. La naturalización de la ausencia del Estado en todo aspecto que

⁽²⁴⁾ Reportaje a Y.N. HARARI, *The world after coronavirus*, en *Financial Times*, 20/03/2020. Disponible en [ft.com/content](https://www.ft.com/content).

⁽²⁵⁾ CSJN, caso Videla Cuello c/Provincia de La Rioja (CS, 27-12-1990). Fallos: 313:1638.

no sea una escasa asistencia alimentaria o sanitaria debe ser motivo de alarma si se cree que el ser humano es algo más que un ser que come y procura no enfermarse.

Si bien el instituto de la emergencia posee siglos de vida, esta vez viene aliado a las NTIC, lo cual potencia su peligro. Una posible prospectiva es considerar que si el enfrentamiento entre tecnología y libertades personales, no se resuelve en favor de estas últimas, nos dirigiremos inevitablemente hacia un “estado de miedo” permanente, al decir de Giorgio Agamben⁽²⁶⁾. Ya dentro de él, será el Estado quien, utilizando el discurso de la salud pública, manipulará la información y regulará discrecionalmente el alcance de las libertades personales. A esta amenaza presente relativa al mapeo de los movimientos individuales y de brotes pandémicos antes comentados, tal vez en un futuro cercano, se suma el mapeo del cerebro humano, cuya iniciativa ha comenzado en 2013, según ya referimos, en Estados Unidos, Europa y otros lugares del mundo.

Nuestro elefante de los derechos humanos se debate entre las paredes de las debilidades y las amenazas impuestas por la emergencia. En la medida en que esta última no socave los cimientos sobre los que se construye diariamente el edificio de las libertades individuales y sociales, habrá sido útil. Si en cambio, la emergencia cobra vida propia, pierde excepcionalidad y así, define sus propios fines, terminará siendo el antídoto que, administrado en exceso, enferme o mate al paciente.

Como afirmó hace décadas la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ya histórico caso Velásquez Rodríguez, «Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana»⁽²⁷⁾. Ninguna. Liberemos a nuestro elefante.

⁽²⁶⁾ G. AGAMBEN, *Estado de Excepción: Homo Sacer II*, 1, Ed. Pre-Textos. Año 2004.

⁽²⁷⁾ Velásquez Rodríguez, párr.154. Igualmente, en Godínez Cruz, párr. 162; Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 75; Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrs. 89 y 204; Durand y Ugarte, párr. 69; Bámaca Velásquez, párr. 143, y Juan Humberto Sánchez, párr. 86.

8. — *Pandemia y protección de datos en el marco de la Unión Europea (EU).*

Inicialmente se debe reconocer que, desde los dos lados del Atlántico, se tienen los mismos problemas que hoy se evidencian en el continente americano. Por ello, se debe abordar desde el punto de vista jurídico y constitucional.

El propósito de esta parte final del escrito es analizar la protección de datos personales en el marco de la pandemia desde el derecho constitucional; haciendo énfasis en el tema pero desde el punto de vista transnacional del derecho de la Unión Europea (en adelante UE), el cual resulta ser un sistema supranacional y jurídico al punto que casi el 70 por ciento de las normas que aplican en los países parte, son derivadas de la Unión Europea y, es por ello que resulta tan importante revisar esta postura.

Para la Unión Europea la protección de los datos personales es una disciplina de su competencia en tanto está consagrado en el Art. 8 de la *Carta de los Derechos Fundamentales* que desde el 2009 por ello es para los europeos una fuente de nivel constitucional. Asimismo, se encuentran protegidos mediante el artículo 16 del *Tratado sobre el funcionamiento de la UE* que establece varios derechos que derivan de la protección de los datos personales. De igual manera por el *Reglamento 2016/679 GDPR* entrado en vigor el 25 de mayo del 2018 el cual indica que una directiva tiene que ser en el derecho nacional, siendo que la Unión Europea desde los años los años 90 ha tenido la directiva que debe ser incorporada en cada país de la Unión e incluye el tema de la protección de los datos personales.

En la actualidad la UE tiene un reglamento que, dicho sea de paso, no tiene que ser incorporado por los países (no vinculante), por lo que no hay sentido al hablar de una ley italiana, alemana, francesa de la de la de la Unión Europea porque en realidad la ley es exactamente la misma con algunas pocas diferencias desde un punto de vista no legislativo sino desde el administrativo; es decir, diferencias en cuanto a la aplicación de la norma legislativa que es la norma europea puesto que el reglamento está aprobado por el legislador europeo, el Parlamento y el Consejo.

Al entrar en materia, para la protección de los datos personales en el

contexto de la pandemia es importante indicar que en este campo actúan varios actores que en su mayoría son de nivel europeo. Ello no significa que no hayan actores de nivel nacional los cuales están de una manera subordinada a nivel europeo porque siendo un sistema supranacional y no simplemente intergubernamental, el nivel europeo prevalece sobre el nivel nacional. En este orden de ideas, los actores son El Legislador Europeo compuesto por el Parlamento y el Consejo que han aprobado las normas, la Comisión Europea que es una institución que desempeña (como el poder Ejecutivo) sino como Gobierno; y un Poder Judicial: el Tribunal de Justicia que tiene la última palabra cuando hay que interpretar y aplicar el derecho de la Unión Europea.

Entonces, prevalece sobre lo que dicen los tribunales incluso, tribunales constitucionales a nivel nacional. De igual forma, este sistema tiene autoridades de control independientes como lo son a nivel el *European Data Protection Supervisor*; y las autoridades nacionales independientes a nivel de cada país las cuales está coordinadas por el *Supervisor Europeo* y por los comités consultivos, en particular a nivel europeo que es el *European Data Protection Board*, el cual está compuesto por los jefes de las autoridades de supervisión de control nacionales y por el director de *European Data Protection Supervisor*. Siendo esto así, es evidente subrayar que existe un sistema que establece las normas pero este sistema europeo también tiene muchos órganos e instituciones que aplican las reglas, elaboran consultorías y documentos para aplicar las reglas. Sin embargo, la aplicación concreta es a nivel nacional, esto constituye un problema, sobre todo en un periodo tan complicado como lo es el periodo de la pandemia por la difícil relación que se genera entre la gobernanza a nivel europeo y la aplicación práctica a nivel nacional.

Durante la fase más crítica de la pandemia, la Comisión Europea ha dictado las orientaciones para implementar el Derecho de la UE en la situación de emergencia, siendo un enfoque de coordinación porque como se ha visto, si bien las reglas europeas son de aplicación nacional, fue necesario establecer una actividad de coordinación para evitar problemas de ausencia de coordinación entre países debido a la urgencia de la situación y la fragmentariedad de la de la acción.

La acción fundamental de las instituciones ha sido una acción de coordinación, por ello la Comisión Europea en este, como en otros temas, ha dictado orientaciones para implementar el derecho europeo en una situación de emergencia. En particular, para evitar interpretaciones nacionales la cuales, al no contar con estas orientaciones, habrían tenido un impacto mayor. Estas orientaciones han sido elaboradas por la Comisión Europea que el Ejecutivo de la UE pero en colaboración con las demás instituciones como: los comités consultivos, las autoridades de supervisión, las autoridades de supervisión y finalmente, con los Estados miembros.

En este periodo de cierre que ha tenido Europa se han adoptado muchos documentos siendo los principales *EDPS: Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak (21/4/2020)*, *EDPB: Statement on the processing of personal data in the context of COVID-19 outbreak (19/03/2020)*, *EDPB: Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak (21/04/2020)*, *Comisión Europea: Comunicación orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia por Covid-19 en lo referente a la protección de datos*, *Comisión Europea: Recomendación (UE) 2020/518 de la comisión de 8 de abril del 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis por COVID-19*, por mencionar algunos.

De las principales producciones que ha desarrollado la UE destacan como contenidos relevantes el enfoque Global ya que el tema de la pandemia no es un tema nacional sino continental y es por ello que estos documentos subrayan el enfoque paneuropeo que significa no sólo de la Unión Europea sino también un enfoque que involucra otros países europeos que no forman parte de la Unión Europea incluso, incluso Reino Unido que está que están saliendo de la Unión Europea e incluye un plan común sobre el uso de datos toda vez que estos son la principal herramienta y, en situaciones de pandemia, compartir los datos es importantísimo para tener un enfoque común no solo a nivel nacional sino un enfoque que tendría que involucra los países extra europeos. Estos documentos destacan la

necesidad de actuar de manera sincrónica con el marco normativo que ya tenemos representado como hemos visto; en particular por el reglamento 2016-679 dentro de la cual encontramos los principales instrumentos normativos para actuar, y en particular, están previstos los principios fundamentales para actuar de manera transparente y basado en el principio de la seguridad.

Todos los países han previsto derogaciones por causa del principio de la seguridad de la salud pública pero visto los problemas que estas derogaciones pueden tener no obstante se recuerda que todas las medidas que se adopta deben tener lo que ya está previsto en las normativas, es decir que todas las medidas que se tienen que adoptar para salvaguardar la seguridad y salud pública tienen que ser necesarias, aprobadas y proporcionales al objetivo que tenemos de garantizar la seguridad pública.

La Comisión Europea en particular, repite esto en sus documentos ya que es consciente de la tentación que significa esta ocasión, incluso para los países democráticos de ir más allá del objetivo que se tiene. De igual manera recuerda que la guía esta representada por la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y por el convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales del consejo de Europa y sobre todo recuerda que todo lo que están haciendo los países no es una consecuencia sin control porque en los países y las administraciones públicas están sujetas al control de las autoridades de control a nivel nacional, y sobre todo, están sujetas al control de los tribunales regionales Europeos.

Por otro lado, también se hace la recomendación de realizar una revisión periódica y continuada del tratamiento de los datos personales siendo que este no es un tema estático sino más bien dinámico y cuando cambien las necesidades de la temporalidad se borra la información toda vez que no es necesaria. Por ello, se deben establecer cláusulas de extinción adecuadas con el fin de velar porque el tratamiento no se extienda más allá de lo estrictamente necesario para dichos fines decretados por la Comisión Europea sobre lo refiere al uso de las *Apps* en esta coyuntura.

9. — *Conclusiones.*

En conclusión es importante resaltar los aspectos positivos y negativos del enfoque paneuropeo que está desarrollando la Comisión Europea. Los positivos son: a. que el marco normativo descrito en el reglamento sobre Protección de Datos personales ha sido adecuado para enfrentar situaciones extremas como la pandemia. b. Las instituciones de la UE han actuado de manera rápida y adecuada a la situación a través de una opción de coordinación de los países. Por su parte los aspectos negativos son: a. los países de la Unión ha actuado, en muchos casos, de manera fragmentaria, no coordinada y, hasta en algunos casos, violando el derecho comunitario b. los europeos siguen pensando la normativa de la protección de datos personales desde una perspectiva tradicional, es decir, la perspectiva de hace dos siglos por la cual el derecho regla sólo lo que ocurre dentro de un sistema nacional o supranacional como la Unión Europea. Pero esto no es suficiente dado que la Protección de datos personales es un tema global y como no existe una gobernanza internacional esto tienen como efecto un fracaso de la aplicación de estas reglas a un nivel internacional.

STEFANIA TUCCANI^(*)

LA CARTA D'IDENTITÀ TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

ABSTRACT: The essay analyzes the historical and legal profiles of the concepts of *identity* and *identification*, with particular attention to giving indications on the historical evolution of the purposes of the administrative identification document of the natural person (*Identity Card*), starting from the era of ancient Rome, passing through the Middle Ages, to get to the advantages and criticalities of the modern identification tool represented by the *Electronic Identity Card*.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Definizione dei concetti di identità e di identificazione. – 3. Prima della carta di identità. Cenni storici ed evolutivi. – 4. La carta di identità oggi. Criticità di progettazione e risultati. – 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Premessa.*

La carta di identità è il principale mezzo per l'identificazione di una persona previsto dalla nostra legislazione. In Italia le origini della carta di identità si possono far risalire al 1931, con l'approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza⁽¹⁾ emanato durante il governo Mussolini, in un frangente di forte consolidamento delle attività del controllo di polizia da parte del regime fascista.

^(*) Comune di Terni.

⁽¹⁾ Da ora in poi t.u.l.p.s. Le sue modalità di emissione e utilizzo sono disciplinate dal r.d. 18 giugno 1931, n. 773, in G.U. 26 giugno 1931, n. 146, S.O. (testo aggiornato alle modifiche introdotte con la legge 27 dicembre 2019, n. 160, in G.U. 30 dicembre 2019, n. 304, S.O. n. 45); con r.d. 6 maggio 1940, n. 635, in G.U. 26 giugno 1940, n. 149, S.O. venne emanato il relativo regolamento di esecuzione. Si precisa che all'inizio del XX Secolo le leggi italiane sulla pubblica sicurezza furono raccolte nella forma del testo unico con il r.d. 6 novembre 1926, n. 1848, in G.U. del Regno d'Italia (Parte Prima) anno LXVII, n. 257 dell'8 novembre 1926, poi approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 773.

Si ricorda che nello stesso periodo di riferimento, anni 1930-1931, oltre alle leggi di pubblica sicurezza, sono stati emessi anche il codice penale⁽²⁾ e quello di procedura penale⁽³⁾, entrambi entrati in vigore il 1° luglio 1931, nonché il regolamento carcerario⁽⁴⁾ che rimarrà in vigore fino al 1975, si potrebbe dire, un complesso di norme⁽⁵⁾ all'evidenza contrassegnate da un'ispirazione inequivocabilmente autoritaria, tipica del regime. Autoritarismo che, penalizzando più duramente i comportamenti antisociali e pesando fortemente, tra l'altro, sulla previsione e sulla repressione dei reati politici, tendeva a irrigidire le difese sociali del sistema, attribuendo maggiori poteri alle autorità di pubblica sicurezza.

Ed è in tale contesto politico che viene introdotta la carta di identità dal t.u.l.p.s. del 1931, che all'art. 3 ne prevede il rilascio, da parte del Sindaco, a seguito di richiesta dell'interessato, in conformità al modello stabilito dal Ministero dell'Interno.

Secondo l'art. 288 del reg. per l'exec. del t.u.l.p.s. «La carta di identità costituisce mezzo di identificazione ai fini di polizia. Chi la richiede è tenuto soltanto a dimostrare la propria identità personale». A seguire, l'art. 289 del reg. di cui si tratta prevede le caratteristiche che deve avere la carta di identità, cioè deve contenere «la fotografia a mezzo busto, senza cappello, del titolare; il numero progressivo, il timbro a secco, la firma, la indicazione delle generalità e dei connotati e i contrassegni salienti».

La carta di identità fascista che all'ultima facciata vedeva impressi tre fasci littori, simboli dell'epoca, era allora rilasciata dal Podestà e descriveva in modo preciso (più di quanto avvenga oggi) il possessore. Infatti, oltre ovviamente al nome del titolare, la foto, l'età, conteneva i connotati, descrivendoli

⁽²⁾ Introdotto con r.d. 19 ottobre 1930, n. 1398, in G.U., S.G. n. 251 del 26 ottobre 1930.

⁽³⁾ Introdotto con r.d. 19 ottobre 1930, n. 1399, in G.U., S.G. n. 251 del 26 ottobre 1930.

⁽⁴⁾ *Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena* approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 787, in G.U. 27 giugno 1931, n. 147, S.O.

⁽⁵⁾ Risulta utile consultare C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia (1865/1942)*, Roma-Bari, 1985, per seguire la formazione dei diversi codici e delle leggi che progressivamente li hanno integrati, al fine di soddisfare le esigenze e le necessità di una società in costante evoluzione.

in modo molto dettagliato, ad esempio, oltre al colore degli occhi, anche la forma. Nelle carte di identità dell'epoca si leggevano infatti specificazioni come, ad esempio, occhi regolari con contorni ovali, spazio intersopracciliare vasto; per i capelli, oltre al colore, ne venivano specificati dati affinati come 'capelli lisci sfolti'. Per la forma del naso si poteva leggere ad esempio, regolare, o a becco d'anatra e via di seguito. Veniva specificato anche il colorito, la corporatura, il colore della barba o delle sopracciglia e, da ultimo, i segni particolari degni di nota come nei e cicatrici.

D'altra parte, è comprensibile che il modo migliore di individuare ⁽⁶⁾ una persona, nella sua immediatezza, sia dato dall'immagine.

Non a caso migliorativa fu l'idea di realizzare documenti personali che contenessero anche una fotografia della persona. Risulta⁽⁷⁾ che tale idea fu lanciata nel 1876 da William Notman (1826-1891, fotografo e uomo d'affari scozzese-canadese) che in occasione della *Centennial International Exhibition* (esposizione universale tenutasi quell'anno a Filadelfia) presentò per la prima volta un sistema di identificazione che prevedeva oltre ai dati anagrafici, anche una foto. Così si aveva la possibilità di dare anche un volto a un nome. Nel XX secolo, il modello di documento con foto sarà adottato dai governi di tutto il mondo.

Il presente lavoro che ricostruisce, pur se in minima parte, la storia del nostro documento di identità, è articolato essenzialmente in tre parti. Nel secondo paragrafo, sarà riservato un piccolo spazio alla definizione dei concetti di identità e di identificazione, al fine di coglierne il significato e quindi la distinzione. In tale sede sarà preso in considerazione il diritto al nome, quale diritto particolarmente qualificato che insieme ad altri (es. diritto all'onore, all'immagine e così via), forma il patrimonio giuridico della persona.

Il terzo paragrafo sarà un tentativo di comprendere come venivano identificati gli esseri umani in un mondo che non conosceva né funzionari, né

⁽⁶⁾ A. NICCOLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Roma, 1961, p. 428, v. *Individuare*: determinare i caratteri di un individuo o di una cosa sì da renderlo distinguibile da tutti gli altri della medesima specie; più gener. determinare, riconoscere. V. anche O. BADELLINO, *Dizionario Italiano-Latino*, Torino, 1962, p. 1187, v. *Individuazione*.

⁽⁷⁾ Cfr. M. LIBERTI, *Chi l'ha inventata? La carta d'identità*, in *Focus Storia*, 2021, n. 178, pp. 14-15.

documenti di riconoscimento nell'accezione odierna. Attraverso un *excursus* storico, si esamineranno alcune tecniche di identificazione, a partire da quelle adottate dai Babilonesi e dagli Assiri, fino a giungere al 1931, anno in cui la carta d'identità è stata introdotta in Italia. Nello specifico, si tenterà di vedere, attraverso la dottrina e le fonti normative dell'epoca di riferimento (a volte assai scarse), la volontà di un certo popolo, in un determinato momento, di applicare tecniche utili alla identificazione della persona.

A seguire, il quarto paragrafo sarà dedicato all'esame della carta d'identità digitale, frutto della tecnologia moderna. In tale sede, oltre le caratteristiche di questo nuovo documento, saranno prese in considerazione, tra le tante, alcune criticità che ne hanno rallentato l'applicazione.

In ogni caso, avremo modo di assistere a tanta diversità, si passerà dai simboli assiri a quelli medioevali, per arrivare ai microchip, dalla descrizione della persona alla foto a colori della dimensione di un francobollo.

Eppure, nei documenti di identità che oggi portiamo nelle nostre tasche, anche se non compare più traccia della barba, del naso, del mento o di altri connotati, sono convinta, così come è già stato rilevato⁽⁸⁾, che in essi di Medioevo ce ne sia un bel po'.

2. — *Definizione dei concetti di identità e di identificazione.*

Oggi il concetto di identità⁽⁹⁾ può indicare tante cose insieme, infatti innanzitutto il termine significa 'definizione di sé da parte dell'individuo', ma anche 'definizione che di lui viene data da terzi' e, a tale proposito, rileva il modo in cui viene catalogata una determinata persona.

In pratica, l'identità rappresenterebbe una formula sintetica per contraddistinguere il soggetto, da un punto di vista globale, nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni.

⁽⁸⁾ Cfr. V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale e della sua certificazione*, Bellinzona, 2008, p. 10.

⁽⁹⁾ Cfr. A. NICCOLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Roma, 1961, p. 428, v. *Identità*.

D'altra parte, il diritto all'identità personale è stato riconosciuto dall'ordinamento quale bene essenziale e fondamentale della persona di vedere rispettato dai terzi il suo modo di essere nella realtà sociale, ossia di vedersi garantita la libertà di svolgere integralmente la propria personalità individuale nell'ambito della comunità.

Come è stato sottolineato⁽¹⁰⁾, il concetto di identità nasce nel Medioevo, dove veniva spesso usato nella forma latina di *identitas*, pur non avendo il significato di unicità. Infatti tale concetto, derivato da *idem* (lo stesso o la stessa cosa) o da *identidem* (per l'ennesima volta) indicava piuttosto i caratteri comuni a diversi elementi di un gruppo. In effetti, in buon latino medievale l'unicità di una persona non si designa con il termine *identitas*, ma con quello di *ipseitas*⁽¹¹⁾.

Il motivo per cui nel Medioevo il termine *identitas* venisse usato in modo improprio, trova infatti giustificazione nel fatto che l'uomo non aveva valore «se non come membro di una famiglia, di un popolo, di un partito, di una corporazione, di una razza o di un'altra qualsiasi collettività» scrive lo storico J. Burckhardt⁽¹²⁾.

Secondo quest'ultimo, bisognerà attendere il Quattrocento per la nascita dell'individuo, così pure del sentimento nazionale; tra l'altro, il Quattrocento non segna solo l'avvento della moderna statistica, ma anche quello della sicurezza pubblica con le sue efficaci procedure di identificazione e descrizione delle persone.

Nella seconda metà del Quattrocento, scrive J. Burckhardt⁽¹³⁾, ad esempio, i duchi di Ferrara avevano al loro servizio spie e informatori segreti e

⁽¹⁰⁾ Si consulti V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale e della sua certificazione*, cit., p. 26.

⁽¹¹⁾ C. SCHMITT, "La découverte de l'individu", *une fiction autobiographique?*, in P. MÉNGAL, F. PAROT (a cura di), *La fabrique, la figure et la feinte: fictions et statut des fictions en psychologie*, Paris, Vrin, 1984, pp. 63-84, citato in V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale e della sua certificazione*, cit., p. 26.

⁽¹²⁾ J. BURCKHARDT, *La civiltà del Rinascimento in Italia*, trad. it., 2ª ed., Firenze, 1962, p. 101 ss., citato da V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale e della sua certificazione*, cit., p. 24.

⁽¹³⁾ J. BURCKHARDT, *La civiltà del Rinascimento in Italia*, cit., p. 99, citato da V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale e della sua certificazione*, cit., pp. 24-25.

inoltre controllavano quotidianamente la lista dei forestieri che gli albergatori erano tenuti a presentare loro. Anche altrove i forestieri di passaggio dovevano, entrando in città da una delle sue porte, farsi fare un contrassegno per poi poterne di nuovo uscire.

Si rileva⁽¹⁴⁾ che in Europa, nei secoli XVI e XVII, si sia diffusa una specie di utopia amministrativa, partendo dal presupposto che tutti i dati personali fossero già registrati da qualche parte.

Pertanto accertare una identità significava ritrovare nei registri l'informazione (annotata ufficialmente), per poi confrontarla con i dati forniti dalla persona, al fine di verificarne la corrispondenza.

Purtroppo, anche gli stessi registri parrocchiali non sempre riportavano in modo capillare tutti i dati relativi a battesimi, matrimoni e decessi, anche perché non sempre i parroci furono tanto scrupolosi come le autorità civili e religiose avrebbero voluto⁽¹⁵⁾.

Altrettanto utopistica si è rivelata la riflessione fatta nel 1796 da G.J. Fichte⁽¹⁶⁾: «La massima fondamentale di ogni polizia bene organizzata è necessariamente la seguente: *quando sia necessario, ogni cittadino deve poter essere subito riconosciuto, dovunque, come questa o quella persona*. Nessuno deve poter rimanere sconosciuto al funzionario di polizia. Ciò può essere ottenuto soltanto nel modo che segue. Ognuno deve portare sempre con sé un passaporto, rilasciato dall'autorità più vicina, in cui la persona sia descritta con precisione, e ciò senza differenza di ceto».

Stando alla riflessione di Fichte, conoscere l'identità dell'intera comunità porterebbe all'ordine pubblico, ma è all'evidenza che un tale assunto risulterebbe di difficile realizzazione, proprio perché il processo di identificazione non sempre è agevole.

⁽¹⁴⁾ V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale e della sua certificazione*, cit., p. 198.

⁽¹⁵⁾ A tale proposito, si ritornerà sull'utilità dei registri parrocchiali *infra*, § 4.

⁽¹⁶⁾ G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, trad. it., Roma-Bari, 1994, p. 257, citato da V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale e della sua certificazione*, cit., p. 222.

Risale al 1905 l'opera di Nicola Stolfi⁽¹⁷⁾, oggetto della quale non era ancora il diritto all'identità personale, bensì i segni di distinzione, quali cognome, prenome, soprannome, pseudonimo, titoli nobiliari, simboli araldici. Si iniziava, tuttavia, a profilare il concetto di identità della persona, nel senso di identificabilità, nonché unicità dell'individuo.

La locuzione 'diritto all'identità personale' compare nel 1949 con l'opera di Adriano De Cupis⁽¹⁸⁾, anche se tale diritto sarà definitivamente riconosciuto dalla Suprema Corte⁽¹⁹⁾ soltanto nel 1985.

Si rammenta che il segno principale di identità della persona è costituito dal nome, istituto giuridico composto dal prenome e dal cognome che risponde alla duplice esigenza, da un canto di consentire all'individuo di distinguersi dagli altri soggetti, soddisfacendo l'interesse privato dell'identità personale, dall'altro di assicurare allo stesso ordinamento l'interesse pubblico di distinguere tra loro i consociati⁽²⁰⁾.

Come noto, il nome trova disciplina e tutela negli articoli 6 - 9 del Codice civile, nonché nell'art. 22 Cost. Se il Codice civile nell'art. 6, in positivo, dispone che ogni persona abbia diritto al nome, la Costituzione, dal canto suo, nell'art. 22 assicura in negativo che «nessuno può essere privato, per motivi politici, del nome»⁽²¹⁾.

Il diritto al nome peraltro è concettualmente affine al diritto all'identità personale, tuttavia il rapporto tra i due concetti è stato chiarito dalla Suprema Corte⁽²²⁾ allorché, traendo spunto da quanto precedentemente osservato

⁽¹⁷⁾ N. STOLFI, *I segni di distinzione personali: cognome, prenome, soprannome, pseudonimo, titoli nobiliari e altri distintivi araldici*, Napoli, 1905.

⁽¹⁸⁾ A. DE CUPIS, *Il diritto all'identità personale*, Milano, 1949; si consulti sull'argomento anche V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993.

⁽¹⁹⁾ Cass., 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2211, con nota di richiami di R. PARDOLESI.

⁽²⁰⁾ Cfr. A. DE CUPIS, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 18.

⁽²¹⁾ Si consulti P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1977, p. 207.

⁽²²⁾ V. Cass., 17 luglio 2004, n. 13298, in *www.altalex.com*; Cass., 26 maggio 2006, n. 12641, in *Guida al dir.*, 2006, 24, p. 50.

dalla Corte Costituzionale⁽²³⁾, ha indicato il nome come il primo e più immediato elemento caratterizzante dell'identità personale, in quanto espressione emblematica della identità della persona, nonché segno distintivo nella vita di relazione.

In definitiva quale è la natura del diritto al nome? Non è un diritto di proprietà, perché non ha per oggetto un bene che si trovi al di fuori di noi; è piuttosto un diritto personalissimo, essenziale della persona umana, inalienabile e imprescrittibile. Esso si considera, dunque, come diritto spettante all'uomo in quanto tale, indipendentemente dal tipo di sistema politico o sociale entro il quale egli vive, e come diritto che ogni Stato ha il dovere di riconoscere e di garantire⁽²⁴⁾. In realtà, pur essendo un diritto di natura privata, il diritto al nome possiede alcuni caratteri e una tutela parzialmente di diritto pubblico. In altri termini, avere un nome è un diritto essenziale della persona (art. 6 c.c.), cui è comunque connesso un dovere.

Ci sono infatti norme penali (art. 494 ss. e 651 c.p.) e di polizia che impongono come obbligatoria la dichiarazione delle proprie generalità⁽²⁵⁾.

E proprio, a tale proposito, rileva l'identificazione⁽²⁶⁾, con la quale, in diritto, si intende l'attribuzione di una identità ben precisa a un soggetto di diritto, al fine di attribuirgli le caratteristiche previste dalla legge. Ciò equivale a dire che l'identificazione della persona presupponga sempre necessariamente la sua individuazione, in altri termini, identificare significa dare un volto a un nome.

Nell'ambito dell'attività di polizia risulta opportuno distinguere tra l'identificazione preventiva, il cui utilizzo principale avviene per ragioni di pubblica sicurezza al di là della commissione di un reato, e l'identificazione giudiziaria, il cui fine è legato strettamente al proseguo del procedimento penale.

Per una efficiente azione di prevenzione, agli Organi deputati alla tute-

⁽²³⁾ Corte cost., 11 maggio 2001, n. 120, in G.U. 16 maggio 2001, n. 19, serie spec.

⁽²⁴⁾ Così F. GALGANO, *Diritto privato*, 9ª ed., Padova, 1996, p. 88. V. anche A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1982, p. 44, citato da T.M. UBERTAZZI, *Il diritto alla privacy. Natura e funzioni giuridiche*, Padova, 2004, p. 83.

⁽²⁵⁾ V. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 3ª ed., Padova, 1977, pp. 99-101.

⁽²⁶⁾ O. BADELLINO, *Dizionario Italiano-Latino*, Torino, 1962, v. *Identità*.

la della pubblica sicurezza viene fornito uno strumento operativo determinante, che consiste proprio nel potere-dovere di identificare le persone socialmente pericolose e sospette o quelle, comunque, delle quali si ritenga opportuno conoscere la identità, per l'espletamento dei propri compiti istituzionali⁽²⁷⁾.

In realtà, oggi, si potrebbe affermare che l'identificazione di una persona sarebbe possibile in due diversi modi: da un lato come persona singola in senso poliziesco (come già detto), dall'altro come soggetto di diritto, definito attraverso criteri di accesso e di esclusione collettivamente assegnati.

A tale proposito, è infatti all'evidenza che la stagione legislativa dell'ultimo trentennio ha portato una consistente evoluzione delle risorse informatiche anche nella gestione delle informazioni di polizia. Di conseguenza, il legislatore ha provveduto ad attribuire veste normativa a varie iniziative fornite dalla scienza dell'informatica per l'espletamento dei compiti di istituto affidati alle Forze dell'Ordine. Si segnala, infatti, che già con legge 1° aprile 1981, n. 121, avente ad oggetto la «ridefnizione dell'assetto organico e strutturale dell'amministrazione della Pubblica Sicurezza», nasceva il Centro Elaborazione Dati, istituito presso il Ministero dell'Interno, che non è altro che un sistema integrato composto dai Centri Elaborazione Dati gestiti da ciascuna forza di polizia, destinati alla raccolta, elaborazione, conservazione e comunicazione delle informazioni e dei dati, secondo un concetto di condivisione di risorse informatiche. Si tratta, in definitiva, di un sistema informativo, nato per le Forze dell'Ordine, finalizzato alla «tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, prevenzione e repressione della criminalità, garantendo al tempo stesso la tutela dei diritti del cittadino»⁽²⁸⁾. Sul punto

⁽²⁷⁾ V. sull'argomento v. *Identificazione*, in www.treccani.it.

⁽²⁸⁾ Il d.P.R. 3 maggio 1982, n. 378 (in *G.U.*, 23 giugno 1982, n. 170, serie gen.) specifica nel dettaglio le procedure di raccolta, accesso, comunicazione, correzione, cancellazione e integrazione dei dati e delle informazioni registrate negli archivi magnetici del Centro Elaborazione Dati, di cui all'art. 8 della l. 121/81. Si consulti Cons. Stato, 1° ottobre 2004, n. 6368, in *Cons. Stato*, 2004, 1, p. 2032 e in *Dir. e giust.*, 2004, 43, p. 67, con nota di richiami di C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA: «Per effetto del rinvio operato dall'art. 24, 5° comma, l. 7 agosto 1990, n. 241, all'art. 9, l. 1° aprile 1981, n. 121 e successive modificazioni, le informazioni, le notizie e i dati raccolti dal centro elaborazione dati presso il ministero dell'interno

si ricorda altresì, la Convenzione di Strasburgo del 28 gennaio 1981, resa esecutiva in Italia dalla legge 21 febbraio 1989, n. 98, volta ad assicurare la «protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale», nonché l'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, ratificato con legge 30 settembre 1993, n. 388, che ha disciplinato la libera circolazione delle persone e delle merci per abolire i controlli frontalieri; ciò ha comportato la predisposizione di un sistema comune di informazione fra polizia, dogane e autorità giudiziarie dei paesi aderenti. Dal canto suo, la *Raccomandazione dei Ministri del Consiglio d'Europa sui problemi di procedura penale in tema di tecnologia dell'informazione* del 1995, prevede specifiche misure tecniche di ricerca e di vigilanza, cooperazione internazionale tra gestori di rete e polizia, oltreché limitazioni all'uso della crittografia e sempre più estesa specializzazione delle forze investigative di polizia. La *Commissione europea nella Comunicazione al Parlamento per la creazione dell'informazione sicura* del 2001 (inserita nel programma pluriennale *E-Europe*) sottolinea non solo le opportunità, ma anche i rischi della società dell'informazione⁽²⁹⁾, volta anche a ravvicinare le normative penali dei paesi d'Europa e peraltro ad affrontare in modo organico il fenomeno nell'ambito dello spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia.

E proprio sulla scia del cambiamento organizzativo dell'ultimo ventennio, che ha visto una serie di iniziative riguardanti il processo di digitalizza-

rientrano nell'ambito dei documenti esclusi dal diritto di accesso, trattandosi di elementi strumentali all'esclusivo esercizio della funzione di pubblica sicurezza, di prevenzione e repressione della criminalità, indipendentemente dal fatto che esse siano o meno, direttamente o indirettamente, incidenti sulla sicurezza pubblica o sull'attività di prevenzione e repressione della criminalità».

⁽²⁹⁾ Si consultino, *ex plurimis*, R. CIPPITANI, *Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 165 ss.; ID., *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss.; v. M. PIETRANGELO, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, 2007, p. 113 ss., per un'analisi degli ambiti di competenza di Stato e Regioni entro cui ricondurre la disciplina giuridica del fenomeno 'società dell'informazione'; M. PIETRANGELO, *Prime considerazioni sulla competenza legislativa regionale in materia di amministrazione elettronica e società dell'informazione*, in *Inf. e dir.*, 2002, 2, p. 7 ss.

zione della pubblica amministrazione, si inserisce la carta di identità elettronica (CIE), di cui si tratterà nel quarto paragrafo. A ogni modo, fin da ora, si anticipa che quest'ultima (realizzata in policarbonato e dotata di microchip, nonché di ologrammi anti-contraffazione e codice a barre) rappresenta senza il minimo dubbio uno strumento migliorativo di identificazione rispetto alla sua omologa cartacea. Anche perché, la medesima, nata per fare fronte a crescenti esigenze di funzionalità, nonché di sicurezza, dovrebbe fornire, oltre alle informazioni necessarie all'identificazione del titolare, elementi utili a protezione dei tentativi di copia o alterazione.

3. — *Prima della carta di identità. Cenni storici ed evolutivi.*

Si rileva che segni distintivi, ovvero identificativi di singole persone o di tribù, siano sempre esistiti fin dall'antichità.

Ad esempio, si ha notizia che, in Mesopotamia, Babilonesi e Assiri formassero giornalmente numerosi documenti per la conclusione dei loro affari, seguendo le prescrizioni del loro diritto. Così ogni persona, anche di mediocre importanza, andava munita di un sigillo in forma cilindrica (forato nella lunghezza), con impresso il proprio nome e intagliate scene, quasi sempre di carattere religioso. Sembra che il possessore del cilindro lo rotolasse, imprimendolo sull'argilla ancora molle e umida di una tavoletta⁽³⁰⁾. Nello specifico per gli Assiri, già alla fine del II millennio a.C., sembra che la loro 'carta di identità' fosse proprio una formella di terra, su cui venivano direttamente incisi il nome e altri dati anagrafici dell'interessato. Tale scrittura, cd. cuneiforme, consisteva in lettere e sillabe rappresentate con disegni vari, fatti con piccoli tratti, a forma di cuneo o chiodo⁽³¹⁾. La suddetta formella si faceva poi cuocere.

Si sottolinea, altresì, come fin dal III millennio a.C., con i Babilonesi, il censimento rappresentasse una necessità per l'amministrazione, sistema

⁽³⁰⁾ Si consulti sul punto *www.treccani.it*.

⁽³¹⁾ V. sull'argomento U. NICOLINI, D. CONSONNI, *L'uomo e la sua storia*, Torino, 1967, p. 25.

poi adottato dagli Assiri, tanto è vero che sembra che un registro censuario assiro sia giunto sino a noi⁽³²⁾.

D'altra parte, la pratica di censire la popolazione di un paese è antichissima, tanto è vero che anche l'Egitto, con la sua organizzazione statale accentrata e burocratica, conosceva l'istituto del censimento, le cui operazioni erano compiute dagli scribi sotto la direzione dei funzionari del faraone. I capi famiglia dovevano periodicamente dichiarare tutti i membri della famiglia e i loro servi, e in base a queste dichiarazioni si compilavano liste, nelle quali ogni capo famiglia aveva un numero di matricola, permettendo al governo di avere esatta notizia dello stato della popolazione, al fine di distribuire razionalmente i tributi, le opere e gli obblighi militari⁽³³⁾.

In diritto romano, nel 443 a.C., con Servio Tullio, furono istituiti i *censores*, sulla base di una proposta presentata al Senato, per ovviare al problema sempre più pressante, del ritardo con cui venivano tenuti i censimenti, fino ad allora di responsabilità dei consoli⁽³⁴⁾.

Risulta utile ricordare che anche nel periodo repubblicano i *censores* costituiscono la principale fonte dell'intervento statale nella regolazione del potere paterno, anzi talvolta l'interferenza statale attraverso l'opera del censore risulta assai importante. E, d'altra parte, Dionisio di Alicarnasso⁽³⁵⁾ ci riferisce che era compito del censore controllare i comportamenti all'interno della famiglia e in particolare che il capofamiglia (*pater*) padrone non fosse troppo crudele nel punire i servi, né troppo severo o troppo debole nell'educazione dei figli⁽³⁶⁾.

D'altra parte il potere del *pater familias* era talmente ampio da comprendere lo *ius vitae ac necis*⁽³⁷⁾.

⁽³²⁾ Si consulti sul punto www.treccani.it, v. *Censimento*.

⁽³³⁾ *Ibidem*.

⁽³⁴⁾ V. TITO LIVIO, *Ab Urbe Condita*, IV, 8.

⁽³⁵⁾ DION., XX, 13, 3.

⁽³⁶⁾ Si consulti sull'argomento A.M. RABELLO, *Effetti personali della "patria potestas"*, cit., p. 238. In tal senso CIC., *De Repubblica*, IV, 6; cfr. A.M. RABELLO, *Effetti personali della "patria potestas"*, cit., p. 108.

⁽³⁷⁾ Vedi B. ALBANESE, *Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis*, in AA.VV., *Scritti in*

Communis opinio è che nell'esperienza giuridica romana si sia attenuata progressivamente, a partire dal principato, quell'illimitata potestà del *pater* che, da qualcuno⁽³⁸⁾, era stato definito 'signore e padrone di servi'.

Un'evoluzione vera e propria del 'documento identificativo' appare nell'impero romano con una sorta di autocertificazione orale, contenente la dichiarazione *Civis Romanus sum*, locuzione latina che indicava l'appartenenza all'impero romano e sottintendeva tutti i diritti e i doveri connessi a tale *status*. Sarà quindi la negazione del diritto a un regolare processo a far esclamare «Civis Romanus sum» a Gavio, vittima dei soprusi di Verre, propretore fuorilegge della Sicilia⁽³⁹⁾.

In realtà, tale espressione serviva a far valere i privilegi che erano concessi dalla cittadinanza romana⁽⁴⁰⁾. Infatti chiunque appartenesse alla *res publica* poteva confidare in quella frase, quale garanzia di protezione, sentendosi al sicuro ovunque si trovasse. La potenza di Roma era dunque tale che, in ogni luogo, il solo nome evocava rispetto e assicurava protezione. *Civis Romanus sum* non è dunque una mera formula retorica, ma è l'essenza identitaria di una società che di quella identità e delle potenzialità del suo mito era pienamente consapevole.

onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione, 3, Milano, 1948 (ora anche in *Scritti giuridici*, 1 [= Il Circolo Giuridico "L. Sampolo", 47/1], Palermo, 1991), p. 346. V., altresì, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, p. 96; cfr. anche J.P. NÉRAUDAU, *Il bambino nella cultura romana*, in *Storia dell'infanzia*, a cura di E. Becchi e D. Julia, 1, *Dall'antichità al seicento*, Roma-Bari, 1996, p. 30 ss.; v. sull'argomento anche l'indagine compiuta da A. PALAZZO, *Storia dell'infanzia nel diritto europeo*, in T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 176 ss.

⁽³⁸⁾ G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani. La fondazione dell'Impero*, Parte II, *Vita e pensiero nell'età delle grandi conquiste*, 2, Firenze, 1964, p. 36, nt. 123. Sull'evoluzione del concetto di *pater familias*, v. M. ROBERTI, 'Patria potestas' e 'paterna pietas'. Contributo allo studio dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano, in *Studi Albertoni*, 1, Padova, 1934, p. 259 ss.; R. MARTINI, La "patria potestas" in diritto romano: un concetto in trasformazione, in *Studi senesi*, 1981, p. 267; J. GAUDEMET, *Les transformations de la vie familiale au Bas-Empire et l'influence du Christianisme*, in *Romanitas*, IV, 5, 1962, p. 69 ss.; P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, in *Riv. soc.*, 6, 1902, p. 1 ss.; P. BOTTERI, *Figli pubblici e padri privati. 'Tribunicia potestas' e 'patria potestas'*, in AA.VV., *La paura dei padri nella società antica e medievale*, Bari, 1982, p. 50.

⁽³⁹⁾ Cic., *In Verrem* II, 5, 162.

⁽⁴⁰⁾ V. sull'argomento G. VALDITARA, *Civis romanus sum*, Torino, 2018, p. 2015 ss.

Vi è stato chi⁽⁴¹⁾ sull'argomento ha commentato quanto segue: «il vantaggio di essere cittadino romano: uno *status* civile che protegge l'individuo di fronte ai magistrati o agli funzionari imperiali, in linea diretta con la tradizione repubblicana».

Altra via per dimostrare di essere cittadino romano era rappresentata dal diploma militare, cioè un estratto individuale di certificato conforme alla *constitutio* imperiale, che concedeva determinati privilegi giuridici ad alcune precise categorie di soldati congedati con onore (*honesta missio*, solitamente dopo 20-25 anni di ferma)⁽⁴²⁾. Tali categorie di beneficiari comprendevano in primo luogo coloro che avevano militato nei reparti ausiliari (*auxilia*), di fanteria (*cohortes*) e di cavalleria (*alae*), che costituivano circa la metà del contingente militare romano, e che generalmente erano nella condizione di *peregrini*, ovvero di origine provinciale e pertanto sprovvisti della cittadinanza. In pratica nei suddetti casi la concessione della cittadinanza romana da parte dell'imperatore era una specie di ricompensa del servizio prestato con onore.

Durante il periodo imperiale, da Augusto in poi, veniva anche consegnata un'indennità in denaro o in beni come, ad esempio, un appezzamento di terra, quasi fosse una forma di pensione dei giorni nostri.

L'imperatore, al momento del congedo dei veterani di questi reparti emanava una *constitutio* con la quale concedeva loro specifici diritti, tra cui per prima la cittadinanza romana. Il testo di tale disposizione recante i nomi di tutti i beneficiari veniva inciso su tavole bronzee e affisso a Roma in un luogo pubblico.

Tali diplomi non furono normalmente rilasciati ai legionari congedati, poiché aventi già la cittadinanza romana. Tuttavia, subito dopo la guerra

⁽⁴¹⁾ C. NICOLET, *Il mestiere del cittadino nell'antica Roma*, trad. it., 1980, p. 27 ss.

⁽⁴²⁾ Si consulti S. MAGNANI, *La politica di integrazione romana attraverso i diplomi militari*, presentazione in R. GUERRA, *Cohortes Alpinorum. Truppe ausiliarie nell'antica Roma. Analisi storica e catalogo delle fonti epigrafiche, archeologiche e numismatiche*, 2013, Tipolitografia Rubino, 7 ss., consultabile anche in www.uniud.it. Per alcuni aspetti riguardanti le modalità di congedo si veda G. WESCH-KLEIN, *Saxia/e Aspekte des römischen Heerwesens in der Kaiserzeit*, Stuttgart, 1998, pp. 179-184, citato da S. MAGNANI, *La politica di integrazione romana attraverso i diplomi militari*, cit., p. 7.

civile degli anni 68/69, anche a questi ultimi furono concessi tali diplomi⁽⁴³⁾.

Il primo diploma militare conosciuto risale al principato di Claudio ed è databile al 52 d.C.⁽⁴⁴⁾.

Nel 212 d.C. con la *Constitutio Antoniniana* voluta dall'imperatore Caracalla, la cittadinanza romana fu concessa a tutti gli abitanti dell'Impero, ponendo fine alla classe dei *peregrini*. Ciò rese i diplomi militari in gran parte inutili, tanto che l'ultimo diploma riguardante un soldato di un reparto ausiliario risale al 203 d.C.⁽⁴⁵⁾.

Da un punto di vista materiale il diploma militare si presentava come una coppia di tavolette bronzee di forma rettangolare, di piccole dimensioni, legate tra loro lungo il lato maggiore per mezzo di un filo di bronzo, a sua volta ricoperto dai sigilli di sette testimoni; questi ultimi erano custoditi all'interno di una capsula. Tale sistema di protezione assicurava che il documento non venisse aperto o falsificato da altre persone.

Il diploma militare era costituito da una prima parte uguale per tutti i diplomi originati dal medesimo provvedimento, poi seguiva la parte specifica del singolo beneficiario che conteneva dati personali: reparto di appartenenza, nome del comandante del reparto, grado militare e nome del beneficiario, nome del padre del beneficiario, nome della moglie e dei figli ai quali era concessa la cittadinanza⁽⁴⁶⁾.

Come è stato sottolineato⁽⁴⁷⁾, il diploma militare aveva un ulteriore valore ideologico. Si trattava infatti di un documento emanato in prima persona dall'imperatore, il quale creava, tramite esso, un rapporto diretto e personale con il soldato congedato, che andava ben oltre gli stessi privilegi concessi.

⁽⁴³⁾ Cfr. *Diploma militare (esercito romano)*, in www.wikipedia.org, e *Diploma*, in www.treccani.it.

⁽⁴⁴⁾ CIL XVI, 1; cfr. A. VALVO, *I diplomi militari e la politica di integrazione dell'imperatore Claudio*, in AA.VV., *Integrazione mescolanza rifiuto. Incontri di popoli, lingue e culture in Europa dall'antichità all'Umanesimo*, Atti del convegno internazionale, Cividale del Friuli, 21-23 settembre 2000, a cura di G. Urso, Roma, 2001, pp. 151-167.

⁽⁴⁵⁾ RMD III, 187, del 31 agosto del 203 d.C.

⁽⁴⁶⁾ Sul punto si veda W. ECK, *L'empereur romain chef de l'armée. Le témoignage des diplômes militaires*, in *Cahiers du Centre Gustave Glotz* 13, 2002, p. 103 ss.

⁽⁴⁷⁾ V. S. MAGNANI, *La politica di integrazione romana attraverso i diplomi militari*, cit., p. 13 s.

Risulta altresì rilevante in età tardo antica il documento identificativo redatto dai *navicularii* e presentato alle autorità, contenente un'autocertificazione con i nomi, i luoghi di destinazione e i prodotti oggetto delle spedizioni. A tale proposito, si sottolinea l'incidenza economica e sociale dei *corpora navicularium* addetti ai trasporti marittimi e fluviali di *species annonariae*, soprattutto granaglie, che costituivano la parte prevalente dei generi di prima necessità. I *navicularii* non solo effettuavano trasporti di derrate alimentari per conto dello Stato, ma potevano anche lanciarsi in libere imprese commerciali che dovevano essere particolarmente lucrose⁽⁴⁸⁾.

Con CTh. 13.5.23, emanata a dicembre del 393 e indirizzata a *Rufinus praefectus praetorio*, Teodosio sancisce l'immunità dei *navicularii* dal *vectigal*⁽⁴⁹⁾.

Tuttavia, si è rilevato⁽⁵⁰⁾ che per i *navicularii*, purtroppo non si ha testimonianza di albi che elencassero i loro nomi, che indubbiamente dovevano esistere per ognuna delle corporazioni provinciali. Nel 371 con una disposizione di Valentiniano e Valente indirizzata al prefetto del pretorio Modesto, perché fossero completati i ranghi del *corpus naviculariorum* in Oriente, si prescrive che l'elenco che i *navicularii* dovevano redigere *ex fide* e presentare alle autorità in duplice copia doveva contenere *nomina, loca, substantiae*, osservando la distinzione tra i *navicularii* di antica data e quelli di nuova nomina.

È altresì interessante notare che, a quella data, ogni dichiarazione veniva resa dai *navicularii* sotto la propria responsabilità, mentre poco più di un ventennio dopo, il provvedimento CTh. 13.5.22 emanato a Costantinopoli il 3 settembre del 393 e diretto a *Rufinus praefectus praetorio*, prevede che la rassegna (*recensus*) dei *navicularii* nelle singole province venisse fatta dagli *honorati* (*naviculariorum vires ac debitas huic necessitati origines in ipsis provinciis honoratorum fides lecta pensabit ...*); si prescrivevano controlli accurati, perché evidente-

⁽⁴⁸⁾ Si consulti sull'argomento L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I corpora navicularium*, Messina, 1992, p. 15.

⁽⁴⁹⁾ I *vectigalia* erano imposte indirette (con aliquote oscillanti secondo i casi fra l'1 e il 5%) che si applicavano in occasione di fenomeni irregolari o transitori: (trasporti di merci) o atti giuridici (vendite, successioni). Sul punto v. S. GIGLIO, *Il tardo impero d'Occidente e il suo Senato*, Napoli 1990, pp. 8 s. e 23): *solos navicularios a vectigali praestatione immunes esse precimus*.

⁽⁵⁰⁾ L. DE SALVO, *Economia privata*, cit., p. 286.

mente con il sistema di quella che si potrebbe definire con terminologia moderna “autocertificazione”, molti avevano cercato di approfittare e gli *honorati* avevano dunque il compito di richiamare gli esonerati e di obbligare gli idonei che vi si erano sottratti (*vel revocando excusatos vel debitos obligando*).

In realtà, CTh. 13.9.4 emanata a Costantinopoli il 18 luglio del 391 e indirizzata a *Tatianus praefectus praetorio*, rivela la gravità della situazione politica che caratterizzò gli ultimi anni del regno di Teodosio, per cui lo Stato, particolarmente bisognoso di approvvigionamenti, curò il benessere dei *navicularii*, cercando di favorirli con ogni mezzo. In tale contesto, doveva essere abbastanza usuale che un *navicularius*, avendo terre o volendo migliorare la propria condizione sociale, tendesse a voler entrare nella curia o che, viceversa, stanco dei gravosi oneri che la sua condizione comportava, preferisse fare il *navicularius*, funzione che tutto sommato appariva privilegiata, perché era quella a cui venivano offerti i maggiori vantaggi da parte dello Stato⁽⁵¹⁾.

È stato sottolineato⁽⁵²⁾ che un dato sembra emergere chiaramente: ciò che caratterizza il rapporto tra i *navicularii* e lo Stato in età tardo antica è una sorta di forza tra privato e pubblico, fra i membri più potenti e ricchi di una corporazione, le cui prestazioni erano vitali per la popolazione romana e l'autorità statale, mirante a vincolare sempre più tali corporazioni nelle maglie di un sistema apparentemente rigido. D'altra parte, i *navicularii* volevano i privilegi, ma cercavano di evitare gli oneri. Inoltre tra gli stessi, erano soprattutto i più ricchi e influenti a fronteggiare vittoriosamente l'autorità pubblica, evadendo il *munus*, mentre a farne le spese erano i membri più deboli delle corporazioni⁽⁵³⁾.

Nel Medioevo rileva l'evoluzione di certificati di identità, il cui precursore principale fu il salvacondotto o *guidaticum*, una protezione particolare e privilegiata, che consisteva in un documento di garanzia rilasciato dalle autorità a favore di coloro che volessero spostarsi dal proprio villaggio o dalla

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 497.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, p. 575.

⁽⁵³⁾ V. F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, 5, Napoli, 1975, p. 302 s.; v., altresì, L. DE SALVO, *Economia privata*, cit., p. 585.

propria città, in particolare per motivi di natura commerciale, ma anche per pellegrinaggi o esigenze varie. A tale proposito, è stato sottolineato⁽⁵⁴⁾ che nel Medioevo i mercati erano grandi luoghi d'incontro, anche perché, in uno stesso paese, a seconda dei luoghi, circolavano monete molto diverse e una delle attività delle fiere era proprio il cambio di moneta con persone specializzate nel commercio del denaro.

Si ricorda altresì che nel Medioevo era molto sentita la partecipazione a feste, tanto è vero che proprio il Medioevo ha visto la comparsa di una festa contadina destinata in seguito a un grande successo, anche se più o meno combattuta dalla Chiesa: il carnevale⁽⁵⁵⁾.

Per tutti i motivi di cui sopra, legati a fiere, pellegrinaggi di natura religiosa, feste, il *guidaticum*, diffuso a partire dal XIII sec., legato a uno *status* temporaneo, serviva a certificare una specie di stato d'eccezione, un privilegio. Esso conteneva il nome del portatore e talvolta anche la sua descrizione fisica, aveva una validità provvisoria, estremamente limitata nel tempo e nello spazio⁽⁵⁶⁾. Il *guidaticum* era praticamente una lettera che riportava, oltre al nome del portatore, il motivo del suo viaggio, ma anche la minaccia della punizione che avrebbe colpito eventuali trasgressori⁽⁵⁷⁾.

Nel caso di passaporti moderni, impropriamente, la tassa per il rilascio è stata definita dalla legge come tassa sulle concessioni governative, ma è stato correttamente osservato⁽⁵⁸⁾ che «non si tratta evidentemente di concessione, prima della quale nessun diritto del singolo esiste, nessuna facoltà gli spetta e nessuna attività egli può svolgere; nel caso concreto il diritto di libertà già esiste», ma l'esercizio del suo diritto di espatrio è subordinato all'emissione dell'atto certificativo di esso da parte della pubblica amministrazione. Radicalmente diversa era la situazione nel Medioevo, ove ovviamente il permesso

⁽⁵⁴⁾ Si consulti J. LE GOFF, *Il Medioevo raccontato da Jacques Le Goff*, Bari, 2015, pp. 44-45.

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*, pp. 85-86.

⁽⁵⁶⁾ V. sull'argomento M. LIBERTI, *Chi l'ha inventata? La carta d'identità. Nome, cognome, data e luogo di nascita, sesso, foto e firma: sono i pochi e precisi elementi che definiscono la nostra identità*, in *Focus Storia*, 2021, n. 178.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. G. PURPURA, *Passaporti romani*, in *Aegyptus*, 2002, p. 130 ss.

⁽⁵⁸⁾ V. G. SABATINI, *Passaporto*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, 1965, p. 550.

in questione poteva ben configurarsi come una concessione.

Passato il periodo medievale, risulta limitata la diffusione di documenti d'identità. Tuttavia, la Chiesa e le autorità temporali giocano un ruolo sempre maggiore a partire dal XIII secolo, creando sempre nuovi modi di registrare e identificare le persone, senza che venisse rilasciato ai cittadini un documento.

Sin dal IV Concilio Lateranense del 1215 la Chiesa aveva ordinato ai parroci di registrare i matrimoni e di dare loro pubblicità in modo da evitare le unioni clandestine e illecite (ad esempio, tra parenti, e la bigamia). Inoltre tale Concilio aveva imposto a tutti i credenti di confessarsi e comunicarsi almeno una volta all'anno. A scopo di controllo le parrocchie dovevano tenere lunghi elenchi in cui inserire i nomi dei confessati. A partire dalla metà del Duecento entrarono in uso le cosiddette *schedulae confessionis*, compilate sulla base di questi elenchi, documenti personali comprovanti l'avvenuta confessione⁽⁵⁹⁾.

I registri parrocchiali divennero obbligatori nel 1563 con il Concilio di Trento, per quanto riguarda battesimi (non nascite) e nozze, e nel 1614 per i decessi. È solo infatti nel 1614 che la Santa Sede regolamentò le norme per la compilazione di detti registri⁽⁶⁰⁾.

Si rileva, tuttavia, che già nel Quattrocento si erano moltiplicati i sistemi di registrazione e catalogazione. Ricordiamo, ad esempio, il catasto fiorentino del 1427⁽⁶¹⁾ che, anche se non ha avuto lo scopo di fissare l'identità delle persone, è risultato, per certo, come una delle prime e più complete forme di fissazione dell'identità associata al possesso. Infatti, nello specifico, con il decreto promulgato il 22 maggio 1427 il Comune di Firenze stabilì di riformare il proprio sistema di raccolta tributi: «Si ordinava pertanto che ogni cittadino dovesse dichiarare sotto il suo Gonfalone il proprio nome e quello delle persone componenti la famiglia, l'età, il lavoro e il mestiere di ciascuno,

⁽⁵⁹⁾ Si consulti V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale e della sua certificazione*, cit., pp. 67-68.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *Registro parrocchiale*, in www.wikipedia.org.

⁽⁶¹⁾ Si consulti V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale e della sua certificazione*, cit., p. 76.

i beni immobili e mobili posseduti dentro o fuori il dominio fiorentino e anche altrove, le somme di denaro, i crediti, i traffici, le mercanzie, gli schiavi, i buoi, i cavalli, gli armenti e i greggi. Chiunque avesse occultato i propri beni sarebbe stato soggetto alla confisca degli stessi»⁽⁶²⁾.

In realtà, come si è già avuto modo di vedere, operazioni di stima della popolazione a livello fiscale o anagrafico esistevano fin dall'antichità, come i censimenti all'epoca degli Egizi, che abbiamo già citato nelle pagine precedenti.

Per l'Italia, si potrebbe affermare che il primo censimento ufficiale, conosciuto come 'censimento generale della popolazione e delle abitazioni' risalgia solo al 1861, cioè subito dopo l'Unità d'Italia.

A partire dal 1861, si rileva⁽⁶³⁾ che i censimenti del Regno d'Italia fossero fatti ogni dieci anni; fu però saltato quello del 1891 per motivi finanziari.

Nel 1861 l'Italia contava una popolazione presente di 25.016.334 di abitanti, di cui il 44,54% nel settentrione, il 16,41% nel centro, il 27,14 nel meridione, l'11,91% nelle isole; nel 1901 la popolazione presente ammontava a 32.475.253 di abitanti, di cui il 43,90% nel settentrione, il 16,86 nel centro, il 25,93 nel meridione, il 13,31% nelle isole⁽⁶⁴⁾.

Connesso alla vicenda demografica e, più in generale, all'intera trasformazione socio-economica è stato il fenomeno dell'emigrazione per l'estero, di difficile gestione censitaria, anche a causa di emigrazione temporanea o clandestina⁽⁶⁵⁾. Pertanto, come è stato sottolineato⁽⁶⁶⁾, sembra che i dati del movimento migratorio fino al 1875 non siano omogenei a quelli successivi

⁽⁶²⁾ Cfr. *Catasto fiorentino*, in www.wikipedia.org.

⁽⁶³⁾ Cfr. R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Bologna, 1979, p. 427.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA CELEBRAZIONE DEL PRIMO CENTENARIO DELL'UNITÀ D'ITALIA, *Mostra delle Regioni. Un secolo di statistiche italiane (1861-1961)*, Roma, 1961, in R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, cit., p. 427.

⁽⁶⁵⁾ Sull'argomento si vedano *Annuario statistico dell'emigrazione italiana dal 1876 al 1925, con notizie sull'emigrazione negli anni 1869-1875*, Roma, Commissariato per l'em., 1926; AA.VV., *Un secolo di emigrazione italiana 1876-1976*, a cura di G. Rosoli, Roma, Centro Studi Emigr., 1978; E. SORI, *L'emigrazione italiana dall'Unità alla II guerra mondiale*, Bologna, 1979.

⁽⁶⁶⁾ Si consulti F. COLETTI, *Dell'emigrazione italiana, in Cinquant'anni di storia italiana*, Roma, 1911, III, pp. 28-32 e 45.

(di fonte ufficiale) proprio perché provengono da rilevazioni private e quindi non totalmente attendibili.

Si fa altresì notare⁽⁶⁷⁾ che non esistevano criteri oggettivi per misurare la stratificazione delle classi sociali; in realtà, si assisteva, particolarmente per il 1881 e il 1901, a stime di larga massima, quindi suscettibili di correzioni anche sostanziali. Occorre, infatti, tenere presente il carattere arbitrario di certe attribuzioni, così, ad esempio, i quadri direttivi degli impiegati, privati e pubblici, sono stati inclusi, in base a congetture infondate tra la grande e media borghesia; similmente arbitraria almeno in parte, è la distribuzione fra imprenditori grandi e medi e piccoli e piccolissimi imprenditori, tutti inclusi tra commercianti e artigiani⁽⁶⁸⁾.

A ogni modo, nonostante la limitata comparabilità dei dati, derivante dalla difformità dei criteri adottati dai diversi censimenti, si deve prendere atto che merito dei primi governi unitari fu proprio il modo in cui essi si accinsero a conoscere il paese, merito fra tutti lo sforzo di acquisire informazioni e dati con i censimenti generali, primo fra tutti quello che porta la data del 1861.

Sta di fatto che, sia nelle valutazioni che a quell'epoca furono fatte, sia nelle sintesi statistiche di cui oggi disponiamo, le condizioni del paese si rivelassero nettamente arretrate.

A considerare il paese in modo unitario e complessivo, l'Italia mostrava di essere così arretrata sul cammino della modernità, da rendere assai poco significativo non solo il confronto con altri paesi europei, ma quello stesso tra le sue diverse regioni.

Come è stato sottolineato⁽⁶⁹⁾, fra tutte le statistiche ottocentesche, quelle relative alla distribuzione della popolazione attiva per settori sono forse le più incerte, non solo per il variare dei criteri di censimento, ma per le caratteristiche stesse dell'attività produttiva, che quanto più è arretrata, tanto meno sopporta di essere censita e distribuita per settori professionali.

⁽⁶⁷⁾ R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, cit., p. 433.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. P. SYLOS LABINI, *Saggio sulle classi sociali*, Bari, 1974, p. 153, citato da R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, cit., p. 433.

⁽⁶⁹⁾ R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, cit., p. 429.

Si rileva⁽⁷⁰⁾ che oltre centomila fossero i soggetti che gli estensori del censimento generale del 1881 classificarono come residenti in “abitazioni sotterranee”, come grotte, caverne, oppure vecchi ruderi, buche o tombe di necropoli. Il fenomeno riguardava soprattutto alcune zone del Meridione o della campagna romana, dove il letto era sconosciuto e la gente si coricava alla rinfusa su rialzi di terra battuta.

La stessa fragilità dell'apparato scolastico esistente e la scarsa diffusione dell'alfabetismo nell'Italia del tempo erano tali da rendere in gran parte illusorie le statistiche dei dati di cui disponiamo. Se, ad esempio, risulta ufficialmente che nel 1861 il 75% della popolazione italiana era analfabeta, ciò significa che di fatto la totalità delle masse contadine non aveva contatti con la scrittura, e tanto meno con la lingua italiana⁽⁷¹⁾.

Ricordiamo che nel 1903 Italo Giglioli⁽⁷²⁾ pubblicò uno studio sulle condizioni dell'agricoltura in Italia, nel quale avrebbe calcolato che in 1.700 comuni italiani, vale a dire in più di un comune su cinque, il frumento era sconosciuto e lo stesso Giglioli chiamava l'ultimo trentennio del secolo «periodo di crescente digiuno nazionale».

Si ricorda che nel periodo di cui si tratta, in Italia già esisteva l'ordinamento dello stato civile, essendo stato istituito con r.d. n. 2602 del 15 novembre 1865, in base al quale dal 1° gennaio dell'anno successivo vennero redatti annualmente i registri degli atti di cittadinanza, degli atti di nascita, degli atti di matrimonio e degli atti di morte. I registri venivano formati in doppio originale, di cui uno annualmente doveva essere depositato nella cancelleria del Tribunale, mentre l'altro era conservato presso l'archivio comunale. Tale strumento normativo rimase in vigore fino al 1939, anno in cui, con r.d. n. 1238 del 9 luglio 1939, il nuovo ordinamento di stato civile fissò i criteri

⁽⁷⁰⁾ R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, cit., p. 151.

⁽⁷¹⁾ Cfr. M. BARBAGLI, *Disoccupazione intellettuale e sistema scolastico in Italia*, Bologna, 1974, citato da R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, cit., p. 59.

⁽⁷²⁾ I. GIGLIOLI, *Malessere agrario ed alimentare in Italia; relazione di un giurato italiano all'Esposizione universale di Parigi, nel 1900, sulle condizioni dell'agricoltura in Italia*, Portici, p. 1903, citato da R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, cit., p. 150.

necessari al raggiungimento della conformità dei registri in tutto il territorio nazionale⁽⁷³⁾.

Nel frattempo, per l'esattezza nel 1929, con r.d. 2 dicembre 1929 n. 2132⁽⁷⁴⁾, era stato istituito il registro di popolazione o anagrafe, ove iscrivere atti concernenti la residenza delle persone e la composizione dei gruppi familiari. Si trattava, in realtà di uno schedario, (composto da schede individuali e da fogli di famiglia), tenuto da un ufficio comunale, per semplicità organizzativa di solito riunito all'ufficio di stato civile, pur non essendo un ufficio statale⁽⁷⁵⁾.

Ed è in questo contesto storico, per l'appunto nel 1931, che si inserisce la nascita della carta di identità, adottata nel nostro paese, come è stato evidenziato in premessa, essenzialmente per motivi di pubblica sicurezza.

Come è stato osservato⁽⁷⁶⁾ «la carta d'identità non è atto pubblico, perché manca delle caratteristiche dello stesso, che invece vanno attribuite ai registri e agli schedari dell'ufficio comunale, da cui direttamente deriva: si limita pertanto ad attestare la corrispondenza delle generalità e delle sembianze del cittadino ai dati risultanti dagli atti interni dell'ufficio».

4. — *La carta d'identità oggi. Criticità di progettazione e risultati.*

Il modello della CIE è stato adottato con decreto del Ministero dell'In-

⁽⁷³⁾ Si consulti *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti*, Stamperia reale, Torino, 1861-1947; G. DI GIOVINE, G. ZAPPA, *Codice delle leggi dello stato civile*, Milano, 1991; M.C. ANDRINI, *Gli atti dello stato civile*, in *Tratt. Rescigno*, IV, Torino, 1997.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. *Approvazione del regolamento per la formazione e la tenuta dei registri di popolazione in ciascun Comune del Regno*, in G.U., 30 dicembre 1929, n. 303.

⁽⁷⁵⁾ In materia v. S. ROSA, *Anagrafe della popolazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 330.

⁽⁷⁶⁾ V. Cons. Stato, 28 settembre 2005, n. 5189, in *www.leggiditalia.it*, secondo cui «conseguentemente, quale mero certificato amministrativo, non è idoneo a supplire neanche come principio di prova alla presentazione del certificato elettorale ai fini di individuare l'elettore e la sua iscrizione nelle liste elettorali di un Comune, stante l'esclusività del certificato elettorale quale mezzo di prova necessario per la legittimazione a ricorrere avverso i risultati della consultazione».

terno del 27 gennaio 1994⁽⁷⁷⁾, anche se, si potrebbe affermare, che tale documento, che non è altro che l'evoluzione della carta di identità in versione cartacea, nasce con la legge di semplificazione sulla documentazione amministrativa del 15 maggio 1997, n. 127⁽⁷⁸⁾.

Il modello della CIE è stato adottato con decreto del Ministero dell'Interno del 27 gennaio 1994⁽⁷⁹⁾, anche se, si potrebbe affermare, che tale documento, che non è altro che l'evoluzione della carta di identità in versione cartacea, nasce con la legge di semplificazione sulla documentazione amministrativa del 15 maggio 1997, n. 127⁽⁸⁰⁾.

Tale legge ha altresì introdotto una significativa innovazione riguardante la tenuta e gestione dello stato civile attraverso l'informatizzazione di tutti i dati relativi ai registri e la conseguente realizzazione di un archivio informatico (titolo III, artt. 10-14)⁽⁸¹⁾.

Sull'argomento rileva anche il decreto del Presidente del Consiglio dei

⁽⁷⁷⁾ V. *Sostituzione del modello della carta d'identità*, in G.U. 16 febbraio 1994, n. 38, serie gen. Il nuovo modello di carta di identità è dotato di caratteristiche anticounterfeiting che, per non venire vanificate, rendono necessario evitare la plastificazione (si consulti Circolare del Ministero dell'Interno n. 559/C.3028.1298 del 23 febbraio 1994).

⁽⁷⁸⁾ Tale legge (in G.U., 17 maggio 1997, n. 113, s.o.) ha ampliato l'utilizzo dell'autocertificazione, già prevista dall'art. 2 della legge n. 15/1968, estendendola a tutte le situazioni che formano oggetto di certificazione. Quindi il ricorso a quest'ultimo istituto diventa il principio fondamentale cui deve adeguarsi l'azione di qualsiasi pubblica amministrazione, unitamente a quello di acquisire autonomamente dati o notizie relative al cittadino, senza richiedere allo stesso il relativo certificato.

⁽⁷⁹⁾ V. *Sostituzione del modello della carta d'identità*, in G.U. 16 febbraio 1994, n. 38, serie gen. Il nuovo modello di carta di identità è dotato di caratteristiche anticounterfeiting che, per non venire vanificate, rendono necessario evitare la plastificazione (si consulti Circolare del Ministero dell'Interno n. 559/C.3028.1298 del 23 febbraio 1994).

⁽⁸⁰⁾ Tale legge (in G.U., 17 maggio 1997, n. 113, s.o.) ha ampliato l'utilizzo dell'autocertificazione, già prevista dall'art. 2 della legge n. 15/1968, estendendola a tutte le situazioni che formano oggetto di certificazione. Quindi il ricorso a quest'ultimo istituto diventa il principio fondamentale cui deve adeguarsi l'azione di qualsiasi pubblica amministrazione, unitamente a quello di acquisire autonomamente dati o notizie relative al cittadino, senza richiedere allo stesso il relativo certificato.

⁽⁸¹⁾ Si consulti sull'argomento la Circolare del Ministero dell'Interno 2 febbraio 1999, n. MIACEL 2 d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 403, recante norme di attuazione degli artt. 1, 2, e

Ministri n. 437 del 22 ottobre 1999, contenente il *Regolamento relativo alle caratteristiche e modalità per il rilascio della carta d'identità elettronica e del documento di identità elettronica*, a norma dell'art. 2, 10^{mo} comma, della legge 15 maggio 1997, n. 127, come modificato dall'art. 2, 4^o comma della legge 16 giugno 1998, n. 191.

In base all'art. 1, lett. a) del dPCM n. 437/1999, per “carta di identità elettronica” si intende «il documento di riconoscimento personale rilasciato dal comune su supporto informatico».

Secondo l'art. 7 dello stesso decreto, «la carta d'identità elettronica può essere utilizzata anche per il trasferimento elettronico dei pagamenti tra soggetti privati e pubbliche amministrazioni, previa definizione, d'intesa tra il comune interessato e l'intermediario incaricato di effettuare il pagamento, delle modalità di inserimento e validazione dei dati necessari».

Tale documento elettronico, che ha le dimensioni di una carta di credito, è costituito da: un supporto di materiale plastico in policarbonato, su cui sono stampati a laser la foto e i dati del cittadino, protetti con elementi e tecniche di anticounterfeiting, come ologrammi e inchiostri speciali; un *microchip contactless* che contiene: i dati personali, la foto e le impronte del titolare, protetti da meccanismi che ne prevengono la contraffazione e la lettura impropria; le informazioni per consentire l'autenticazione in rete da parte del cittadino a servizi erogati in rete da pubbliche amministrazioni e imprese; ulteriori dati per la fruizione di servizi a valore aggiunto, in Italia e in Europa.

In altri termini, si può affermare che la CIE sia stata prevista per offrire ai cittadini italiani uno strumento di identità con maggiore sicurezza nel processo di identificazione ai fini di polizia, nonché uno strumento di identificazione in rete per i servizi telematici in tutto il territorio nazionale. E proprio, per quanto riguarda l'accesso ai servizi *online* della pubblica amministrazione, esso risulterebbe avere condizioni di massima sicurezza, in quanto conforme al “livello di garanzia elevato”, il più alto previsto dal

3 della l. 15 maggio 1997, n. 127, in materia di semplificazione delle certificazioni amministrative, in www.leggiditalia.it.

Regolamento eIDAS⁽⁸²⁾, che definisce le norme in materia di strumenti di identificazione digitale rilasciati dagli Stati dell'Unione Europea.

In realtà, il Regolamento eIDAS fornisce una base normativa a livello comunitario per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni.

Sempre in tema di sicurezza rileva altresì il Reg. UE n. 2019/1157 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, intervenuto, di recente, per rafforzare le norme di sicurezza delle carte di identità dei cittadini dell'Unione e dei titoli di soggiorno rilasciati ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari che esercitano il diritto di libera circolazione.

È all'evidenza che la CIE, nel campo dell'anticorruzione e anticlonazione, per le caratteristiche sue proprie, deve rispondere alle esigenze di funzionalità e di sicurezza che, tra l'altro, credo sia doveroso garantire a ogni cittadino.

Purtroppo, però, non si può fare a meno di considerare che la storia della CIE, dopo un lungo periodo di incertezza, sia aumentata di importanza soltanto in proporzione allo sviluppo e alla diffusione delle nuove tecnologie informatiche.

Non sono infatti mancate le inefficienze e, di conseguenza, anche le problematiche di carattere pratico da risolvere, come ad esempio, tra i tanti, il caso delle stampanti inadeguate, il materiale della tessera in un primo tempo rivelatosi inadatto (fino alle forniture eseguite dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato Spa), per cui la CIE fu definita come documento di identità sostitutivo della carta di identità cartacea soltanto nel 2015 con l'art. 10, 3° comma del d.l. 78/2015 recante «Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali», convertito dalla l. 6 agosto 2015, n. 125.

⁽⁸²⁾ Regolamento eIDAS (*electronic IDentification Authentication and Signature*) - Regolamento UE n. 2014/910 sull'identità digitale, in <https://www.agid.gov.it/it/piattaforme/eidas>. Per le caratteristiche della CIE v. cartaidentita.interno.gov.it/caratteristiche-del-documento/. Il Dipartimento della Pubblica Sicurezza con la nota n. 400/A/2005/1501/P/23.13.27 del 5 dicembre 2005 ha fornito indicazioni ufficiali in merito alle caratteristiche tecnico - qualitative delle fotografie. Le prescrizioni riguardano: qualità, stile e illuminazione, occhiali e copricapo, espressione e inquadratura.

E dire che, in particolare il Ministero dell'Interno, nel corso degli anni, era intervenuto più volte con direttive e circolari, per sollecitare gli enti locali all'applicazione del nuovo documento di identità.

Si segnala, ad esempio, la circolare MIACEL n. 15/2000 del 7 dicembre 2000, con la quale la Commissione per l'esame dei progetti ammise alla prima fase della sperimentazione della CIE i 156 comuni che avevano presentato domanda di partecipazione.

Purtroppo, trascorsi altri 5 anni, data la sussistenza di disomogeneità tra le diverse amministrazioni, nonostante il raggiungimento di significativi risultati, la Presidenza del Consiglio dei Ministri Dip. per l'innovazione e le tecnologie, con direttiva del 4 gennaio 2005, indirizzata a tutte le amministrazioni dello Stato e a tutti gli enti pubblici sottoposti a vigilanza ministeriale, con disappunto, segnalava le maggiori criticità da affrontare per la realizzazione di un raccordo pieno tra digitalizzazione, organizzazione, processi e servizi al pubblico: «di conseguenza diviene necessario riorganizzare il lavoro all'interno delle amministrazioni per sviluppare l'uso degli strumenti telematici, sostenendo minori oneri per la spedizione e l'archiviazione con notevoli vantaggi di velocità dell'azione amministrativa».

Tale direttiva, mettendo a punto lo stato di attuazione degli obiettivi di digitalizzazione mirava, nello specifico, alla responsabilizzazione dei dirigenti pubblici, affinché essi stessi, attraverso un adeguato programma di formazione tecnica, giuridica e organizzativa, fossero motore del cambiamento in atto nell'agire dell'amministrazione.

Sull'argomento rileva altresì la circolare del Ministero dell'Interno 22 novembre 2005, n. 53, con la quale «si ricorda alle SS.LL. che, a decorrere dal 1° gennaio 2006, entra a regime la carta d'identità elettronica, ai sensi dell'art. 7 *vicies ter*, 2° comma della legge 31 marzo 2005, n. 43».

Con quest'ultima circolare, tuttavia, ancora una volta, si osserva che «alcuni Comuni sperimentatori hanno emesso in quest'ultimo periodo un esiguo numero di carte, altri si sono limitati a convertire il documento, da cartaceo ad elettronico, solo nei casi di scadenza naturale, di smarrimento o di furto».

In effetti, il progetto della CIE, come già anticipato all'inizio del presente paragrafo, era già previsto nel 1997, cioè 9 anni prima, ma, si ribadisce, solo

dal 1° gennaio 2006 la carta di identità cartacea iniziò a essere sostituita, e ancora solo in alcuni Comuni, da quella elettronica.

Lo stesso art. 40 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1⁽⁸³⁾, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, prevedeva la definizione di una tempistica graduale per il rilascio della CIE, inoltre stabiliva che la stessa fosse munita anche di fotografia e di impronte digitali della persona a cui si riferisse.

Le modalità di produzione, di emissione, di rilascio della CIE, nonché di tenuta del relativo archivio informatizzato sono state adottate con decreto interministeriale del 23 dicembre 2015⁽⁸⁴⁾.

La CIE fu definita come documento di identità sostitutivo della carta di identità cartacea con l'art. 10, 3° comma del d.l. 78/2015, recante *Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali*, convertito dalla l. 6 agosto 2015, n. 125.

In realtà, come è stato precisato all'inizio del presente paragrafo, il modello della CIE era stato adottato nel 1994, ma ancora nel 2017, per l'esattezza il 16 marzo, cioè dopo ventitré anni, venivano ancora evidenziate criticità relative all' emissione del documento di cui si tratta: «*Attese lunghe e uffici in ritardo, le amministrazioni non riescono ad attrezzarsi: finora sono usate in appena 199 Comuni, nel 2018 secondo i piani dovrebbero coprire tutto il territorio nazionale*»⁽⁸⁵⁾.

5. — *Considerazioni conclusive.*

Federico Chabod (1901-1960) sosteneva che «ogni ricerca abbisogna di particolari avvertenze critiche, di un procedimento metodologico “suo proprio”, che nessuna teoria generalizzante potrebbe mai dare e che solo la “di-

⁽⁸³⁾ Cfr. *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, in G.U. 24 gennaio 2012, n. 19, serie gen.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *Modalità tecniche di emissione della Carta d'identità elettronica*, in G.U. 30 dicembre 2005, n. 302, serie gen., testo modificato dal decreto del Ministero dell'interno 31 gennaio 2019, in G.U. 3 aprile 2019.

⁽⁸⁵⁾ V. CONTE, *Carta d'identità elettronica: la rivoluzione non decolla, ce l'hanno solo in 300 mila*, in *La Repubblica*, 16 marzo 2017.

screzione” del singolo studioso, il suo senso storico, il suo “fiuto” affinato dall’esperienza, possono suggerire⁽⁸⁶⁾».

Pertanto, il metodo storico, secondo Chabod, è un delicato strumento “variabile” che deve, appunto, essere “finito di adattare” nei singoli casi, dalla intelligenza e dalla sensibilità dello studioso, come un obiettivo fotografico deve essere regolato a seconda della luce e dell’ambiente che esso deve ritrarre⁽⁸⁷⁾.

Tenendo presente il più possibile la lezione di Chabod, nelle pagine precedenti si è tentato di esaminare (a grandi linee, pur con approfondimenti specifici a seconda dei casi), alcuni istituti di cui si sono avvalsi i vari organi di potere, in epoche storiche diverse e, anche molto lontane nel tempo, per identificare, censire, al fine di conoscere e tenere sotto controllo la popolazione.

Si è cercato, in altri termini, di ricostruire l’iter storico, tracciando “con discrezione” il grado di corrispondenza tra le esigenze della vita sociale e la dinamica giuridica relativo ai vari periodi di riferimento esaminati.

Osservare come venivano descritte le persone nei secoli che hanno preceduto l’avvento della fotografia significherebbe, in un certo qual modo, interrogarsi sui mezzi con cui gli individui venivano ritratti per poter essere riconosciuti da altri.

Poi, di fronte al nuovo documento di identità elettronico, ovvero di fronte a tanta diversità, magari, si potrebbe anche scoprire un ragionevole nesso tra il presente e le condizioni vigenti alcuni secoli or sono.

In ogni caso, risalire tanto indietro nel tempo risulterebbe comunque utile, per comprendere l’evoluzione della storia del documento di identità, che non ha mai avuto luogo nel vuoto di un’amministrazione astratta, ma ha sempre seguito, di volta in volta, regole precise e logiche proprie.

In linea con quanto sopra espresso, avrebbero un senso le leggi che, prima dell’introduzione della carta di identità (cioè negli anni antecedenti al 1931), prevedevano, ad esempio, nel caso di certificato richiesto da persona

⁽⁸⁶⁾ F. CHABOD, *Lezioni di metodo storico*, a cura di L. Firpo, Bari, 1988, p. 3.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, pp. 6-7.

analfabeta, l'identificazione per conoscenza personale o l'accertamento che l'individuo, in presenza dell'impiegato addetto, fosse la identica persona designata nella intestazione del documento richiesto⁽⁸⁸⁾.

Allo stesso modo rileva, nel caso di domande presentate alla pubblica amministrazione da soggetto che non sapesse sottoscriverle, l'esigenza di due testimoni che ne accertassero l'identità⁽⁸⁹⁾, così come per gli atti notarili, si apprende che, nel 1913, fosse necessaria la «dichiarazione dell'accertamento effettuato per mezzo dei fidefacienti»⁽⁹⁰⁾.

È all'evidenza che la normativa appena citata, con riferimento a identità accertate per conoscenza personale, a mezzo di fidefacienti o testimoni, sia pienamente contestualizzata al periodo di riferimento, considerato che nel censimento del 1911 veniva ancora accertato l'analfabetismo al 46,20%⁽⁹¹⁾.

Sarà poi, come abbiamo visto in premessa, perfezionato il carattere garantista nel campo dei diritti civili e politici con la riforma del codice penale e di procedura penale, nonché delle leggi di pubblica sicurezza. Perché era questa normativa che veniva richiesta dal periodo storico del momento.

Di fronte, poi, al consolidamento delle tecnologie, come sottolinea parte della dottrina⁽⁹²⁾, l'uomo di diritto si è trovato a creare regole e principi in grado di perseguire i nuovi obiettivi fondamentali; compito questo reso più delicato dalla continua mutevolezza dei contesti di riferimento e dalla vastità delle competenze tecniche che, per il suo assolvimento, sono inevitabilmente richieste.

⁽⁸⁸⁾ V. in tal senso r.d. 19 febbraio 1911, n. 298, art. 35, *Approvazione del regolamento generale sul debito pubblico*, in www.leggiditalia.it.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. r.d. 4 febbraio 1915, n.148, con il quale è stato approvato il nuovo testo unico della legge comunale e provinciale 19 giugno 1913, n. 640, in www.leggiditalia.it.

⁽⁹⁰⁾ V. art. 51, punto 4 della 16 febbraio 1913, n. 89 *Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili*, in www.leggiditalia.it.

⁽⁹¹⁾ Cfr. G. GENOVESI, *Storia della scuola in Italia dal Settecento a oggi*, Milano, 2010.

⁽⁹²⁾ F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, p. 61. Cfr. S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; V. FROSONI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 1998, pp. 11-18.

Spesso le risposte attese dal progresso della tecnologia sono complesse e, proprio per questo, i quadri normativi di riferimento necessitano di continui e tempestivi aggiornamenti.

Purtroppo le problematiche già rappresentate nel paragrafo precedente, riguardo all'emissione della CIE, sono andate di pari passo con le criticità relative all'attuazione del Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), introdotto con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, entrato in vigore il 1° gennaio 2006.

Come qualcuno⁽⁹³⁾ ha sottolineato, il CAD nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto costituire la *Magna Charta* della nuova realtà amministrativa digitale.

Purtroppo, l'attuazione di tale rivoluzione digitale, ha subito ritardi e incontrato ostacoli, a volte prevedibili e forse evitabili (a mio modo di vedere), se ci fosse stato buon senso da parte degli addetti ai lavori.

La stessa PEC (Posta Elettronica Certificata)⁽⁹⁴⁾ rappresenta un esempio di ritardo nella sua applicazione, considerato che, dopo vari anni dall'entrata in vigore del CAD, poche erano le amministrazioni che la possedevano, ancora meno quelle che la usavano in linea con le originarie finalità.

A tale proposito, vi è stato chi ha affermato che «spesso l'innovazione tecnologica si è solo affiancata ai vecchi sistemi e i computer hanno diviso la scrivania con i timbri e raccoglitori d'archivio»⁽⁹⁵⁾.

Credo utile evidenziare che il 15 maggio 2007 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale la direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, 20 febbraio 2007, in tema di «Inter-scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni e pubblicità dell'attività negoziale». Al punto 3 di detta direttiva si legge infatti che «sebbene il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) sia in vigore da tempo, le amministrazioni appaiono ancora in ritardo nel conformarsi

⁽⁹³⁾ V. M. SCIALDONE, *CAD: Se la rivoluzione digitale resta sulla carta...*, in *Il nuovo dir.*, 2007, p. 275.

⁽⁹⁴⁾ La PEC è un sistema di posta elettronica nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica, con valenza legale, attestante l'invio e la consegna di documenti informatici.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. M. SCIALDONE, *CAD: Se la rivoluzione digitale resta sulla carta...*, cit., p. 275 ss.

alle prescrizioni dirette ad elevare il livello tecnologico delle prestazioni e, di conseguenza, ad incrementare l'interazione con i cittadini e le imprese».

In realtà, preso atto che, a distanza di due anni dall'entrata in vigore del CAD, la quantità delle procedure attivabili mediante strumento elettronico risultava ancora ridotta, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con tale direttiva riteneva necessario «realizzare la piena cooperazione fra le amministrazioni mediante la condivisione degli archivi e delle informazioni, per ridurre i tempi e semplificare le procedure».

E proprio a proposito di semplificazione, di recente è stato commentato⁽⁹⁶⁾ che si cerca di semplificare da un secolo. «La difficoltà sta nella scarsa conoscenza che si ha dei nodi da semplificare, nella resistenza dei nodi da semplificare, nella resistenza degli organi che hanno costruito i propri poteri nella complicazione e negli interessi sociali cresciuti dal e con il groviglio di poteri e procedure. [...] mentre si semplifica (poco) si complica (molto). Quindi il saldo sarà sempre negativo, finché l'azione di semplificazione non supererà quella di complicazione».

Purtroppo, la percezione è che, il più delle volte, le amministrazioni riorganizzate sul piano delle strutture e delle funzioni, continuano a operare con logiche consuete, senza la dovuta preparazione informatica e senza una sufficiente consapevolezza del grado di complessità della realtà digitale che, nel nostro caso, è oggetto di intervento.

Considerato il mio vissuto per trentanove anni in una pubblica amministrazione, è all'evidenza che spesso siano stati affidati all'amministrazione dei ruoli confusi, per poi constatare che la stessa non opera soddisfacentemente. Si assiste anche ad affidamenti di funzioni dirigenziali a tempo determinato, sempre rinviando all'esigenza di imparzialità e di buon andamento.

A mio modo di vedere, proprio perché la nuova realtà amministrativa comporta problematiche che nascono da un contesto in movimento, la medesima esige il 'ripensamento' del modo di lavorare dei singoli uffici, a co-

⁽⁹⁶⁾ D. PIRONE, *Cassese: "Grave l'ennesimo varo salvo intese, non si decide più in Consiglio ma nei partiti"*, in *Il messaggero*, 8 luglio 2020, p. 4.

minciare in via prioritaria dalla formazione del personale, al fine di evitare passaggi di carte con inutile spreco di tempo e di energie.

D'altra parte, come qualcuno⁽⁹⁷⁾ sosteneva già da tempo, il progresso di un ordinamento non si misura dalla quantità di innovazioni, quanto piuttosto dalla capacità delle innovazioni di corrispondere in quel momento, in quel contesto storico, ai bisogni della società.

A conclusione, si ritiene utile rammentare le parole di Seneca nelle sue Lettere a Lucilio: «Gran parte del progresso sta nella volontà di progredire»⁽⁹⁸⁾, a cui io aggiungerei che il progresso, per essere visto, non domanda che del buon senso.

⁽⁹⁷⁾ S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, 2000, p. 317.

⁽⁹⁸⁾ LUCIO ANNEO SENECA, *Lettere a Lucilio*, 71, 36.

ALBERTO MATTIA SERAFIN^(*)

DIVAGAZIONI SU RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ

ABSTRACT: The essay analyzes the concepts of reasonableness and proportionality intended as concepts that inform the judgments made by the Italian Constitutional Court with reference to a large number of issues. In particular, the fundamental constitutional criterion of reasonableness, understood as a control of congruence between means and purpose, is analyzed with reference to cases of succession due to cause of death, in which there is a conflict of interests between the provisions of the form (art. 28 Notarial Law) and the purposes of the substance (article 2645-ter of the Italian Civil Code).

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dalla “razionalità” alla “ragionevolezza”. – 3. Una vicenda giudiziale d’intermezzo. – 4. Il ruolo “complementare” della proporzionalità. “Nomosemia” ≠ “monosemia”. Proporzionalità irragionevole, e ragionevolezza non proporzionale. – 5. Dal *sequential* allo *integrative approach*. “De-strutturazione” del paradigma valutativo, “certezza” del diritto, “prevedibilità” e “controllo”. – 6. Costituzionalismo e in-stabilità *ex latere legis*: brogliaccio di un’idea conclusiva.

1. — *Introduzione.*

«Parlare di ragionevolezza e di proporzionalità equivale a parlare del lavoro quotidiano della Corte Costituzionale»⁽¹⁾. Quest’ultima, infatti, “custodisce”⁽²⁾ e mostra di fare largo uso di tali criteri, i quali, anche nel

^(*) Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

⁽¹⁾ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione tenuta alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola (Roma, 24-26 ottobre 2013), reperibile *online* al sito www.cortecostituzionale.it.

⁽²⁾ L’espressione schmittiana è presa a prestito da A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

dibattito dottrinale, manifestano la propria trasversalità intra-disciplinare: essendo evocati⁽³⁾, oltreché negli studi storici e gius-filosofici⁽⁴⁾, tra gli altri, nel diritto costituzionale, amministrativo, penale, tributario, del lavoro, commerciale e dell'economia, processuale, internazionale, europeo, comparato, finanche romano, nonché – con qualche minoritaria, eppure autorevole resistenza – in quello civile⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Nelle note successive s'indicheranno tanto i contributi riguardanti la “ragionevolezza”, quanto quelli concernenti la “proporzionalità”: sia perché talvolta trattano entrambi i profili, sia per avvertire sin d'ora, seppure bibliograficamente, della loro stretta correlazione, sulla quale avremo modo d'indugiare, *infra*, § 4.

⁽⁴⁾ M. LA TORRE, *Introduzione*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 1 ss.; E. BERTI, *La dialettica antica come modello di ragionevolezza*, in AA.VV., *Ragionevolezza e interpretazione*, Padova, 2002, p. 17 ss.; F. VIOLA, *Ragionevolezza, cooperazione e regola d'oro*, *ivi*, p. 109 ss.; R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, *ivi*, p. 131 ss.; ID., *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza*, cit., p. 27 ss.; ID., *Ragionevolezza nel Diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, *ivi*, p. 151 ss.; M. JORI, *Ragionevolezza a Catanzaro*, *ivi*, p. 85 ss.; S. BERTEA, *Certezza del diritto e ragionevolezza della decisione nella teoria dell'argomentazione giuridica contemporanea*, *ivi*, p. 161 ss.; F. MAZZARELLA, *Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza*, in *Rin. st. dir. it.*, 2003, p. 91 ss.; S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, 2008; G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014, p. 541 ss.; ID., *La ragionevolezza nel diritto*, in A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Napoli, 2019, p. 15 ss.; S. ZORZETTO, *Reasonableness*, in *Italian Law Journal*, 2015, p. 107 ss.

⁽⁵⁾ Per il diritto costituzionale, C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1573 ss.; A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, p. 561 ss.; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, 1997, p. 341 ss.; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 899 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; ID., *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza*, cit., p. 387 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, II, Milano, 2006, p. 225 ss.; ID., *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 1 ss.; ID., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi*, cit., p. 177 ss.; ID., *Proportionality and the balancing of rights in the case-law of European Courts*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 1 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., *passim*, nonché p. 191 ss. sulla “proporzionalità”; ID., *Principio di*

La riferita “orizzontalità” di tali concetti rispetto alle consuete partizioni

ragionevolezza e definizione di “diritto”, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza*, cit., p. 285 ss.; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 2005; L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; ID., *Il principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza*, cit., p. 231 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, 2011; M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, 2015, *passim* (e v. p. 45 ss. per una variegata casistica); C. DE FIORES, *Interpretazione per valori e principio di ragionevolezza*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 285 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Inizio vita e sindacato di ragionevolezza*, *ivi*, II, p. 827 ss.; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza*, cit., p. 97 ss.; ID., *Principio di ragionevolezza e specificità dell’interpretazione costituzionale*, in AA.VV., *Ragionevolezza*, cit., p. 261 ss.; A. SPADARO, *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, *ivi*, p. 325 ss.; A. PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell’applicazione della legge*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza*, cit., p. 45 ss.; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, *ivi*, p. 59 ss.; O. CHESSA, *Principi, valori e interessi nel ragionevole bilanciamento dei diritti*, *ivi*, p. 207 ss.; M. MASSA, *L’art. 97 Cost. tra ragionevolezza e riforme. In margine ad alcune recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale su di una disposizione di difficile interpretazione*, *ivi*, p. 263 ss.; M. MIDIRI, *Scrutinio di ragionevolezza e lavori preparatori della legge (casi di giurisprudenza costituzionale)*, *ivi*, p. 275 ss.; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *La ragionevolezza nella condotta del capo dello Stato*, *ivi*, p. 305 ss.; C. BERNAL PULIDO, *Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità delle leggi*, *ivi*, p. 309 ss.; A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una comune problematica costituzionale*, *ivi*, p. 321 ss.

Per il diritto amministrativo: M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Ragionevolezza*, cit., p. 437 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; E. BUOSO, *Il dialogo tra Corti in Europa e l’emersione della proporzionalità*, in M. BIANCHINI, G. GIOIA, *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità*, Padova, 2013, p. 405 ss.; F. GAMBARDELLA, *Il vincolo indiretto di inedificabilità assoluta nella tutela dei beni culturali, tra proporzionalità e indennizzo*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza*, I, cit., p. 493 ss.; L. LAMBERTI, *Attività amministrativa e principio di proporzionalità*, *ivi*, p. 535 ss.; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell’azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2017, p. 1 ss.; G.D. COMPORTI, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo: viaggio oltre la morsa legge-sentenza*, in A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi*, cit., p. 125 ss.

Per il diritto penale: G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituziona-*

lità sul contenuto delle leggi penali, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, p. 41 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2011; R. BORSARI, *Autonomia del diritto penale e incerto ruolo del diritto "extrapenale", tra creatività e ragionevolezza*, in M. BIANCHINI, G. GIOIA, *Dialogo*, cit., p. 517 ss.; G. PALMIERI, *Ragionevolezza e scelte di incriminazione*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza*, II, cit., p. 777 ss.; G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.

Per il diritto tributario: A. MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'Iva europea*, Pisa, 2012; G. PETRILLO, *Il principio di proporzionalità nell'azione amministrativa di accertamento tributario*, Roma, 2015; ID., *Il diniego di detrazione per consapevolezza nelle frodi Iva al metro della proporzionalità*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza*, II, cit., p. 885 ss.; C. BUCCICO, *Proporzionalità e sanzioni amministrative tributarie*, *ivi*, I, p. 131 ss.; L. LETIZIA, *I riflessi del principio di proporzionalità sull'autotutela tributaria*, *ivi*, II, p. 629 ss.; S. TRIGGIANI, *Principio di proporzionalità, contraddittorio e moduli consensuali nell'azione di accertamento tributario*, *ivi*, p. 1081 ss.; G. MOSCHETTI, *Il principio di proporzionalità come "giusta misura" del potere nell'evoluzione del diritto tributario*, Milano, 2017; G. MELIS, *Ragionevolezza, proporzionalità e giudizio di legittimità costituzionale in materia tributaria*, in A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi*, cit., p. 29 ss.

Per il diritto del lavoro: A. PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Diritti lavori mercati*, 2011, p. 403 ss.; P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, 2016; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Indisponibilità del tipo, ragionevolezza e autonomia collettiva. Sul nuovo art. 2 comma 2, d.lg. n. 81 del 2105*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza*, II, cit., p. 1035 ss.

Per il diritto commerciale e dell'economia: V. PANUCCIO, *"Fantasie" sui rapporti tra ragionevolezza e fantasia nella interpretazione giuridica*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza*, cit., p. 301 ss.; P.L. SACCO, L. ZARRI, *Dilemmi dell'azione collettiva e norme di ragionevolezza sociale*, in AA.VV., *Ragionevolezza*, cit., p. 453 ss.; A. SOMMA, *Ragionevolezza e razionalità economica all'epoca del postdiritto*, in A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi*, cit., p. 211 ss.; F. DI PORTO, *Regolazione, principio di proporzionalità e scienze cognitive*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza*, I, cit., p. 353 ss.; G. ROTONDO, *L'applicazione settoriale dei principi di proporzionalità ragionevolezza nella regolamentazione dei mercati finanziari*, *ivi*, II, p. 947 ss.

Per il diritto processuale: G. DI CHIARA, *Ragionevolezza e processo penale. Un'indagine attraverso i paradigmi dell'elaborazione della prova in contraddittorio*, in AA.VV., *Ragionevolezza*, cit., p. 387 ss.; R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim.*, 2011, p. 396 ss. In senso più ampio, M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010.

Per il diritto internazionale: E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; ID., *Considerazioni in merito al ruolo della ragionevolezza e della proporzionalità nel diritto internazionale*, in AA.VV., *Ragionevolezza*, cit., p. 347 ss.

Per il diritto europeo: M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, *passim*, spec. p. 157 ss. (ma v. anche p. 43 ss. per alcuni fugaci riferimenti comparativi e p. 109 ss. per un inquadramento di diritto internazionale); F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001; E. PASQUALETTO, *Da Mangold a Hörnfeldt: il giudizio di proporzionalità sulle differenziazioni per età in materia di lavoro nella giurisprudenza comunitaria*, in M. BIANCHINI, G. GIOIA, *Dialogo*, cit., p. 317 ss. Nell'ambito della Corte EDU, M.C. VITUCCI, *Ragionevolezza, consenso e margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza*, II, cit., p. 1093 ss.

Per il diritto comparato, da segnalare il recente volume M. KREMNITZTER, T. STEINER, A. LANG (a cura di), *Proportionality in action. Comparative and empirical perspectives on judicial practice*, Cambridge, 2020. Cfr. anche, da noi, C. CREA, *Riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto privato francese*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza*, I, cit., p. 219 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Il principio di proporzionalità nella disciplina tedesca della compravendita*, *ivi*, p. 317 ss.; A. PASTENA, *Reasonableness and proportionality in comparative doctrine*, *ivi*, II, p. 799 ss.; G. TEPE-DINO, *La ragionevolezza nell'esperienza brasiliana*, *ivi*, p. 1067 ss.

Per il diritto romano: R. SCEVOLA, *A proposito del dialogo tra sistemi normativi nell'esperienza giurisprudenziale romana: alcune considerazioni sulla cautio damni infecti*, in M. BIANCHINI, G. GIOIA, *Dialogo*, cit., p. 361 ss., e S. VIARO, *Il principio di proporzionalità tra sanzione e risarcimento. Il caso delle azioni con clausola arbitraria nel processo formulare romano*, *ivi*, p. 381 ss. (sottolinea la significatività dell'intervento dei romanisti in quest'ambito, M. MIGLIETTA nella sua *Discussione intorno alle relazioni di Roberto Scevola e di Silvia Viaro*, *ivi*, p. 399 ss.).

Per il diritto civile: tra i primi contributi, G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 709 ss., spec. pp. 724 ss. per riferimenti al *common law* e 750-754 in sede di conclusioni sul rapporto con la buona fede (oggettiva). V. poi – oltre a tutti i saggi, non precedentemente o innanzi citati, raccolti in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza*, I e II, cit., – P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss. (ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 237 ss., da cui si citerà, spec. p. 254 ss.); L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, p. 95 ss., spec. p. 98; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss. (ora in ID., *Il diritto*, cit., p. 415 ss., da cui si citerà, spec. p. 429 ss.); N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000; P. PERLINGIERI, *Equilibrio*, cit., p. 441 ss.; ID., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata. Sintesi di un convegno*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2002, p. 49 ss. (ora in ID., *Il diritto*, cit., p. 463 ss.); L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in AA.VV., *Ragionevolezza*, cit., p. 373 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 686 ss.; S. TROLANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; ID., *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, p. 763 ss.; ID., *To What Extent can the Notion of "Reasonableness" Help to Harmonize European Contract Law? Problems and Prospects from a Civil Law Perspective*, in *European Review of Private Law*, 2009, p. 749 ss.; A. RICCI, *Il criterio*

della ragionevolezza nel diritto privato, Padova, 2007; G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, Napoli, 2007, p. 429 ss.; E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010; ID., *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 586 ss.; M.R. BOVA, *Proporzionalità e ragionevolezza nel diritto di proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 707 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 139 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 23 ss.; ID., *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*, in *Giur. it.*, 2014, p. 26 ss.; E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 953 ss.; ID., *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Quest. giust.*, 2020, p. 23 ss.; S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012; ID., *Principio di proporzionalità e garanzia ipotecaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 391 ss.; G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 51 ss., spec. p. 53; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in ID., A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza*, cit., I, p. 1 ss.; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attività recente della Corte Costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 10 ss.; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, 2ª ed., Milano, 2016; G. VILLANACCI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, in *Jus Civile*, 2017, p. 683 ss.; ID., *Il rapporto tra ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di abuso, con particolare riferimento alla riduzione ex officio della clausola penale*, in *Revista brasileira de direito civil*, 2019, p. 119 ss.; ID., *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020; N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019; D. CARUSI, *Una responsabilità comune: la ragionevolezza nel diritto*, in A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi*, cit., p. 199 ss.

Per le voci contrarie, s'allude alla posizione di A. CATADELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 747 ss., spec. pp. 753-757 sulla "proporzionalità" e 757-760 sulla "ragionevolezza" (qualche nota critica anche in U. BRECCIA, *Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, p. 121 ss., spec. p. 150). Per la verità, un'obiezione in merito era stata espressa anche da A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., p. 338, il quale – pur dopo aver formulato alcuni significativi esempi tratti dal diritto civile e fallimentare (*ivi*, p. 3 ss.) – giungeva ad affermare che «[...] il principio di proporzionalità trova applicazione in tutti i casi in cui vi sia esercizio di potestà da parte di una pubblica amministrazione o, più ampiamente, da parte di un soggetto che pone in essere attività amministrativa» e «[...] ciò sembrerebbe comportare, di conseguenza, l'inapplicabilità del principio all'attività di diritto privato»; ma nello stesso senso, già U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, 1965, p. 367, nt. 523, secondo cui il criterio presupporrebbe uno "intervento autoritario". Di là dall'annoso problema dei "confini" del diritto privato – rinunziando volutamente ad una bibliografia altrimenti troppo estesa, si possono compulsare due recenti, acute vedute in A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, e in B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020 – quel che è certo è che la prospettiva merita d'essere disattesa. Infatti, «[...] verificata

della scienza giuridica⁽⁶⁾, vale a dire l'idoneità di quelli a tagliare obliquamente queste, lungi dall'aver per corollario la svalutazione delle peculiarità che connotano, e delle esigenze che presiedono, a ciascuna delle aree indicate⁽⁷⁾, assevera l'irriducibile unitarietà del sistema ordinamentale italo-europeo; qualunque sia il punto d'osservazione⁽⁸⁾, esso – “verticalmente” riguardato – trova invariabilmente al proprio apice la Costituzione, che è «profonda fondazione valoriale di ogni disciplinamento»⁽⁹⁾, e le fonti europee e sovranazionali⁽¹⁰⁾.

Le tematiche richiamate, peraltro, interessano la dottrina non solo domestica, ma, senza tema d'esagerazione, mondiale, al punto che a una nota accademica statunitense deve ascriversi l'eloquente qualificazione del tempo presente come *age of proportionality*⁽¹¹⁾: nozione, quest'ultima, che, tuttavia,

l'operatività del principio di proporzionalità nel mercato, nel sistema del libero mercato, è plausibile che il riferito principio possa esercitare influenza sul principale strumento del mercato, cioè il contratto, a cominciare da quelle manifestazioni contrattuali le quali sono costitutive dello statuto normativo del mercato stesso» [P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335 ss. (ora in *Id.*, *Il diritto*, cit., p. 441 ss., da cui si cita, 447)] e, in verità, a tutto il diritto privato e anche alle altre aree disciplinari, come a breve nel testo.

⁽⁶⁾ In un dibattito sugli odierni “steccati” disciplinari, sarebbero da rileggere le meditatissime precisazioni di T. ASCARELLI, *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*, in *Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario*, Firenze, 1935, p. 102 ss.

⁽⁷⁾ Sul punto, v. S. TROIANO, *La “ragionevolezza”*, cit., p. 44, il quale invero sottolinea i rischi della «[...] prospettiva di trasporre al diritto privato, sia pure con adattamenti le metodologie elaborate nel corso degli anni dalla dottrina e dalla giurisprudenza del versante giuspubblicistico e i risultati a cui esse, in tal modo, sono pervenute». Così anche ora *Id.*, *Ragionevolezza*, cit., p. 765 (e nello stesso senso G. D'AMICO, *Clausole generali*, cit., p. 430 e A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori*, cit., p. 316); ma cfr. anche le osservazioni di E. GIORGINI, *Ragionevolezza*, cit., p. 106 ss.

⁽⁸⁾ In termini “soggettivi”, quello del costituzionalista, dell'amministrativista, del penalista, del tributarista... e così via.

⁽⁹⁾ P. GROSSI, *Conclusioni*, in A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi*, cit., p. 235 ss., spec. p. 237.

⁽¹⁰⁾ Ma cfr. le significative note critiche su questo rapporto in L. NIVARRA, *Dalla «crisi» all'«eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 801 ss., spec. pp. 808-809.

⁽¹¹⁾ V.C. JACKSON, *Constitutional Law in the Age of Proportionality*, in *Yale Law Journal*, 2015,

come si avrà modo di vedere (*infra*, § 4), non corrisponde del tutto alla “proporzionalità” italiana.

E poiché anche il nostro sistema giuridico può ormai dirsi pienamente avvolto dallo “abbraccio transnazionale”⁽¹²⁾ di questi «element[i] fondazional[i] del costituzionalismo globale»⁽¹³⁾, avviati nella loro “marcia trionfale”⁽¹⁴⁾, si rivela l’opportunità d’una ricognizione aggiornata dei significati che, nel dibattito nazionale, albergano sotto tali “termini-ombrello”⁽¹⁵⁾.

p. 3094 ss. Nel senso d’una “età del bilanciamento”, v. già T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, *ivi*, 1987, p. 943 ss.

⁽¹²⁾ V.C. JACKSON, *Constitutional Law*, cit., p. 3096.

⁽¹³⁾ A. STONE, J. MATTHEWS, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, pp. 73 ss. e 161. Sul “costituzionalismo globale”, imprescindibile B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Virginia Law Review*, 1997, p. 771 ss.

⁽¹⁴⁾ K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 709 ss. e 709. Discorre della *proportionality* come uno dei «[...] più riusciti *legal transplants* della seconda metà del ventesimo secolo», M. KUMM, *Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, pp. 574 ss. e 595.

⁽¹⁵⁾ Così D.S. LAW, *Generic Constitutional Law*, in *Minnesota Law Review*, 2005, pp. 652 ss., 702.

Anche quando si offriranno dei cenni di diritto comparato, nell’analisi si terrà conto, ovviamente, della specificità del “caso italiano”, nella convinzione che la “contestualizzazione locale” possa diminuire il rischio di “comparare l’incomparabile”, in conformità all’approccio ora seguito da T. STEINER, A. LANG, M. KREMNIETZER, *Introduction*, in *IDD.* (a cura di), *Proportionality*, cit., pp. 1 ss. e 14; e in consonanza, d’altronde, ad avvertenze alquanto ricorrenti nella nostra migliore letteratura comparatistica, la quale ammonisce di non negligenza lo “elemento paragiuridico” (G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XI, 1988, pp. 1 ss., spec. pp. 2-5), di non disgiungere la “micro” dalla “macro-comparazione” (K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, Milano, 1998, p. 6) e d’avvalersi della facilitazione “sistemologica”, fintantoché «[...] non si pretend[a] troppo da una classificazione», in quanto «[...] a ben guardare [...] nessun sistema è pienamente fedele ad unico modello» (A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. dir. comp.* Sacco, 4^a ed., Milano, 2018, pp. 14-15). Ma *contra*, nel nostro ambito, D. KENNY, *Proportionality and the Inevitability of the Local: A Comparative Localist Analysis of Canada and Ireland*, in *American Journal of Comparative Law*, 2018, p. 537 ss., il quale, invece, ritiene che sia propria la “localizzazione” delle diverse esperienze giuridiche a suggerire di non intraprendere studi comparatistici in relazione a formule che possono colorarsi di diversi – e talvolta opposti – significati, in relazione al contesto ordinamentale nel quale esse sono

2. — Dalla “razionalità” alla “ragionevolezza”.

Prendiamo allora le mosse dalla “ragionevolezza”. A chi domandi in cosa esattamente essa consista, si sarebbe tentati di rispondere con quanto Sant’Agostino diceva del tempo: «si nemo ex me quaerat, scio; si quaerenti explicare velim, nescio»⁽¹⁶⁾.

Anche a voler mettere da parte questa suggestione, resta fermo che, a tentar di “de-finire” – quanto meno in senso classico⁽¹⁷⁾ – tale concetto, si ha la sensazione d’aprire la porta con la chiave sbagliata⁽¹⁸⁾. E ciò non solo

applicare; su questa linea, si cfr. già le perplessità di J. BOMHOFF, *Balancing the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative Constitutional Law*, in *Hastings Int. Comp. L. Rev.*, 2008, p. 555 ss., e v. anche *infra*, § 4.

⁽¹⁶⁾ AGOSTINO, *Confessiones*, XI, 14.

⁽¹⁷⁾ Irrinunciabile U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955, *passim*, spec. p. 52 ss., il quale – sotto l’influenza del lavoro di R. ROBINSON, *Definition*, Oxford, 1954 – muove dalla nozione di “proposizione di riduzione”: «se un certo termine x è tale che le condizioni per la sua applicazione... possano essere formulate per mezzo di termini y, z etc., chiamiamo tale formulazione una proposizione di riduzione di x in termini di y, z etc. e diciamo che x è riducibile a y, z etc. [...]». Per avvicinarsi poi al modello “condizionale”: «se... allora... se e solo se...». E giungere così all’estremo “cosale” dei segni irriducibili ad altri, e come tali “indefinibili”, perché «[...] il loro significato può essere indicato soltanto con l’effettivo impiego secondo la relazione con la proprietà osservabile, finché chi osserva il comportamento del soggetto che impiega il segno, e sulla base dei suoi abiti di comportamento, arrivi ad afferrare la relazione stessa» (*ivi*, pp. 54-55); come, ad esempio, nel “rosso”, il quale non può essere definito con una proposizione di riduzione, in quanto «il suo significato può essere indicato mostrando cose rosse, designando le cose con gesti e con parole, e avvertendo che il loro colore è ciò che chiamiamo “rosso”» (p. 55). Ma sin qui si tratta di risultati acquisiti. L’interesse aumenta dove l’A. ritiene – pur da prospettiva analitica – che al diritto si addicano non definizioni “reali”, ma o “lessicali” o “stipulative”. Le prime «[...] determina[no] il significato dell’espressione definita in riferimento a un dato uso linguistico» (p. 64); le seconde invece – ed è questa la direzione poi seguita dall’A. (p. 73 ss.) – «[...] prescriv[ono] liberamente un significato» (p. 64). E rispetto ad esse quindi «[...] non giova accusa di errore», giacché «[...] gli argomenti che si possono portare a favore o a sfavore sono soltanto indicazioni e considerazioni riguardanti la sua opportunità [enfasi nostra] in relazione agli scopi [enfasi nuovamente nostra] per cui si userà il concetto definito e agli accordi da stabilire con gli altri» (p. 67). Lungo direttrici che non possono qui tracciarsi, già cominciavano a profilarsi le “rottture” che avrebbero condotto al clima di cui nel testo.

⁽¹⁸⁾ È constatazione diffusa, indubbio essendo, tra l’altro, che Corte costituzionale è «[...]»

e non tanto per la pluralità d'accezioni di cui esso s'è via via caricato⁽¹⁹⁾ (ciò

assai parca – pur nell'abbondanza delle sue decisioni – nell'indicarci col necessario rigore e con coerenza in cosa questa “ragionevolezza” consista» (M. LA TORRE, *Introduzione*, cit., p. 3). Si è parlato allora di: concetto «irriducibile a puntuali paradigmi definitivi» (N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., pp. 12-13 e 64); connotato da “indefinitività” (S. TROIANO, *La “ragionevolezza”*, cit., p. 765); descrivibile solo a mezzo d'un linguaggio “perifrastico” (G. SCACCIA, *Gli “strumenti”*, cit., p. 1); di nozione «sfuggente, polimorfa e ambigua» (ID., *Motivi*, cit., p. 393); rispetto alla definizione del quale ci si cimenta in «[...] compito arduo e forse non del tutto utile» (E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., p. 23), essendo «[...] disperato in partenza il tentativo di riduzione e rappresentazione teorica unitaria» (A. RUGGERI, *Ragionevolezza*, cit., p. 98), perché – in fondo – «[...] è un po' come nuotare nell'oceano» (A. SPADARO, *I diritti della ragionevolezza*, cit., p. 326). Il che probabilmente giustifica lo “scetticismo” e il “disincanto” con cui sovente ci si accosta alla figura (A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza*, cit., p. XII). Si chiosa allora più o meno causticamente: «[...] per quanti sforzi siano stati fatti dalla dottrina, nessuno sia riuscito a fornire una nozione giuridica unitaria di “ragionevolezza”, né tantomeno, del termine “ragionevolezza” in uso nel giudizio di costituzionalità delle leggi, nell'ambito del quale quel concetto – o altro simile – occupa una posizione centrale» (A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., pp. 3-4); «[...] in tutti in tentativi che si sono fatti per dare una definizione sostantiva all'espressione “ragionevolezza”, mi pare si sia incorsi soprattutto in verbalismi o in circoli viziosi che non hanno fatto fare molti passi avanti, né per la conoscenza né per l'azione» (G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio*, cit., p. 179 ss., spec. p. 180; «come che sia, un concetto chiaro e distinto o uno statuto unitario della ragionevolezza non sono stati conseguiti, non solo su di un piano teoretico-filosofico, ma neppure su quello giuridico e, in particolare, su quello della giustizia costituzionale» (F. MODUGNO, *La ragionevolezza*, cit., p. 52).

⁽¹⁹⁾ Ma il profilo non è comunque trascurabile. Si ha invero a che fare con «[...] concetto ad altissimo livello di indeterminatezza semantica, che lascia all'interprete, chiamato a concretizzarlo, un amplissimo margine di libertà» (S. TROIANO, *La “ragionevolezza”*, cit., p. 37); connotato da “polisemia” e da “conseguente polifunzionalità” (A. MORRONE, *Principio*, cit., p. 285). La domanda “che cosa è la ragionevolezza?” si rivela allora «[...] notoriamente ostica, per la varietà di usi che questa nozione ha avuto sia nel discorso filosofico, sia nel discorso filosofico-giuridico, sia infine nel discorso più specificamente giuridico» (G. PINO, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 15-16; e così anche A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza*, cit., p. XI, la quale provocatoriamente s'interroga se non si tratti di una «[...] mera coincidenza linguistica che accomuna settori diversi del pensiero giuridico contemporaneo»). Problema latamente “definitorio” è anche quello sollevato da S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 1, il quale constata che la ragionevolezza è «[...] definita di volta in volta principio, clausola generale, standard, parametro, criterio di valutazione»; quando invece per E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., p. 24, nt. 3, la questione se la ragionevolezza sia, o meno, un “principio” «[...] rileva poco, in quanto conta il modo in cui la ragionevolezza opera come parametro di giudizio, non come viene classificata».

vale ormai per ogni sintagma⁽²⁰⁾), ma per un motivo ben più profondo, e cioè che la proposizione definitoria – quale forma “striminzita” della categoria⁽²¹⁾ – si fonda su strutture logiche consustanziali a quel metodo (puramente) “razionale” che la “ragionevolezza” batte in breccia⁽²²⁾. Funzionali come sono

⁽²⁰⁾ Purché ci s'intenda. E v. U. SCARPELLI, *Il problema della definizione*, cit., p. 68: «immaginiamo due attualisti, uno dei quali usi “diritto” e “morale” nel senso in cui il Gentile usi tali parole, e l'altro usi “diritto” nel senso in cui il Gentile usa “morale” e “morale” nel senso in cui il Gentile usa “diritto”. La loro discussione sul concetto universale del diritto è evidentemente non poco complicata da questa differenza linguistica e sorge tra loro il problema di intendersi sull'uso delle parole come problema diverso da quello di intendersi sui concetti universali». Il primo problema è risolto a mezzo delle “definizioni stipulative” (v., *retro*, nt. 17), il secondo con i “procedimenti speculativi dell'attualismo”. In tema, si rinvia anche ad A. MATTIA SERAFIN, “*Testamento biologico*”: una locuzione da archiviare?, in *Atti dei Seminari a distanza ADP 2020*, in corso di pubblicazione: possiamo anche continuare – “stipulativamente” – a definire le “disposizioni anticipate di trattamento” (l. 22 dicembre 2017, n. 219) come “testamento biologico”, purché ciò non comporti ingiustificate analogie coll'atto *mortis causa*.

⁽²¹⁾ Rileva E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., p. 23, che «la ragionevolezza non appartiene al novero né dei concetti né delle categorie del pensiero, perché non occupa un posto specifico nel loro ambito, ma rappresenta il filo conduttore del ragionamento che porta alla definizione di un caso». Decisiva, in tema, la recente indagine di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*, spec. pp. 11-43, ove alcune generali e significative considerazioni sulla perdita della loro capacità “ordinante”.

⁽²²⁾ V., ad es., G. PALMA, *Le definizioni legislative*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010, p. 153 ss., 154, il quale riporta la struttura base di matrice aristotelica: «lo schema [...] è il seguente: “A è quel B che presenta la caratteristica C”. A è il *definiendum* (ciò che deve essere definito); B è il *definiens* (ciò che serve a definire) e rappresenta il genere del quale A costituisce una specie; C è la caratteristica particolare che distingue A come specie del genere B». V. anche M. ORLANDI, *Del significare*, in ID., *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, Torino, 2020, pp. 3 ss. e 8-9.

M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 15: «ragionevolezza e proporzionalità sono paradigmi di giudizio che superano – senza rinnegarlo – il ragionamento giuridico logico-formale, tipico di una concezione del giudicare in termini sillogistici. Dunque, ragionevolezza e proporzionalità non sono riducibili alla razionalità sillogistico-deduttiva di tipo matematico, alla quale per lungo si è tentato di ricondurre la funzione giurisdizionale nella tradizione di *civil law*» (nella stessa direzione, v. anche G. PERLINGIERI, *Sul criterio*, cit., pp. 1-3; ID., *Profili*, cit., pp. 46-56). Ma cfr. anche la raffinata ricostruzione di C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., pp. 1579-1580, per il quale la ragionevolezza si risolve nella «[...] utilizzazione razionale dei contesti umani nella costruzione

all'identificazione della fattispecie⁽²³⁾, di questa le definizioni condividono la "crisi", e di quest'ultima le cause generatrici⁽²⁴⁾.

Il legislatore stesso, d'altronde, non definisce la ragionevolezza⁽²⁵⁾, ma la *predica* in relazione ad una vasta eterogeneità di figure: indicazioni temporali, oggetti della prestazione, rimedi, connotati soggettivi⁽²⁶⁾. Tuttavia, l'idea di poter ricavare una nozione di ragionevolezza "per astrazione" da tutti quest'indici normativi si risolverebbe in una seconda "chiave" malandata⁽²⁷⁾.

di norme sulla base delle prescrizioni-fonte», e precisamente – p. 1582 – sia nella «[...] costruzione della norma di raffronto (costituzionale), [ch]e nella individuazione della norma raffrontata (legislativa)».

⁽²³⁾ Esempio in tal senso la "definizione della definizione" – con un *calembour* – che prospetta S. LANDINI, *Il ruolo delle definizioni legislative nell'interpretazione del diritto civile*, in AA.VV., *Diritto Privato 2001-2002*, VII-VIII, Padova, 2003, pp. 305 ss., 306: «la definizione giuridica [...] è il risultato di un'operazione logica mediante la quale si individua la fattispecie generale e astratta con cui identificare il contenuto di un dato termine giuridico superando la sua ordinaria polimorfia».

⁽²⁴⁾ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss. (ora in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 19 ss., da cui si cita). Meno nette, in punto, le posizioni di A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla "fattispecie"*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 245 ss., spec. p. 251 ss. e di G. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 15 ss., spec. p. 24. Ma per una diversa declinazione della parola "crisi", da rivedere G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, p. 13 ss., spec. p. 13.

Sulle cause v. ancora N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 26, le identifica – collegandole – nello «[...] innalzarsi dalla legge al diritto: si vuol dire, dalle leggi ordinarie (fissate, ad esempio, nei codici) alle norme costituzionali», e cioè a «[...] norme senza fattispecie, norme che non soddisfano lo schema ipotetico 'se A, allora B', ma assegnano diritti incondizionati, enunciano principi e regole di convivenza, tutelano interessi e beni collettivi»; e nel «[...] salire dal diritto ai valori, cioè a criteri supremi, che si celano o si calano nelle norme costituzionali [...] si celano, se i valori sono intesi come principi storici, creature del tempo, che l'interprete scopre o scova nel fondo delle norme positive [...] si calano, se essi sono insediati fuori dalla storia, dati da sempre e per sempre, e tali che 'si positivizzano', di volta in volta, dentro singole norme».

⁽²⁵⁾ G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., p. 1.

⁽²⁶⁾ G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., p. 13, nonché pp. 9-13. Cfr. anche – per una particolareggiata casistica – S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., pp. 9-12; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza*, cit., pp. XIV-XV; S. TROIANO, *La "ragionevolezza"*, cit., pp. 5-28; Id., *Ragionevolezza*, cit., pp. 766-761.

⁽²⁷⁾ V. N. LIPARI, *Diritto*, cit., pp. 18-19, nonché, chiaramente, S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 9, secondo cui «[...] potrebbe apparire un inutile esercizio di stampo

Non solo per la riferita disomogeneità dei termini cui essa è riferita, né certo – quasiché l'indagine possa risolversi su un piano esclusivamente quantitativo⁽²⁸⁾ – per il numero (comunque tutt'altro che esiguo) delle volte in cui essa è citata nei testi di legge⁽²⁹⁾. Bensì perché delle due l'una: o si ritiene, evidentemente per altra e più alta via⁽³⁰⁾, che la ragionevolezza sia parametro immanente (o quanto meno criterio utile) al sistema giuridico, con la conseguenza che – in riduttivissima prospettiva longitudinale, ma probabilmente chiarificativa – un termine, un prezzo, una spesa o un piano economico-finanziario debbono essere ragionevoli, quand'anche non espressamente qualificati tali; oppure si deve concludere nel senso che *solo* i termini che *expressis verbis* si fregiano di quest'attributo siano tenuti a soddisfarlo, e sempreché non si reputi – ma allora con *abrogatio* tacita dissonante rispetto all'ossequente fedeltà al dato “positivo” da cui si era partiti⁽³¹⁾ – che

positivista la puntigliosa ricerca, compiuta da alcuni “sostenitori” della figura, delle basi testuali nel codice civile e in altre leggi».

⁽²⁸⁾ Rileva giustamente G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 710 – seppure a proposito della buona fede – che «[...] è certo che il peso della regola non dipende tanto dal numero dei riscontri normativi, quanto dal ruolo svolto in ordine a tali riscontri».

⁽²⁹⁾ Ritiene invece A. CATAUDELLA, *L'uso*, cit., p. 758, che tale criterio avrebbe «[...] trovato solo qualche richiamo nel c.c., e più frequenti in norme di leggi di origine comunitaria: comunque non tali da consentire di configurare un principio di ragionevolezza di generale applicazione nei rapporti tra privati». Sul diverso profilo dei rischi di “auto-qualificazione” di una disposizione come “ragionevole” o dotata di “ragionevolezza”, v. D. CARUSI, *Una responsabilità comune*, cit., p. 229, il quale giustamente teme che questo sia «[...] un modo, per i legislatori, di sfuggire alle loro responsabilità, di riversare sugli interpreti le più aspre difficoltà o tensioni politiche, e alla lunga di cospirare all'attenuazione del generale sentimento della legalità». Sulla stessa linea di pensiero v., recentemente, Id., *La legge “sul biotestamento”. Una pagina di storia italiana*, Torino, 2020, pp. 53-54, ove l'A. ha appuntato le sue riserve sulle “declamazioni preambolari” con cui si apre la l. 22 dicembre 2017, n. 219, cit., recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”; ed effettivamente non serve troppo realismo per concordare col fatto che «[...] il legislatore ordinario è sempre tenuto a rispettare le fonti sovra-ordinate; ciò che conta e va sottoposto a verifica è che le rispetti per davvero, meno importante è che assicuri di averlo fatto».

⁽³⁰⁾ Lumeggiata *infra* nel testo.

⁽³¹⁾ Come rileva acutamente P. FEMIA, *Decisori non gerarchizzabili, riserve testuali, guerra tra Corti. Con un (lungo) intermezzo spagnolo*, in L. MEZZASOMA, V. RIZZO, L. RUGGERI (a cura di),

si sia dinanzi ad un orpello che può essere aggiunto o rimosso per gusto estetico, ad una mera “formula ornamentale”⁽³²⁾.

Convieni subito accennare ad una variante, anch’essa non particolarmente persuasiva, di questa seconda “chiave”, e cioè quella che pretende di risolvere ogni problema mercé la menzione in un contesto gerarchicamente sovraordinato – *i.e.*, costituzionale – del criterio di ragionevolezza⁽³³⁾.

V’ha da osservare, in proposito, che la “costituzionalizzazione” d’un concetto non ha la forza di dissipare ogni dubbio in relazione al suo ambito

Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa. Corte costituzionale italiana e spagnola a confronto, Napoli, 2010, pp. 85 ss. e 109-110, vi sarebbe quasi da nutrire “nostalgia” per il positivismo: «sarà stato una macchina di dominio infernale, una struttura per la rimozione dell’origine reale dei poteri, una roccaforte dell’ipocrisia; ma era un ambiente comodo e gradevole per lo ‘scenziato’. Che poteva sentirsi tale combinando qualche assioma e deducendone qualche astrazione – utile all’accademia, poco alla realtà – senza interrogarsi su cosa ci fosse di là dal metodo e da una retorica legittimante. Nostalgia, quindi; e orrore».

⁽³²⁾ Si riportano le felici notazioni di G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 751: «alla ricerca di possibili motivazioni si potrebbe anche essere trascinati a considerare questo atteggiamento un riflesso o una conseguenza dell’ovvietà del modulo, da ritenersi “naturalmente” immanente nel sistema ordinamentale e per ciò non tale da dover essere ufficialmente richiamato e consacrato, o non piuttosto, e tutto al contrario, l’espressione negativa di una chiusura o di un rifiuto nei riguardi del modulo stesso, al quale, a parte quelle quattro eccezioni [artt. 49, 1365, 1711 e 1783 c.c.], se ne sarebbero preferiti altri con in testa quello della buona fede oggettiva. Ma, a ben riflettere, la prima alternativa è troppo presuntuosa [...] d’altro canto l’opposta soluzione che rifiuta *d’emblée* la ragionevolezza è addirittura paradossale, perché in definitiva nega alla radice l’umanismo del diritto».

⁽³³⁾ Così anche J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 347, secondo cui si tratta «[...] in sintesi di una norma non “posta” da alcuna fonte, ma presupposta dal pluralismo delle fonti e della società aperta degli interpreti del diritto, se si vuole una sorta di “Grundnorm” (norma fondamentale) oppure un contenuto elementare della costituzione materiale, una norma che dirige l’interpretazione della costituzione e dell’intero ordinamento giuridico». Viceversa, è (stato) alquanto frequente il riferimento all’art. 3 Cost. al fine di “ancorare” la ragionevolezza al testo della Costituzione: per l’evoluzione, v., tra i molti, P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio*, cit., p. 21 ss., spec. p. 24 ss.; A. AGRÒ, *L’egualianza in transizione*, *ivi*, p. 199 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti”*, cit., p. 27 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 37 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza*, cit., p. 10 ss.; per un’acuta critica, C. ROSSANO, *“Ragionevolezza” e fattispecie di egualianza*, in AA.VV., *Il principio*, cit., p. 169 ss.; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., p. 60 ss.

semanticò⁽³⁴⁾; né, per converso, dall'omessa incorporazione può trarsi argomento per sostenere che a quello debba negarsi in ogni caso cittadinanza; né infine, e tanto meno, per asserire che il silenzio s'identifichi non già coll'indifferenza, ma col rifiuto, dovendosi altrimenti concludere – per venire al nostro caso – che il sistema non solo tolleri, ma addirittura approvi soluzioni “sproporzionate” e “irragionevoli”.

L'indagine comparativa supporta queste conclusioni: la Corte Costituzionale tedesca, ad esempio, non ha mai avvertita come pressante l'esigenza d'individuare una precisa fonte normativa del principio di “proporzionalità”. Secondo Dieter Grimm, tale atteggiamento “taciturno” è riconducibile al fatto che il *Bundesverfassungsgericht* non era consapevole di quanta importanza quel criterio, elaborato sul finire degli anni Cinquanta⁽³⁵⁾, avrebbe poi

⁽³⁴⁾ Sono istruttive, a questo proposito, le esperienze canadese e sud-africana. Quanto alla prima, la sez. I della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* dispone che essa «[...] guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such *reasonable limits* prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society» (corsivo aggiunto). Malgrado tale richiamo, la dottrina – cfr., ad es., L. HARDCASTLE, *Proportionality Analysis by the Canadian Supreme Court*, in M. KREMNIETZ, T. STEINER, A. LANG (a cura di), *Proportionality*, cit., p. 134 ss., 134 – non dubita che la concreta identificazione di tali limiti “ragionevoli” postuli un'ineliminabile attività interpretativa, e quindi chiami in causa non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza, e non è un caso che proprio quest'ultima si sia sentita depositaria d'un tale compito: cfr. il celebre caso *R. v. Oakes* [1986] 1 SCR 103. In relazione alla seconda esperienza – che può essere ascritta al fenomeno del c.d. “costituzionalismo trasformativo”, il quale si propone d'immutare radicalmente realtà sociali complesse mercé l'azione normativa (cfr. K. CLARE, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in *South African Journal of Human Rights*, 1998, p. 146 ss.; ID., D.M. DAVIS, *Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law*, *ivi*, 2010, p. 403 ss.) – la sez. 36^a della Carta fondamentale del 1996, rubricata “Limitation of rights”, prevede che i diritti dei cittadini «[...] may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is *reasonable* and *justifiable* in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors [...]». Tuttavia, la disposizione ricalca fedelmente – e talvolta riporta *verbatim* – le più ampie indicazioni fornite dalla Corte costituzionale sud-africana nel noto caso *S v Makwanyane & Another*, 1995 (3) S 391 (CC) [104], sicché il compito ermeneutico è stato svolto, per così dire *ex ante*, e non, come in Canada, *ex post*.

⁽³⁵⁾ Nella sua forma embrionale, il meccanismo proporzionale (*Verhältnismäßigkeit*) affonda le sue radici nel *Polizrecht* prussiano, a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo; tuttavia,

acquistato; ma non appena questa fu manifesta, «[...] il principio era ormai stato stabilito, cosicché ogni ulteriore indagine sembrò non necessaria»⁽³⁶⁾.

Sperando di nulla togliere all'efficacia dell'immagine, essa merita a nostro avviso d'essere precisata, perché ad uno sguardo superficiale sembrerebbe accreditare l'idea che un criterio possa farsi strada nel mondo del diritto (solo) per mezzo della consuetudine⁽³⁷⁾ e che la sua dignità possa

solo a partire dal secondo dopoguerra, di questo criterio – pur sprovvisto d'una espressa copertura nel testo costituzionale – il *Bundesverfassungsgericht* avrebbe fatto massiccio uso, sin dai noti precedenti *Elfes* del 1957 (BVerfGE 6, 32), *Lüth* del 1958 [BVerfGE 7, 198, che ora può essere letta nel quadro dell'interessante volume P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018, p. 291 ss.] e *Pharmacy* dello stesso anno (BVerfGE 7, 377). Cfr., per un'analitica ricostruzione, A. LANG, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, in M. KREMNITZER, T. STEINER, A. LANG (a cura di), *Proportionality*, cit., p. 22 ss., ove ben si mette in luce – sulla scorta di un'ampia casistica giurisprudenziale della Corte di Karlsruhe – come la misure legislativa debba essere adeguata (*Geeignetheit*), meno restrittiva possibile (*Erforderlichkeit*) e infine giustificata sulla scorta d'un bilanciamento, nel quale la proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn*) assume i contorni dell'adeguatezza (*Angemessenheit*) e della ragionevolezza (*Zumutbarkeit*), nonché D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in *Univ. Toronto Law Journal*, 2007, p. 383 ss.

⁽³⁶⁾ D. GRIMM, *Proportionality*, cit., p. 386. Nel senso che nell'ordinamento tedesco «[...] la proporzionalità dell'azione è considerata un principio generale del diritto cd. *comune* o *inespresso*, implicitamente riconosciuto dalle norme costituzionali», A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., p. 9; e così anche A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni diritto comparato*, in AA.VV., *Il giudizio*, cit., pp. 131 ss. e 149-150, per il quale «da natura stessa del testo costituzionale tedesco ha favorito l'emergere di un approccio interpretativo del tutto originale: la c.d. interpretazione “scientifico-spirituale”, che dispensa la Corte dall'onere di offrire puntuali riscontri letterali alle sue deduzioni, pur se non la dispensa, come è ovvio, dal garantire il rispetto del testo costituzionale».

⁽³⁷⁾ La quale comunque non dev'essere mai sottovalutata, quanto meno per la sua «eccentricità [...] rispetto all'attuale composizione normativa degli ordinamenti» (M.S. GIANINI, *Sulla consuetudine*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1947, p. 89 ss., spec. p. 89). Nella sua relazione col fenomeno linguistico, illuminanti le pagine di un libro recentemente riedito: N. GÓMEZ DÁVILA, *De iure*, a cura di L. Garofalo, Milano, 2019, p. 235 ss., spec. p. 269 ss. [e per una brevissima introduzione biografica alla figura dell'eccelso intellettuale colombiano, A. MATTIA SERAFIN, *Recensione a Nicolás Gómez Dávila, De iure*, L. Garofalo (a cura di), *La Nave di Teseo*, Milano, 2019, in *Jus civile*, 2020, p. 227 ss]. In tema, v. anche l'affascinante itinerario tracciato da R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, *passim*, spec. p. 51 ss.

accrescersi “per ripetizione”, esonerando l’interprete dal verificare in sede applicativa – e, dunque, per definizione, *hic et nunc* – la sua persistente validità e la sua consonanza al diritto (non “vivente” ma) “vigente”: il che, daccapo, non vuol dire cadere nella “trappola nominalistica” della costante ricerca di precisi riferimenti normativi “dati”⁽³⁸⁾ per giustificare il ricorso a parametri, regole, principi, metodi o soluzioni. Ché, se così fosse, non dovremmo – per fare solo alcuni esempi – mai preoccuparci: d’indagare storicamente⁽³⁹⁾ i fenomeni giuridici, trascurando in tal modo che «l’accordo è la definizione del diritto, ma lo schema del suo radicamento temporale è il consenso storico»⁽⁴⁰⁾; o di coglierne gl’impulsi sociologici, così «rivelando pienamente la realtà del diritto che gli schemi ed i simboli più che esprimere celano»⁽⁴¹⁾; o ancora d’indirizzare lo sguardo fuori dai confini nazionali, dedicandoci al “diritto comparato” o, come ha ben rettificato Tullio Ascarelli, al «metodo comparato nello studio dei problemi giuridici»⁽⁴²⁾, la sua finalità essendo non «[...] direttamente la soluzione del caso – che deve

⁽³⁸⁾ Sul punto, v. P. FEMIA, *Decisori*, cit., p. 110, nonché N. LIPARI, *Diritto*, cit., p. 54, per il quale «nel momento in cui si svincola il diritto dalla datità di un sistema di norme poste e lo si riconduce al modo d’essere di un’esperienza [...] viene meno [...] la stessa alternativa tra diritto positivo e diritto naturale, almeno nei modi in cui questa veniva solitamente impostata, dato che viene meno la riconducibilità del primo a ciò che è stato dettato e non a ciò che vive» (in tema, v. anche P. PERLINGIERI, *La ‘grande dicotomia’ diritto positivo-diritto naturale*, in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 13 ss.). Non sembra comunque che perciò la ragionevolezza assuma valenza “extra-sistematica”: ma v. F. VIOLA, *Ragionevolezza, cooperazione e regola d’oro*, cit., p. 112.

⁽³⁹⁾ Coltivando non la “storia”, ma la “educazione storica”: l’una, «[...] pensata come pura scienza e divenuta sovrana, sarebbe una specie di chiusura e liquidazione della vita per l’umanità»; la seconda «[...] è invece qualcosa che è salutare e promette futuro solo al séguito di una forte corrente vitale nuova, per esempio di una cultura in divenire, cioè solo quando viene dominata e guidata da una forza superiore e non quando è essa stessa a dominare e a guidare» (F. NIETZSCHE, *Sull’utilità e il danno della storia per la vita*, Milano, 1973, pp. 15-16).

⁽⁴⁰⁾ N. GÓMEZ DÁVILA, *De iure*, cit., p. 269.

⁽⁴¹⁾ G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, Milano, 2014, p. 75.

⁽⁴²⁾ T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, ora in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 41 ss., 41.

sempre coordinarsi con un diritto determinato –, ma l'allargamento della nostra esperienza»⁽⁴³⁾.

Attività, tutte queste, che infatti nessuna norma “prescrive”⁽⁴⁴⁾, ma che pochi dubitano possano accrescere la dimensione “culturale” del giurista⁽⁴⁵⁾: ne perderà in “purezza”; ne guadagnerà lo spessore delle sue riflessioni⁽⁴⁶⁾.

Tornando a noi, appare dunque condivisibile – in prima battuta – la pro-

⁽⁴³⁾ ID., *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, pp. 157 ss. e 175-176.

⁽⁴⁴⁾ “Doverosità”, che poi altro non è che «conversione analitica dell'obbedienza, depurata dal soggettivismo volontaristico»: v. M. ORLANDI, *Del significare*, cit., p. 27.

⁽⁴⁵⁾ Fin dal periodo della sua “formazione”, come testimoniato nei lavori di una recente e meritoria iniziativa convegnistica: “Sviluppo sociale e attività giuridiche. Istruzione universitaria e formazione”, organizzata il 5 marzo 2021 presso il Senato della Repubblica dalla “Associazione Italiana Notai e Accademia”. In letteratura, v. da ultimo A.A. CARRABBA, *Insegnamento tra tradizione e modernità: ritorno al futuro?*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 632 ss., spec. p. 635: «solo andando oltre l'acquisizione del sapere, ovvero di una cognizione nozionistica e non, e del saper fare, ovvero di una cognizione di tipo applicativo, e quindi solo andando verso un'acquisizione in termini di strumentario culturale e socio-economico si potrà governare la molteplicità degli scenari normativi nella consapevolezza che l'assoluta illuministica certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito, che la più certa delle leggi ha bisogno di letture e interpretazioni sistematiche, che la regola viene (anche) dal basso, che il diritto per definizione è aperto all'avvenire e che pertanto gli anzidetti elementi richiedono operatori preparati ad effettuare “letture” problematiche».

⁽⁴⁶⁾ Instaurando così una dialettica tra i diversi saperi, che può culminare – perché no – in vere e proprie “polemiche”: la mente corre, in relazione al metodo “storico”, a quella che O. DILIBERTO, *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al Code Napoléon (e viceversa)*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, 2019, p. 89 ss., 101, ha definito «una (forse non sopita) querelle», la quale ha visto contrapposti P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, in *Quad. fiorentini*, 1985, p. 401 ss. (ora in ID., *Il dominio e le cose*, Milano, 1992, p. 385 ss.) e O.T. SCOZZAFAVA, *Una lontana replica a Paolo Grossi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 669 ss. (ora in ID., *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, p. 35 ss.).

Acutamente, con riguardo alla “filosofia del diritto”, A.E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1922, p. 234 ss., spec. p. 234: «mentre il filosofo del diritto crede in cuor suo di agevolare il cammino del giurista, invitandolo a sollevarsi in una sfera ben più elevata che non quella del mero tecnicismo, il giurista, invece, nell'intento di conservarsi “puro” il più che sia possibile, crede indispensabile rifuggire da tutto quel che abbia, anche lontanamente, sapor di filosofia: quasi che ciò costituisse il criterio più sicuro per conservare intatte le doti essenziali del vero giurista».

spettiva di chi ha sostenuto che la ragionevolezza «[...] contiene un *invito* al giudice a spalancare la ragione sulla realtà regolata dal diritto, tanto sulle esigenze del caso, quanto sugli effetti generali della decisione, liberandosi dalle limitazioni della ragione astratta e uscendo dalle anguste strettoie della concezione ‘pura’ del diritto che tuttora esplica una grande influenza sulla cultura giuridica»⁽⁴⁷⁾.

La “ragionevolezza”, nella sua funzione “autopoietica”⁽⁴⁸⁾, la quale attenua la frizione col carattere “(de)ontico-costitutivo-performativo” proprio della norma giuridica⁽⁴⁹⁾, si contrappone, dunque, alla (cieca) “razionalità”. A voler prendere in prestito le parole di chi pur prestava credito allo schema della sussunzione⁽⁵⁰⁾, essa nasce allora da un paradossale “travaglio del negativo”⁽⁵¹⁾, inteso come togliimento dell’inaudita aporia insita ora nella

⁽⁴⁷⁾ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 19 (corsivo aggiunto). Propongono definizioni, forse provvisorie, tra gli altri, G. PINO, *Diritti fondamentali*, cit., p. 16: «per ragionevole e ragionevolezza intenderò uno stile di ragionamento ‘inclusivo’, flessibile, compromissorio, ‘mite’, particolaristico, che tende a prendere in considerazione tutte le circostanze in cui una certa decisione deve essere adottata, o un certo comportamento deve essere valutato, incluse le conseguenze (reali o possibili) di quella decisione o di quel comportamento»; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., pp. 7-8: «strumento per individuare la soluzione più adatta ai tempi e alle circostanze, più logica e rispondente alle esigenze economico-sociali del momento, senza eccessive preoccupazioni di conformità della soluzione incentrata sul dato positivo e di obbedienza alle regole di interpretazione della legge», e poi «criterio o canone di valutazione per quanto riguarda il comportamento o di necessaria base del ragionamento (e quindi di un presupposto e di un’esigenza) per quanto concerne la sentenza e l’interpretazione della legge» (p. 21).

⁽⁴⁸⁾ Sul punto, J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 343, per il quale essa «[...] sta nel pretendere un controllo sulle funzioni del legislatore che non degeneri in co-legislazione e nel sottoporre il proprio giudizio alla critica della società aperta degli interpreti della costituzione»:

⁽⁴⁹⁾ Cfr. A. CERRI, *Ragionevolezza*, cit., p. 2. Nella nostra dottrina, restano fondamentali gli studi di G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974; ID., *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979.

⁽⁵⁰⁾ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, Bari-Roma, 1999, p. 180: al “giudice giurista” «[...] come organo della legge il caso dev’essere stato preparato per la possibilità della sussunzione, cioè innalzato, traendolo fuori dalle sue apparenti caratteristiche empiriche, a fatto riconosciuto e a qualificazione universale».

⁽⁵¹⁾ G.W.F. HEGEL, *La fenomenologia dello spirito*, a cura di G. Garelli, Torino, 2008, p. 15.

“multi-dimensionalità” della premessa maggiore⁽⁵²⁾ del pensiero sillogistico – dovuta, primariamente, all’odierno articolarsi delle fonti del diritto⁽⁵³⁾, peraltro legittimantisi non più «[...] in funzione esclusiva del procedimento di posizione dell’enunciato [...] ma [...] per così dire di riflesso, dal modo di determinarsi dell’effetto all’interno di un tessuto sociale individuato»⁽⁵⁴⁾ – ora nella sua errata individuazione, ora, e addirittura, nella sua stessa “lacuna”⁽⁵⁵⁾.

Ma, in termini più tecnici, la ragionevolezza – com’è stato convincentemente dimostrato – può assumere ora la forma della “clausola generale”, quand’è espressamente richiamata come tale⁽⁵⁶⁾, pur non confondendosi con le altre⁽⁵⁷⁾, ora la forma di un “criterio argomentativo”, rappresentando così

⁽⁵²⁾ Come ha ben avvertito T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato*, cit., pp. 166-167, «è dalla diversità delle premesse che derivano le nostre divergenze interpretative ed è il succedersi di principi diversi nell’interpretazione di norme che pur rimangono identiche che spiega quell’evoluzione del diritto in via interpretativa che poi sembra difficilmente negabile a posteriori»; ché, d’altra parte, «[...] se le nostre dispute attenessero solamente alle deduzioni logiche da premesse rigorosamente identiche, esse non avrebbero portata pratica nell’applicazione perché, ammessa la rigorosa identità della premessa, la portata di questa non potrebbe che essere costante nella applicazione alla realtà». V. già N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 3 ss., 10: «la mancanza di accordo sulle premesse fa sì che discorsi logicamente impeccabili possano portare a conclusioni incompatibili le une con le altre», nonché G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quad. fiorentini*, 2002, p. 865 ss., 868 e, sul radicale “mutamento dei criteri di selezione testuale”, da ultimo, P. FEMIA, *Decisori*, cit., p. 115 ss.

⁽⁵³⁾ Per tutti, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008; sulla connessione dei due aspetti, ID., *Diritto*, cit., p. 33, nonché F. MODUGNO, *La ragionevolezza*, cit., p. 9. Osserva ora C. CASTRONOVO, *L’aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Jus civile*, 2016, p. 421 ss., 422, che «[...] l’art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale è stato *schiantato* dalla Costituzione repubblicana» (corsivo aggiunto), sicché «[...] anche il più ortodosso cultore della scansione tradizionale delle fonti del diritto non può negare che la rappresentazione dell’ordinamento sia come intero sia nelle sue partizioni non può essere ridotta al dato legislativo» (così a p. 429).

⁽⁵⁴⁾ N. LIPARI, *Le fonti*, cit., p. XII.

⁽⁵⁵⁾ G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., pp. 97-103. Cfr. anche il § successivo.

⁽⁵⁶⁾ Sul punto, E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., p. 25 ss.

⁽⁵⁷⁾ Per la distinzione, ad es., con la buona fede, l’abuso e l’equità, v. G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., p. 125 ss. In tema, con vari accenti, S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 29 ss., spec. p. 117 ss.; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza*, cit., p. 139 ss.; S. TROIANO, *La “ragionevolezza”*, cit., p. 331 ss.; ID., *Ragionevolezza*, cit., p. 781 ss.; E. GIORGINI, *Ragionevolezza*,

«[...] il filo conduttore di ogni ragionamento giuridico che conduce alla definizione di un caso attraverso la composizione, il contemperamento, il bilanciamento tra opposti interessi e valori secondo le direttive dell'ordinamento vigente, storicamente individuato»⁽⁵⁸⁾.

Perché il momento della “unità” non è dato *a priori*, ma *a posteriori*⁽⁵⁹⁾ o, ancora meglio, visto che lo *a posteriori* di oggi può diventare lo *a priori* di domani⁽⁶⁰⁾, *durante* l'incessante attività ermeneutica, sollecitata dalla dialettica euristica⁽⁶¹⁾ tra norma e fatto; la quale ultima è in grado d'evitare l'estremistica separazione – che solo il disincantato acume di Guido Rossi avrebbe potuto così nitidamente focalizzare – secondo cui «i fatti sono ogni volta diversi, le norme sempre identiche»⁽⁶²⁾.

cit., p. 145 ss.; F. MAZZARELLA, *Riflessioni*, cit., p. 94 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., p. 29 ss.; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, cit., p. 375 ss.; G. D'AMICO, *Clausole*, cit., p. 435 ss., spec. p. 452 ss.

⁽⁵⁸⁾ G. PERLINGIERI, *La 'grande dicotomia'*, cit., pp. 136-137; ID., *Sul criterio*, cit., p. 37, nt. 96. V. anche, per la negazione che la ragionevolezza sia un “principio”, F. MODUGNO, *La ragionevolezza*, cit., p. 55 ss.

⁽⁵⁹⁾ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 347: «da ragionevolezza non disgrega, ma aggrega i diritti e i poteri in una costituzione, la cui unità diventa sempre meno un fondamento dato “a priori” e sempre più invece un compito di fondazione e rifondazione, un risultato “a posteriori” degli sforzi di composizione dei principi e valori» (v. anche, nella stessa direzione, G. SCACCIA, *Gli “strumenti”*, cit., pp. 13-14).

⁽⁶⁰⁾ T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 351 ss., 355: «[...] la formulazione della norma costituisce il ponte sempre da costruire tra un passato e un futuro; vive appunto nel momento di questo passaggio e perciò a sua volta, superata l'applicazione, si riduce a sua volta a “passato”, a elemento in funzione del quale tornerà, per nuova applicazione, a formularsi la norma; a “precedente”».

⁽⁶¹⁾ È quella che P. GROSSI ha recentemente definito la *invenzione* del diritto: v. ID., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

⁽⁶²⁾ G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p. 114. Si può anche sostenere, come ha fatto autorevolmente L. PALADIN, *Esiste un “principio di ragionevolezza” nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio*, cit., p. 163 ss. (e poi più distesamente in ID., *Ragionevolezza*, cit., p. 899 ss.), che la ragionevolezza sia una mera “formula verbale”, ossia una di quelle «[...] espressioni alle quali non corrisponde un concetto od una nozione ben determinata» (ID., *Esiste*, cit., p. 163). Ma ciò non risolve il problema: se s'intende l'impossibilità di “definire” il concetto, valga quanto sopra detto; se, invece, si vuole sottolineare un carattere proprio della sola “ragionevolezza”, valga rammentare come non sia financo da escludere

3. — *Una vicenda giudiziale d'intermezzo.*

A questo punto, si potrebbe obiettare che ci si è inerpicati su vette speculative troppo elevate, o che si sta facendo questione di sottigliezze denominative, indulgendo ad un'erudizione che finisce per esacerbare l'elitarizzazione dell'Accademia, sganciandola definitivamente dalla realtà. Proviamo allora a smentire l'assunto con l'esame d'una recente vicenda, originata da una sentenza del Tribunale di Roma⁽⁶³⁾, che ci aiuterà a ipostatizzare la concettualità.

che tutto il diritto si risolva nella dimensione linguistica. V., da ultimo, N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Napoli, 2020, *passim*, spec. p. 20; nonché M. ORLANDI, *Istituzione e linguaggio*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2020, p. 301 ss., spec. p. 332 e, *ivi*, l'intrigante nt. 94, la quale – con significativi richiami alla teoresi di E. Severino – si apre così: «il diritto è linguaggio; ma il linguaggio non è 'tutto' [...]». Su questa linea – oltre ovviamente ad A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013; ID., *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I-II, Torino, 2015 – è da vedere una recente, corposa indagine, declinata in chiave applicativa: A.M. GAROFALO, *Le regole costitutive del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Napoli, 2018, *passim*, spec. p. 19 ss., ove riferimenti a J.L. Austin e a J.R. Searle.

⁽⁶³⁾ Trib. Roma, 18 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2013, p. 783 ss., con nota di R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei Tribunali italiani*; in *Notariato*, 2014, p. 63 ss., con nota di C. ROMANO, *Vincolo testamentario di destinazione ex art. 2645-ter c.c.: spunti per ulteriori riflessioni*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 83 ss., con nota di A. AZARA, *La disposizione testamentaria di destinazione*. In commento alla pronuncia ora cit., v. anche A.C. DI LANDRO, *I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. Alcune questioni nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza*, *ivi*, 2014, p. 727 ss., spec. p. 739 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Notariato*, 2014, p. 11 ss.; A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale (una "lettura" per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 177 ss., spec. p. 178 ss. (sul tema, ora ampiamente anche ID., *Disposizioni testamentarie e destinazioni*, Napoli, 2020, *passim*); E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 253 ss., spec. p. 264; V. BARBA, *Disposizione testamentaria di destinazione*, in *Foro nap.*, 2016, p. 325 ss., spec. p. 331 ss. Anteriormente, v. R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1717 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 161 ss., 164 ss.; M.I. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, pp. 11 ss. e 13 ss.; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 321 ss., spec. p. 336 ss.; M. IEVA, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-ter c.c.) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. not.*, 2009, p. 1289 ss.; L. NONNE, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e delle*

La pronunzia ora citata ha escluso che il vincolo di destinazione *ex art.* 2645-*ter* c.c. possa essere costituito per testamento, sulla scorta di una serie di poco convincenti “deduzioni”.

Vediamone una. Nella norma appena cit. il legislatore discorre genericamente di “atti in forma pubblica” quali validi titoli destinatori, ma non indica espressamente quello *mortis causa*, diversamente da quanto fa per le fondazioni (art. 14, 2° comma, c.c.), il fondo patrimoniale (art. 167, 1° comma, c.c.) e il *trust* (art. 2, 1° comma, l. 16 ottobre 1989, n. 364).

Menzionando gli “atti”, v’includerebbe allora solo i bilaterali, come sarebbe inoltre provato sia, *a contrario*, dal – successivo e posteriore⁽⁶⁴⁾ – art. 2645-*quater*, il quale invero fa parola degli «atti di diritto privato, anche unilaterali»⁽⁶⁵⁾, sia dalla collocazione del nuovo -*ter*: essendo posto «dopo la disposizione sulla trascrizione dei contratti e prima della disciplina della trascrizione della divisione»⁽⁶⁶⁾, esso non potrebbe alludere che a fattispecie men che contrattuali.

Queste argomentazioni non sono solo “letterali” (circostanza in sé certo

donazioni, diretto da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, I, 2ª ed., Padova, 2010, pp. 147 ss. e 170 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, p. 447 ss., spec. p. 518 ss. (e già prima, A. PALAZZO, *I trusts in materia successoria*, in *Vita not.*, 1996, p. 671 ss.; ID., *Successione, trust e fiducia*, *ivi*, 1998, p. 770 ss.; ID., *Trusts e interesse all'ambulatorietà dell'attribuzione gratuita*, in *Trusts*, 2000, p. 170 ss.; ID., *Arte stipulatoria e funzione del notaio nell'attività negoziale di trasferimento della ricchezza familiare*, in *Vita not.*, 2001, p. 445 ss.; ID., *Apparenza e pubblicità degli acquisti mortis causa e trans mortem*, in *Familia*, 2005, p. 53 ss. e in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, II, p. 709 ss.); F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in AA.VV., *Le disposizioni testamentarie*, dir. da G. Bonilini e coord. da V. Barba, Torino, 2012, p. 163 ss.; post-sentenza del 2013, A. DE DONATO, *Vincolo testamentario di destinazione. Sistema rimediale e annualità successive*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, II, Torino, 2014, p. 241 ss.; S.P. CERRI, *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*, Padova, 2014, p. 113 ss., spec. p. 159, nt. 98, ove spunti comparatistici fra trust e patto di famiglia; ID., *Trust e azione revocatoria nella recente giurisprudenza di merito*, in *Trusts*, 2015, p. 137 ss.; L. NONNE, *Fondamento sistematico, natura giuridica e disciplina della clausola penale testamentaria*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, pp. 263 ss. e 299 ss.

⁽⁶⁴⁾ “Topograficamente”, ossia nell’ordine del codice e “Cronologicamente”, essendo l’articolo stato introdotto dall’art. 6, d.l. 2 marzo 2012, n. 16.

⁽⁶⁵⁾ Trib. Roma, 18 maggio 2013, cit.

⁽⁶⁶⁾ Trib. Roma, 18 maggio 2013, cit.

non deprecabile), ma denunciano un vizio ben più pregnante: si reggono, cioè, sulla convinzione che il “sistema” non sia un prodotto della faticosa, “sisifea” attività interpretativa⁽⁶⁷⁾, ma un reticolato di disposizioni entro il quale poter fare giochi di simmetria alla *tetris*⁽⁶⁸⁾.

Si sostiene infatti, *more geometrico*, che: *i*) il vincolo *ex art. 2645-ter*, il fondo patrimoniale, la fondazione e il *trust* configurano delle fattispecie destinatorie; *ii*) le norme regolanti gli ultimi tre istituti menzionano il testamento, al contrario della novella inserita nel libro VI; *iii*) *ergo*, il vincolo non può essere costituito testamentariamente⁽⁶⁹⁾. Ma la norma parla di “atti” in generale! Niente da fare, soccorre un’ulteriore argomentazione che – in modo francamente bislacco – è definita “*ex post*”⁽⁷⁰⁾: *i*) l’art. 2645-*ter* è “vicino” all’art. 2645-*quater*⁽⁷¹⁾; *ii*) quest’ultima norma parla di atti “anche unilaterali”, la prima solo di “atti”; *iii*) *ergo*, essa esclude quelli unilaterali, tra cui il testamento⁽⁷²⁾. È finita qui? No, il Tribunale non intende certo sottrarsi alla sfida del ragionamento “sistematico”⁽⁷³⁾. Ed ecco che: *i*) l’art. 2645-*ter* è collocato tra gli artt. 2643 ss. e 2646 (quest’ultimo inopinatamente preso come norma *ad quem*)⁽⁷⁴⁾; *ii*) essi alludono a contratti (il che peraltro non è vero: a tacer

⁽⁶⁷⁾ T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 352. E ciò «con tutte le difficoltà che discendono dalla necessità di dover radicalmente sovvertire i tradizionali modelli ricostruttivi ai quali eravamo stati educati, sostituendo ad un diritto che ci veniva consegnato in una sua prefabbricata struttura alla quale era necessario adeguarsi, un diritto che si presenta semmai come ‘progetto’ che dobbiamo, in qualche misura, contribuire a realizzare [...]» (N. LIPARI, *Diritto*, cit., p. 16).

⁽⁶⁸⁾ D’altronde, la dimensione intra-codicistica della valutazione sembra collidere col «[...] punto di vista di chi insegna che solo nella Costituzione e negli altri precetti costituzionali vanno individuati i parametri di confronto della validità delle leggi; onde non possono ipotizzarsi altre cause di invalidità oltre quelle ricavabili da tali testi» (A. SANDULLI, *Il principio*, cit., p. 567).

⁽⁶⁹⁾ Ma così già M. IEVA, *La trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 1296.

⁽⁷⁰⁾ Trib. Roma, 18 maggio 2013, cit.

⁽⁷¹⁾ Questo *step* non è esplicitato, ma ovviamente presupposto: la “vicinanza” potrebbe essere sia sistematica, che tematica.

⁽⁷²⁾ Trib. Roma, 18 maggio 2013, cit.

⁽⁷³⁾ Ma in dottrina così già G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 164.

⁽⁷⁴⁾ In M. IEVA, *La trascrizione di atti di destinazione*, cit., pp. 1290-1291, la notazione sembrava avere, giustamente, tenore solo descrittivo.

d'altro, basti por mente – e qui non v'è chi non veda lampante contraddizione – all'art. 2645-*quater*); *iii*) l'art. 2645-*ter* regola i soli contratti, e dunque non il testamento.

Questi “ragionamenti” (i primi due più del terzo) sono pienamente “razionali” – si fondano, d'altronde, sul tranquillizzante brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – ma totalmente “irragionevoli”⁽⁷⁵⁾.

A nulla, probabilmente, sarebbe valso obiettare, come ha fatto un'attenta dottrina⁽⁷⁶⁾, che il “mitico personaggio”, quando intende escludere la costituzione d'un qualcosa per testamento, lo fa espressamente (arg. *ex art.* 2821 c.c.), sicché si dovrebbe presumere – per dirla da liberale d'Ottocento – non

⁽⁷⁵⁾ Così anche R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione*, cit., p. 787. Torna a profitto anche l'osservazione generale di G. SCACCIA, *Ragionevolezza*, cit., p. 179: «la ragionevolezza, in quanto fondata sul ragionamento problematico, ha consentito di superare le rigidità applicative del formalismo metodologico di matrice positivista, che rappresentava il diritto come un sistema anassilogico, dominato al suo interno da una razionalità matematica e interamente riducibile al complesso delle disposizioni scritte». Sulla distinzione tra “razionalità” e “ragionevolezza” – esemplarmente – R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., p. 153, secondo cui «[...] la ragionevolezza include la razionalità, mentre la razionalità non include la ragionevolezza». E cfr. anche G. VOLPE, *Razionalità, ragionevolezza e giustizia nel giudizio sull'uguaglianza delle leggi*, in AA.VV., *Il principio*, cit., p. 193 ss., spec. p. 196; F. MODUGNO, *La ragionevolezza*, cit., pp. 82-83; A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza*, cit., p. 382; A. PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità*, cit., p. 47; M. LA TORRE, *Introduzione*, cit., pp. 1-2; C. BERNAL PULIDO, *Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza*, cit., p. 310; S. BERTEA, *Certezza del diritto e ragionevolezza della decisione*, cit., p. 165; E. GIORGINI, *Ragionevolezza*, cit., p. 24; A. CERRI, *Ragionevolezza*, cit., p. 1.

In merito al richiamato brocardo, per R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione*, cit., p. 786, «l'autorità giudicante si [è fatta] ammalare dalla suggestione, di matrice eminentemente formalista», compendiata nella massima citata, confidando nella «[...] presunzione assoluta ruotante attorno alla granitica simmetria tra l'intenzione del legislatore e il testo». Nello stesso senso critico, A. AZARA, *La disposizione testamentaria di destinazione*, cit., p. 87; V. BARBA, *Disposizione testamentaria di destinazione*, cit., p. 332; A.C. DI LANDRO, *I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., pp. 743-745. È infatti di tutta evidenza che «[...] proprio i criteri interpretativi diversi da quello letterale, e utilizzati in funzione della *ratio legis* quale elemento sostanziale, possono condurre a sottolineare che la *lex ora minus dixit plus voluit ora plus dixit minus voluit*: così v. già P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in *Id.*, *Scuole*, cit., p. 273 ss., da cui si cita, p. 282.

⁽⁷⁶⁾ A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale*, cit., p. 79.

già che sia illecito ciò che non è concesso, bensì lecito ciò che non è vietato⁽⁷⁷⁾. Superfluo ci appare allora proseguire su questa linea compromissoria, pagando il riscatto ai rapitori della ragionevolezza, in quanto il teorema finisce da sé «[...] con il ripiegare su se stesso, come un edificio innalzato sulle sabbie mobili»⁽⁷⁸⁾.

Confrontiamoci allora con una seconda e non meno pericolosa argomentazione del Tribunale romano, svolta sempre al fine di escludere la costituzione con atto per causa di morte⁽⁷⁹⁾. Riproducendola direttamente nella sua forma scomposta, essa suona così: *i*) l'art. 2645-ter (figura “eccezionale”) deroga all'art. 2740 c.c. (regola “generale”); *ii*) «non [ne] appare consentita un'interpretazione estensiva, oltre i limiti tracciati dalla norma»⁽⁸⁰⁾.

Questo spunto deduttivo desta subitanea preoccupazione⁽⁸¹⁾ anzitutto perché espunge dai moduli argomentativi a disposizione dell'operatore giuridico la più che legittima interpretazione “estensiva”, pur essendo lecito dubitare, dal contesto, se il giudice non avesse, in verità, come bersaglio, quella “analogica”, preclusa – nella sua ottica – dall'art. 14 disp. prel. c.c.⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁷⁾ Esempiarmente, J.È.M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, trad. it. a cura di R. Calvo, Napoli, 2013, p. 86, secondo cui «[...] la libertà civile consiste nel diritto di fare ciò che la legge non proibisce», sicché «[...] si considera permesso tutto ciò che non è proibito». Già F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, cit., p. 165, rilevava che «[...] se è vero che il testamento non viene espressamente menzionato dall'art. 2645-ter, è altresì vero che esso non viene nemmeno escluso».

⁽⁷⁸⁾ R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione*, loc. cit.

⁽⁷⁹⁾ Trib. Roma, 18 maggio 2013, cit.

⁽⁸⁰⁾ Trib. Roma, 18 maggio 2013, cit. Ma, in questo senso, già M. IEVA, *La trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 1297.

⁽⁸¹⁾ In senso critico, anche R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione*, loc. cit.; e A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale*, cit., pp. 189-190.

⁽⁸²⁾ Sempre, si badi, indossando gli “occhiali” del giudice romano, perché – per poco che si raffini l'indagine – è evidente che «[...] interpretazione estensiva e analogia fanno parte, strumentalmente e funzionalmente, di un processo fondamentalmente unitario, essendo l'interprete necessariamente chiamato ad integrare l'immanente portata storica, logica ed assiologica implicita nell'astratta ipotesi normativa, con la conseguenza che è impossibile ritrovare sul piano strutturale un criterio sicuro di distinzione tra i diversi momenti in cui l'intervento dell'interprete tecnicamente si realizza»: così N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione*

La laconicità dell'assunto non consente invero d'intravedere neppure quale sia il termine da "estendere": duellando a pari armi formalistiche (*genus-species*), può dirsi senza tema di smentita che la dizione "atti in forma pubblica" comprende (quanto meno) il "testamento pubblico", cosicché non v'è da "dilatare", bensì da "restringere"⁽⁸³⁾. L'unica via – sempre in uno sforzo d'immedesimazione – è allora collegare l'argomento con quello precedente, relativo all'art. 2645-*quater* (v. *supra*). E, giunti sin qui, solo il buon gusto può aver indotto a non versare su carta il seguente *iter*: *i*) l'art. 2645-*ter* parla di "atti", mentre l'art. 2645-*quater* menziona gli atti "anche unilaterali"; *ii*) si profila la possibilità d'interpretare "estensivamente" l'art. 2645-*ter*, o "analogicamente" il -*quater*; *iii*) l'una opzione è preclusa – senza alcun nesso,

dell'analogia, in *Riv. trim.*, 2011, p. 1 ss., ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 59 ss., 63-64., da cui si cita. Ma nello stesso senso, P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica*, cit., p. 292 ss., spec. p. 292, ove si chiarisce che «l'eccezionalità della norma è non un *prius* ma un *posterius* della sua interpretazione sistematica ed assiologica» e 293, ove conseguentemente si sottolinea l'intracciabilità dei confini tra *casus decisis*, *casus dubius* e *casus omissus*.

Nella direzione della preclusione, v. però A. AZARA, *La disposizione testamentaria di destinazione*, cit., p. 87: «sembra, infatti, condivisibile la tesi che considera le disposizioni eccezionali insuscettibili di applicazione analogica, ma interpretabili estensivamente. Il predicato di eccezionalità impedisce al giudice di aver riguardo a quella norma per risolvere la controversia che "non può essere decisa con una precisa disposizione". Esso, tuttavia, non preclude la mera estensione del modello normativo eccezionale ad ipotesi che, *prima facie*, sembrerebbero da esso non considerate».

⁽⁸³⁾ E invece no: «l'argomento letterale che fa leva sulla riconducibilità del testamento pubblico alla categoria degli atti pubblici prova troppo» (così Trib. Roma, 18 maggio 2013, cit.). Negandosi, per tale via, «[...] la straordinaria forza attrattiva del termine "atto", capace di includere non solo il contratto, ma anche l'atto unilaterale *inter vivos* e *mortis causa*» [così, efficacemente, A. AZARA, *La disposizione testamentaria di destinazione*, cit., pp. 88-89, nonché, in giurisprudenza, già Trib. Reggio Emilia, decr., 26 marzo 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 114, con nota di C. MURGO, *Accordi tra coniugi separati e vincolo di destinazione ex art. 2645 ter cod. civ., tra autonomia negoziale e segregazione patrimoniale nell'interesse della prole*: «proprio per la centralità riconosciuta all'autonomia negoziale privata, la locuzione impiegata all'inizio dell'art. 2645-*ter* cod. civ. deve, perciò, essere riferita al *genus* dei negozi (atti e contratti) volti ad imprimere vincoli di destinazione ai beni, purché stipulati in forma solenne; del resto, il successivo richiamo all'art. 1322, comma 2, cod. civ., dimostra che la norma concerne certamente anche i contratti» (p. 114)].

come appresso nel testo – dall’art. 2740 c.c., l’altra (si può supporre) dall’art. 14 disp. prel. c.c., contravvenendosi altrimenti al singolarissimo divieto che impedisce di trasportare la norma “eccezionale”, ossia quella che menziona gli atti unilaterali (art. 2645-*quater*), a quella “generale”, la quale invece, non nominandoli, li avrebbe implicitamente, ma sicuramente esclusi (art. 2645-*ter*), con la ciliegina sulla torta delle doti divinatorie del legislatore del 2006: come non presagire nell’aria che, sei anni dopo, sarebbe stato introdotto l’inciso “anche unilaterali”?

Una cogitazione che voleva essere “logica” mostra tutta la propria “illogicità”, la quale sta essenzialmente in ciò, che per valutare una questione di “forma” del titolo costitutivo, si guarda allo “effetto della destinazione”. E allora l’assurdo sottotesto – quanto pragmatismo dietro la logica! – sembra quasi diventare: l’ordinamento riprova la separazione patrimoniale, e dunque riduciamo il novero dei titoli costitutivi (*meno* titoli, *meno* separazioni). Senza considerare, a sottolineare nuovamente l’importanza della “scelta” della premessa maggiore⁽⁸⁴⁾, come sia da revocare in serio dubbio che tra i due commi ordinati nell’art. 2740 c.c. corra un rapporto di “regola-eccezione”, come parrebbe suggerire una loro lettura “monadica”, e cioè avulsa dal sistema; il quale invece stimola, specialmente in chiave evolutiva, una riqualificazione in termini di “specialità” delle separazioni patrimoniali⁽⁸⁵⁾.

Quest’ultima notazione consente d’avvicinarci a capire che altro sarebbe stato valutare *ragionevolmente* – e cioè in “autotutela” contro «ogni eccesso di

⁽⁸⁴⁾ V. § precedente, in fine.

⁽⁸⁵⁾ Piena adesione meritano le osservazioni critiche di V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 49 ss., spec. pp. 54-55 (ribadite in ID., *Disposizione*, cit., p. 334, nt. 22), il quale avalla tale conclusione «[...] non soltanto riguardando i numerosi casi nei quali storicamente, mano a mano, ciò è stato previsto, ma, soprattutto, riferendomi alla non più recente disciplina sull’atto di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela. La quale, in ragione della generalità dello strumento che essa appresta, mi pare capace di elevare la separazione a effetto generale di tutte le destinazioni opponibili ai terzi, o da fungere essa stessa da paradigma di ogni possibile isotopo di destinazione per interessi meritevoli di tutela». In tema, ampiamente M. PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011, p. 67 ss.

formalismo»⁽⁸⁶⁾ – se il vincolo *ex art.* 2645-ter possa, o meno, puntualizzarsi in una scheda testamentaria. Valutando, ad esempio, se non vi sia «incoerenza sistematica»⁽⁸⁷⁾ – questa sì – tra il negare che il testamento possa assurgere al rango di valido veicolo, e l'ammettere, ad un tempo, la costituzione tramite atto *inter vivos*⁽⁸⁸⁾, magari per un lunghissimo periodo di tempo dopo la morte del costituente⁽⁸⁹⁾; se la via “indiretta” del *modus* non consenta, pur nella diversa dinamica effettuale che si diparte dall'atto, di sortire a valle quegli stessi effetti che, accecati dal pre-giudizio verso la costituzione immediata, si giudicavano non perseguibili⁽⁹⁰⁾; se – soprattutto – una valutazione dei diversi interessi in concorso non possa e, quindi, debba imporre una diversa soluzione. Considerando, sotto quest'ultimo profilo, e a scapito invece di quello “strutturale”⁽⁹¹⁾, che, da un lato, l'autonomia testamentaria, quale straordinario strumento di manifestazione della persona (art. 2 Cost.)⁽⁹²⁾, non meritava d'essere ulteriormente mortificata e, dall'altro, che non si ponevano i tanto agitati problemi di tutela del ceto creditorio (art. 41 Cost.).

Evidente essendo che l'atto di destinazione non è affatto idoneo a sterilizzare la garanzia generica, perché il creditore “posteriore” dovrà limitarsi

⁽⁸⁶⁾ Sono parole di J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 347.

⁽⁸⁷⁾ A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale*, cit., p. 183.

⁽⁸⁸⁾ Così, esattamente, R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., p. 1725, nt. 25.

⁽⁸⁹⁾ A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale*, cit., pp. 183-184.

⁽⁹⁰⁾ A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale*, cit., p. 184; R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione*, loc. cit.

Sull'utilizzo del *modus*, v., per tutti, F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, cit., p. 166 ss.

⁽⁹¹⁾ Così, chiaramente, anche L. NONNE, *Fondazioni*, cit., p. 177, nt. 101: «solo puntuali discrasie tra le normative citate possono comportare l'inidoneità del testamento a produrre effetti destinatori compatibili con la programma attribuzione in via successoria delle proprie sostanze da parte del disponente, dovendosi evitare di declamare in via generale la suddetta inidoneità sulla base di una incompatibilità di struttura che, derivata dalla formulazione testuale della norma, viene meno se si considera la tipologia degli effetti che essa consente».

⁽⁹²⁾ Per non appesantire l'andamento del testo, rinviamo ad A. MATTIA SERAFIN, *Profili ricostruttivi della sospensione dalla successione ex art. 463-bis c.c.*, in *Studi in memoria di Remigio Perchinunno*, in corso di pubblicazione, nt. 3, ove anche riferimenti bibliografici.

a prendere atto della consistenza patrimoniale quali- e quanti-tativa del debitore, essendo i suoi beni, a termini dell'art. 2740 c.c., non già “presenti” o “futuri”, ma – come con arguzia s'è scritto⁽⁹³⁾ – “passati”, là dove quello “anteriore” troverà al proprio arco le frecce, più o meno tradizionali⁽⁹⁴⁾, d'ogni suo “collega”.

Non v'è, cioè, divergenza da qualsivoglia altro atto dispositivo⁽⁹⁵⁾ e, dunque, a ragionare in logica *mortis causa*, da un banalissimo legato di specie (art. 649, 2° comma, c.c.), in guisa che la tutela dei creditori resterà affidata alla “classica” *separatio bonorum*⁽⁹⁶⁾, e quella dei legittimariî alla non meno tradizionale azione di riduzione⁽⁹⁷⁾. Nulla, quindi, “ragionevolmente” ostava e osta all'ammissibilità della costituzione del vincolo *ex art. 2645-ter* a mezzo di testamento⁽⁹⁸⁾,

⁽⁹³⁾ V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, cit., p. 336.

⁽⁹⁴⁾ Sul problema, F. MACARIO, *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, in *Atti di destinazione. Guida alla redazione*, Studio civilistico n. 357-2012/C, approvato dal Consiglio nazionale del notariato il 13 settembre 2012, in CNN Notizie, 17 settembre 2012, p. 60 ss., spec. p. 72 ss.

⁽⁹⁵⁾ F. MACARIO, *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 73; V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, loc. cit.; A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale*, cit., p. 190.

⁽⁹⁶⁾ V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, loc. cit.; A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale*, cit., p. 192.

⁽⁹⁷⁾ Per questo profilo, anche in relazione al rapporto con l'art. 549 c.c., cfr. V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, cit., p. 346 ss.; A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale*, cit., p. 196 ss.; A. DE DONATO, *Vincolo testamentario di destinazione*, cit., p. 247 ss.

⁽⁹⁸⁾ Piuttosto, v'era da interrogarsi se all'uopo fosse sufficiente la forma olografa, domanda alla quale occorre rispondere in senso – minoritario (v. F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, cit., p. 166) ma – positivo, poiché la soluzione contraria «[...] sarebbe lesiv[a] della libertà di testare, del *favor testamenti* e del principio dell'assoluta fungibilità delle forme testamentarie, configurando, altresì, l'unica ipotesi (*rectius*: eccezione) nella quale una fattispecie negoziale non può essere realizzata mediante forme testamentarie diverse da quella pubblica»: così G. PERLINGIERI, *Il controllo di “meritevolezza” degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 25, nt. 79 (richiamato anche da V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, cit., p. 331, nt. 15), non giustificandosi il diverso trattamento con quello della scrittura privata autenticata, da trascrivere *ex art. 2657 c.c. Contra*, MI. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, cit., p. 14, per i quali s'imporrebbe, invece, un costante filtro di legalità da parte del notaio, insurrogabile dai – meglio: indifferibile in sede di redazione dei – verbali di pubblicazione *ex art. 620 ss. c.c.*; ma nel senso

e il ceto notarile non deve e non dovrà trovare remora nello “spauracchio” dell’art. 28 l.n.⁽⁹⁹⁾.

4. — *Il ruolo “complementare” della proporzionalità. “Nomosemia” ≠ “monosemia”. Proporzionalità irragionevole, e ragionevolezza non proporzionale.*

Complice il lungo e accalorante esempio, ci siamo attardati sulla ragionevolezza, senza ancora indirizzare la riflessione alla proporzionalità, della quale pure ci eravamo ripromessi di discorrere.

La circostanza ha un che d’indicativo, di sintomatico: appare, cioè, influenzata da un indirizzo dottrinale qualificato, che – non solo nel diritto civile – tende ad assegnarle una funzione di “complementarità” rispetto alla ragionevolezza. S’è infatti avuto modo di notare che «[...] la proporzionalità consiste nella giusta proporzione, quantificazione, e quindi configura un parametro *ulteriore* e *successivo* rispetto a quello di ragionevolezza (intesa come astratta giustificabilità), una diversa modalità di valutare l’entità dell’interesse patrimoniale, ovvero la misura della sua protezione giuridica in comparazione e bilanciamento con quella di altri interessi»⁽¹⁰⁰⁾.

che «[...] se tale fosse la preoccupazione, essa dovrebbe sussistere in relazione a tutta una serie di altri atti in cui parimenti sarebbe opportuno servirsi dell’opera di un professionista qualificato», condivisibilmente, R. QUADRI, *L’art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, loc. cit.

⁽⁹⁹⁾ V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, cit., p. 350. In tema, si v. anche A.A. CARRABBA, *Nullità, funzione nomofilattica e sanzioni disciplinari. Gli atti “espressamente proibiti dalla legge” di cui all’art. 28 l. n. 89/1913. Colloquio con la giurisprudenza*, Napoli, 2018, nonché i contributi raccolti in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi*, Torino, 2011.

⁽¹⁰⁰⁾ P. PERLINGIERI, *Equilibrio*, cit., p. 449 (corsivi aggiunti) e, nello stesso esatto senso, G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., p. 139, così come, recentemente, G. VILLANACCI, *Ragionevolezza*, cit., pp. 690-691; ID., *Il rapporto*, cit., p. 136. La visione, con varietà tonali, è condivisa da molti altri studiosi, e v.: N. LIPARI, *Diritto*, cit., p. 19, per il quale vi sarebbe “impossibilità” d’intendere la ragionevolezza come “mero criterio di proporzionalità”; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell’ordinamento internazionale*, cit., pp. 349-350 e 369: «[...] la tecnica argomentativa della ragionevolezza è quella di porre a confronto la disciplina giuridica

In questa prospettiva, come s'è avuto modo d'anticipare (cfr., *supra*, § 1),

di due diverse fattispecie alla luce di una generale esigenza di razionalità nella produzione normativa», mentre «[...] la tecnica argomentativa della proporzionalità p invece quella di porre direttamente a confronto una regola o un comportamento con gli interessi che esso è teso rispettivamente a realizzare e comprimere»; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, cit., p. 444, a detta del quale la proporzionalità, diversamente dalla ragionevolezza, «[...] è applicabile ai provvedimenti sfavorevoli al destinatario ma non ai provvedimenti favorevoli (che siano lesivi dei terzi) o al diniego di provvedimento favorevole»; E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 23: «legislatore e corti devono [...] collaborare e coordinarsi nella tecnica del bilanciamento di interessi, secondo ragionevolezza e proporzionalità, che non può mai riferirsi al puro caso, ma sempre al sistema delle regole nella sua capacità di evolvere attraverso la spinta del caso e alla luce dei principi»; G. SCACCIA, *Ragionevolezza*, cit., p. 197, secondo cui la proporzionalità sarebbe una “costola” dello scrutinio di ragionevolezza, e cioè uno dei suoi «modi argomentativi tipici», perché mentre «[...] la proporzionalità vaglia la ragionevolezza della legge rispetto allo scopo, la ragionevolezza misura la razionalità rispetto ai valori» (v. anche, ampiamente, già ID., *Gli “strumenti”*, cit., p. 263 ss.); S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., pp. 206-207: «la *proporzione* (e l'ambito applicativo del suo principio) si distingue fundamentalmente dalla *ragione* (e dall'ambito applicativo del suo principio), in quanto tende ad imporsi come *misura neutrale*, o più propriamente come *metodo di misurazione oggettiva*»; A. CERRI, *Ragionevolezza*, cit., p. 10, poiché quando la proporzionalità «[...] investe non solo il “se” una certa restrizione è possibile, ma anche il “quanto”, allora può trascendere in una sorta di bilanciamento continuo fra i beni considerati (la c.d. proporzionalità in senso stretto, *Verhältnismaessigkeit in engeren Sinne* [...]» (corsivi originali); A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., p. 322: «[...] mentre, attraverso la verifica di ragionevolezza, l'amministrazione valuta la “qualità” degli interessi al fine della corretta ponderazione degli stessi, cioè compie un percorso volto alla “giustificabilità” della scelta, ponendo in essere, quindi, una verifica di massima sulla non incongruità dell'uso del potere discrezionale, attraverso la valutazione di proporzionalità, l'amministrazione vaglia la adeguata “intensità” dell'uso del potere discrezionale, operando una misurazione del potere in relazione all'adeguatezza del sacrificio imposto all'interesse privato per il perseguimento del fine pubblico», sicché in termini sincopati – p. 323 – la ragionevolezza implica un «[...] accertamento sulla “qualità” della ponderazione», mentre la proporzionalità una «[...] verifica della giusta “quantità” del potere esercitato». *Contra*, R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., pp. 155-156: «[...] la ragionevolezza, nel suo significato più stretto di diritto costituzionale, si identific[a] con il principio di proporzionalità. Se questa tesi risultasse giusta, ne deriverebbero due vantaggi: il primo consisterebbe nella possibilità di associare all'idea della ragionevolezza, insieme con i tre principi parziali del principio della proporzionalità, dei chiari criteri di carattere formale. Il secondo consisterebbe nella possibilità di distinguere detti criteri dagli argomenti sostanziali molto differenziati che sono da addursi nel discorso di diritto costituzionale nel quadro dell'applicazione del principio di proporzionalità».

la proporzionalità “nazionale” assuma una valenza più ristretta rispetto alla *proportionality* diffusa nel contesto globale.

A tale riguardo, occorre rimarcare che la *proportionality analysis* – d’ora innanzi, anche PA – si articolerebbe, secondo un modello “sequenziale” ormai pressoché standardizzato, in quattro *subtests*: *i) worthy purpose*: la “compressione” del diritto dev’essere funzionale alla promozione d’un pubblico interesse; *ii) suitability*: occorre verificare l’esistenza d’una “connessione razionale” tra i mezzi e lo scopo generale perseguito; *iii) necessity*: v’è da accertare che *non* vi siano altri e più “efficienti” strumenti per realizzare il fine medesimo; *iv) strict proportionality* (o *balancing*): è, infine, necessario “soppesare” il beneficio conseguito con le “limitazioni” cagionate ad altri, e concorrenti diritti⁽¹⁰¹⁾.

È allora evidente che quest’ultimo *step* ingloba profili valutativi e di bilanciamento, che viceversa appaiono estranei alla proporzionalità “strettamente considerata” (all’italiana) e, invece, più aderenti ad un sindacato di ragionevolezza⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. T. STEINER, A. LANG, M. KREMNIETZER, *Introduction*, cit., pp. 2-3.

⁽¹⁰²⁾ L’idea è confermata dalla lettura di un passo di A. BARAK, *Proportionality Effect: the Israeli Experience*, in *University of Toronto Law Journal*, 2007, p. 369 ss. e 382: «the third step is based on a test of values. If we see reasonableness, as I do, as a balancing standard between conflicting principles, then the third step does insert an aspect of reasonableness into proportionality. This is an advantage. It does not replace the other steps; they are of great importance, and they introduce clarity and order in rights limitation. But without the third step there is no proper protection of rights». Ma nello stesso senso, specificamente, L. DI GREGORIO, *L’identità strutturale tra il principio di ragionevolezza e il Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza*, cit., p. 237 ss., nonché G. SCACCIA, *Ragionevolezza*, cit., p. 195; A. CERRI, *I modi*, cit., pp. 157-158; D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in AA.VV., *Il principio*, cit., p. 121 ss. e 128; A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza*, cit., p. 375. In diversa prospettiva, v. invece C. BERNAL PULIDO, *Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza*, cit., p. 320, il quale collega la ragionevolezza al *sub-test* di “idoneità”.

Ciò vale, a maggior ragione, nella sua dimensione di “giustizia”, seguendo la tripartizione affacciata da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 147 ss. e riproposta, con qualche precisazione, in ID., *Su tre aspetti*, cit., p. 179 ss., spec. p. 184 ss., il quale tuttavia non si sente di dare una risposta netta – mentre essa va probabilmente data in senso positivo, pur comprendendosi la sincerità del dubbio – al quesito se «[...] il giudizio di ragionevolezza come giudizio di giustizia sia riconducibile integralmente al campo giuridico positivo, sia pure di un positivismo così particolare come è quello costituzionale».

Ciò – sia detto per inciso – non deve spaventare: quand’anche venisse adottato lo stesso, esatto modello di *proportionality*, «l’identità di contenuto fra molteplici diritti statali non va scambiata con l’unità di un solo e comune diritto»⁽¹⁰³⁾; la “nomosemia” non è mai “monosemia”, ma la diversità, per contro, non esclude di profilare alcune comuni linee tendenziali⁽¹⁰⁴⁾.

Proseguiamo allora nella nostra indagine. La Corte costituzionale italiana è stata tradizionalmente meno incline ad adottare un approccio bipartito, come quello poc’anzi tratteggiato, sconfinando talvolta in vere e proprie “sovrapposizioni terminologiche”⁽¹⁰⁵⁾, come – paradigmaticamente – quando ha affermato che «[...] l’automatismo della sanzione disciplinare è *irragionevole*, contrastando con il principio di *proporzione*, che è alla base della *razionalità* che informa il principio di *eguaglianza*»⁽¹⁰⁶⁾; tuttavia, in pronunzie più recenti, s’è invece avvicinata alla partizione binaria proposta in dottrina⁽¹⁰⁷⁾.

Sulla ragionevolezza come “giustificatezza della giustizia”, già G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 753.

⁽¹⁰³⁾ N. IRTI, *Nóμος e Lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, in *Riv. dir. cin.*, 2016, p. 589 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Preziose le indicazioni di S. TROIANO, *La “ragionevolezza”*, cit., pp. 159-161.

⁽¹⁰⁵⁾ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 2.

⁽¹⁰⁶⁾ Corte cost., 21 gennaio 1999, n. 2, in *Giur. cost.*, 1999, p. 13, con nota di A. SANDULLI, *L’illegittimità costituzionale delle sanzioni disciplinari “automatiche”* (corsivi aggiunti). Ma v. già Corte cost., 1° giugno 1995, n. 220, in *Giur. it.*, 1996, p. 44, ove poteva leggersi che la “proporzionalità” «[...] rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.)».

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. già, tra le varie, Corte cost., 23 novembre 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 1893, con nota di A. GHIRIBELLI, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture al vaglio della Corte costituzionale*. Ma esemplare, in tal senso, è la sentenza relativa al c.d. caso Ilva. V. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro it.*, 2014, c. 441; in *Ambiente e sviluppo*, 2013, p. 631, con nota di V. CAVANNA, *Ilva: criterio di ragionevolezza e bilanciamento dei diritti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 867, con nota di M. MAZZOTTA, *Il “caso Ilva” al vaglio della Corte costituzionale*: «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come ‘primari’ dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice

La prospettiva nazionale, che dunque nella sua versione più moderna ed evoluta tende a riservare ai nostri due criteri un autonomo significato, merita condivisione, specialmente in relazione agli spazi ermeneutici dischiusi dalla loro interazione⁽¹⁰⁸⁾.

Si pensi all'efficace esempio d'un omicidio realizzato in rappresaglia ad un altro, o ancora alla scelta – ispirata all'ipocrita motto *separate but equal* – di dividere in egual misura bianchi e neri all'interno degli autobus durante le segregazioni razziali: soluzioni “proporzionate”, ma sicuramente “irragionevoli”⁽¹⁰⁹⁾. E, per fare l'esempio opposto, si pensi ad un'imposta la cui aliquota cresca all'aumentare della base imponibile, in forza dei principi di capacità contributiva e progressività⁽¹¹⁰⁾ affidati all'art. 53 Cost., il quale – insieme ad altri (artt. 36, 38, 42, 97 Cost.⁽¹¹¹⁾) – s'è detto evocare l'idea di proporzionalità.

A ben vedere, esso potrebbe configurare un'ipotesi d'istituto “ragionevole”, ma “non proporzionale”. Invero, un'imposta si definisce “progressiva” quando il suo ammontare aumenta in modo più che proporzionale al

delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di *proporzionalità* e di *ragionevolezza*, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (corsivi aggiunti).

⁽¹⁰⁸⁾ Cenno in A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., p. 360.

⁽¹⁰⁹⁾ G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., pp. 141-142. Per simili esemplificazioni, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 207 ss.

⁽¹¹⁰⁾ In chiave tributaristica, G. FALSITTA, *Il principio della capacità contributiva. Nel suo svolgimento storico prima e dopo la Costituzione repubblicana*, Milano, 2014; in quella civilistica, P. PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 724 ss., ora in *Id.*, *Scuole*, cit., p. 135 ss.

⁽¹¹¹⁾ P. PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, cit., pp. 449-450. L'art. 97 Cost. – su cui v. spec. M. MASSA, *L'art. 97 Cost. tra ragionevolezza e riforme*, cit., p. 263 ss. – è richiamato anche da A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., p. 194, il quale menziona altresì l'art. 113 Cost. (p. 319), mentre G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., p. 140, nt. 359, aggiunge gli artt. 3, 56 e 57 Cost., là dove F. MODUGNO, *La ragionevolezza*, cit., p. 20 richiama i soli artt. 36, 37, 38 e 42 Cost. Per riferimenti europei, con corredo giurisprudenziale, v. G. SCACCIA, *Proporzionalità*, cit., p. 7 ss., spec. p. 18, ove l'interessante rilievo per cui la Corte di Giustizia UE si è spesso astenuta dall'entrare nel *sub-test* di *strict proportionality*, poiché le allora prevalenti «[...] libertà mercantili si sottraevano al bilanciamento con diritti civili e sociali ritenuti di rango inferiore, e anzi venivano a conformare anche posizioni giuridiche che avrebbero meritato una diversa ricostruzione in un'ottica non meramente economicista».

crescere dell'imponibile⁽¹¹²⁾; tuttavia, la deroga ampliativa è giustificata dalla ragionevolezza, perché – come avvertito da una dottrina sensibile alla lettura costituzionale del diritto tributario – l'art. 53 Cost. «[...] non può essere isolatamente considerato, dovendo essere esaminato alla luce dell'intero sistema costituzionale»⁽¹¹³⁾. E, quindi, posto in costante tensione con gli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.)⁽¹¹⁴⁾, con l'eguaglianza “formale” e “sostanziale” (art. 3 Cost.), col diritto di difesa (art. 24 Cost.)⁽¹¹⁵⁾, con l'esigenza d'assicurare a sé (*Existenzminimum*) e alla propria

⁽¹¹²⁾ G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, 6ª ed., Torino, 2018, p. 71.

⁽¹¹³⁾ G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, cit., p. 54.

⁽¹¹⁴⁾ In questo senso, v. Corte cost., 24 luglio 1986, n. 212, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 974, secondo cui «l'art. 53 Cost., nel disporre che ‘tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche, in ragione della loro capacità contributiva’, considera il contribuente non già quale titolare di una posizione giuridica attinente al suo patrimonio, da difendere dalle conoscenze e ingerenze altrui; al contrario, la norma crea un legame di natura solidaristica, in senso lato, tra i consociati, tutti chiamati ad assicurare il complesso delle entrate necessarie per il perseguimento delle finalità collettive» (così anche Corte cost., 18 febbraio 1992, n. 51, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 2087). In dottrina, v. le sempre perspicue precisazioni di G. FALSITTA, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, pp. 249-250, secondo cui alla “progressività” non potrebbe comunque attribuirsi una “connotazione immancabilmente redistributiva”, in quanto sta comunque «[...] alle scelte (politiche) concernenti la spesa ridurre le diseguaglianze, elevando il tenore di vita dei meno abbienti», sicché «[...] se, in ipotesi, i maggiori introiti procacciati dalla imposta progressiva vengono dispersi in spese inutili (guerre di conquista, burocrazie faraoniche ecc.) l'effetto benefico viene a mancare».

⁽¹¹⁵⁾ *Ex multis*, Corte cost., 31 marzo 1961, n. 21, in *CED Cassazione*, 1961; Corte cost., 16 maggio 1968, *ivi*, 1968; Corte cost., 12 aprile 1989, n. 184, in *Giust. civ.*, 1989, p. 1527; Corte cost., 23 novembre 1993, n. 406, *ivi*, 1993, p. 334; Corte cost., 29 gennaio 1998, n. 5, in *Giur. cost.*, 1998, p. 32; Corte cost., 12 marzo 1998, n. 55, *ivi*, p. 643; Corte cost., 24 luglio 1998, n. 336, in *Giust. civ.*, 1999, p. 375; Corte cost., 15 ottobre 1999, n. 386, in *Vita not.*, 1999, p. 1509; Corte cost., 5 ottobre 2001, n. 333, in *Giur. it.*, 2002, p. 694.

Sull'eguaglianza formale: Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 3, in *CED Cassazione*, 1957. Su quella sostanziale si può così registrare l'evoluzione: Corte cost., 12 luglio 1965, n. 69, in *CED Cassazione*, 1965; Corte cost., 3 febbraio 1986, n. 28, in *Giur. cost.*, 1986, p. 150; Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 207, in *Giust. civ.*, 1988, p. 1402; Corte cost., 10 maggio 1999, n. 154, in *Fam. dir.*, 1999, p. 539, con nota di R. CARAVAGLIOS, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*; Corte cost., 11 ottobre 2012, n. 223, in *Foro it.*, 2012, c. 2896; Corte cost., 23 gennaio 2014, n. 6, *ivi*, 2014, c. 646; in *Vita not.*, 2014, p. 353; Corte cost., 15 maggio 2015, n. 83, in *Foro it.*, 2015, c. 2263. Ha scritto efficacemente P. BORIA, I

famiglia (*Familienexistenzminimum*), per mezzo della retribuzione, un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.), con l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e, infine, con la tutela della proprietà, da cui lo spinoso problema dei tributi c.dd. espropriativi (art. 42 Cost.)⁽¹¹⁶⁾.

Ma per venire ad un esempio civilistico in cui “ragionevolezza” e “proporzionalità” co-operano (e avrebbero dovuto com-porsi) nella decisione del caso concreto, si pensi alle recenti ordinanze c.dd. “gemelle” della Consulta in tema di caparra confirmatoria “iniqua”, colle quali si è affermato che il giudice può rilevare officiosamente la nullità (totale o parziale) d'una tale pattuizione per contrasto con l'art. 2 Cost., nonché col canone della buona fede, cui si attribuisce *vis normativa*⁽¹¹⁷⁾. Ebbene, se avessimo fatto sedere il

principi costituzionali dell'ordinamento fiscale, in A. FANTOZZI (a cura di), *Diritto tributario*, Milano, 2012, p. 59 ss., che «la progressività si presenta come un valore consonante con l'interesse fiscale dello Stato comunità, in quanto diretto ad esprimere la funzionalizzazione del sistema tributario verso un disegno generale di evoluzione della società orientato verso un modello di coesistenza connotato dalla logica delle pari opportunità»; nello stesso senso, P. PERLINGIERI, *Eguaglianza*, cit., p. 152, secondo cui «[...] il prelievo fiscale è quindi strumento di giustizia sociale e di promozione civile; l'attuazione effettiva dell'art. 53 è presupposto indispensabile per la realizzazione dei valori costituzionali, in primo luogo della giustizia sociale e di un efficiente sistema di sicurezza sociale. Sarebbe una distorsione del sistema vigente, pretendere di attribuire la funzione riequilibratrice tipica della giustizia sociale realizzabile mediante il prelievo fiscale ad interventi occasionali sui singoli e sporadici rapporti tra cittadino e cittadino o tra lo stesso cittadino e lo Stato quando agisce *iure privatorum*».

⁽¹¹⁶⁾ G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, cit., p. 51; spec. ID., *Ragionevolezza*, cit., pp. 47-48. Per un analogo e convincente esempio, tolto dall'art. 36 Cost., v. G. SCACCLIA, *Ragionevolezza*, cit., pp. 197-198, secondo cui «[...] dove si arresta la proporzionalità, entra in campo la ragionevolezza per prescrivere che ogni retribuzione, indipendentemente dall'intrinseco valore dell'opera prestata, sia comunque adeguata a garantire un'esistenza libera e dignitosa».

Una diversa lettura del problema in S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., pp. 108-110.

⁽¹¹⁷⁾ Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3770, con nota di F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di “penale” e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*; in *Foro it.*, 2014, c. 382 ss., con osservazioni di F.P. PATTI (v. anche ID., *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 685 ss.); Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, c. 2036, con note di E. SCODIFFI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, di R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e di G. LENER,

giudice romano (v. § precedente) dietro la scrivania di quello costituzionale, è probabile che avrebbe fatto capo allo stanco ritornello, secondo cui la norma “eccezionale” (art. 1384 c.c.) non era suscettibile d’applicazione “analogica” al caso non previsto (art. 1385 c.c.)⁽¹¹⁸⁾; operazione, questa, in sé non vietata, purché non si trascuri d’indagare se tra l’uno e l’altro istituto corrano, e in caso positivo quali, differenze strutturali e funzionali⁽¹¹⁹⁾.

Viceversa, sembra essersi compreso che quell’articolo – a ragionare in questi termini – non era affatto dotato di “eccezionalità”, in quanto attuativo del principio di proporzionalità⁽¹²⁰⁾. Tuttavia, la soluzione proposta dal giudice delle leggi è “proporzionale”, ma (“inadeguata” e) “irragionevole”, nella misura in cui profila una sanzione eccessiva – la nullità – che omette di temperare i diversi interessi in concorso⁽¹²¹⁾ e, più specificamente, di valutare se il “giusto rimedio” nel caso concreto fosse quello “conservativo-manutentivo”, anziché “ablativo”⁽¹²²⁾.

Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva? Per un commento a entrambe le ord. cit., v. anche G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *Contratti*, 2014, p. 926 ss.; v. anche N. IRTI, *Per una concezione normativa dell’autonomia privata*, in *Jus civile*, 2018, p. 376 ss., spec. p. 381 ss., ove un interessante riferimento all’art. 41, 2° comma, Cost.

⁽¹¹⁸⁾ Obiezioni anche in F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, cit., p. 691.

⁽¹¹⁹⁾ Sul punto, v. G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, cit., pp. 929-930.

⁽¹²⁰⁾ Ciò non sembra escludere che la caparra possa essere ridotta solo in caso di “manifesta eccessività”, come ha argomentato F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, cit., pp. 706-707; ma v. anche G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p. 934.

⁽¹²¹⁾ G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., p. 35, nt. 65.

⁽¹²²⁾ P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 3 ss. Per altri riferimenti, anche in punto di “giustizia contrattuale”, si rinvia ad A. MATTIA SERAFIN, *“Straordinarietà” e “imprevedibilità” dell’evento pandemico ex art. 1467 ss. cod. civ.*, in G. SCALESE (a cura di), *Pandemia, normazione dell’emergenza e interventi socio-economici*, Cassino, 2020, p. 359 ss., spec. pp. 364, nt. 14 e 367, nt. 20. Significative note critiche sulla tendenza ad impostare problemi tra loro eterogenei in chiave “rimediale” in L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 583 ss., spec. p. 604 ss., ove gli “incubatori” di tale sopravvalutazione vengono identificati nella tendenza alla “effettività” e nella centralità della responsabilità civile, con le relative ricadute giurisprudenziali.

Gli esempi ci hanno aiutato a comprendere come la “ragionevolezza” perda la propria vaghezza, perché essa si “relativizza” e, soprattutto, “relazionalizza” i diversi “inter-essi” all’interno d’un dato momento storico⁽¹²³⁾, in seno a un preciso ordinamento giuridico, e ai suoi valori guida (art. 101, 2° comma; 54, 1° comma; 18 disp. trans. fin. Cost.)⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²³⁾ Usa il termine “relativizza”, G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., pp. 16-17; Id., *Sul criterio*, cit., pp. 9-10.

Sulla valenza “relazionale” della ragionevolezza, v. – dalla prospettiva del “metalinguaggio” – R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., p. 152, il quale rimarca che «l’argomento: “Questa legge è costituzionale perché ragionevole” è vuoto e, quindi, cattivo quanto l’altro che asserisce: “Questa palla è rossa perché è vero che è così”». Cfr. anche A. CORASANTI, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Il principio*, cit., p. 265 ss., 271, secondo cui «non ha senso [...] stabilire se una norma sia in è ragionevole o irragionevole: la definizione postula il confronto della norma con un valore, e particolarmente con un valore costituzionale, e spesso postula il bilanciamento fra più valori»; A. SANDULLI, *Il principio*, cit., p. 566, per il quale, coerentemente, «[...] l’irragionevolezza va colta (e suole esser colta) pure, e precipuamente, nel contesto del sistema legislativo, unitariamente inteso», perché «[...] una disposizione, per sé non irragionevole nel momento della emanazione, può diventare tale in virtù della successiva integrazione del sistema conseguente all’introduzione in esso di nuove statuizioni»; A. SPADARO, *I diritti della ragionevolezza*, cit., p. 335, che contrappone la logica “relazionalistica” sia a quella “assolutistica (rigidamente vetero-giusnaturalistica)”, che a quella “relativistica (in particolare iperpositivistica)”. In questo senso, v. anche – esemplarmente – Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, cit.: «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

“Inter-esse” rappresenta una “mediazione della (e nella) mediazione”, perché – come nota recentemente M. ORLANDI, *Del significare*, cit., p. 36 – è la stessa idea di “inter-esse” a evocare la “medianità”.

⁽¹²⁴⁾ Non è dunque vero – come invece sostiene R. POSNER, *The problematics of moral and legal theory*, in *Harvard L. Rev.*, 1997, p. 1637 ss., spec. p. 1694 – che «many moral principles have no backing from law», perché, ad esempio, «[...] lying is not a tort or a crime, and charity is not a legal duty»: la beneficenza non è certo un dovere (arg. ex art. 782 c.c.), ma, quanto meno nel nostro ambito, a noi pare che, prim’anche dei principi, siano (almeno) gli artt. 1337, 1338 e 1892 c.c. a inibire dal dire il falso.

5. — *Dal sequential allo integrative approach. “De-strutturazione” del paradigma valutativo, “certezza” del diritto, “prevedibilità” e “controllo”.*

A questo punto, occorre interrogarsi in ordine ai potenziali benefici di quel modello “sequenziale” o “progressivo”, tratteggiato al principio del paragrafo precedente, e al quale – nell’ambito d’una recente, e serissima indagine⁽¹²⁵⁾ – sono state mosse significative riserve⁽¹²⁶⁾.

In linea teorica, il *sequential approach* presenta senz’altro il vantaggio della “analiticità”, consentendo ai giudici – e, più in generale, agl’interpreti – di «[...] frammentare questioni complesse [...] in una pluralità di sub-questioni, che possono essere esaminate separatamente»⁽¹²⁷⁾.

Tuttavia, quest’astratta affermazione – a voler evocare la scivolosissima distinzione poundiana tra *law in the books* e *law in action* – non s’è potuta non misurare colla pratica delle Corti di quei Paesi, che professano la loro adesione a tale modello. Discostandosi dalle costruzioni dottrinali, esse mostrano infatti di contravvenire ad una rigorosa “progressività” in una duplice direzione: in primo luogo – come può agevolmente desumersi dal fatto che non è dato registrare un rapporto *one failure per failure decision* – l’analisi non viene arrestata una volta constatato l’esito negativo d’uno degli *step* della PA, sicché quest’ultima viene portata alla sua naturale conclusione; in secondo luogo, la stretta “gradualità” appare osteggiata dal fatto che uno degli ele-

⁽¹²⁵⁾ Si tratta del già citato lavoro M. KREMnitzTER, T. STEINER, A. LANG (a cura di), *Proportionality*, cit., *passim*, nel quale un gruppo di studiosi, d’estrazione alquanto diversificata, s’è proposto di verificare – nel corso di un progetto sessennale finanziato dall’Unione Europea, i cui lavori sono confluiti nel riferito, corposo e prestigiosamente edito tomo – l’impatto del criterio di *proportionality* nell’ambito delle Corti di vertice d’ordinamenti altrettanto eterogenei, ossia quelli tedesco, canadese, sud-africano, israeliano, polacco e indiano. Ed esaminando in particolare, 114 *case* per la Germania (2000-2017), 120 per il Canada (1986-2017), 101 per il Sud-Africa (1995-2017), 161 per Israele (2006-2015), 100 per la Polonia (2010-2015) e 98 per l’India (2014-2016).

⁽¹²⁶⁾ Compendiate in T. STEINER, A. LANG, M. KREMnitzTER, *Comparative and Empirical Insights into Judicial Practice. Towards an Integrative Model of Proportionality*, in IDD. (a cura di), *Proportionality*, cit., p. 542 ss.

⁽¹²⁷⁾ K. MÖLLER, *Proportionality*, cit., p. 727.

menti del *test – worthy purpose, suitability, necessity* o *strict proportionality* – tende nettamente a prevalere sugli altri, non a caso frequentemente sorvolati⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁸⁾ Così, ad es., in Germania, ove: il *sub-test* della *Zumutbarkeit* è ritenuto il più rilevante, e non è un caso che la maggior parte delle leggi sottoposte allo scrutinio della Corte costituzionale non sia sopravvissuta proprio a tale ultima verifica; i profili della *suitability* e della *necessity* vengono sovente obliterati; la decisione raramente è assunta prima d'essere entrati nella citata fase di *strict proportionality*. Cfr., al riguardo, D. GRIMM, *Proportionality*, cit., p. 389, nonché A. LANG, *Proportionality*, cit., p. 44, ove un'esplicita conferma in relazione alle pronunzie considerate nella sua indagine (cfr., *supra*, nt. 125). Viceversa, in Canada, l'elemento più significato – e, indi, quello idoneo a determinare più assiduamente l'incostituzionalità della misura – è la *necessity* (o *minimal impairment*): cfr. L. HARDCASTLE, *Proportionality*, cit., p. 154, il quale riporta l'altissima percentuale – 92% – rispetto alle sentenze prese in esame. La circostanza, peraltro, non appare casuale. In Germania, le valutazioni di “adeguatezza” e “ragionevolezza” consentono al giudice delle leggi di estendere il proprio perimetro cognitivo di là da strette valutazioni di mezzo a fine, considerando tutti gl'interessi coinvolti nel caso concreto (così A. LANG, *Proportionality*, cit., p. 103). Viceversa, in Canada – ove la transizione da un sistema di *parliamentary supremacy* ad uno di *constitutional supremacy* si è perfezionata assai più recentemente, e cioè con il *Constitution Act* del 1982 (v. L. HARDCASTLE, *Proportionality*, cit., p. 136) – è verosimile ritenere che la Corte, al fine di scongiurare le accuse di “attivismo giudiziale”, specialmente ove siano coinvolte posizioni di rilevanza “sociale”, finisca per “accelerare” il percorso motivazionale, come se il fatto di non aver potuto neppure perfezionare tutte le fasi del *test* possa accrescere (l'asserita incontrovertibilità e quindi la) “accettabilità politica” delle sue decisioni: è questa una delle spiegazioni di ID., *Proportionality*, cit., p. 155; ma in questo senso v. già – chiaramente – D. GRIMM, *Proportionality*, cit., p. 394, per il quale «the outside observer gets the impression that the Canadian Supreme Court avoids the third step out of fear that a court might make *policy* decisions at this stage rather than *legal* decisions» (corsivi aggiunti). Per altro verso, non è da trascurare come molti dei *cases* considerati dai giudici nord-americani afferissero a situazioni giuridiche tutelate in diritto penale (il 43% di quelle esaminate da L. HARDCASTLE, *Proportionality*, cit., p. 151), e come le misure esaminate si ponessero in più o meno esplicito contrasto con la fondamentale presunzione d'innocenza, affidata alla Sezione 11, lett. *d*), della *Charter*, sicché esse apparivano *prima facie* illegittime, senza (apparente) necessità di procedere al bilanciamento (cfr. ID., *Proportionality*, loc. cit.). Analoghe riflessioni possono essere formulate per il Sudafrica. Dall'analisi di un cospicuo numero di casi, è emerso, infatti, che la *Konstitutionele Hof van Suid-Afrika* osserva sì, in linea generale, il modello “sequenziale”, ma – per quanto dichiarati di conformarvisi in modo “globale” (così, ad es., in *S v Manamela & Another*, 2000, 3, SA 1, CC, 32) – spesso finisce per enfatizzare il profilo strettamente “valoriale” e “valutativo” (ossia la proporzionalità in senso stretto), a scapito di elementi più formali e *value-neutral*, come l'attitudine della misura a raggiungere lo scopo, o la possibilità di realizzare quest'ultimo attraverso misure meno invasive: cfr. R. STACEY, *Proportionality Analysis by the*

Appare verosimile ritenere che questo *modus procedendi*, teso ad allontanar-

South African Constitutional Court, in M. KREMNIETZ, T. STEINER, A. LANG (a cura di), *Proportionality*, cit., p. 193 ss., spec. pp. 196-197. Ma anche in tal caso, la peculiare modulazione del paradigma decisionale appare pienamente coerente con la natura delle situazioni sottoposte all'esame della Corte Costituzionale, nonché con il contesto situazionale entro il quale essa si trova ad operare. Infatti, molte delle leggi, emanate nel periodo della *Apartheid*, erano rimaste formalmente in vigore anche dopo il momento costituente, in difetto d'una loro espressa abrogazione. In spregio al (nuovo) dettato della *Supreme Law of the Land*, esse – com'è intuibile – ledevano in modo macroscopico i diritti della persona: non casualmente, *equality*, *due process* e *access to court* (cfr. le sez. 9, 35 e 34 della Costituzione sud-africana) sono stati i settori predominanti ad ingenerare i giudizi di legittimità costituzionale (R. STACEY, *Proportionality*, cit., pp. 207-208), con una percentuale d'accoglimento – nelle vertenze relative a tali, primari diritti – prossima al 100% (*ivi*, p. 209; e v. p. 217 per le percentuali totali, comunque significative, ossia 83 su 101): e in due terzi dei casi complessivi, la censura ricadeva proprio sulla *strict proportionality* (*ivi*, p. 218). E lo stesso deve dirsi per il caso polacco. La struttura della PA osservata dal *Trybunał Konstytucyjny* è pienamente “sequenziale”, e i due *subtest* più rilevanti sono quelli di *necessity* e di *strict proportionality*: cfr. A. SLEDZINSKA-SIMON, *Proportionality Analysis by the Polish Constitutional Court*, in M. KREMNIETZ, T. STEINER, A. LANG (a cura di), *Proportionality*, cit., pp. 385 ss. e 405, la quale riporta percentuali, rispettivamente, del 46% e del 59%. Inoltre, salvo che per il *legitimate aim*, si registra – a differenza di quanto avviene, come visto, in molti altri ordinamenti – la tendenza a non omettere gli *step* del giudizio, sì da portarlo a conclusione in ogni caso; e ciò accresce la possibilità d'una moltiplicazione dei profili d'illegittimità, come avvenuto, ad es., in quattro recenti decisioni, le quali hanno giudicato incostituzionali le leggi sottoposte al loro scrutinio, in quanto violative – ad un tempo – dei canoni di adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto (cfr. sent. 5 giugno 2014, case no. K 35/11 OTK-A 2014 no. 6, item 61; sent. 10 dicembre 2013, case no. U 5/13 OTK-A 2013, no. 9, item 136; sent. 25 giugno 2013, case no. P 11/12 OTK-A 2013, no. 5, item 62; sent. 23 ottobre 2012, case co. SK 11/12 OTK-A 2012, co. 9, item 107). La scelta di falcidiare una misura sulla scorta di plurimi criteri di valutazione, e quindi di porre a fondamento della sentenza «la più ampia base giustificatoria possibile» (così A. SLEDZINSKA-SIMON, *Proportionality*, cit., p. 408) è, tuttavia, verosimilmente dettata dall'esigenza di creare, attorno ad essa, un ampio consenso, facendo preventivamente fronte alle frequenti critiche che hanno bersagliato i responsi della Corte. Tale bisogno, peraltro, si è venuto via via intensificando, poiché, come noto, il Tribunale Costituzionale ha attraversato in tempi recenti una fase particolarmente turbolenta: nel 2015, la scelta del Governo, guidato dal partito *Pravo i Sprawiedliwość*, di sostituire i giudici supremi ha ingenerato notevoli controversie, culminate in una rivolta al centro di Varsavia (nella cronaca, la vicenda è ricostruita qui: wsj.com/articles; in letteratura, cfr. W. SADURSKI, *How Democracy Dies (in Poland): a Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, in *Sidney Law School Research Paper*, n. 18, 2018, disponibile su SSRN). La supposizione trova ulteriore avallo nell'alto tasso di sensibilità politica dei diritti, che hanno attivato i giudizi di legittimità costituzionale. Una

si da una minuziosa “sequenzialità”, sia dettato dall’esigenza dei giudici di *air* le loro considerazioni; o da una genuina loro indecisione; o ancora dalla necessità di superare gli stalli decisionali tipici degli organi collegiali; o, infine, dal desiderio d’evitare che la pronuncia si regga su proposizioni di tenore oltremodo assertivo⁽¹²⁹⁾.

Recentemente, s’è tuttavia sostenuto che alla prospettiva “integrata” debba accordarsi preferenza anche in una chiave che – guardando, verrebbe da dire, non al *Sein*, ma al *Sollen* – non si esita a definire “normativa”⁽¹³⁰⁾.

In dissenso rispetto all’opinione secondo cui «una confusione degli *step* crea il rischio che elementi entrino nell’operazione in modo incontrollato e rendano il risultato più arbitrario e meno prevedibile»⁽¹³¹⁾, s’è, infatti, reputato che un’angusta separazione dei vari *stage*, nel sollecitare conclusioni intermedie, piuttosto che finali, privi di fluidità la logica della *proportionality*⁽¹³²⁾. E che tale “artificiosità” sia accresciuta dall’esaltazione d’uno dei quattro *subtest*, siccome determinante l’inevitabile depotenziamento della capacità “filtrante” degli altri tre, il cui esame – quando non del tutto omesso – è per giunta attuato in modo superficiale, e non adeguatamente ponderato⁽¹³³⁾. In tal modo, verrebbe dunque ridimensionandosi il principale pregio d’una versione *multi-stage* della PA, ossia quello d’inglobare nel *test* una pluralità di aspetti, *tanto* razionali, *quanto* valoriali, poiché la valutazione sembra, a secon-

significativa parte di essi ha riguardato le garanzie del *due process*, ma la porzione più elevata concerneva il diritto di proprietà; e la circostanza – ancora una volta – non deve sorprendere, dacché la caduta del regime comunista ha imposto, com’è ovvio, un integrale ripensamento delle situazioni di appartenenza, portato avanti da una legislazione ad ampio spettro, intervenuta su molteplici aspetti, dalle cooperative edilizie alla pianificazione urbanistica, dai permessi di costruire fino alle misure espropriative: cfr. A. SLEDZINSKA-SIMON, *Proportionality*, cit., p. 402. Per alcune considerazioni generali, v. anche T. STEINER, A. LANG, M. KREMNIETZER, *Proportionality*, cit., pp. 549-553.

⁽¹²⁹⁾ T. STEINER, A. LANG, M. KREMNIETZER, *Proportionality*, cit., p. 595.

⁽¹³⁰⁾ T. STEINER, A. LANG, M. KREMNIETZER, *Proportionality*, cit., p. 598.

⁽¹³¹⁾ D. GRIMM, *Proportionality*, cit., p. 397.

⁽¹³²⁾ T. STEINER, A. LANG, M. KREMNIETZER, *Proportionality*, cit., p. 600.

⁽¹³³⁾ Cfr., *supra*, nt. 128.

da del contesto, “polarizzarsi” attorno ora agli uni ora agli altri, rimanendo “sequenziale” solo nei propositi⁽¹³⁴⁾.

Questa recente e perspicua critica sembra allinearsi all’approccio tradizionalmente seguito in Italia, poiché, per lungo tempo, è stata del tutto estranea alla nostra giustizia costituzionale «[...] l’elaborazione e la sistematizzazione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio di proporzionalità, così diffuso in altre esperienze»⁽¹³⁵⁾.

Senonché, da ultimo la Consulta ha preso le distanze da questo approccio “de-strutturato”, avvicinandosi ad un modello di tipo apertamente “progressivo”⁽¹³⁶⁾, replicandolo nei più recenti pronunciamenti⁽¹³⁷⁾. E

⁽¹³⁴⁾ T. STEINER, A. LANG, M. KREMNIETZ, *Proportionality*, cit., p. 601.

⁽¹³⁵⁾ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 6.

⁽¹³⁶⁾ Dirimente è Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in *Foro it.*, 2014, c. 666, la quale tenendo distinte “proporzionalità” e “ragionevolezza” – afferma che: «il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell’Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell’Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi». E v. E. LONGO, A. PIN, *Judicial Review, Election Law, and Proportionality*, in *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, p. 101 ss., spec. pp. 116-117, i quali sottolineano che, benché la Corte mostri “familiarità” con tale *test*, in realtà è la prima volta che essa ne fa esplicitamente uso; e v. anche, da ultimo, F. FALORNI, *Verso una compiuta elaborazione del “test di proporzionalità”? La Corte Costituzionale italiana al passo con le altre esperienze di giustizia costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2020, p. 5307 ss., spec. p. 5320 ss.

⁽¹³⁷⁾ Richiamano la Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, cit., Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, c. 2324; Corte cost., 22 dicembre 2015, n. 272, in *Azienditalia*, 2016, p. 416; Corte cost., 29 gennaio 2016, n. 10, in *Foro it.*, 2016, c. 3721; Corte cost., 27 giugno 2018, n. 137, *ivi*, 2019, c. 1905; Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, *ivi*, 2020, c. 125, che tuttavia sembra sovrapporre, diversamente dalle precedenti, “ragionevolezza” e “proporzionalità” («il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del cosiddetto test di proporzionalità»); Corte cost., 26 marzo 2020, n. 56, in *Quotidiano giur.*, 2020, la quale invece torna a distinguere ragionevolezza e (test di) proporzionalità, e così anche Corte cost., 24 aprile 2020, n. 78, *ivi*, 2020.

L'occasione è stata propizia, alla nostra dottrina, per enfatizzare i vantaggi d'una tale predeterminazione dei paradigmi di giudizio, da ultimo ravvisati⁽¹³⁸⁾ nella maggiore “coerenza”, nello “ordine” e nella “persuasività” della motivazione, nella “prevedibilità” della decisione e nel rafforzamento della “legittimazione”⁽¹³⁹⁾ della Corte, che così ridurrebbe il rischio d'invasione il campo delle «scelte di opportunità politica del legislatore»⁽¹⁴⁰⁾.

Si tratta senz'altro di virtù, per quanto evocative di concetti l'uno meno sviscerabile dell'altro, e dunque non possono opporsi loro argomenti *stricto sensu* “contrari”.

Tentiamo allora d'unificare il quadro – eppure enormemente complicandolo – mettendo sul piatto un'idea formidabile, che, «[...] ancorché depurat[a] dal mito, [...] si aggira, furtivamente, in tutti gli angoli dell'ordinamento»⁽¹⁴¹⁾: la “certezza” del diritto⁽¹⁴²⁾. La quale si svela – semplificando grandemente, e

⁽¹³⁸⁾ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit. pp. 6-7.

⁽¹³⁹⁾ Su cui R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., pp. 80-83.

⁽¹⁴⁰⁾ Quest'ultima è una preoccupazione diffusa: v., per tutti, A. PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità*, cit., p. 55.

⁽¹⁴¹⁾ G. BENEDETTI, “Ritorno al diritto” ed ermeneutica dell'effettività, in *Pers. merc.*, 2017, p. 3 ss., spec. p. 12.

⁽¹⁴²⁾ Oltre ai “classici” F. LÓPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, p. 81 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 146 ss.; B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, in *Jus*, 1959, p. 431 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, p. 169 ss.), R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Regioni*, 1986, p. 1090 ss., di recente – unitamente alla compendiosa voce enciclopedica S. PRADUROUGH, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2014, p. 65 ss. – cfr.: N. IRITI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss. (ora in ID., *Un diritto*, cit., p. 3 ss., da cui si cita); ID., *‘Calcolabilità’ weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss. (ora in ID., *Un diritto*, cit., p. 33 ss., da cui si cita); ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 39 ss. (ora in ID., *Un diritto*, cit., p. 39 ss., da cui si cita); G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 921 ss.; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2015, p. 55 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 67 ss.; ID., “Ritorno al diritto”, cit., p. 12 ss.; G. PERLINGIERI, *Portalis e i “miti” della certezza del diritto e della c.d. “crisi” della fattispecie*, Napoli, 2018; ID., *L'attualità del “Discorso preliminare” di Portalis. A proposito dei “miti” della certezza*

adottando una prospettiva solo apparentemente argomentativa, ma in realtà eminentemente positivistica⁽¹⁴³⁾ – nella sua duplice dimensione di “prevedibilità” (*ex ante*) e di (applicazione⁽¹⁴⁴⁾ e) “controllo” (*ex post*)⁽¹⁴⁵⁾. Indubitabile essendo che, finché la de-cisione non c’è, essa può solo essere “pre-vista”, e che, una volta de-ciso, essa dev’essere (“vista” e) “verificata”, giacché il “sapere” – insegna Francesco Carnelutti – «[...] non soltanto è un *veder prima*, ma altrettanto un *veder dopo*»⁽¹⁴⁶⁾.

Volgiamo, quindi, lo sguardo alla seconda dimensione, vale a dire quella del “controllo”, il quale postula evidentemente la centralità del momento “motivazionale”⁽¹⁴⁷⁾. E qui – di là dall’obiezione, pur in sé esatta, secondo cui i singoli *sub-test* comunque involgono (e non v’è da rammaricarsene troppo⁽¹⁴⁸⁾) ampi margini di discrezionalità valutativa⁽¹⁴⁹⁾, restando al più da discernere quanto questa si riduca in conseguenza d’una siffatta frammentazione; e di là anche dallo scongiurabile pericolo che la motivazione si “burocratizzi”, degenerando in pigra *check-list* – i paventabili e intercon-

del diritto e della c.d. “crisi” della fattispecie, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Furginele*, I, Mantova, 2017, p. 309 ss.; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 15 ss., spec. p. 30.

⁽¹⁴³⁾ S. BERTEA, *Certezza del diritto e ragionevolezza della decisione*, cit., p. 165.

⁽¹⁴⁴⁾ N. IRTI, ‘Calcolabilità’, cit., p. 40.

⁽¹⁴⁵⁾ Una raffinata veduta della duplice dimensione è in A. AARNIO, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, in *Doxa*, 1990, p. 23 ss., spec. p. 36.

⁽¹⁴⁶⁾ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, cit., p. 81.

⁽¹⁴⁷⁾ Nel contesto della ragionevolezza, v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 8; F. MODUGNO, *La ragionevolezza*, cit., p. 81; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., pp. 1587-1588; C. BERNAL PULIDO, *Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza*, cit., p. 310; G. BENEDETTI, *Fattispecie*, cit., pp. 70-71; R. ROMBOLI, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in *Aa.Vv.*, *Il principio*, cit., p. 229 ss.; M. LUCIANI, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, *ivi*, p. 245 ss., spec. p. 249: «la prevedibilità e la controllabilità (pubblica) delle pronunce della Corte passano dalla motivazione, sicché la pretesa che la Corte espliciti quali sono i criteri che presiedono al suo controllo di ragionevolezza non può ritenersi peregrina».

⁽¹⁴⁸⁾ V. R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., p. 151.

⁽¹⁴⁹⁾ G. SCACCIA, *Proporzionalità*, cit., p. 6, lo dimostra per ciascuno di essi.

nessi rischi, d'una "procedimentalizzazione" del giudizio, con vanificazione della sua sottesa spinta "ottimizzatrice"⁽¹⁵⁰⁾, sono essenzialmente due.

Da un lato, che la Corte – e, più in generale, l'operatore giuridico – finisca per relegare ad una posizione terminale il profilo valutativo (*strict proportionality*), antepoendogli gli altri *step*, e magari concludendo anticipatamente il *test* senza procedere al bilanciamento; dall'altro, e soprattutto, che si smarri-sca il *proprium* dell'esperienza italiana, vale a dire la reciprocità funzionale, in chiave co-operativa, di proporzionalità e ragionevolezza⁽¹⁵¹⁾.

In relazione alla prima dimensione evocata, ossia quella della "prevedibilità", la natura divagatoria del nostro scritto ci consente invece d'affacciare una mera supposizione, la quale forse esorbita da, ma sicuramente si riannette a, quanto sin qui esposto, ragion per cui l'autonomizziamo pure in senso paragrafico.

6. — *Costituzionalismo e in-stabilità ex latere legis: brogliaccio di un'idea conchiusiva.*

Assumiamo ora che «la calcolabilità [sia] garantita soltanto da fattispecie astratte – «Se A, allora B» – «di *norme stabili*», e cioè da queste «[...] predispost[e], una volta per sempre»⁽¹⁵²⁾.

Ebbene, se teniamo fermo che nella diade "protasi-apodosi" si svolge la funzione "ordinativo-disciplinante" della norma, che quest'ultima è il significato della disposizione, e che quest'altra ancora trovasi fissata nella legge⁽¹⁵³⁾,

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., p. 137, nonché, più ampiamente, ID., *Collisione*, cit., p. 37 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Com'è *in nuce* nella Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, cit.

⁽¹⁵²⁾ N. IRTI, *'Calcolabilità'*, cit., pp. 35 (corsivo aggiunto) e 40; ID., *La crisi*, cit., p. 26. Il che consente appunto l'innesto dei contrassegni della "certezza": «fissità di un testo, sua conoscibilità, sua chiarezza» (P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, cit., p. 928); N. IRTI, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 2019, p. 147 ss., ora in ID., *Riconoscersi*, cit., p. 237 ss., da cui si cita, p. 240.

⁽¹⁵³⁾ Trattasi di risultati generalmente condivisi, ma v., comunque, M. ORLANDI, *Del significare*, cit., pp. 8-10.

non si deve fuoriuscire dal “circolo della positività” per ammettere ch’essa è soggetta al sindacato di legittimità costituzionale (art. 134 Cost.)⁽¹⁵⁴⁾. E l’eventualità che vi s’imbatta non è strutturalmente paragonabile a una vicenda abrogativa: questa è “accidentale”, “esterna”, “sopravvenuta”, essendo paragonabile – antropomorficamente – alla morte del titolare del diritto, che la legge riconosce e assicura; quel giudizio, invece, è “interno”, “immanente”, “pre-cede” la legge medesima, e ne costituisce potente vettore d’*in-stabilità*, logica, prim’ancora che assiologica. Ci si muove certo nella canonica distinzione tra “stabilità semiotica” e “instabilità semantica”⁽¹⁵⁵⁾, ma quest’ultima assume valenza con-genita: si ha, cioè, una “ontologizzazione dell’instabilità semantica”, la quale condiziona irrevisionabilmente (art. 139 Cost.) l’atto puro (positorio) dell’auto-trascendimento.

La “interiorizzazione” – aletica, in-evitabile e come tale in-deprecabile – di questa “caducità”, la quale è ben più potente, e per così dire “di secondo grado” rispetto a quella derivante dalle “semplici” relatività, storicità e naturale finitudine d’ogni fenomeno umano⁽¹⁵⁶⁾, muta in modo radicale la nervatura della norma giuridica: ne compromette la vergine “indifferenza contenutistica”; “pre-stabilisce” – e quindi “pre-vede” – la sua entelechia; *a*

⁽¹⁵⁴⁾ Nel senso che il giudice costituzionale valuti non la “norma”, ma il “testo”, T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 356 ss., spec. pp. 359-360, nt. 1: «se la pronuncia di incostituzionalità si riferisse alla “norma”, allora sarebbe a rigore questa e non il testo che dovrebbe cessare di avere effetto e allora [...] dovrebbero rimanere in vigore le norme eventualmente deducibili dallo stesso testo e pertanto questo dovrebbe continuare ad essere invocabile a detti fini», e ciò nonostante l’art. 136 Cost. discorra di “norma”, e non di “testo”. V. ora e più in generale A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 13: «anche in un sistema di fonti formali [...] come quello vigente da noi, negli altri paesi dell’Unione Europea, e nell’Unione medesima, il legislatore controlla soltanto la produzione dei testi normativi. Controllare la produzione delle norme gli è addirittura impossibile. Il principio della separazione dei poteri sottrae radicalmente al creatore delle *leges* la produzione degli *iura*. Questi nascono soltanto nell’opera di interpretazione ed applicazione compiuta dagli altri poteri della tripartizione tradizionale».

⁽¹⁵⁵⁾ P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, pp. 11 ss. e 19, nt. 31.

⁽¹⁵⁶⁾ Per le quali v., efficacemente, N. IRTI, *Νόμος*, cit., pp. 593-594, nonché N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, cit., p. 11.

parte subiecti, e indi più rozzamente, circoscrive quello che Vittorio Scialoja chiamava lo “arbitrio del legislatore”⁽¹⁵⁷⁾.

La latenza si svela nel momento “nomo-genetico”. Gli artt. 70 ss. Cost., isolatamente letti, prefigurano senz’altro un procedimento d’approvazione della “legge”, la quale possa operare nel senso sopra proposto⁽¹⁵⁸⁾; viceversa, il “combinato disposto” degli artt. 70 ss. e 134 Cost. delinea un meccanismo affatto diverso.

A nascere non è invero la “legge”, bensì la “legge *in quanto* costituzionalmente legittima”; e che non si tratti di formula analoga alla “legge *in quanto* non⁽¹⁵⁹⁾ modificata/eliminata da altra legge”, sta lì a dimostrarlo, anche di là da obblighi interpretativi “conformi”⁽¹⁶⁰⁾, l’esistenza d’un “giudizio” – quello, appunto, di legittimità costituzionale⁽¹⁶¹⁾ – che può sfociare nel variopinto ventaglio decisorio a disposizione della Corte⁽¹⁶²⁾. Questa

⁽¹⁵⁷⁾ V. SCIALOJA, *L’arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in *Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze*, Roma, 1910, p. 367 ss., spec. p. 373: «per arbitrio del legislatore noi dobbiamo intendere quella volontà, che costituisce una legge, non determinata dalle cause normali dello svolgimento della società, cui la legge stessa si applica, e perciò anche non prevedibile da chi fermi la sua attenzione soltanto sull’ordinaria e immediata azione di quelle cause».

⁽¹⁵⁸⁾ E v. M. ORLANDI, *Del significare*, cit., p. 9.

⁽¹⁵⁹⁾ La “negativa”, nell’economia del discorso, non è casuale.

⁽¹⁶⁰⁾ I termini del dibattito possono ora essere ben ricostruiti con M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2016, p. 391 ss.

⁽¹⁶¹⁾ Giudizio, il quale – con L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., p. 96 – «[...] converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico».

⁽¹⁶²⁾ I contributi più significativi sono oggi raccolti in D. DIACO (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, Quaderno processuale del Servizio Studi della Corte costituzionale, Tecniche decisorie e tipologie di decisioni della Corte costituzionale, maggio 2016. Nel rapporto con la ragionevolezza, v. F. MODUGNO, *La ragionevolezza*, cit., p. 8, e particolarmente A. RUGGERI, *Ragionevolezza*, cit., p. 134, il quale giustamente invita a valutare tale incidenza solo *per praevalentiam*, giacché «[...] persino i tipi “semplici” di decisione (di rigetto ovvero di accoglimento “secco”) racchiudano, non di rado, complesse operazioni di bilanciamento, meritando perciò le relative pronunzie di essere ascritte, in concreto, al catalogo degli atti maggiormente “creativi”».

“auto-limitazione” della legge⁽¹⁶³⁾ rappresenta dunque – quanto meno *ex latere legis* – un “antecedente logico necessario”, con cui misurarsi in via pre-giudiziale rispetto ad ogni altra questione, come quella, pur connessa, della “valenza normativa dei valori”. Prima⁽¹⁶⁴⁾, cioè, di chiedersi se il “valore” sia (in grado di farsi) “norma”⁽¹⁶⁵⁾, vi sarebbe da interrogarsi se, in un sistema costituzionale, la “norma”, in senso ideal-tipico, non contenga, già in se stessa, e in germe, la rivoluzionaria “dirompenza”, tutta ermeneutica, del “valore”⁽¹⁶⁶⁾. E, a quel punto, i primi strali legisti dovrebbero es-

⁽¹⁶³⁾ Spunti nella direzione del testo in F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza*, cit., p. 219 ss., spec. pp. 238-239.

⁽¹⁶⁴⁾ È mera enfasi sollecitatoria di riflessione: non si allude ad un’anteriorità logica, perché gli interrogativi di cui nel testo sollevano, probabilmente, due condizioni, connesse, di “trascendentalità” della legalità costituzionale.

⁽¹⁶⁵⁾ Il che peraltro è da dimostrare. Cfr. P. FEMIA, *Segni di valore*, in *Civiltistica.com*, 2014, p. 1 ss., spec. p. 14: «i valori non sono un elegante ornamento umanistico delle norme; normatività e valore non possono ridursi l’una all’altro, poiché rappresentano due esigenze opposte di pensare il divenire. La normatività richiede la ripetizione, i valori la dissoluzione; la prima reagisce al tempo bloccandolo in sequenze comunicative vincolate a riprodurre sempre gli stessi significati, i secondi sono l’osservazione che nulla può restare soggiogato allo spettacolo dell’identità; le norme disegnano l’ordine (persino nelle sue contraddizioni), i valori amano il caos, nutrono le proteste e le rivoluzioni». Da vedere – in senso critico – anche il dibattito sulla “incommensurabilità” dei valori, su cui cfr. R.A. EPSTEIN, *Are Values Incommensurable, or Is Utility the Ruler of the World?*, in *Utah Law Review*, 1995, p. 683 ss., spec. p. 686, il quale così inquadra il problema: «at the theoretical level, the fundamental question is whether or not choices between goods and between alternate courses of action are easily reduced to a common metric. To say that these choices are incommensurable means that the relevant choices lie in different domains-although it is never clear how many – such that it can be said “A and B are incommensurate if it is neither true that one is better than the other nor true that they are of equal value”»; C.R. SUNSTEIN, *Incommensurability and Valuation in Law*, in *Michigan Law Review*, 1993, p. 779 ss., spec. p. 796, ove essa è così icasticamente definita: «incommensurability occurs when the relevant goods cannot be aligned along a single metric without doing violence to our considered judgments about how these goods are best characterized»; A.L. BENDOR, *Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means*, in *Fordham Law Review*, 1999, p. 289 ss., spec. p. 318 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ V. P. FEMIA, *Segni di valore*, cit., p. 10, nt. 22: «[...] il processo autosovversivo del diritto (che continuamente si ripete e continuamente muta nelle sue infinite applicazioni) può essere compreso non riducendo il valore a norma, ma cogliendo nella norma un momento (necessariamente parziale) della sequenza dissolutrice del valore».

sere indirizzati – acquistando però la consapevolezza della monumentalità del proprio bersaglio – contro la stessa idea di “costituzionalismo” (se si vuole, contro la gerarchia delle fonti⁽¹⁶⁷⁾, nella quale esso si “verticalizza”) e non, *ex latere Constitutionis*, avverso la «positivizzazione di entità extra-positive»⁽¹⁶⁸⁾.

Ma fintantoché non prospettiamo – *incredibile dictu* – la ripristinabilità, a quanto consta inaudita, d’assetti anteriori, e dunque conserviamo una conformazione costituzionale al nostro ordinamento, dovrebbe accettarsi tutto quanto, in modo più o meno ineluttabile, ne consegue, tra cui – per restare a noi – i criterii di ragionevolezza e proporzionalità, e la tendenziale informulabilità dei giudizi predittivi, cui la tradizione c’aveva resi adusi.

⁽¹⁶⁷⁾ Una sintesi efficace dei tanti problemi in A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le “libertà fondamentali” dell’Unione europea (principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 712 ss., spec. p. 727 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Ma cfr. anche L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 163 ss., spec. p. 169.

Coloriamo segnalando che non è certo novità che «i positivisti denunc[ino] il singolare sapore temporale delle norme atemporali del diritto naturale» (N. GÓMEZ DÁVILA, *De iure*, cit., p. 242).

ROBERTO PARADISI^(*)

SE LA LEGITTIMA DIFESA È SCOLPITA NEL CUORE

ABSTRACT: The essay analyzes the historical and legal profiles of the self-preservation: the victim of an attack is an *innocent person to be protected*, even when, due to the natural and fundamental instinct of the innocent to defend himself. From this point of view, the only viable way is that of recovering the Western legal tradition, betrayed by the criminal ideology that merged into the *Rocco* code: expanding the boundaries of legitimate defense in a legal framework that does not belong to the legal and philosophical culture of one Liberal rule of law is a false solution, as the principle of subjective law inherent in human nature, even if still the subject of debate in doctrine and jurisprudence, deserves to be carefully examined.

SOMMARIO: 1. Le origini del diritto alla difesa: la tradizione occidentale. – 2. L'attuale art. 52 del codice penale: un istituto ereditato dal fascismo. – 3. L'anomala resistenza ad ogni modifica della legittima difesa: nostalgia di uno Stato "etico"? – 4. Una nuova e antica rotta: ripensare all'agredito come ad una vittima "innocente".

1. — *Le origini del diritto alla difesa: la tradizione occidentale.*

Quando si parla di legittima difesa, gli animi si scaldano immediatamente. Per riaccendere la discussione pubblica e le polemiche, è bastata recentemente la notizia riportata dalle cronache nazionali di un uomo che, trovatosi faccia a faccia con il ladro che gli stava rubando la macchina e, a suo dire, lo aveva minacciato con un coltello, ha esploso un colpo di fucile ferendo il criminale. L'epilogo: un macellaio della provincia di Padova, di 39 anni, è finito in carcere dove sconta una condanna a 4 anni e 11 mesi; il malvivente che si introdusse clandestinamente nella sua proprietà cercando di rubare l'auto è a piede libero con una condanna più blanda a 3 anni e 8 mesi. Non solo. Il pri-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

mo dovrà risarcire la somma di 25 mila euro al malvivente. Come sottolinea Mauro Ronco, al cittadino comune «si offre non raramente un'esperienza giuridica contraddittoria, che mette a dura prova la sua fiducia nel diritto e nelle istituzioni, concernente l'effettivo significato della legittima difesa»⁽¹⁾.

A tutto voler concedere, senza ovviamente farsi coinvolgere in una diafrasi che rischia di diventare ideologica, un simile quadro pone quantomeno una serie di riflessioni non tanto sull'opportunità o meno di sbilanciamenti sanzionatori che, almeno a prima vista, sembrerebbero finanche evidenti, ma proprio sull'ontologia dell'istituto della legittima difesa.

Proviamo allora, per un attimo, a dimenticare i casi di cronaca (che tante legittime passioni suscitano) e a focalizzarci sul fondamento ontologico del "diritto" forse più controverso della nostra contemporaneità.

Se dovessimo chiedere ad una platea generalista di interlocutori (esperimento più volte eseguito ottenendo sempre il medesimo risultato) se ritengono che la legittima difesa sia o meno un diritto dell'individuo, la totalità della platea risponderebbe sempre in termini affermativi. Eppure, quantomeno nel nostro ordinamento, non è affatto così.

Ma è davvero ignoranza diffusa della collettività? Oppure il singolo individuo, magari a digiuno di nozioni giuridiche, avverte dentro di sé prerogative che non è disposto a negoziare, così cogliendo, con il cuore prima che con il ragionamento, la natura profonda di alcuni diritti fondamentali?

Torniamo allora, per un istante, alla classicità dove il diritto ha preso vita e forma e dove affondano le origini della nostra cultura giuridica.

L'istituto della legittima difesa compare in un testo normativo (scritto) per la prima volta con la legge di Draconte nel VII secolo a.c. Qui veniva delineata l'ipotesi dell'omicidio legittimo (φόνος δίκαιος). E se purtroppo non è giunto sino a noi il corpo normativo integrale di Draconte, è però possibile, attraverso la logografia giudiziaria, attestare l'esistenza dell'istituto risalente proprio alla legge draconiana che si applicava in casi specifici. «Secondo Demostene (*Contro Aristocrate*, 53) – spiega Eva Cantarella – vi erano quattro casi di φόνος δίκαιος: 1) l'uccisione involontaria di un avversario durante le

⁽¹⁾ Così M. RONCO, *La vittima nel diritto penale e la legittima difesa*, in *L'Irvocervo*, 2006, n. 1.

gare; 2) l'uccisione in guerra (di un commilitone) per errore; 3) l'uccisione di un brigante in caso di assalto; 4) l'uccisione del *μοιχός* [...] sorpreso con la propria moglie, madre, sorella figlia e concubine di stato libero»⁽²⁾. Quindi lo stesso oratore ateniese spiegava come fosse legittimo uccidere un “brigante” in caso di assalto per difendere se stessi. Ma non solo. Aggiunge Cantarella: «Secondo l'interpretazione corrente, questa legge avrebbe concesso l'impunità a chi uccideva in difesa del suo patrimonio [...]. La legge riportata da Demostene, pertanto, se questo è vero, concedeva l'impunità sia a chi aveva ucciso in difesa dei suoi beni, sia a chi lo aveva fatto per difendersi da un tentativo di sequestro di persona sempre che sussistessero tre condizioni: a) la ingiustizia dell'azione alla quale aveva reagito con l'uccisione; b) la violenza della medesima; c) la immediatezza della reazione»⁽³⁾. Presupposti molto simili a quelli richiesti dal nostro attuale istituto della legittima difesa, ontologicamente diverso però nella sua strutturazione di fondo.

Di “legittima difesa” aveva espressamente parlato Platone. Nelle *Leggi*, l'Ateniese spiega: «Se un cittadino uccide uno straniero, o uno straniero un cittadino, per legittima difesa, allo stesso modo siano ritenuti puri»⁽⁴⁾. E ancora: «Se un tale, di notte, scopre ed uccide un ladro che si è introdotto in casa sua per rubare dei soldi, sia puro; e se un tale uccide per legittima difesa un malvivente, sia puro [...]. Se un uomo per caso scopre la propria moglie mentre viene violentata, dopo aver ucciso il violentatore, sia puro come prevede la legge»⁽⁵⁾.

Anche in Platone, pertanto, la legittima difesa si presenta come un diritto naturale e chi lo esercita resta puro (laddove la condizione di purezza dispensava il soggetto che aveva agito per legittima difesa dal sottoporsi alle ritualità di espiazione previste invece per chi si macchiava di delitti).

Un concetto chiarissimo anche per i giuristi romani. «La giurisprudenza romana – spiega Francesco Sini – considerava la legittima difesa una esplica-

⁽²⁾ E. CANTARELLA, *Corso di diritto greco*, 2ª ed., Milano, 1994, p. 236.

⁽³⁾ E. CANTARELLA, *Corso di diritto greco*, cit., p. 237 s.

⁽⁴⁾ PLATONE, *Leggi*, in ID., *Tutte le opere*, trad. it. E. Pegone, Roma, 1997, IX, 869d, p. 451.

⁽⁵⁾ PLATONE, *Leggi*, cit., IX, 874b-874c, p. 459.

zione giuridica delle facoltà naturali dell'uomo; un'azione estrema ma necessaria per salvaguardare la propria integrità fisica a fronte di altrui violazioni di quei principi generali dello *ius naturale* universalmente riconosciuti come tali»⁽⁶⁾. Lo stesso *Digesto* giustiniano, ricorda Sini (che accenna al principio del *vim vi repellere licet* evocato da Ulpiano), riconosce la non punibilità di chi reagisce ad un'azione violenta proprio in virtù di una adesione concettuale ad un diritto iscritto nella natura dell'uomo⁽⁷⁾.

Se vi è un passaggio che ha lasciato alla storia del pensiero giuridico occidentale una simile impostazione (o, meglio, una “verità” conservata nell'animo di ogni uomo) questo va individuato in una delle più suggestive arringhe di Cicerone nel foro romano. Evocando la legittima difesa, l'Arpinate si rivolge ai giudici: «Esiste, dunque, giudici, questa legge non scritta ma insita in noi, che non abbiamo letto o imparato sui banchi di scuola né ereditato dai padri: al contrario, l'abbiamo desunta dalla natura [...] non ce l'hanno insegnata, ce la siamo presa ed è ormai connaturata in noi».

L'occasione di questa orazione è la difesa di Milone. Nel 52 a.c. Clodio e Milone, da anni avversari politici, accompagnati dai rispettivi sostenitori, si incontrano presso la via Appia. Nasce uno scontro al termine del quale Clodio ha la peggio e viene ferito a morte da Milone⁽⁸⁾. Nella medesima

⁽⁶⁾ F. SINI, *Notazioni (e/o rimeditazioni) su diritto romano e Carta de Logu de Arborea*, in *Diritto@Storia*, 2013, n. 11, p. 3.

⁽⁷⁾ Per approfondire i principi dello *ius naturale* romano cfr C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937. Ma anche G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 2^a ed., Torino, 1967.

⁽⁸⁾ CICERONE, *Difesa di Milone*, in ID., *Difesa di Archia. Difesa di Milone*, 7^{ma} ed., trad. it. A. Burlando, Milano, 2014, pp. 35-37. Ecco il passaggio completo dell'arringa: «Tra le tante occasioni in cui ci può capitare di uccidere un uomo ed avere la ragione dalla nostra parte, una è davvero giusta e ineluttabile: la legittima difesa, quando cioè si risponde alla violenza con la violenza. Un tribuno militare, che prestava servizio nell'esercito di Caio Mario, di cui peraltro era nipote, aveva tentato di fare violenza sessuale su un semplice soldato. L'onesto giovane, ribellatosi, lo uccise, preferendo reagire a proprio rischio e pericolo piuttosto che rassegnarsi a subire le voglie altrui. E Mario, mosso da un vivo senso di giustizia, lo scagionò da ogni colpa e lo lasciò libero. Ma come si può chiamare ingiusta la morte inferta a chi ci tende insidie e ruba le nostre sostanze? [...]. Esiste, dunque, giudici, questa legge non scritta ma insita in noi, che non abbiamo letto o imparato sui banchi di scuola né ereditato

orazione, Cicerone ricorda che già le prime norme sulla legittima difesa si trovano addirittura scolpite nelle XII Tavole (*Lex duodecim tabularum*) risalenti alla meta del V secolo a.c. e quindi rappresentando un patrimonio genetico del popolo romano⁽⁹⁾.

Ma di diritto naturale alla legittima difesa è intriso anche il pensiero cristiano tradizionale che si innesta, quasi in termini simbiotici, nel percorso aristotelico laddove individua l'esistenza di uno scopo nella natura perfettamente perseguibile dall'uomo capace (perché dotato di *logos*) di percepire il bene e il male, il giusto e l'ingiusto⁽¹⁰⁾. E così San Tommaso, secondo la quale l'uomo può rettamente operare rispettando il volere di Dio attraverso l'uso della ragione che appartiene alla sua stessa natura, può certamente cogliere ciò che è giusto e "desumere" una norma, per utilizzare l'espressione di Cicerone, dalla natura stessa. Anche San Tommaso, nella *Summa*, ritiene la legittima difesa connaturata alla razionalità dell'uomo: «Perciò dall'azione della difesa personale possono seguire due effetti, il primo dei quali è la conservazione della propria vita, mentre l'altro è l'uccisione dell'attentatore. Ora, questa azione non può essere considerata illecita per il fatto che con essa si intende conser-

dai padri: al contrario, l'abbiamo desunta dalla natura, assimilata completamente e fatta nostra: non ce l'hanno insegnata, ce la siamo presa ed è ormai connaturata in noi. Così, se dovessimo subire un agguato, una violenza, magari anche armata, per opera di un brigante da strada o di un avversario politico, ogni mezzo per salvare la nostra vita sarebbe lecito».

⁽⁹⁾ CICERONE, *Difesa di Milone*, cit., p. 35. Ecco il passaggio dell'orazione: «Anche le dodici Tavole hanno stabilito che si può uccidere in qualunque modo, senza timore di incorrere in sanzioni penali, il ladro sorpreso a rubare di notte; quello che, invece, agisce in piena luce del sole, solo se prova a difendersi con un'arma. C'è ancora qualcuno, quindi, che continua ad essere convinto della punibilità di ogni omicidio, in qualunque circostanza commesso, quando sono proprio le leggi che talvolta ci forniscono l'arma per agire?». Non sfugga il richiamo di tale norme ad una esigenza che può apparire di sconvolgente attualità. Il riferimento è ovviamente al dibattito (e alla riforma di cui poi si parlerà) della legittima difesa domiciliare.

⁽¹⁰⁾ Cfr. ARISTOTELE, *Politica 1253 a 9-19*, in ID., *Politica e Costituzione di Atene*, a cura di M. Zanatta, Torino, 2006, p. 66 s. Scrive il Nostro: «La natura non fa nulla invano e l'uomo è l'unico animale che abbia la favella [...]. La parola serve a indicare l'utile e il dannoso, e perciò anche il giusto e l'ingiusto. E questo è proprio dell'uomo rispetto agli altri animali: essere l'unico ad avere nozione del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto e così via».

vare la propria vita: poiché è naturale ad ogni essere conservare per quanto è possibile la propria esistenza. Tuttavia, un atto che parte da una buona intenzione può diventare illecito se è sproporzionato al fine. Quindi se uno nel difendere la propria vita usa maggiore violenza del necessario, il suo atto è illecito. Se invece reagisce con moderazione, allora la difesa è lecita: infatti il diritto stabilisce che “è lecito respingere la violenza con la violenza nei limiti di una difesa incolpevole”. Quindi non è necessario per la salvezza dell’anima che uno rinunci alla legittima difesa per evitare l’uccisione di altri: poiché un uomo è tenuto a provvedere più alla propria vita che alla vita altrui»⁽¹¹⁾.

Non si tratta di un insegnamento ancorato ad un cristianesimo tradizionale superato. La visione cristiana dei diritti non negoziabili, ivi compreso il diritto naturale all’auto-difesa, non ha mai ceduto alle sollecitazioni della secolarizzazione. Lo stesso pontefice Giovanni Paolo II ha ribadito l’antico insegnamento di San Tommaso affidando alla enciclica *Evangelium Vitae* la posizione della Chiesa contemporanea sulla legittima difesa evocando «il diritto a proteggere la propria vita» sul presupposto che l’amore verso se stessi non può essere minore rispetto all’amore verso il prossimo⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, II-II 64, 7.

⁽¹²⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Lettera Enciclica Evangelium Vitae*, Milano, 1995, pp. 96-98. Ecco le parole di Karol Wojtyła: «uccidere l’essere umano, nel quale è presente l’immagine di Dio, è peccato di particolare gravità. Solo Dio è padrone della vita! Da sempre, tuttavia, di fronte ai molteplici e spesso drammatici casi che la vita individuale e sociale presenta, la riflessione dei credenti ha cercato di raggiungere un’intelligenza più completa e profonda di quanto il comandamento di Dio proibisca e prescriva. Vi sono, infatti, situazioni in cui i valori proposti dalla Legge di Dio appaiono sotto forma di un vero paradosso. È il caso, ad esempio, della legittima difesa, in cui il diritto a proteggere la propria vita e il dovere di non ledere quella dell’altro risultano in concreto difficilmente componibili. Indubbiamente, il valore intrinseco della vita e il dovere di portare amore a se stessi non meno che agli altri fondano un vero diritto alla propria difesa. Lo stesso esigente precetto dell’amore per gli altri, enunciato nell’Antico Testamento e confermato da Gesù, suppone l’amore per se stessi quale termine di confronto: ‘Amerai il prossimo tuo come te stesso’ (Mc 12, 31). Al diritto di difendersi nessuno potrebbe rinunciare per scarso amore alla vita o a se stesso [...]. Accade purtroppo che la necessità di porre l’aggressore in condizione di non nuocere comporti talvolta la sua soppressione. In tale ipotesi, l’esito mortale va attribuito allo stesso aggressore che vi si è esposto con la sua azione, anche nel caso in cui egli non fosse moralmente responsabile per mancanza dell’uso della ragione».

Su questa linea di frontiera, che non è di ispirazione meramente religiosa (certamente non di ispirazione dogmatica), si dispone il pensiero laico e razionale della cultura occidentale. Una apparente “stranezza” che un altro Pontefice, Benedetto XVI, ha ben spiegato al *Bundestag* di Berlino quando ha sottolineato che, contrariamente alle altre grandi religioni, il cristianesimo non ha mai imposto allo Stato e alla società un diritto rivelato, mai un ordinamento giuridico derivante da una rivelazione. «Ha invece rimandato – ha spiegato Ratzinger – alla natura e alla ragione quali vere fonti del diritto, ha rimandato all’armonia tra ragione oggettiva e soggettiva, un’armonia che però presuppone l’essere ambedue le sfere fondate nella Ragione creatrice di Dio»⁽¹³⁾. Una posizione, quella dei teologi cristiani di mettersi dalla parte della filosofia prendendo le distanze dal diritto religioso dogmatico, già assunta da San Paolo. In particolare, Benedetto ha ricordato la lettera ai romani dell’apostolo evocando, esattamente come Cicerone nel foro romano, la legge del cuore: «Questa scelta – si legge nell’intervento di Ratzinger al *Bundestag* – l’aveva già compiuta San Paolo quando, nella sua lettera ai romani, afferma: ‘Quando i pagani, che non hanno la Legge, per natura agiscono secondo la Legge, essi [...] sono legge a se stessi. Essi dimostrano che quanto la legge esige è scritto nei loro cuori, come risulta dalla testimonianza della loro coscienza’ (Rm 2,14s)»⁽¹⁴⁾. Secondo Ratzinger, proprio l’incontro tra i teologi cristiani e la filosofia stoica (definito laicamente da Benedetto un «legame precristiano tra diritto e filosofia») ha permesso la nascita della cultura giuridica occidentale «che è stata ed è tuttora di un’importanza determinante per la cultura giuridica dell’umanità»⁽¹⁵⁾. Un lungo filo rosso – secondo il

⁽¹³⁾ Così BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag, Berlino 22 settembre 2011*, in *Ius Ecclesiae*, 2012, XXIV, p. 165. A proposito di tale intervento, e in generale della posizione assunta a più riprese da Ratzinger sui rapporti tra cristianesimo e diritto, Marta Cartabia e Andrea Simoncini hanno scritto: «Nel pensiero di Benedetto XVI vi è una esaltazione della ragione umana che si radica nella comprensione del cristianesimo come religione del *logos*, legata sin dall’Antico Testamento [...] con la cultura greca, con la filosofia e con il ‘devoto illuminismo’ di Socrate che era al tempo stesso alla ricerca di Dio e illuminista»; così M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *La legge di re Salomone*, Milano, 2013, p. 9 s.

⁽¹⁴⁾ BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag, Berlino 22 settembre 2011*, cit., p. 165.

⁽¹⁵⁾ BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag, Berlino 22 settembre 2011*, loc. ult. cit. Di parere

Pontefice tedesco - unisce questa alleanza di pensiero al percorso che, attraverso il Medioevo cristiano, porta allo sviluppo giuridico dell'Illuminismo fino alla Dichiarazione dei Diritti Umani.

E proprio seguendo passo passo questo “filo rosso” che filosofi come Hobbes, Grozio, Locke⁽¹⁶⁾, che fondano le moderne teorie del diritto e dello Stato su base meramente razionale, si ritrovano – e non solo sul terreno della legittima difesa – in perfetta asse concettuale con il pensiero tradizionale classico e cristiano⁽¹⁷⁾. Ed in alcuni passaggi, sembrano ricalcare finanche le stesse espressioni utilizzate sia dai pensatori greci e romani che dai filosofi cristiani. «Il diritto di natura – scrive Hobbes – che gli scrittori comunemente chiamano ‘ius naturale’, è la libertà che ogni uomo ha di usare il suo potere come egli vuole per la preservazione della propria natura, vale a dire, della propria vita e, per conseguenza, di fare qualunque cosa nel suo giudizio e nella sua ragione egli concepirà essere il mezzo più atto a ciò [...]. Una legge di natura (*lex naturalis*) è un precetto o una regola generale scoperta dalla ragione, che vieta ad un uomo di fare ciò che è lesivo della sua vita o che gli toglie i mezzi per preservarla»⁽¹⁸⁾.

Hobbes parla di legge di natura come di una regola non posta ma “scoperta”. Una simile affermazione fatta dal teorico più acuto della giustificazione dello stato moderno di creare un autentico monopolio del diritto – rappre-

completamente diverso, ed è bene darne conto, è Guido Fassò il quale ritiene che la lettera ai romani di San Paolo non può essere interpretata in termini giusnaturalistici e che non vi è continuità tra il diritto naturale cristiano e il giusnaturalismo su base razionale che connota la seicentesca “Scuola del diritto naturale”. Fassò, nonostante la dicitura letterale delle espressioni utilizzate dall'Apostolo, sostiene infatti che San Paolo si volesse riferire non a tutti i Gentili, e quindi non a tutti gli uomini, ma solo a coloro che credevano nel Cristo, poiché solo questi avrebbero avuto la legge di Dio scritta nei cuori (cfr. G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Milano, 1999, p. 29 ss.).

⁽¹⁶⁾ Sulle similitudini e le contraddizioni della c.d. “Scuola del diritto naturale” si v. E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, 2ª ed., Padova, 1999, p. 101 ss.

⁽¹⁷⁾ Sulla naturalità del diritto alla difesa tra gli esponenti della “Scuola del diritto naturale” si veda: U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace*, I, Firenze, 2002 (rist. anast. trad. it. A. Porpora, Napoli, 1777), p. 107 ss.; S. PUFENDORF, *Il diritto della natura e delle genti*, a cura di N. Bobbio e F. Todescan, Milano, 2018, p. 207 ss.

⁽¹⁸⁾ T. HOBBS, *Leviatano*, trad. it. G. Micheli, Firenze, rist. 1988, p. 124.

sentando quindi, l'antesignano del giuspositivismo e, in particolare, del formalismo giuridico – tale asserzione acquista ancora più straordinarietà perché arriva a fondare l'assunto secondo il quale esiste un diritto che resiste persino di fronte al potere del sovrano assoluto: il diritto naturale a preservare la propria vita e, di conseguenza, il diritto naturale alla legittima difesa.

E John Locke, per cui lo stato di natura, diversamente da quanto ritenuto da Hobbes, non rappresenta il regno dell'insicurezza e del conflitto ma «uno stato di perfetta libertà di regolare le proprie azioni e di disporre dei propri beni e persone come meglio credono, entro i limiti delle leggi di natura»⁽¹⁹⁾, individua diritti innati dell'uomo che gli appartengono per il solo fatto di esistere. L'uomo, nello stato di natura gode illimitatamente di tutti i diritti e privilegi della legge di natura (la vita, la libertà, i beni materiali, la proprietà). Non escludendo però l'ingerenza possibile del male e il pericolo di degenerazione, Locke ritiene necessario realizzare la società civile e quindi lo Stato. Ma esso non solo non priva il cittadino dei suoi diritti naturali, ma anzi li rafforza e li protegge svolgendo una funzione di garanzia. L'uomo non entra nello Stato spogliato di tutti i propri diritti e privilegi (come invece era per Hobbes, ad esclusione del diritto alla vita), ma li porta con sé come patrimonio innato indisponibile. E dunque i diritti fondamentali del cittadino quali il diritto alla vita (e, conseguentemente, il diritto a difenderla), il diritto di proprietà, i diritti di libertà che appartengono alla natura stessa dell'uomo e che pre-esistono allo Stato, non solo non possono essere negati o messi in discussione dell'autorità politica ma devono essere da quest'ultima difesi contro ingerenze o attacchi. Il diritto positivo trova dunque la sua giustificazione in quanto recepisce il diritto naturale dell'individuo. Che è poi la tesi fondante del liberalismo moderno.

Tra i diritti che pre-esistono allo Stato, senza dubbio, vi è il diritto alla legittima difesa di cui Locke parla espressamente paragonando l'aggressione di un malintenzionato ad una situazione di «stato di guerra».

«Lo stato di guerra è uno stato di inimicizia e distruzione. E perciò chi dichiara con parole o azioni un proposito non passionale e precipitoso, ma

⁽¹⁹⁾ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, 9ª ed., trad. it. A. Gialluca, Milano, 2017, p. 65.

meditato, riguardo la vita di un altro uomo, si pone in uno stato di guerra contro colui al quale ha dichiarato una tale intenzione, e di conseguenza, espone la sua vita al potere che l'altro, o chiunque si unisca a lui in sua difesa o ne sposi la causa, ha di portargliela via; essendo ragionevole e giusto che io abbia il diritto di distruggere chi mi minaccia di distruzione. Infatti, in base alla legge fondamentale di natura, dovendosi l'uomo preservare quanto più possibile, quando non possono essere salvaguardati tutti è da preferirsi la sicurezza degli innocenti. Ciascuno può distruggere un uomo che gli faccia guerra o abbia manifestato ostilità contro il suo essere per la stessa ragione per cui può uccidere un lupo o un leone»⁽²⁰⁾.

Locke, inoltre, si esprime in termini netti anche sulla difesa del patrimonio dell'agredito, legittimando, di fatto, un'azione che definiremmo oggi (con gli strumenti giuridici attuali) priva del requisito di proporzionalità. L'argomentazione del padre del liberalismo ha però una sua logica perfettamente coerente con le premesse del suo pensiero. Locke sostiene infatti che l'agredito non possa correre il rischio di mettersi nelle mani di siffatti uomini i quali, anche in assenza di un intento esplicito di attentare alla vita altrui, se riuscissero però a privare l'onesto cittadino della libertà, non essendo guidati da retta ragione, potrebbero disporre della vita degli inermi anche per semplice capriccio⁽²¹⁾. Da qui l'assunto: «Ciò rende legittimo per un uomo uccidere un ladro che non gli ha minimamente recato danno, né dichiarato alcun proposito riguardante la sua vita, se non per l'uso della forza diretto a porlo in suo potere per sottrargli il denaro o quant'altro gli piaccia. Infatti, usando la forza per pormi in suo potere senza averne il diritto, quali che siano le sue pretese, ho motivo di supporre che chi vuole togliermi la libertà voglia togliermi, una volta che mi abbia in suo potere, ogni altra cosa. È perciò lecito trattarlo come uno che si sia posto in stato di guerra con me, vale a dire ucciderlo se posso; poiché a questo rischio giustamente si espone chiunque dà inizio a uno stato di guerra nel quale sia aggressore»⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, cit., p. 83.

⁽²¹⁾ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, loc. ult. cit.

⁽²²⁾ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, cit., p. 85.

2. — *L'attuale art. 52 del codice penale: un istituto ereditato dal fascismo.*

Non sempre gli operatori del diritto, che quotidianamente frequentano i nostri Tribunali, prestano attenzione ad un particolare: il nostro codice penale (tecnicamente, uno dei migliori codici al mondo, tanto da resistere ad ogni logorio del tempo) reca tre firme: «Vittorio Emanuele, Mussolini, Rocco». D'altra parte, parliamo di un codice del 1930. E se l'architettura del codice ancora è sorprendentemente in grado di rispondere alle esigenze dell'ordinamento (oltre che alle aspettative sociali), vi sono parti in cui l'impostazione ideologica degli ispiratori e firmatari del codice sembra aver ampiamente fatto il proprio tempo. Perché non vi è dubbio, limitando le nostre considerazioni all'istituto della legittima difesa, che l'ideologia fascista, che pur si richiama – almeno formalmente – alla tradizione giuridica romana arriva a capovolgere, in una sorta di contro-rivoluzione copernicana, la natura giuridica della legittima difesa. Non più diritto innato dell'uomo, principio scolpito nel cuore di ogni individuo e quindi riconosciuto dallo Stato - ma mera concessione dello Stato. Il codice Rocco, come fin troppo evidente per chi non si ferma ad una lettura tecnicistica delle norme, risente in termini preponderanti dell'idealismo neo-hegeliano rappresentato da Giovanni Gentile.

L'architettura giusfilosofica dello Stato fascista, ed in modo particolare la filosofia del diritto penale, è fortemente influenzata dalle suggestioni dello “Stato etico” di hegeliana memoria. Non più l'idea dell'uomo che fa il suo ingresso nello Stato portando con sé i propri diritti innati ma l'idea astratta che l'individuo, inteso in termini “universali”, diventa esso stesso Stato⁽²³⁾. Una sorta di “finzione” spirituale, prima ancora che giuridica, che sconta la visione hegeliana secondo la quale, nello Stato, l'individuo, per dirla con

⁽²³⁾ Per un approfondimento dei rapporti tra individuo e Stato cfr. G. GENTILE, *Genesi e struttura della società*, Firenze, 2002. Si veda anche, per indagare il rapporto tra il pensiero di Gentile e l'esperienza fascista, ID., *Origini e dottrina del fascismo*, Firenze, 2020. Per una prospettiva differenziale tra lo Stato come delineato da Gentile e poi realizzatosi con il fascismo e il modello hegeliano, si veda F. D'AGOSTINO, *Lezioni di teoria del diritto*, Torino, 2006, p. 47 ss.

Guido Fassò, «perderà ogni autonomia, si annullerà in un'eticità assoluta; e, anche se questa sarà intesa come sintesi di universale e di particolare realizzazione perfetta dell'individuale nell'assoluto, tutti gli aspetti della vita dell'individuo [...] saranno assorbiti nella vita di quell'Assoluto che nello Stato si incarna»⁽²⁴⁾. Nel momento stesso in cui l'individuo viene cioè innalzato (con una operazione tanto teoretica quanto virtuale) fino a fondersi con l'Assoluto, esso viene nella realtà concreta schiacciato dalla ragione collettiva di Stato. Nell'idea di Gentile, ragion di Stato e ragione individuale si fondono in un comune sentire di cui solo lo Stato si fa interprete.

Muovendo da tali premesse, Giovanni Gentile, il filosofo del fascismo, consumando uno strappo irreversibile con l'orizzonte giusnaturalista e quindi con la tradizione classica, confina i diritti individuali nei limiti strettissimi che offre l'autorità statale (che pur, nell'ottica idealista, non si contrappone all'individuo)⁽²⁵⁾. Era stato d'altra parte Arturo Rocco, già nel 1910, a prendere le distanze dalla scuola classica del diritto criticando l'idea di un diritto eterno, sovratemporale e razionale⁽²⁶⁾. Colpendo al cuore le ragioni più pro-

⁽²⁴⁾ G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, 2006, p. 88 s. Fassò spiega come, per Hegel, lo Stato sia l'organismo etico assoluto, l'*ethos* che si fa autocosciente come spirito di un popolo: il "razionale in sé e per sé". Per Hegel lo Stato è "l'ingresso di Dio nel mondo". Il che, peraltro, significa che ogni norma emanata dallo Stato è di per sé "etica" per il sol fatto di essere stata da esso emanata. Proprio partendo del pensiero hegeliano, Gentile struttura la concezione "attualista" (o "idealismo attuale") che si innesterà nella dottrina dello Stato etico. Si veda per un approfondimento sull'"idealismo attuale" di Gentile: G. GENTILE, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Firenze, 2003.

⁽²⁵⁾ Eppure, le stesse premesse del pensiero filosofico di Gentile, farebbero in realtà ritenere un esito concettuale diverso in ordine alle libertà individuali. È infatti lo stesso Gentile ad esprimersi in questi termini intorno all'idea di libertà: «Così la libertà si può dire la pietra di scandalo di tutte le filosofie. La disputa dura da millenni e non pare conclusa [...]. Eppure chi nega in generale la libertà, nel suo stesso giudizio negativo, compie un atto di libertà [...]. E ogni uomo è legato alle proprie idee, al proprio modo di pensare, e di sentire e al mondo quel egli se lo rappresenta e lo concepisce quale suo modo di sentire e di pensare: l'unico che abbia valore per lui: quel valore che sarebbe assurdo attribuirgli se egli non fosse quell'essere libero che è»: così G. GENTILE, *Introduzione alla filosofia*, Brindisi, 2015, p. 16 s.

⁽²⁶⁾ Cfr. A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, p. 497 ss. Rocco, in realtà, prende le distanze anche dalla scuola positiva del diritto accusata di dissolvere il diritto in una mera scienza empirico-causale.

fonde della ricerca del fondamento del diritto in un'ottica di perseguimento del "giusto", in particolare Rocco evidenzia come «la discussione filosofica, morale, sociale economica, politica, storica e perfino biologica e psicologica circa il fondamento, la giustificazione, la bontà, la convenienza generica e specifica di un istituto, soffoca e seppellisce lo studio giuridico di esso, quando pure non serve addirittura ad escluderlo»⁽²⁷⁾.

Su tale linea già tracciata dal giurista Rocco (che aderirà al fascismo), Gentile teorizza con estrema nitidezza la fine dell'idea dell'esistenza giusnaturalistica di diritti iscritti nel cuore dell'uomo: «C'è lo Stato; e c'è la sua volontà; la sua legge. Nella quale il cittadino, dalla nascita alla morte, trova il suo *limite*, presupposto della sua esistenza, condizione della sua libertà. La volontà dello Stato, con cui egli deve fare i conti, è volontà non in atto, ma già posta, già voluta»⁽²⁸⁾.

Il corollario di una simile impostazione conduce a ritenere ogni decisione assunta dallo Stato, e quindi ogni decisione "politica", pura morale. Come spiega Massimo Donini, Gentile vede solo nello Stato una vera moralità «che è però sintesi della dialettica tra diritto astratto e volontà individuale»⁽²⁹⁾.

In tale quadro concettuale Gentile esclude ogni riferimento etico all'infuori dello Stato così da non lasciare spazio né agibilità per i diritti naturali o innati che pre-esistono allo Stato. Una preclusione esplicitata da Edoardo Massari, uno dei redattori del codice Rocco. «Massari – scrive Donini – declinerà l'istanza giuspositivista, se possibile, in forma anche più radicale affermando perentoriamente che non esiste altro diritto penale al di fuori di quello raccolto nella legislazione dello Stato e bollando come 'semplice astrazione' ogni elaborazione derivata dai principi filosofici, ideali, razionali, naturali»⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p. 314.

⁽²⁸⁾ G. GENTILE, *Genesi e struttura della società*, cit., p. 64.

⁽²⁹⁾ Così M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2018, 9, p. 117 ss.

⁽³⁰⁾ M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, cit., p. 121. Non sfugga però che tanto nelle intenzioni di Gentile quanto di Arturo Rocco vi è l'esigenza di allontanarsi sia dalle istanze giusnaturalistiche che da quelle positiviste in cerca di una sorta di "terza via" della filosofia del diritto.

Per Gentile è lo Stato, immedesimato nell'individuo nella sua universalità, che attua dunque la volontà di quest'ultimo ed è ancora lo Stato, in tale accezione, che assume in via esclusiva la tutela, l'educazione e la difesa dell'individuo singolo. L'idea, in questa prospettiva, che solo ed esclusivamente lo Stato detenga il monopolio della forza, è idea squisitamente autoritaria. In questa visione, perfino le distinzioni tra pubblico e privato vengono meno.

È in questo contesto culturale ed in questa visione dello Stato, che nasce il codice Rocco. E basti leggere le prime pagine dei lavori preparatori al codice, redatte proprio dall'allora Guardasigilli e autore dell'opera Alfredo Rocco (fratello di Arturo), per rendersi conto di quale sia la prospettiva culturale e giuridica del codice: «In perfetta antitesi con la concezione dello Stato liberale o demo-liberale, lo Stato fascista non può consentire che energie individuali spieghino in alcuna guisa, e per qualsiasi motivo, un'attività contrastante con i suoi interessi politici. Sotto i regimi precedenti, a base individualista, come quelli che ripetevano la propria origine dai principi della Rivoluzione francese, codesta attività non solo era tollerata ma, almeno entro certi confini, era considerata come normale, ritenendosi che rientrasse nell'orbita delle libertà individuali. È noto che, nel nome di codeste libertà, fraintese nella loro essenza e praticate senza freno, ogni individuo si riteneva autorizzato a insorgere contro lo Stato»⁽³¹⁾.

Rocco, che certamente riesce ad esprimere in termini chiari la filosofia del diritto penale del tempo, spiega anche come ai fini e agli interessi dello Stato (inteso quale "organismo etico-religioso") devono essere subordinati, nel caso di eventuali conflitti, tutti gli altri interessi individuali e collettivi⁽³²⁾. La conseguenza, come spiega Giuseppe Maggiore, penalista e filosofo di formazione gentiliana, è una concezione per cui il reato, superando la tradizione illuministica, non offende l'individuo ma lo Stato stesso (che l'individuo lo rappresenta nella sua astrattezza e nella sua universalità)⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, p. 39.

⁽³²⁾ A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., p. 39 ss.

⁽³³⁾ Cfr G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 149. Maggiore si spinge ancora più in là spiegando come, a suo dire, ogni reato raffiguri

In tale brodo culturale, si colloca l'istituto della "legittima difesa" nel codice Rocco. Che non riconosce, per le ragioni ora spiegate e delineate dallo stesso Guardasigilli del tempo, diritti individuali tutelati dallo Stato. Non dunque la positivizzazione di diritti naturali, (con onere in capo allo Stato di garantire il diritto pre-statale dell'individuo alla reazione difensiva), ma il dispiego di un articolato sistema finalizzato a "giustificare" (o "scriminare") il comportamento del singolo che, pur costituendo fatto illecito per l'ordinamento, non deve essere punito a fronte del verificarsi di determinate circostanze. L'*incipit* dell'art. 52 del nostro codice penale (il primo comma è rimasto immutato rispetto alla originaria formulazione di Alfredo Rocco) recita: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per essersi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro un pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa».

Più che una serie di facoltà in capo all'agredito, emerge un complesso di limiti alla sua reazione (meramente tollerata). E ciò in ragione del presupposto culturale e giuridico di fondo del regime autoritario del tempo (impregnato dell'idealismo gentiliano e quindi orientato a realizzare lo Stato etico). Non a caso, nel nostro ordinamento penale, che ha perfettamente conservato la struttura del codice Rocco, si inquadra la legittima difesa nella categoria delle "scriminanti" o "cause di giustificazione"⁽³⁴⁾. Le quali operano, in generale, rendendo giustificato o non punibile un comportamento che l'ordinamento ritiene illecito. Di fatto, le "scriminanti" lasciano quindi intatta la illiceità oggettiva del fatto facendo venire meno soltanto la possibilità di muovere un rimprovero al suo autore⁽³⁵⁾. In altri termini, la reazione

un *crimen laesae maiestatis*, un atto cioè che arreca pregiudizio all'ordine etico-giuridico e all'onore dello Stato stesso (p. 155).

⁽³⁴⁾ Per un approfondimento sulle cause di giustificazione nel nostro ordinamento, cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018.

⁽³⁵⁾ Così in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 267 ss. Secondo gli Autori, in presenza dei requisiti richiesti dalla "scriminante" viene meno il requisito dell'*antigiuridicità* nella condotta pur oggettivamente illecita dell'agredito (nel caso

dell'agredito viene tecnicamente classificata essa stessa come fatto delittuoso, fatto però che l'ordinamento rinuncia a punire in presenza di determinate circostanze la cui esistenza va sempre verificata con onere della prova, peraltro, a carico di chi si è difeso da un'azione illecita.

Molta parte della la dottrina penalistica, evidentemente consequenziale ai presupposti dogmatici in cui nasce il nostro sistema penale, quando individua il fondamento della legittima difesa, lungi dall'evocare il diritto naturale dell'individuo all'auto-difesa, sposta l'attenzione sulla comunità sociale (mancanza di danno sociale), sull'interesse prevalente e sul bilanciamento delle ragioni in ballo o, ancora, sul principio di *non contraddizione* interno all'ordinamento che non può, allo stesso tempo, vietare la lesione degli altrui diritti e, contestualmente, vietare la difesa dell'individuo di quegli stessi diritti che si vogliono aggredire⁽³⁶⁾. In altre parole, il fondamento della legittima

della difesa personale), nel senso che tale condotta è resa facoltativa da norma diversa da quella incriminatrice e tale norma è desumibile dall'intero ordinamento giuridico.

⁽³⁶⁾ La posizione che individua il fondamento delle scriminanti sulla mancanza di danno sociale è di Francesco Antolisei (cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 14^{ma} ed., Milano, 1997, p. 268 ss.). Altra parte della dottrina propende per un modello di spiegazione di tipo pluralistico che individua il fondamento delle scriminanti in principi diversi tutti interni, comunque alle ragioni dell'ordinamento stesso. In questa prospettiva, il Consulich, sideralmente lontano dall'individuare nella reazione difensiva un diritto naturale, descrive le cause di giustificazione in generale come «norme produttive di un impatto pratico non inferiore a quello delle incriminazioni, quanto meno perché impedendo l'attivazione della reazione sanzionatoria, legittimano l'offesa di interessi sociali solitamente protetti dall'ordinamento. Si tratta dunque – continua Consulich – di strumenti che consentono un controllo sociale [...]. Che siano o meno qualificabili come norme penali, le scriminanti sono inesorabilmente capaci di provocare effetti pratici e, dunque, per questo possono essere impiegate in chiave strumentale in vista del conseguimento di obiettivi di politica del diritto più o meno legittimi»: così F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, cit., p. 5 s.). Per Fiandaca e Musco, il fondamento della legittima difesa è ravvisato nella prevalenza attribuita dall'ordinamento all'interesse di chi sia ingiustamente aggredito rispetto all'interesse di chi si è posto fuori dalla legge (cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, in *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 295). Per Marinucci e Dolcini, il fondamento viene individuato nella necessità dell'ordinamento di risolvere il conflitto tra due norme antinomiche: «la norma che incrimina il fatto e l'antitetica norma che ne facoltizza o impone la realizzazione». Conflitto che viene risolto nell'ordinamento italiano assegnando la prevalenza alla norma che facoltizza o impone la realizzazione del fatto (così

difesa (anche per la maggior parte della dottrina moderna), in sostanziale coerenza con le dottrine che hanno rappresentato l'universo concettuale in cui è nato il codice Rocco, è ben individuato all'interno dell'ordinamento statale (o della comunità sociale che è parte dello Stato) e risponde a logiche interne all'ordinamento stesso. Le ragioni dell'individuo (l'agredito) restano estranee ad ogni teorizzazione.

Il corollario di tale impostazione, ancora in coerenza con i presupposti con cui era nato il codice Rocco, è evidente: la legittima difesa è una mera concessione dello Stato. Su tutti Fiandaca e Musco, che non potrebbero essere più espliciti: «la legittima difesa rappresenta un residuo di auto-tutela che lo Stato concede al cittadino, nei casi in cui l'intervento dell'Autorità non può risultare tempestivo»⁽³⁷⁾. È lo Stato dunque, che, ancora oggi, ci “concede” l'autodifesa.

3. — *L'anomala resistenza ad ogni modifica della legittima difesa. Nostalgia di uno Stato “etico”?*

D'altra parte, la legittima difesa, nel contesto del codice del 1930 e nell'idea dominante della odierna dottrina penalistica che ha sempre difeso l'impostazione (etica) del codice a firma Vittorio Emanuele, Mussolini, Rocco, non è mai stata considerata un diritto individuale. Una posizione largamente dominante anche oggi, con rarissime eccezioni tra le quali è il caso di annoverare quelle (piuttosto isolate) di Carlo Nordio⁽³⁸⁾ o di Mauro Ronco che, con estrema nettezza, scrive che «il diritto alla legittima difesa

in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, p. 222 s.). Per una ricognizione generale delle teorie sul fondamento delle scriminanti in generale, cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale e speciale*, 4^a ed., Molfetta, 2018, p. 173 ss.

⁽³⁷⁾ Così G. FIANDACA, E. MUSCO, in *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 294 s.

⁽³⁸⁾ Cfr. C. NORDIO, *Prefazione* a F. SARNO, M. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008, p. VIII ss. Il magistrato ha spiegato come l'impostazione neo-hegeliana di cui è permeato l'istituto della legittima difesa si sarebbe dovuta dissolvere con la caduta del fascismo e l'avvento della Costituzione rimanendo invece immutata.

esprime un'idea nobile dell'uomo, come ente intrinsecamente capace di giustizia, portatore di un valore attivo, inteso alla realizzazione della giustizia nella società»⁽³⁹⁾.

Per comprendere quanto la dottrina sia sbilanciata a favore dell'impostazione originale dell'istituto, basti leggere il comunicato (non scevro da una certa *vis* polemica) dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale alla vigilia della riforma della legittima difesa del 2019 voluta dal primo Governo Conte e che, di fatto, si è limitata ad ampliare gli ambiti della reazione consentita, anche in riferimento alla fattispecie dell'eccesso colposo⁽⁴⁰⁾. A parte il titolo del contributo, già emblematico («La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini. Nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino»), ciò che induce una riflessione è un passaggio passato quasi sottotraccia. Ecco: «L'idea di introdurre un 'diritto di difesa' che prenda il posto della legittima difesa – come vorrebbe la proposta di legge n. 580 – stravolge quindi il significato della causa di giustificazione, poiché introduce una licenza di uccidere ancorata semplicemente a un rapporto cronologico tra aggressione e difesa»⁽⁴¹⁾. In buona sostanza, in termini chiarissimi, l'Associazione dei penalisti, ricordando (correttamente, da un punto di vista tecnico) che la legittima difesa è, nel nostro ordinamento, altra cosa rispetto ad un diritto soggettivo, ha stigmatizzato la sola idea di poter qualificare come un “diritto” la legittima difesa individuale. Con ciò peraltro connotando negativamente, in tale contesto, il concetto stesso di “diritto” individuale. Esattamente come aveva fatto il guardasigilli Rocco.

⁽³⁹⁾ Cfr. M. RONCO, *La vittima nel diritto penale e la legittima difesa*, cit., p. 1.

⁽⁴⁰⁾ Per un approfondimento sulla riforma del 2019, si veda: A. CONZ, L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, Roma, 2019.

⁽⁴¹⁾ Cfr. il comunicato della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale del 24 luglio 2018, *La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini. Nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino*, in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org.

Non è un caso che alcuni autori abbiano, di fatto o anche esplicitamente (è il caso di Marco Pellissero⁽⁴²⁾), espresso “rimpianto” per la struttura del codice Rocco (comunque non scalfita, in realtà, dalla riforma del 2019 del primo Governo Conte che non ha modificato l’impostazione di fondo). Scrive Pellissero: «Il Codice penale Rocco, permeato dai presupposti dello Stato autoritario, aveva configurato la legittima difesa in termini equilibrati, partendo dall’assunto che il potere di tutelare i beni giuridici spetta allo Stato, mentre ai singoli sono consentiti spazi di auto-tutela in casi estremi»⁽⁴³⁾.

Sarebbe fin troppo scontato rispondere che la strutturazione giuridica della legittima difesa nel codice Rocco era (ma dovremmo dire è) sì, onestamente, ideata in termini equilibrati e lineari, ma lo era contestualmente e, soprattutto, consequenzialmente ad un quadro fortemente autoritario, con compressione dei diritti individuali, imposto da uno Stato “etico” in cui quella soluzione “equilibrata” era l’unica possibile per non calpestare del tutto le facoltà di reazione dell’individuo vittima di aggressione.

Alcuni autori, nel corso del dibattito sull’ampliamento dei margini della “legittima difesa” alla vigilia della riforma del 2019, hanno parlato di “populismo penale” o di «sviluppo securitario del diritto penale»⁽⁴⁴⁾. Addirittura, di un primo passo verso una possibile «involuzione anti-democratica»⁽⁴⁵⁾. E

⁽⁴²⁾ Cfr. M. PELLISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, in *Osserv. cost.*, 2019, 5, p. 106 ss. Tra le altre cose, scrive Pellissero: «A fronte della progressiva stratificazione della legittima difesa, non resta che rimpiangere la linearità e l’equilibrio della soluzione adottata dal codice Rocco» (p. 131).

⁽⁴³⁾ M. PELLISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 108.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019. Tra gli altri, di “sviluppo securitario” del diritto penale ha parlato Marco Pellissero in M. PELLISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 110.

⁽⁴⁵⁾ Così F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, p. 19. L’Autore rievoca il c.d. *rapporto Questiaux*, un documento licenziato negli anni ottanta dalla sottocommissione per la prevenzione delle discriminazioni e la protezione delle minoranze all’interno della Commissione dei diritti umani dell’Onu. Partendo dal presupposto che la riforma della legittima difesa limiti il potere discrezionale del Giudice, scrive: «Si tratta di uno strumento prezioso – scrive Consulich – perché for-

così anche il dibattito sul tema ontologico della natura del diritto (al netto ovviamente di certi dibattiti politici privi di argomentazioni giusfilosofiche) ha subito un autentico paradosso: evocare il “diritto individuale” alla legittima difesa (pur rientrando nell’alveo del rispetto della tradizione della nostra civiltà occidentale e pur rappresentando un punto di rottura con l’impostazione gentiliana e fascista), ha significato di fatto partecipare alle pulsioni “populiste” o securitarie, se non invocare logiche da *far west* e pistole per tutti.

Un paradosso che ne richiama un altro. Nello stesso tempo in cui certa dottrina rifugge ogni teorizzazione dogmatica incentrata sul diritto naturale all’auto-difesa dell’individuo, invoca però il diritto (individuale) alla vita dell’aggressore, diritto presidiato dal requisito della “proporzionalità”, elemento necessario alla configurazione della legittima difesa, individuandone il fondamento non più all’interno di logiche formali ed ordinamentali ma nel diritto umanitario. È il caso, tra i tanti, di Consulich che, richiamando e criticando la riforma del 2006 al nostro codice penale in relazione alla legittima difesa domiciliare⁽⁴⁶⁾, la definisce «come una vera e propria eccezione nel sistema delle cause di liceità poiché è programmaticamente priva dell’elemento della proporzione, tipico delle più note scriminanti» fino ad arrivare

nisce una sorta di manuale diagnostico dell’autoritarismo in grado di decifrare i sintomi della involuzione anti-democratica di un ordinamento a partire dalla conformazione del suo diritto penale. Ebbene, nell’analizzare i prodromi della degradazione dello Stato di diritto, la relazione pome come indicatore della salute di una democrazia la libertà del giudice rispetto ad uno degli altri poteri dello Stato» (p. 19).

⁽⁴⁶⁾ Nel 2006 è stata introdotta nel nostro ordinamento una novella all’art. 52 (l. 59 del 2006), in particolare il legislatore ha aggiunto due nuovi commi che hanno reso proporzionata, in termini presuntivi la reazione dell’agredito, anche con l’uso di un’arma legittimamente detenuta o altro strumento offensivo, rispetto ad una aggressione anche a contenuto patrimoniale. Recitano il secondo e terzo comma dell’art. 52, così come novellato dalla riforma del 2006: «Nei casi previsti dall’art. 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un’arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all’interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un’attività commerciale, professionale o imprenditoriale».

a sentenziare che detta riforma collide “con i principi fondanti dell’ordinamento” ed in particolare collide – ed è questo il punto in cui l’attenzione del giurista si sposta sui diritti individuali dell’aggressore – con il principio di tutela della vita umana «anche alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo che, all’art. 2, prevede che la morte di un uomo può essere cagionata solo allorché sia assolutamente necessaria per assicurare la difesa di una persona da una violenza illegale, per eseguire un arresto o impedire una evasione o per reprimere una sommossa o insurrezione»⁽⁴⁷⁾. Ciò che colpisce in questa visione è che, di fatto, ci si trovi di fronte, a quelli che Bobbio definisce «diritti privilegiati»⁽⁴⁸⁾ non ravvedendosi però in capo all’agredito, nemmeno la sussistenza di altri diritti (quale, a nostro avviso, quello alla difesa), pure essi fondamentali, da mettere in concorrenza.

Insomma, mentre per giustificare la legittima difesa dell’agredito il fondamento continua ad essere cercato, non tra i diritti fondamentali, ma fuori dall’individuo e rinvenuto nelle logiche formali dell’ordinamento che concede al cittadino “un residuo di autotutela”, per difendere il presidio della “proporzionalità”, certa dottrina (ma anche parte della giurisprudenza) evoca quale suo fondamento il diritto individuale dell’aggressore sancito dalle norme di diritto umanitario. In altri termini, mentre non viene riconosciuto in

⁽⁴⁷⁾ F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., pp. 53-55. L’A. cita peraltro una pronuncia della Corte di Cassazione (la sentenza della I sezione numero 16677 del 8 marzo 2007) che spiega come la “nuova” legittima difesa sia contrastante con i principi di tutela della vita umana espressi dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo se non corretta in sede interpretativa con la necessità di un pericolo per l’incolumità fisica dell’agredito.

⁽⁴⁸⁾ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e della pace*, Bologna, 1979, p. 125. Scrive il Nostro: «Anzitutto, tra i diritti umani, come è stato più volte osservato, vi sono diritti con *status* molto diversi tra loro. Ve ne sono alcuni che valgono in ogni situazione e per tutti gli uomini indistintamente [...]. Questi diritti sono privilegiati, perché non vengono posti in concorrenza con altri diritti pure essi fondamentali. Ma anche tra i cosiddetti diritti fondamentali, quelli che non vengono sospesi in qualche circostanza o negati per qualche categoria di persone, sono ben pochi: in altre parole, sono ben pochi i diritti ritenuti fondamentali che non vengono in concorrenza con altri diritti ritenuti pur essi fondamentali, e che non impongono pertanto, in certe situazioni e con riguardo a particolari categorie di persone, una scelta» (p. 125).

alcun modo il diritto naturale all'auto-difesa pre-esistente all'ordinamento, viene invece riconosciuto quale pre-esistente all'ordinamento statale (tanto da invocare il diritto umanitario), il diritto alla vita (ma anche alla integrità fisica) dell'aggressore.

Da una parte, dunque, la stigmatizzazione anche formale (emblematica quella dell'Associazione dei penalisti) della legittima difesa quale "diritto" individuale. Dall'altra, il riconoscimento pieno (e, si badi bene, divisibile) del diritto alla vita in capo all'agredito.

Difficile non scorgere però, in tale impostazione dottrinale, quantomeno uno sbilanciamento concettuale. Da una parte (quando si parla del fondamento della legittima difesa), una stringente logica a circuito chiuso che finisce per ripercorrere i sentieri del logicismo giuridico di stampo positivista o quelli dello Stato etico gentiliano autoritario; dall'altra (quando si parla del requisito della proporzionalità nell'ottica di porre un argine alla reazione difensiva), una logica che diventa "giusnaturalista" nella misura in cui evoca diritti non statuali ma posti dall'umana ragione (il diritto umanitario appunto, che non rappresenta altro che la moderna frontiera del diritto naturale)⁽⁴⁹⁾.

4. — *Una nuova e "antica" rotta: ripensare all'agredito come ad una vittima "innocente"*.

Difendersi (nel senso di reagire ad una aggressione) è oggi tecnicamente un delitto, come anche la giurisprudenza formatasi sul codice Rocco ha sempre confermato⁽⁵⁰⁾. Non può sottacersi l'ambiguità di fondo, presente

⁽⁴⁹⁾ Per approfondire il passaggio evolutivo dalla Scuola del diritto naturale al diritto umanitario cfr. F. DAL POZZO, *Note introduttive di filosofia del diritto*, Torino, 1994, pp. 71-121. In relazione al dibattito filosofico sulla natura dei diritti umani cfr. M. MANCINI, *Problemi di argomentazione e giustificazione dei diritti umani*, in *Saggi sull'argomentazione giuridica*, a cura di M. Macini, Torino, 2017, p. 89 ss.

⁽⁵⁰⁾ L'art. 52, come si è visto, si limita a prevedere la non punibilità di un "fatto" evidentemente costituente reato (proprio in virtù del fatto che la reazione difensiva è una mera concessione dello Stato). A tal proposito è emblematica una storica pronuncia della Corte di Cassazione del 1960 in cui si delinea addirittura la sussistenza del dolo nella reazione

all'interno del nostro ordinamento, che sovrappone – fino, almeno tecnicamente, a confonderli – il ruolo della vittima con quello del criminale. E ciò avviene anche nei casi più evidenti di reazioni difensive necessitate, attesa l'automaticità dell'iscrizione nel registro degli indagati dell'agredito dovuta non tanto e non solo al principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale sancita dall'art. 112 Cost., ma proprio alla natura “delittuosa” dell'azione difensiva così come concepita nel nostro ordinamento. Vista tale costruzione giuridica con occhi non tecnicistici (tale è la platea generalista di interlocutori a cui si è fatto riferimento nell'*incipit* dell'articolo), la sensazione è quella di un ribaltamento di valori di giustizia. Ma attenzione: non è l'ignoranza a fornire tale sensazione. Sono invece le ragioni del “cuore”, quelle stesse che Cicerone evocava nel foro romano. Ragioni che, per usare le espressioni dell'Arpinate, non sono fondate sullo studio dei libri o dei tecnicismi giuridici, ma sono desunte dalla stessa natura umana. Una posizione che non è inquadrabile come espressione di un rozzo “populismo” a cui contrapporre una visione “illuminata” del diritto penale. Piuttosto si ha la sensazione di trovarsi, per usare una felice espressione di Bruno Leoni, di fronte ad una «rivolta del senso comune»⁽⁵¹⁾. È la spontaneità dell'animo umano a ribellarsi di fronte alla oggettiva “criminalizzazione” di un atto difensivo. «Il problema del cosiddetto diritto naturale (già sollevato dai greci quando essi parlavano del cosiddetto ‘giusto per natura’) – scrive da posizioni liberali Bruno Leoni – sorge da un atteggiamento che si potrebbe chiamare spontaneo delle persone»⁽⁵²⁾.

Ancora una volta, nel campo della legittima difesa, si ripropone l'eterno insoluto conflitto: ciò che è “giusto” si contrappone a ciò che è “posto” senza l'incantesimo di un diritto, per parafrasare un'espressione di Amato

difensiva: «La difesa legittima non esclude il dolo, in quanto la difesa repressiva necessitata postula in ogni caso la precisa intenzione dell'agente diretta a cagionare un fatto penalmente illecito. Non il dolo, elemento costitutivo del reato viene meno pertanto, ma la punibilità del reato»: così Cass. pen., 24 febbraio 1960, in *Giust. pen.*, 1960, II, p. 861.

⁽⁵¹⁾ B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, 2003, p. 174.

⁽⁵²⁾ B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 174.

Mangiameli, che si riconcilia con la giustizia⁽⁵³⁾. Ma in questo caso, il sacrificio della vera vittima è oltremodo evidente.

Ha colpito tutti, recentemente, il caso di Debora, una giovane ragazza di Tivoli, che nel tentativo estremo di difendere se stessa, la mamma e la nonna dall'ennesima violentissima aggressione fisica di un padre ubriaco e violento (che da anni vessava e picchiava le donne di casa), il 19 maggio del 2019, reagiva ferendo quest'ultimo con un coltello provocandone poi la morte. La diciannovenne, all'esito delle prime sommarie informazioni raccolte dai carabinieri nell'immediatezza, veniva tratta in arresto in "quasi flagranza" del reato di omicidio volontario. Dopo il primo shock particolarmente intenso per ciò che era appena accaduto, la ragazza subiva un secondo shock. Da vittima, era appena diventata, per lo Stato, tecnicamente una "criminale". È emblematico ciò che scrive lo stesso pubblico ministero presso il Tribunale di Tivoli nella richiesta di archiviazione del 5 settembre 2019 (accolta dal Gip di Tivoli solo il 14 maggio 2020): «Fin da subito, grazie ai primi racconti raccolti sul posto dalla voce dei presenti, le indagini si concentrano sulla giovane D., figlia di L., che, nel corso di aggressioni ai danni dei presenti in casa, incominciate fin dalle prime ore del mattino, verso le 5 di quel giorno, e poi degenerata fuori dal palazzo, aveva colpito il padre con un coltello in difesa della madre A.A., aggredita violentemente dal genitore [...]. Dalle prime dichiarazioni rese ai carabinieri da A.C., madre di D. e compagna di L.S., nonché da S.N. sorella di L. e dalla stessa D. (nella forma delle spontanee dichiarazioni), tutte convergenti e pienamente credibili, anche perché rese nell'immediatezza, si è in grado di ricostruire gli accadimenti della mattina dei fatti»⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, Padova, 2012, p. 252. Questo il passaggio integrale dell'Autrice: «Il giurista deve quindi ripensare il rapporto diritto, politica, religione. E naturalmente, egli è chiamato a svolgere questo compito da *giurista*, cioè coltivando l'incantesimo di un diritto [...] finalmente riconciliato con la giustizia, perché il *diritto alla giustificazione* spetta al laico, così come al credente».

⁽⁵⁴⁾ Cfr. la richiesta di archiviazione *ex art.* 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p. del P.M. dott. Guerra al Gip presso il Tribunale di Tivoli del 5 settembre 2019, allegato a C. PECORELLA, *Violenza domestica e legittima difesa, un interessante provvedimento del Tribunale di Tivoli*, in *www.sistemapenale.it*, 21 settembre 2020.

Da tali dichiarazioni (come emerge dalla stessa richiesta di archiviazione del pubblico ministero che dà poi conto nel dettaglio delle dichiarazioni raccolte sul posto dai militari), immediatamente appare, da una parte la figura di un uomo violento, degradato psicologicamente, incapace di frenare i propri istinti aggressivi che, quella mattina, stava per uccidere la moglie a suon di colpi pugilistici dopo che questa, insieme alle altre donne di casa, era fuggita per la strada; dall'altra la figura di una ragazzina terrorizzata (aveva implorato il padre più volte di smetterla ed appena consumato il fatto si era ricoverata ancora in pigiama e in stato di shock in casa di una vicina) che aveva agito per salvare la nonna dalle botte e la mamma da morte imminente.

Dunque, nell'immediatezza dei fatti, gli inquirenti avevano già di fronte il quadro di una vicenda tanto drammatica quanto però chiara e inoppugnabile, tanto che lo stesso pubblico ministero scrive senza esitazione che le dichiarazioni che confermavano l'aggressione violentissima del padre e la difesa disperata della figlia erano "tutte convergenti e pienamente credibili". Tutti i primi elementi di prova raccolti, in altre parole, deponevano fin dalle prime ore di quello stesso giorno per un caso emblematico di legittima difesa. Nonostante ciò, la giovanissima Debora è stata tratta in arresto.

Non certo una forzatura degli inquirenti, con tutta evidenza. Ma una necessaria conseguenza dell'impostazione giuridica del nostro ordinamento. Se difendersi è tecnicamente un delitto (così come voluto dal codice del 1930), a fronte della morte di un uomo, l'immediata iscrizione nel registro degli indagati e l'arresto di chi ha reagito diventano inevitabili. Come anche il consumarsi di una profonda ingiustizia tanto che nessuno può mettere in discussione che la giovane Debora ha di fatto subito un processo che nulla ha di diverso dalla c.d. vittimizzazione secondaria⁽⁵⁵⁾. Nonostante il giusto epilogo della vicenda (con il Gip presso il Tribunale di Tivoli che ha archiviato il procedimento penale condividendo integralmente le argomentazioni fornite dal pubblico ministero), emerge una considerazione: per 12 lunghi mesi la giovane Debora (che era già stata tratta in arresto lo stesso giorno

⁽⁵⁵⁾ Per un approfondimento sulla c.d. vittimizzazione secondaria si veda G. FANCI, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Riv. crim., vittim. e secur.*, 2011, V, n. 3.

del delitto) ha improvvisamente conosciuto l'angoscia di un procedimento giudiziario, trovandosi indagata per omicidio di un ascendente (ipotesi per la quale, secondo l'art. 577 c.p., è prevista astrattamente la pena dell'ergastolo), subendo un procedimento penale dai risvolti emotivi psicologicamente devastanti e dovendo ricorrere, con oneri a proprio carico, ad avvocati, esperti e consulenti per sostenere ragioni già evidenti a chiunque dalle prime ore dopo l'evento. Inquirenti in testa.

Il caso di Tivoli dimostra come l'inquadramento dell'istituto della legittima difesa (non si sottovaluti il fatto che, se pure il pubblico ministero è tenuto a ricercare prove anche in favore dell'indagato, l'agredito che invoca la legittima difesa sopporta anche il carico dell'onere della prova per far valere la scriminante) porta necessariamente a "dimenticare" la vittima sostanziale, in questo caso peraltro un soggetto particolarmente "vulnerabile"⁽⁵⁶⁾, che non può invocare un autonomo diritto soggettivo alla difesa e che rischia di trovarsi stritolata da un meccanismo tecnico (ma, purtroppo, con un fondamento di precisa scelta di campo) che inverte le ragioni di giustizia.

«Se si dimentica la vittima – scrive Mauro Ronco – la distinzione tra giustizia e ingiustizia si affievolisce via via sempre più e il carnefice primeggia sulle rovine di una società priva di rettitudine e di energia morale. La memoria della vittima innerva la reazione vitale di un popolo che custodisce al suo centro la distinzione tra il giusto e l'ingiusto e rivendica il primato della giustizia contro ogni sopraffazione, da qualunque parte essa provenga»⁽⁵⁷⁾. Una considerazione che appare suggestivamente correlata a quello che Sergio Cotta definisce un "imperativo" giustificato dalla coesistenza umana: «il rispetto dell'innocente è necessario all'esserci dell'esistenza umana»⁽⁵⁸⁾. Cotta ritiene detto principio "universalizzabile" spiegando che il rispetto

⁽⁵⁶⁾ Il diritto alla legittima difesa, come il caso di Debora dimostra, non è sovrapponibile al "diritto" ad armarsi, ma è un presidio giuridico a tutela e garanzia innanzitutto dei soggetti più deboli, ossia "vulnerabili". Vedi sul punto, in particolare, AA.VV., *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, a cura di T. Casadei, con prefazione di G. Zanetti, Torino, 2012.

⁽⁵⁷⁾ Così M. RONCO, *La vittima nel diritto penale e la legittima difesa*, cit., p. 5.

⁽⁵⁸⁾ Così S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, p. 114.

dell'innocente non è solo necessario per l'esistenza individuale ma anche per la "coesistenza" poiché «nella misura in cui tale rispetto viene a mancare, fino a scomparire del tutto, non è colpita soltanto la persona dell'innocente, bensì è posta in pericolo la vita di tutti e quindi la coesistenza fino a renderla, al limite, impossibile»⁽⁵⁹⁾.

Ora, a parere di chi scrive, proprio per salvaguardare il principio di "coesistenza", occorre avere "memoria", per usare l'espressione di Ronco, che la vittima di un'aggressione è un innocente da tutelare. Anche quando, per il naturale e fondamentale istinto di autoconservazione, l'innocente cerca di difendersi. Ecco perché, in questa ottica, l'unica via percorribile è quella del recupero della tradizione giuridica occidentale, tradita dall'ideologia penale confluita nel codice Rocco. Ampliare (come pure è stato fatto) i confini della legittima difesa in un quadro giuridico che non appartiene alla cultura giusfilosofica di uno Stato liberale di diritto, appare più che una soluzione, una scorciatoia. L'auspicio è che si superi, nel campo della legittima difesa, il pregiudizio che porta, come nel caso dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, a equiparare l'espressione "diritto alla difesa" ad una cinematografica "licenza di uccidere". Il principio del diritto soggettivo connaturato alla natura umana, pur certamente oggetto di dibattito, merita un diverso rispetto.

⁽⁵⁹⁾ S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., p. 114 s. Se, da una parte, per Sergio Cotta, la tutela dell'innocente è dunque un imperativo universale la cui "verità" è giustificata dalla "coesistenza", dall'altra il Nostro non trascura il fatto che detto enunciato teorico («il rispetto dell'innocente è necessario all'esserci della *coesistenza* umana») può, in concreto, essere messo in dubbio «dato che assai diverso è il significato esistenziale conferito al termine 'innocenza' nelle diverse culture o situazioni» (p. 115). Così, anche nella legittima difesa, a parere di chi scrive, se è vero che occorrerebbe universalmente ribadire il diritto naturale alla difesa, ciò non significa che, in concreto, ogni situazione debba essere certamente analizzata affinché un diritto naturale innato non sfoci mai nell'abuso consapevole.

SABRINA ELIA^(*)

PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E DIRITTO PENALE AMBIENTALE. LUCI ED OMBRE DI UN RAPPORTO ANCORA CONTROVERSO

ABSTRACT: This article deals with the use of the precautionary principle in criminal law, especially in environmental criminal law. By requiring the adoption of precautionary measures in situations of scientific uncertainty, the precautionary principle fits in where the level of acceptability of the risk has changed over the years, shifting attention from the danger of injury to the “risk of danger” of injury. Considering the inability of classical criminal law to manage the new classes of risk, the essay tackles the expansion of criminal law from new prospects. This is an important premise to demonstrate that the demands for the protection of the environment and for the effectiveness of criminal repression are in danger of changing the patterns of guilt as well as the procedural arrangements and evidence that demonstrate the standard of proof of guilt. Therefore, beyond the jurisprudential and doctrinal interventions, this paper aims to if an effective legislative intervention on the subject is necessary.

SOMMARIO: 1. Premessa. Dal pericolo al rischio: genesi e sviluppo del principio di precauzione. – 2. Dal principio di prevenzione al principio di precauzione: un rapporto di complementarità in ambito internazionale ed in ambito penale. – 3. Il rapporto tra principio di precauzione e diritto penale: inconciliabilità o possibile incontro? – 4. Segue. Il rapporto tra principio di precauzione e diritto penale: tra espansione e flessibilizzazione. – 5. Il principio di precauzione nella definizione del fatto tipico nelle fattispecie introdotte dalla l. n. 68/2015. – 6. Il principio di precauzione e le sue ricadute nel processo penale: possibile superamento della regola BARD? – 7. Considerazioni conclusive.

1. — *Premessa. Dal pericolo al rischio: genesi e sviluppo del principio di precauzione.*

Il principio di precauzione ha costituito e costituisce tutt’oggi uno degli argomenti più dibattuti in diritto. Criticato da chi lo ha interpretato quale

^(*) Avvocato del Foro di Perugia.

disincentivo allo sviluppo e alla ricerca scientifica, celebrato – invece – da chi⁽¹⁾ lo ha considerato quale emblema dell'evoluzione giuridica ed etica, si è posto al centro dell'attenzione della dottrina (nazionale ed europea), della giurisprudenza nonché dello stesso legislatore.

Segnatamente, il principio in analisi emerge in tutti quei casi in cui lo stato delle conoscenze scientifiche e del progresso tecnologico non permette di escludere una potenziale influenza dannosa per gli interessi in gioco, seppur – al contempo – non permette nemmeno di affermarla con assoluta certezza.

Si comprende, dunque, la centralità – rispetto al principio in esame – della nozione di “rischio” la quale individua evidentemente una situazione di incertezza allo stato non superabile.

Se da un lato, invero, il “pericolo” indica la potenzialità dannosa di un dato fattore, il “rischio” indica – invece – l'eventualità di raggiungimento della suddetta potenzialità⁽²⁾.

La premessa poc'anzi esposta viene più agevolmente compresa – a parere di chi scrive – se si guarda e si considera, nell'analisi del principio di precauzione, l'origine sovranazionale dello stesso, nonché l'ambito in cui è nato e si è sviluppato: la tutela dell'ambiente.

Il principio di precauzione compare per la prima volta all'interno di un

⁽¹⁾ L. BOY, *La nature juridique du principe de précaution*, in *Natures Sciences Sociétés*, 1999, vol. 7, n. 3, pp. 5-11.

⁽²⁾ S. BARTOLOMMEI, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?*, in *Bioetica*, 2001, p. 300 ss. L'Autore approfondisce come il principio di precauzione possa essere richiamato in situazioni di incertezza oltre che di rischio. Ciò specialmente «in quelle analisi del discorso morale nelle quali la caratteristica dell'azione prudente si intreccia con la questione della definizione dei criteri dell'azione razionale, ove con quest'ultima espressione non si intende esclusivamente l'azione economicamente razionale».

Sul punto anche S. GRASSI, *Prime osservazioni sul “principio di precauzione” come norma di diritto positivo*, in *Dir. e gestione dell'ambiente*, 2001, p. 42, che afferma come «in base al principio di cooperazione si stabilisce chi deve agire; in base al principio di causalità chi deve sopportare gli oneri economici dell'azione così determinata, con il principio di precauzione si afferma un criterio che determina le misure da adottare anche in presenza di situazioni in cui è solo ipotizzabile una situazione di rischio, sebbene non sia dimostrata, allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, la sicura o anche solo parziale evoluzione del rischio in pericolo».

testo normativo nella legge federale tedesca del 15 marzo 1974 sulla protezione contro le immissioni (*Bundesimmissionschutzgesetz*)⁽³⁾.

Tuttavia, il legislatore comunitario ha accolto il principio di precauzione solo in seguito al suo riconoscimento all'interno nell'ordinamento internazionale⁽⁴⁾.

Infatti, è a livello internazionale che si rinvergono i primi riferimenti al principio di precauzione trovando ivi una ampia legittimazione il concetto di "sostenibilità", nel cui ambito ha trovato proprio collocazione il principio in analisi.

La nascita della cosiddetta "questione ambientale" si riconduce al Rapporto del MIT (*Massachusetts Institute of Technology, Boston*)⁽⁵⁾ pubblicato nel 1972, riguardante il concetto di "limite" sul quale la surrichiamata sostenibilità ha posto le proprie basi scientifiche.

L'introduzione dell'innovazione tecnologica e l'uso nei processi produttivi determina l'emersione di rinnovati interrogativi ma anche di nuovi problemi fra i quali, senza dubbio, quello dell'incertezza inevitabilmente correlato alla conoscenza dei problemi ambientali⁽⁶⁾.

La questione ecologica ed ambientale inizia così ad assumere una sempre crescente importanza pluridisciplinare influenzando di tal fatta sulle grandi organizzazioni politiche tanto da portare a predisporre una serie di incontri ed accordi, aventi ad oggetto proprio la "questione ambiente". Prima fra tutti la Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, svoltasi a Stoccolma nel 1972⁽⁷⁾, nell'ambito della quale si è posta l'attenzione di quanto fosse

⁽³⁾ Il riferimento al principio di precauzione (*Vorsorgeprinzip*) è contenuto nella proposizione normativa di cui al § 5, I, punto 2, della legge in questione, pubblicata in BGB1, 1974, III, 2128-2129.

⁽⁴⁾ In materia rilevante anche l'analisi del rapporto e del distinguo tra principio di precauzione e principio di prevenzione a livello internazionale. Al riguardo si veda il successivo paragrafo 2 del presente lavoro.

⁽⁵⁾ Tale rapporto è contenuto in D. MAEDOWS, *The Limits to Growth*, Roma, 1972, commissionato dall'associazione "Club di Roma" appunto al Massachusetts Institute of Technology, Boston, nel 1972.

⁽⁶⁾ M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Bologna, 1993.

⁽⁷⁾ La Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano è stata convocata, tramite

imprescindibile porre l'accento sulla salvaguardia delle risorse naturali a beneficio di tutti gli esseri umani e collaborare – a tal fine – con una attività che vada oltre i confini delle singole nazioni. Con tale documento l'uomo ha iniziato a considerare l'ambiente come una delle dimensioni essenziali dello sviluppo umano. In tal modo ben si comprende, dunque, lo slogan della Conferenza “Non c'è sviluppo senza ambiente”.

L'uomo è responsabile dell'ambiente e per l'ambiente. E non solo è responsabile per l'oggi ma lo è soprattutto per il domani.

La Dichiarazione di Stoccolma in tal senso rappresenta, dunque, un prologo a ciò che concretamente verrà messo in atto – con una serie di indicazioni maggiormente esplicite, nonché rispondenti alle impellenti e successive esigenze dell'ambiente – dalla successiva Dichiarazione di Rio.

Invero, negli anni successivi il binomio ambiente-sviluppo si mostrerà più complesso di quanto si potesse prospettare a Stoccolma.

Il surriscaldamento atmosferico, l'assottigliamento della fascia di ozono, l'impoverimento della biodiversità determinano che la questione ambientale assuma una nuova dimensione, divenendo autonomo oggetto di cooperazione nel settore internazionale dato anche il manifestarsi dei “rischi” ambientali su scala mondiale.

Un primo riferimento al principio si ritrova, dunque, nella Dichiarazione di Brema del 1984 adottata nell'ambito della Conferenza internazionale dei Ministri sulla Protezione del Mare del Nord⁽⁸⁾, ove si disponeva espressamente che gli Stati interessati non dovessero «aspettare la prova certa degli eventi dannosi prima di agire».

Il concetto di precauzione trova poi compiuto riconoscimento in maniera settoriale, in relazione alla protezione dello strato d'ozono (con la Con-

risoluzione dell'Assemblea Generale ONU del 1968. La Conferenza ha luogo a Stoccolma nel 1972 e nasce dalla sempre maggior cooperazione tra gli stati per la necessità di proteggere l'ambiente in cui l'essere umano vive.

⁽⁸⁾ Nella dichiarazione ministeriale della seconda Conferenza internazionale sulla protezione del Mare del Nord (1987), si precisa: «una strategia di precauzione si impone al fine di proteggere il Mare del Nord dai potenziali effetti dannosi delle sostanze più pericolose. Tale strategia può richiedere l'adozione di misure di controllo delle emissioni di tali sostanze prima che sia stabilito formalmente un legame di causa a effetto sul piano scientifico».

venzione di Vienna del 1985⁽⁹⁾), dell'ambiente marino e dei corsi d'acqua (per mezzo, anzitutto, della Dichiarazione interministeriale sulla protezione del Mare del Nord del 1987, quale il Protocollo di Montreal del 16 settembre 1987⁽¹⁰⁾) e al divieto di importazione di rifiuti pericolosi in Africa (Convenzione di Bamako del 1991⁽¹¹⁾).

Questo è il terreno sul quale hanno operato, dal 3 al 14 giugno del 1992, i rappresentanti di 182 Stati e di 16 Agenzie specializzate nell'ambito della "United Nations Conference on Environment and Development, UNCED" di Rio de Janeiro, convocata mediante la risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU n. 44/228 del 22 dicembre del 1989.

Nonostante la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo non abbia carattere vincolante, essa costituisce un documento programmatico. La Dichiarazione presenta le caratteristiche di una "law developing resolution", in quanto tale adatta a rientrare tra le fonti di norme consuetudinarie in materia di sviluppo sostenibile.

Dalla lettura del preambolo della Dichiarazione di Rio si legge che «*The United Nations Conference on Environment and Development, Having met at Rio de Janeiro from 3 to 14 June 1992, Reaffirming the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, adopted at Stockholm on 16 June 1972, and seeking to build upon it, With the goal of establishing a new and equitable global partnership through the creation of new levels of cooperation among States, key sectors of societies and people Working towards international agreements which respect the interest of all*

⁽⁹⁾ Convenzione di Vienna per la protezione dello strato d'ozono, conclusa a Vienna il 22 marzo 1985. L'obiettivo della Convenzione di Vienna è la protezione della salute umana e dell'ambiente dagli effetti nocivi dovuti all'impovertimento dello strato di ozono.

⁽¹⁰⁾ Si veda la Convenzione di Vienna per la protezione della fascia di ozono del 1985 e il relativo Protocollo di Montreal sulle sostanze che impoveriscono lo strato d'ozono concluso a Montreal il 16 settembre 1987.

⁽¹¹⁾ La Convenzione di Bamako (Convenzione di Bamako sul divieto di importazione in Africa e nel controllo dei movimenti transfrontalieri e la gestione dei rifiuti pericolosi in Africa) è un trattato di nazioni africane che vieta l'importazione di qualsiasi rifiuto pericoloso (inclusi i radioattivi). La Convenzione è stata negoziata da dodici nazioni dell'Organizzazione dell'Unità Africana a Bamako, in Mali, nel gennaio 1991, ed è entrata in vigore nel 1998.

and protect the integrity of the global environmental and developmental system, Recognizing the integral and interdependent nature of the Earth, our homes.

È lapalissiano, pertanto, come con tal dichiarazione si sia incrementata la formazione di “prassi internazionale”⁽¹²⁾, confermando il contenuto di Stoccolma e rispetto al quale, dunque, si inserisce compiutamente la Dichiarazione di Rio.

Invero, nonostante il principio di precauzione compaia per la prima volta negli anni settanta e, da allora, abbia ricevuto diverse formulazioni, il riconoscimento ufficiale dello stesso è avvenuto però solo nel 1992⁽¹³⁾ nella dichiarazione di Rio prevedendo all’articolo 15 che «al fine di proteggere l’ambiente, un approccio cautelativo dovrebbe essere ampiamente utilizzato dagli Stati in funzione delle proprie capacità. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l’assenza di una piena certezza scientifica non deve costituire un motivo per differire l’adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale»⁽¹⁴⁾.

Con l’accoglimento all’interno della Conferenza sull’Ambiente e lo Sviluppo tenutasi a Rio de Janeiro, il principio di precauzione ha trovato la sua consacrazione definitiva quale strumento di gestione del rischio, che consente di evitare gli esiti più gravi con misure condivise per la difesa dell’ecosistema⁽¹⁵⁾.

Dunque, emergono così le direttrici per l’attuazione del principio di precauzione: non sarà necessario che il danno si sia già prodotto, essendo invero sufficiente che ne incorra la sola minaccia; tale rischio dovrà essere

⁽¹²⁾ L. PINESCHI, *La Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo*, in *Riv. giur. amb.*, 1992, p. 707.

⁽¹³⁾ Sulla progressiva rilevanza giuridica riconosciuta al principio di precauzione si veda L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, 2004, p. 40 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005, p. 1 ss.

⁽¹⁴⁾ Un’ampia rassegna degli atti internazionali in cui il principio di precauzione ha trovato riconoscimento nel contesto delle politiche dell’ambiente è compiuta dalla Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000 sul principio di precauzione (su cui v. la più compiuta definizione *infra* nel testo).

⁽¹⁵⁾ S. MARCHISIO, *Gli Atti di Rio nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 580 ss.

“grave o irreversibile”, aspetto da valutare in riferimento alle conseguenze patrimoniali e all’impossibilità di ripristinare la situazione ambientale precedente⁽¹⁶⁾. Da esso deriverà l’obbligo, posto in capo agli operatori economici e la cui vigilanza sarà demandata alle Amministrazioni, di non intraprendere una determinata attività o di adottare delle misure tecniche e giuridiche volte a controllarne gli effetti sull’ambiente.

Tali dati si inseriscono pienamente nel solco tracciato nell’originario e prioritario obiettivo del principio di precauzione teso, dunque, alla protezione dell’ambiente («*In order to protect the environments*») ambito che si è esteso poi alla protezione della salute umana, animale e vegetale, consentendo – dunque – di rideterminare i confini tra diritto e scienza⁽¹⁷⁾.

Tale dato permette di affermare come, al di là di un compito meramente programmatico, si può riconoscere al principio in analisi un ruolo guida fondamentale che lo porta – *rectius*, porterà – ad una utilizzazione molto estesa, anche al di là dei confini “ambientali” tanto da portare, durante la Conferenza sull’Ambiente e lo Sviluppo tenutasi a Rio de Janeiro, a definirlo come “*the precautionary approach*”, per dare così agli Stati una linea di condotta effettiva, piuttosto che un mero richiamo astratto⁽¹⁸⁾.

Con estrema precisione e lucidità, dunque, si eleva chiaramente la portata del principio di precauzione: impulso per la ricerca ed il progresso scientifico da un lato; richiamo fondamentale da invocare al verificarsi di un danno all’ambiente, dall’altro.

⁽¹⁶⁾ Sul punto, in tema “rischi gravi”, parte della dottrina ha evidenziato come «*Certains pensent que l’irréversibilité du dommage peut être par fois démontrée (par exemple pour la disparition d’espèces vivantes) mais la notion n’est pas toujours claire, ainsi une forêt détruite pourra repousser en quelques décennies (?). D’autre part la définition de risques graves n’est pas évidente. D’autres insistent sur le fait que dès qu’il y a risques graves ou irréversibles, même si des doutes et des ambiguïtés subsistent sur la nature de ces risques, il faut appliquer le principe*» (J.-M. LAVIEILLE, *Les principes généraux du droit international de l’environnement et un exemple: le principe de précaution*, Université de Limoges).

⁽¹⁷⁾ P. PALLARO, *Il principio di precauzione tra mercato interno e commercio internazionale: un’analisi del suo ruolo e del suo contenuto nell’ordinamento comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 30 ss.

⁽¹⁸⁾ Per una interpretazione sistematica ed estensiva di parte della dottrina si veda sul punto T. SCOVAZZI, *Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell’ambiente*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 700.

Pertanto, laddove si generi e, quindi, emerga un effetto negativo sull'ambiente o sulla salute umana, il principio in analisi potrà – *rectius*, dovrà – essere posto alla base della responsabilità, penale e civile, riconoscibile in capo ai soggetti che non abbiano adottato idonee misure precauzionali. In particolare, ciò dovrà avvenire quando i suddetti soggetti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere i rischi gravi o (addirittura) irreversibili derivanti da una determinata attività⁽¹⁹⁾.

Dopo la Dichiarazione di Rio, il principio di precauzione trova fertile terreno di consacrazione in numerose ulteriori convenzioni, poste – in particolare – a salvaguardia dei mari, dei laghi e dei corsi d'acqua fluviali (si pensi alla Convenzione di Helsinki sulla protezione e l'utilizzazione dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali, 1992; alla Convenzione di Helsinki sulla protezione dell'ambiente marino nell'area del Mar Baltico, 1992; alla Convenzione di Parigi sulla protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico del Nord-Est, 1992), così che nessun dubbio sussiste ormai in merito al ruolo fondamentale rivestito dalla precauzione all'interno del diritto ambientale internazionale.

Da questo momento in poi, la precauzione viene consacrata in riferimento alla generalità del diritto ambientale, pur nella consapevolezza dell'assenza di certezza scientifica⁽²⁰⁾.

Ebbene, come evidenziato da dottrina, quando si affrontano le tematiche ambientali lo si fa riferendosi ad un bene “ambiente” di cui tutti usufruisco-

⁽¹⁹⁾ Sull'elemento soggettivo della responsabilità discendente dalla violazione del principio di precauzione, si veda J.-M. LAVIEILLE, *Les principes généraux du droit international de l'environnement et un exemple: le principe de précaution*, cit.: «Le principe de précaution consiste à dire que non seulement nous sommes responsables de ce que nous savons, de ce que nous aurions dû savoir mais, aussi, de ce dont nous aurions dû nous douter».

⁽²⁰⁾ D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, p. 27. Nell'opera l'Autore sottolinea come il principio di precauzione sia duttile e dunque possa acquisire nel suo contenuto e definizione nuove conoscenze o riscontri scientifici. L'Autore inoltre afferma come il principio di precauzione sia caratterizzato non dall'assenza di leggi scientifiche, quanto da un'incertezza di fondo posto che i dati scientifici non sono assenti ma incompleti). Questo dato porta all'ulteriore indicazione di distinzione rispetto al principio di prevenzione, caratterizzato da mera incertezza.

no. Invero, il bene “ambiente” è «definitivamente assunto a valore in sé, ad oggetto di tutela diretta in quanto tale, ottenendo non solo forme di protezione mediata trattandosi di un valore potenzialmente compromettibile con il processo di crescita»⁽²¹⁾.

Affermatosi in ambito internazionale, il principio di precauzione viene poi velocemente recepito a livello comunitario.

Il legislatore europeo ha, dunque, riconosciuto il principio di precauzione dapprima nell'art. 130 del Trattato di Maastricht, nell'ambito delle profonde modifiche apportate al trattato costitutivo della Comunità Economica Europea nel 1992. La norma, successivamente confluita nell'attuale art. 174 del Trattato CE, stabiliva che «la politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria della fonte, dei danni causati all'ambiente, e sul principio “chi inquina paga”».

Tale disposto normativo, oggi presente nell'art. 191 TFUE, ha consentito al principio di precauzione di penetrare così negli ordinamenti interni degli Stati membri⁽²²⁾. In particolare, il suddetto articolo riconosce nei principi di precauzione e dell'azione preventiva il fondamento della politica dell'Unione Europea in materia ambientale (posto il fondamentale ed imprescindibile richiamo al principio di correzione dei danni e “chi inquina paga”⁽²³⁾).

Analoga disposizione è stata poi trasfusa nel diritto nazionale, all'art. 3-ter (principio dell'azione ambientale) del d.lgs. n. 152/2006, cod. Ambiente.

⁽²¹⁾ G. MANCINI PALAMONI, *Il principio di prevenzione*, in *ambienteditto.it*, 26 novembre 2014, p. 1.

⁽²²⁾ Art. 191 (2) TFUE: «La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”».

⁽²³⁾ Il 3° comma dello stesso articolo prevede poi che «nel predisporre la sua politica in materia ambientale la comunità tiene conto: - dei dati scientifici e tecnici disponibili, [...] - dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione [...]».

A fronte di un riconoscimento sì ma anche di un richiamo generico alla precauzione ne è derivata, dunque, una mancata definizione chiara del suo contenuto.

A tal fine, svolta di fondamentale importanza si registra nel 2000 quando la “Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione”⁽²⁴⁾ della Commissione delle Comunità europee precisa come: «Il fatto di invocare o no il principio di precauzione è una decisione esercitata in condizioni in cui le informazioni scientifiche sono insufficienti⁽²⁵⁾, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni che i possibili effetti sull’ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possono essere potenzialmente pericolosi e incompatibili con il livello di protezione prescelto».

Dalla lettura di tale passaggio emerge immediatamente una divergenza rispetto a quanto sancito dalla Dichiarazione di Rio, tanto da portare la dottrina⁽²⁶⁾ a parlare di (eventuale?) principio di precauzione “comunitario”, potendo il principio in esame essere invocato anche semplicemente in presenza di una situazione di “potenziale pericolo”.

Invero, la Commissione ha puntualizzato come si possa richiamare la precauzione quando sussista un rischio potenziale determinato per mezzo di una

⁽²⁴⁾ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000 che rappresenta in materia comunitaria, pur non essendo l’unico atto in cui è stato richiamato il principio di precauzione, un importante richiamo. Emanata in risposta ad una Risoluzione del Consiglio del 13 aprile 1999, la commissione con il suo intervento ha formulato in relazione al principio in analisi un’interpretazione autentica, orientata in una prospettiva estensiva dello stesso dalla sicurezza alimentare a tutti i settori della sicurezza e del rischio, parallelamente all’opera della Corte di Giustizia.

⁽²⁵⁾ Cfr. anche il punto 5.1.3 della Comunicazione, cit: «Vi sono tuttavia situazioni in cui i dati scientifici sono ampiamente insufficienti per poter concretamente applicare tali elementi di prudenza, nei quali la mancanza di modellizzazione dei parametri non consente alcuna estrapolazione e in cui rapporti causa/effetto sono ipotizzati ma non dimostrati. In queste situazioni i responsabili politici sono posti dinanzi al dilemma di agire o di non agire. / Il ricorso ai principi di precauzione presuppone - l’identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o di un procedimento; - una valutazione scientifica del rischio che, per l’insufficienza dei dati, il loro carattere non concludente o la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione».

⁽²⁶⁾ S. LEONI, *Il principio di precauzione in diritto ambientale*, in *dirittoambiente.com*.

valutazione scientifica oggettiva, precisando al contempo le tre condizioni per l'operatività del principio: l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi; i dati scientifici disponibili; l'ampiezza dell'incertezza scientifica.

Dunque, si può già stabilire così – seppur rimandando a successivi approfondimenti nel corso dell'articolo – tutta la complessità riguardante il richiamo al principio di precauzione: gestire situazioni di pericolo ambientale non conosciute, o comunque non completamente conosciute, contrastando i danni a cui l'uomo potrebbe esporre l'ambiente, contemplando ciò attraverso un continuo (e corretto) equilibrio fra interessi molteplici e non sempre perfettamente convergenti.

2. — *Dal principio di prevenzione al principio di precauzione: un rapporto di complementarità in ambito internazionale ed in ambito penale.*

Le considerazioni svolte sul concetto di rischio permettono di far emergere tutte le differenze tra la logica della precauzione e quella della prevenzione.

Entrambe rispondono alla medesima esigenza quale quella di intervenire prima della verifica di un evento di danno.

Esse operano, però, in ambiti diversi: la prevenzione concerne rischi certi ed immediati determinati sulla effettiva conoscenza degli effetti che una specifica azione una volta compiuta produrrà sull'ambiente o comunque su ogni settore della vita umana e naturale. La precauzione riguarda, invece, eventi non anticipati né anticipabili in una situazione di incertezza circa la possibilità che un danno si verifichi⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ D. CASTRONUOVO, *Le sfide della politica criminale al cospetto delle generazioni future e del principio di precauzione: il caso OGM*, in L. FOLLANI, A. DOVAL PAIS, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione repressione*, Milano, 2014, ove l'Autore sottolinea come alla «logica della prevenzione, teleologicamente orientata all'eliminazione o alla riduzione dei rischi nomologicamente noti, quindi dagli affetti prevenibili in quanto prevedibili, si giustappone la più innovativa logica della precauzione verso rischi ignoti e che, allo stato delle conoscenze nomologiche, non si possono ragionevolmente escludere. La distinzione tra le due nozioni dipende dalla differente capacità predittiva che le sorregge: mentre nella logica della prevenzione l'incertezza deriva da una

Nella formulazione originaria, il principio di prevenzione imponeva agli Stati l'obbligo «*to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolabilità in peace and war*»⁽²⁸⁾.

Si nota, pertanto, come originariamente non vi fosse alcun riferimento all'ambiente o a temi connessi, statuendo solo il rispetto della sovranità degli altri Stati. Con l'avvento, poi, di inconfutabili problematiche ambientali come l'inquinamento, l'effetto serra, i cambiamenti climatici e la conseguente difficoltà di riparare i danni quando verificatisi, il principio di prevenzione ha necessitato di una evoluzione per far emergere ed inglobare la "questione ambiente"⁽²⁹⁾.

Questo grazie al contributo costante della giurisprudenza internazionale⁽³⁰⁾ ma soprattutto grazie alla conclusione di trattati e convenzioni⁽³¹⁾ posto che solo con la Dichiarazione di Stoccolma del 1972⁽³²⁾ l'ambiente diviene parte integrante dei contenuti del principio in parola. Infatti, il Principio 21 stabilisce che «*States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pur-*

limitatezza cognitiva di ordine "fattuale", la precauzione, invece, si caratterizza per un'incertezza cognitiva derivante dall'incompletezza dei dati di natura "nomologica" allo stato disponibili».

⁽²⁸⁾ Palmas Case, 2 Hague Ct. Rep. 2d (Scott) 84, 93 (Perm. Ct. Arb. 1928).

⁽²⁹⁾ M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadrim. dir. ambiente*, 1-2/2012, p. 60 ss.

⁽³⁰⁾ Per una ricostruzione della giurisprudenza internazionale sul principio di prevenzione si rinvia a S. MARANELLA, *Il principio di prevenzione nel diritto internazionale dell'ambiente*, Collana delle "Giornate europee", Roma, 1996, p. 91 ss.

⁽³¹⁾ Tra cui, la *Convenzione sull'inquinamento atmosferico attraverso le frontiere a lunga distanza*, conclusa a Ginevra il 13 novembre 1979, che all'art. 3, collocato nei "Principi fondamentali", enuncia l'impegno delle «Parti contraenti [...] a tutelare l'uomo ed il suo ambiente contro l'inquinamento atmosferico», a «limitare, ridurre gradualmente e prevenire l'inquinamento atmosferico, ivi compreso l'inquinamento atmosferico attraverso le frontiere a lunga distanza»; la *Convenzione sulla valutazione di impatto ambientale in un contesto transfrontaliero (Convenzione di Espoo)*, conclusa a Espoo il 25 febbraio 1991; la *Convenzione di Helsinki sui corsi d'acqua transfrontalieri*; la *Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono*.

⁽³²⁾ Dichiarazione delle Nazioni Unite alla Conferenza su "L'Ambiente Umano" tenutasi a Stoccolma dal 5 al 16 giugno 1972.

suant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction».

Se si osserva poi proprio l'articolazione delle varie formulazioni all'interno della Dichiarazione si può altresì notare la posizione strategica dell'affermazione del Principio 21. Questo, infatti, è collocato tra il Principio 22, che pone a carico degli Stati un obbligo di cooperazione nello sviluppo del diritto internazionale in materia di responsabilità e riparazione dei danni derivanti dall'inquinamento o di altri danni causati da attività svolte entro i limiti delle giurisdizioni nazionali o sotto il controllo statale a regioni oltre confine, ed il Principio 20, che contiene un invito rivolto a promuovere la ricerca e il progresso tecnologico per la soluzione di problemi ambientali.

Tale indicazione permette di evidenziare come il messaggio centrale della prevenzione ambientale riguardi proprio l'adozione di ogni misura atta a sfuggire la determinazione di conseguenze dannose che esibiscono gli Stati ad una responsabilità sul piano internazionale.

Dunque, dalla formulazione poc'anzi richiamata del Principio 21 emerge chiaramente come il merito della Dichiarazione di Stoccolma sia stato quello di aver suggellato definitivamente il legame tra prevenzione e ambiente.

Il principio di prevenzione viene, altresì, riaffermato ed ampliato dalla Dichiarazione di Rio⁽³³⁾ che, al Principio 2, riproduce in maniera pressoché pedissequa il Principio 21, aggiungendo solo le parole "*and developmental*" accanto a "*environmental policies*".

La rinnovata formulazione determina che lo sfruttamento delle risorse naturali nazionali avvenga non più solo tenendo conto delle politiche ambientali ma anche di quelle di sviluppo, soprattutto sostenibile.

⁽³³⁾ La Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo sviluppo (UNCED), riunitasi a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992, riafferma le Dichiarazioni delle Nazioni Unite alla Conferenza sull'Uomo e l'Ambiente, adottati a Stoccolma il 16 giugno 1972 e quanto sviluppato su di esse, con l'obiettivo di stabilire un nuovo ed equo sodalizio globale verso la creazione di nuovi livelli di cooperazione tra Stati, settori chiave per le società e le popolazioni.

Nel lavorare verso accordi internazionali che rispettino gli interessi di tutti e proteggano l'integrità globale dell'ambiente e il sistema di sviluppo, riconosce la natura integrale e inter-dipendente della Terra, nostra casa.

Il principio di prevenzione si arricchisce così di nuovi contenuti, ponendosi quale criterio di bilanciamento tra interessi opposti quali tutela ambientale e sviluppo economico⁽³⁴⁾. Si impone la necessità di considerare ambiente e sviluppo non come alternative, ma come concetti che si integrano e rafforzano reciprocamente.

Ovviamente il contenuto specifico della prevenzione è modulabile – *recitius*, da modulare – in base al diverso grado di sviluppo – economico, scientifico e tecnologico – dei vari Stati i quali possiedono discrezionalità nella scelta delle strategie e delle misure più appropriate per dare attuazione all’azione preventiva⁽³⁵⁾.

Con riferimento al principio in commento occorre altresì aggiungere che esso è stato poi introdotto anche nel Trattato CE, insieme con quelli di correzione e di “chi inquina paga”, con l’emanazione, nel 1986, dell’Atto Unico Europeo⁽³⁶⁾ nel quale, inoltre, la materia ambientale emerge per la prima volta in un’ottica autonoma rispetto alle questioni di mercato⁽³⁷⁾.

Da quanto esposto ne deriva, dunque, l’importanza acquisita a livello internazionale del principio in esame che, soprattutto in ambito ambientale, assume un ruolo fondamentale per orientare tanto le scelte del sin-

⁽³⁴⁾ R. ROTA, *Brevi note sui “nuovi” principi generali di tutela ambientale*, in *astrid.eu*.

⁽³⁵⁾ Si veda sul punto, S. LEONI, *Il principio di precauzione in diritto ambientale*, cit., il quale richiama, in seguito all’entrata in vigore della legge delega (l. n. 308/2004) per il riordino della normativa ambientale, quando furono portati all’attenzione della commissione deputata alla redazione dei decreti legislativi documenti di posizionamento e di orientamento prodotti dalla Confindustria, da cui si legge che il principio di precauzione è quello che «impone di attuare senza indugio azioni di contrasto nelle ipotesi in cui ricorra una minaccia di danni “gravi o irreversibili” per l’ambiente, pur senza disporre di certezze scientifiche assolute sui reali pericoli».

⁽³⁶⁾ La prima Conferenza intergovernativa si è aperta il 9 settembre 1985 sotto la Presidenza dell’Italia ed è culminata nell’adozione dell’Atto unico europeo, il 28 febbraio 1986 a Bruxelles. L’Atto unico europeo ha apportato delle modifiche ai trattati che istituiscono le Comunità europee e ha dato vita alla Cooperazione politica europea. Con l’entrata in vigore dell’Atto unico europeo (AUE), la denominazione “Parlamento europeo” (utilizzata dall’Assemblea fin dal 1962) è divenuta ufficiale.

⁽³⁷⁾ G. MANCINI PALAMONI, *Il principio di prevenzione*, cit., p. 2.

golo quanto quelle del legislatore oltre che, poi, quelle degli interpreti⁽³⁸⁾.

Ebbene si comprende il motivo per cui il principio di prevenzione è stato ritenuto efficace ed operativo in un rapporto di complementarità con quello – di più recente emersione – di precauzione, seppur con le opportune differenziazioni – di cui si è dato in precedenza conto –⁽³⁹⁾.

Occorre inoltre evidenziare come anche in ambito penale si ritrova la differenziazione oggetto di analisi tra la logica della precauzione e quella della prevenzione.

Entrambe intervengono prima che si determini un evento di danno, alterando – in tal caso – la “vocazione retrospettiva” del diritto penale⁽⁴⁰⁾.

Al contempo, però, le due logiche ineriscono differenti ambiti.

La prevenzione, invero, è tesa alla eliminazione di rischi noti, secondo lo schema tradizionale del pericolo astratto e concreto⁽⁴¹⁾. Il principio di precauzione interviene, invece, in contesti di incertezza scientifica, anticipando

⁽³⁸⁾ A. ZEI, *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 2008, p. 670 ss. L'Autrice al riguardo osserva come «esistono, dunque, delle innegabili difficoltà sia sul piano teorico che su quello dell'effettività della tutela, a rimettere ai soli giudici il compito, quasi impossibile, di identificare criteri di prevalenza o di bilanciamento, e di coordinamento attivo tra gli interessi ed i beni giuridici in gioco, ed emerge invece l'esigenza di affidare ad apparati stabili e ben visibili il compito di pronunciarsi definitivamente su questioni tecnico-scientifiche complesse, non controllabili sino in fondo né da parte del giudice né da parte dell'amministrazione».

⁽³⁹⁾ F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013, p. 79.

⁽⁴⁰⁾ Sulla funzione retrospettiva del diritto penale si veda G. FORTI, “Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 177 ss.

⁽⁴¹⁾ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, cit., p. 26 ss. L'autore paragona i principi di precauzione e prevenzione ai miti di Prometeo e Cassandra. Mentre sostiene che la prevenzione si porrebbe quale anticipazione di un accadimento negativo per mezzo di parametri effettivi e verificati, la precauzione – invece – si baserebbe su dati scientifici che, per quanto convincenti, non sono verificati e dunque tali da dimostrare la effettiva pericolosità di una certa azione.

Dunque, simbolicamente, la prevenzione potrebbe essere simbolicamente rappresentato dalla capacità predittiva di Prometeo (quello fra i Titani che “vede prima”). Mentre la precauzione potrebbe essere simbolicamente rappresentata per mezzo del mito di Cassandra conosciuta per profetizzare sventure senza, però, essere creduta dai concittadini troiani.

la soglia dell'intervento penale rispetto alle categorie della prevedibilità ed evitabilità dell'evento⁽⁴²⁾.

Se si lascia completamente al pericolo il campo dei rischi rispetto ai quali si può formulare un giudizio probabilistico, lasciando all'alea lo spazio restante, si comprende efficacemente come la precauzione si ponga un passo avanti rispetto alla prevenzione⁽⁴³⁾.

D'altronde da decenni la prevenzione rappresenta un principio di riferimento del diritto penale, al punto da divenirne un tratto dominante. Esempificazione concreta di ciò sono i modelli dei reati di pericolo, dei reati propri, di quelli colposi ed anche dei reati omissivi.

Queste sono costruzioni ispirate alla prevenzione al fine di sanzionare condotte intollerabili in conseguenza degli effetti che potrebbero derivarne, se per caso venissero poste in essere insieme a tutta una serie di ulteriori fattori di rischio non integralmente controllabili *ex ante*⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Sul rapporto tra questi due principi S. GRASSI, *Prime osservazioni sul "principio di precauzione" come norma di diritto positivo*, cit., p. 39, osserva come «l'esigenza di un approccio preventivo e precauzionale è peraltro resa indispensabile anche dalla esigenza etica di responsabilità, intesa come dovere di prendersi cura di un altro essere, che si traduce in apprensione e paura per le minacce all'oggetto della cura (secondo la nota impostazione di Jonas), ed il dovere di prudenza nell'agire deriva dall'incertezza per il futuro, dall'imprevedibilità delle conseguenze dell'azione tecnologica». Prosegue l'Autore «il principio precauzionale viene genericamente inteso come approccio preventivo ai problemi ambientali, lasciando incerta la distinzione tra lo stesso principio di precauzione ed il principio di prevenzione. Si tratta di una diversa impostazione che, nelle dichiarazioni internazionali e nelle formulazioni positive del diritto comunitario e dei diritti nazionali, fa oscillare il principio tra un criterio che supera ed assorbe i problemi relativi alla valutazione dei rischi ambientali ed un criterio che semplicemente tende ad anticipare la soglia dell'azione preventiva rispetto alla previsione di danni particolarmente gravi o irreversibili».

⁽⁴³⁾ In questo senso F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. quadrim. dir. ambientale*, 2011, n. 2, p. 25, sottolinea come «se si considera che le valutazioni che giustificano l'applicazione del principio di precauzione sono connotate da rischio e incertezza, mentre quelle che consentono l'applicazione del principio di prevenzione risultano connotate da regole meno elastiche e probabilistiche non si può non rimarcare che i due principi corrispondono ciascuno presupposti differenti ovvero che la precauzione costituisca uno sviluppo o una specificazione della prevenzione».

⁽⁴⁴⁾ F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., p. 91 ss. L'Autrice afferma che: «Indeterminati sono anche la tipologia ed entità dei danni da evitare in nome del principio

Il rischio connesso all'uso di tecnologie per la modificazione del patrimonio genetico di animali, di piante e vegetali, nonché il rischio connesso all'impiego di sostanze od al compimento di attività tali da determinare mutamenti climatici e/o eventi calamitosi, rientra perfettamente in questo modello applicabile.

Di contro, e come meglio si spiegherà nei successivi paragrafi, il principio di precauzione fa della fisiologica incertezza (ed indeterminatezza) del fatto illecito una sua caratteristica strutturale, anticipando ampiamente la soglia dell'intervento penale rispetto alle categorie della prevedibilità ed evitabilità dell'evento⁽⁴⁵⁾.

Questo modo di essere della precauzione impone, dunque, di svolgere delle ulteriori considerazioni in merito alla compatibilità di un simile approccio, con alcune delle caratteristiche fondamentali della norma penale per come costruita nell'ordinamento vigente e relativamente poi alla sua applicazione in ambito ambientale⁽⁴⁶⁾. Ed in particolare, con le esigenze di garanzia che scaturiscono dalla particolare afflittività della sanzione discendente dalla commissione di un fatto penalmente illecito.

3. — *Il rapporto tra principio di precauzione e diritto penale: inconciliabilità o possibile incontro?*

Quanto poc'anzi esposto rappresenta il punto di partenza per comprendere ed analizzare il principio di precauzione, il cui valore giuridico è spesso non ben determinabile e la cui definizione è troppo spesso approssimativa ed imprecisa. Questo comporta, come affermato in dottrina, «applicazioni

in esame. Spesso, infatti, l'incertezza scientifica comporta l'impossibilità di circoscrivere la tipologia del danno che può conseguire da determinati rischi e gli anelli causali secondo cui il danno stesso può svilupparsi».

⁽⁴⁵⁾ S. GRASSI, *Prime osservazioni sul "principio di precauzione" come norma di diritto positivo*, cit., p. 39.

⁽⁴⁶⁾ F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., p. 79.

molteplici e nuove, mostrando l'elasticità dello stesso, ma è anche causa di legislazioni molto diverse e usi impropri della precauzione»⁽⁴⁷⁾.

Individuare il succitato valore giuridico del principio di precauzione – e le relative modalità applicative – appare, dunque, importante, anche quando lo stesso rilevi in materia di accertamento di un fatto penalmente rilevante, soprattutto in settori contraddistinti da dinamiche di rischio suscettibili di coinvolgere beni di interesse primario, come l'ambiente⁽⁴⁸⁾.

Invero, circa il rilievo che assume per il diritto penale, il principio di precauzione non si risolve in una modalità di approccio alla realtà circostante, ma rappresenta uno strumento di politica criminale: si tratta di una precisa scelta che deve indirizzare il legislatore in ordine al momento in cui intervenire nella tutela dei beni giuridici⁽⁴⁹⁾.

Il principio di precauzione ha assunto, assume e assumerà – dunque – un ruolo fondamentale nel momento di interazione con il diritto penale, soprattutto ambientale; un ruolo però al contempo problematico, data la veste del principio in analisi di potenziale fattore di espansione del diritto penale stesso⁽⁵⁰⁾.

Ciò in quanto il principio di precauzione è avulso da ogni logica classica⁽⁵¹⁾ del diritto penale. Perciò, è impossibile una riconduzione all'interno delle categorie della causalità, della colpa ed anche del pericolo⁽⁵²⁾ della logica

⁽⁴⁷⁾ M. MARCHESE, *Il principio di precauzione tra luci ed ombre*, in *comparazionediritto.civile.it*, p. 3.

⁽⁴⁸⁾ A spiegarlo è G. FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, cit., p. 177.

⁽⁴⁹⁾ E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit., p. 39 ss.

⁽⁵⁰⁾ C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor", Padova, 1985, p. 186 ss., in tema di fenomeni di espansione e ipertrofia del diritto penale contemporaneo.

In particolare, sui meccanismi produttivi di effetti espansivi del diritto comunitario sul diritto penale, si rinvia, da ultimo, a C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, p. 40 ss.; con riferimento al principio di precauzione, pp. 207 ss. e 310 ss.

⁽⁵¹⁾ Circa i contenuti ma anche i limiti della distinzione tra "classico" e "moderno" in diritto penale, si richiama M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 97 ss.

⁽⁵²⁾ In tema di incompatibilità del principio di precauzione con «i criteri retrospettivi propri della responsabilità penale» (di evento), per l'assenza di un «sufficiente livello di certezza dei pericoli», il richiamo va senz'altro a G. FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, cit., p. 192 ss.

precauzionale, rilevando in quest'ultimo caso non più il pericolo di lesione ma il rischio di pericolo di lesione⁽⁵³⁾.

Come taluni autori sottolineano, in tal modo si delinea sì un quadro in cui non tutte le condotte rischiose sono al contempo pericolose ma si ingenera, altresì, «una discrepanza con il linguaggio atecnico che, nei limiti del possibile, andrebbe sempre evitata per non scivolare nella creazione di un lessico incomprensibile perché staccato dall'uso comune dei termini, ma nello stesso tempo incline a generare fraintendimenti»⁽⁵⁴⁾.

Tale considerazione, però, non può oscurare l'ulteriore considerazione secondo la quale proprio l'adozione di definizioni che possono sembrare, sulle prime, controverse e contraddittorie rappresentano, poi, la scelta semantica più corretta permettendo di definire e delinearne la differenza, nelle scelte di politica criminale, tra condotte che possono (o potrebbero) avere conseguenze dannose⁽⁵⁵⁾.

Infatti, il diritto penale tradizionale non è attrezzato per la gestione del rischio, limitandosi a porsi tipicamente la questione della colpevolezza della causazione di determinati fatti quando commessi⁽⁵⁶⁾. La responsabilità penale per colpa risponde, invero, ad un modello di imputazione legato ai casi in cui vengono integrate violazioni di regole preventive, cautelari⁽⁵⁷⁾ e, quindi, si determinano rischi non consentiti.

Per le aperture circa la responsabilità per colpa (anche "generica"), si veda C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1743 ss., spec. p. 1754 ss.

⁽⁵³⁾ G. FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, cit., pp. 221-222.

⁽⁵⁴⁾ E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013, p. 48, il quale a sua volta richiama S. ROMERO MELCHOR, *Principio de precaución: principio de confusión?*, in *Gaceta Jurídica de la UE*, 2000, n. 207, p. 89.

⁽⁵⁵⁾ E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, loc. cit.

⁽⁵⁶⁾ M. PIETH, *Risikomanagement und Strafrecht*, in T. SUTTER-SOMM et al. (a cura di), *Risiko und Recht*, Basel-Genf-München, 2004, p. 598.

⁽⁵⁷⁾ L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1068 e 1078. V. anche, G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del Codice penale*, in *Jus*, 2001, p. 161 s.

D'altronde, l'incertezza del sapere scientifico da un lato e l'emersione sempre più costante del bene ambiente nel diritto dall'altro, hanno messo in crisi proprio il rapporto tra scienza e diritto.

A parere di chi scrive, il diritto, invece che mero spettatore, deve divenire attore e co-protagonista con la scienza, integrandola quando i possibili nessi causali tra potenziali fattori di danno ed effetti pregiudizievoli non siano individuabili sulla scorta di criteri scientifici.

Tali attività darebbero nuovo slancio anche al diritto penale il quale si è dimostrato talora incapace a gestire e controllare le nuove classi di danno o di pericolo connotate da contesti non ancora decifrati scientificamente⁽⁵⁸⁾.

E per vero il diritto penale quale scienza sociale osserva e studia inevitabilmente un ambito destinato a mutare data l'emersione – pur a fronte di scoperte che durano nel tempo – di sempre nuovi interrogativi a cui rispondere⁽⁵⁹⁾.

Invero, con il ricorso al principio di precauzione, ne deriverebbe che nel giudizio di colpevolezza si affiancherebbe al binomio “classico” prevenzione/pericolo, il “più incerto” binomio precauzione/rischio⁽⁶⁰⁾.

Si pone, perciò, una generale inconciliabilità del principio di precauzione con i criteri propri della responsabilità penale e, soprattutto, con la necessità

⁽⁵⁸⁾ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, p. 33 ss.; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2005, spec. pp. 367 ss., 400 ss. e 421 ss.

⁽⁵⁹⁾ «Esiste un corpo concettuale del diritto penale che è in parte indipendente dalla politica, che non è né “di destra” né di “sinistra” e presenta una stabilità cognitiva. Anche questa componente oggetto dello studio e della conoscenza del diritto. Ad essa appartengono vere “scoperte” scientifiche, di quelle che non trovano certo spazio nei media, e che la desuetudine dei giuristi alla consapevolezza del proprio ruolo di intellettuali della conoscenza teorica, anziché solo di consulenti legislativi o di pratici, ha persino relegato fra le chimere o i ricordi del passato». Cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 1076.

⁽⁶⁰⁾ F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. quadrim. dir. ambiente*, 2/2011, il quale opera una distinzione tra il principio di precauzione avente fondamento su presupposti connotati da incertezza e il principio di prevenzione che invece si fonda su presupposti ispirati a criteri di certezza scientifica. L'Autore evidenzia come il principio di precauzione, anche se ormai richiamato nel diritto internazionale, in quello comunitario ma anche in quello interno, non abbia ancora una definizione chiara e precisa da un punto di vista squisitamente normativo.

di determinare quest'ultima grazie ad un sufficiente livello di certezza del pericolo: requisito da cui, per natura, la precauzione tende a prescindere⁽⁶¹⁾.

A tal riguardo preme specificare che il “metodo precauzionale” pone non poche difficoltà proprio in materia di accertamento della responsabilità penale e ciò in quanto il nesso tra la condotta incriminata e la tutela dei beni giuridici si dilata dal pericolo astratto (fondato su leggi scientifiche)⁽⁶²⁾ ad un pericolo che la scienza individua come possibile ma non legato, ancora, a risultanze scientifiche sufficientemente dimostrate⁽⁶³⁾.

Un valido strumento di ausilio nell'interpretazione (anche penalistica) del principio di precauzione e nella ricostruzione delle diverse problematiche afferenti alla sua concreta applicazione è rappresentato dalla Comunicazione della Commissione dell'UE del 2 febbraio 2000 secondo cui «il principio di precauzione comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica e obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto»⁽⁶⁴⁾.

La *ratio* posta alla base della Comunicazione risiede proprio nell'illustrare come il principio di precauzione sia lo strumento per contrastare un

⁽⁶¹⁾ In tema, A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 565. In senso contrario, C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1771 ss.

⁽⁶²⁾ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 533 ss.

⁽⁶³⁾ C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, in *Diri. pen. cont.*, 19 gennaio 2015, p. 2 ss.

⁽⁶⁴⁾ F. MAZZA, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, in *osservatoriopenale.it*, 2013. Al riguardo l'Autore espone come, posto quanto determinato dalla Commissione europea, anche la Corte di Giustizia ha collocato il principio di precauzione quale fondamento di una serie di pronunce in tema di tutela dei consumatori per danno da prodotto alimentare. L'Autore richiama, segnatamente, la CGCE 5/5/1998, C-180/96, Regno Unito c. Commissione, per il caso della c.d. “mucca pazza” e relativa al blocco della carne bovina dalla Gran Bretagna per scongiurare il rischio di contagio umano da BSE.

possibile pericolo per la protezione dell'ambiente generando così indirizzi comuni per la sua applicazione. Segnatamente, secondo la Commissione europea, il principio *de quo* può essere invocato quando un fenomeno od una determinata attività od azione possono avere effetti potenzialmente pericolosi, individuati tramite una valutazione scientifica, laddove tale valutazione non permetta di individuare il rischio, però, con determinata certezza.

Questo, ovviamente, non comporta un ricorso smodato al principio di precauzione. È la stessa Commissione che sprona gli Stati membri a non usare un tal parametro che porterebbe inevitabilmente ad «una forma dissimulata di protezionismo»⁽⁶⁵⁾.

Pertanto, il diritto penale, senza negare se stesso e sprofondare nella pura autorità, deve trovare il modo di incontrarsi con il principio di precauzione. Invero, accogliere il principio di precauzione in ambito penale significa individuare un percorso altro data l'incapacità dimostrata dal diritto penale "classico" di dare voce e giustificazione giuridica alle problematiche di accertamento causale più complesse⁽⁶⁶⁾.

Nuove scoperte, nuovi danni e nuovi pericoli si susseguono senza soluzione di continuità e determinano inevitabilmente che il rischio sia mutevole. Mai statico, sempre dinamico.

Ecco perché per far sì che l'imposizione di una pena a fronte della realizzazione di una condotta dannosa rispetto alla quale non si ha certezza assoluta non si risolva in un esercizio di autorità, è necessaria una presa di coscienza legislativa e giuridica⁽⁶⁷⁾.

Si sta assistendo, in altre parole, a quell'intervento del potere pubblico all'interno della regolazione giuridica a cui si è già assistito nel secondo dopoguerra⁽⁶⁸⁾. Mentre allora, però, si presenziava ad un nuovo ruolo attribuito

⁽⁶⁵⁾ Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000 sul principio di precauzione. Si veda, al riguardo, il sommario della stessa Comunicazione.

⁽⁶⁶⁾ A. BERNARDI, *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 23.

⁽⁶⁷⁾ E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit., p. 82.

⁽⁶⁸⁾ M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 103 ss.

al reato colposo, a quello proprio e a quello omissivo, oggi si assiste al ruolo attribuito al principio di precauzione nel reato il quale potrebbe determinare un passaggio di eguale portata di quello avvenuto più di cinquant'anni fa⁽⁶⁹⁾.

Cinquant'anni fa, però, si sono imposti «reati moderni e contemporanei – osserva il Donini⁽⁷⁰⁾ – che obbediscono ad una spiccata o dichiarata idea preventiva» [...] che «sembra [...] meno imperativa: non è categorica, né si indirizza al cittadino in quanto tale, ma si avvicina all'onere (pur differenziandosi da esso), o al dovere condizionato e fungibile, perché riguarda la disciplina in attività in un contesto lecito di base, attività autorizzate o di cui si delimita un'area di rischio consentito». Oggi, invece, si assiste ad una presa di coscienza che passa attraverso il potere espansivo che presenta il principio di precauzione.

Questo permette un ampliamento delle aree di disciplina penale ad attività potenzialmente dannose ma la cui potenzialità, seppur non accertata in maniera definitiva e consolidata, potrebbe ingenerare ulteriori fattori di rischio non integralmente controllabili *ex ante*.

Ebbene, il diritto penale – dato il ruolo “espansivo” del principio di precauzione – trova davanti a sé la strada della ricerca del baricentro del proprio (rinnovato) intervento emergendo nuovi scenari nei quali le esigenze di elevata tutela dell'ambiente e di effettività della repressione penale rischiano di mutare la fisionomia classica di istituti ispirati al principio di colpevolezza e, dunque, dinanzi all'emersione di una richiesta di reato che risente di un mutamento di ottica e di precauzione.

4. — *Segue. Il rapporto tra principio di precauzione e diritto penale: tra espansione e flessibilizzazione.*

In virtù delle caratteristiche “espansive” del principio di precauzione ne discende – quanto meno astrattamente – che esso stesso si pone in un rap-

⁽⁶⁹⁾ E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit., p. 41.

⁽⁷⁰⁾ M. DONINI, *Il volto attuale*, loc. cit.

porto stringente rispetto al settore sicurezza, soprattutto – ma non solo – ambientale, interessando e sanzionando anche da un punto di vista penale.

Ovviamente la prospettiva dell'espansione porta conseguentemente ad una dilatazione dal pericolo astratto (fondato su leggi scientifiche) ad un pericolo possibile pur non essendosi ancora formato al riguardo un sapere sufficientemente dimostrato. È evidente, però, che l'assenza di leggi di copertura comporta una distorsione del diritto penale d'evento rinunciando al modello della "causalità individuale"⁽⁷¹⁾.

Le surrichiamate espansioni e distorsioni hanno portato, dunque, parte della dottrina⁽⁷²⁾ ad individuare nel principio di precauzione l'origine del fenomeno definito come "flessibilizzazione"⁽⁷³⁾ del diritto penale ambientale.

Ad illustrare e spiegare il nuovo fenomeno ci hanno pensato quegli autori⁽⁷⁴⁾ che hanno potuto evidenziare come in alcune occasioni la giurisprudenza di legittimità è ricorsa al principio di precauzione quale argomento retorico con debole funzione estensiva in un giudizio che già si poneva come sfavorevole all'imputato⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷¹⁾ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 170 ss.

⁽⁷²⁾ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2011, p. 9 ss.

⁽⁷³⁾ Il termine "flessibilizzazione" è stato utilizzato da C. PIERGALLINI (*Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684), con riferimento alle sentenze di primo e secondo grado nel processo relativo al petrolchimico di Porto Marghera. Nello specifico, si critica la sentenza di appello dato che avrebbe determinato «una costante opera di flessibilizzazione e di decontestualizzazione degli elementi costitutivi della colpa, funzionale ad un alleggerimento degli oneri probatori». In tema di "flessibilizzazione" si richiama anche C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie di reato"*, in *Criminalia*, 2012, p. 383, il quale non contempla in alcun modo che le pronunce della Corte di Cassazione abbiano consentito al principio di precauzione di svolgere una simile azione nell'ordinamento giuridico penale.

⁽⁷⁴⁾ Circa le reazioni dottrinali al processo di flessibilizzazione delle categorie penalistiche, si veda G. DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *AA.VV., Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, p. 513 ss.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. III, 14 aprile 2002, n. 20426; Cass., Sez. un., 30 ottobre

Un orizzonte questo che non è per nulla nuovo nell'ambito del diritto penale ambientale da sempre determinato fortemente dal formante giurisprudenziale.

È il caso del disastro ambientale colposo cagionato mediante immissione nell'ambiente di rifiuti pericolosi⁽⁷⁶⁾.

In tale occasione gli Ermellini hanno avuto modo di rilevare come il principio di precauzione sia stato richiamato in maniera impropria. Invero, il richiamo non poggiava su situazioni di incertezza scientifica ma su un determinato dato di fatto, *id est*, l'esistenza di centinaia di industrie insalubri sul territorio oggetto di intervento.

Dunque, il richiamo in motivazione al principio di analisi pone lo stesso principio, seppur debolmente, quale elemento portatore di ampliamento dell'intensità degli obblighi di cautela, penalmente sanzionati, in presenza di specifici presupposti fattuali, in materia di tutela dell'ambiente.

In altre occasioni, invece, la Suprema Corte ha utilizzato il principio di precauzione facendo sì che lo stesso agisse direttamente sull'interpretazione delle fattispecie penali, in particolare, sull'oggetto materiale della condotta tipica⁽⁷⁷⁾.

È il caso degli "sfridi" di poliuretano espanso⁽⁷⁸⁾ riguardante un caso di trasporto non autorizzato di rifiuti speciali non pericolosi, in violazione del art. 51, 1° comma, lett. a), d.lgs. n. 22/1997 (c.d. decreto Ronchi, abr.).

Ebbene, in questo caso, la decisione della Cassazione si incentra sulla controversa nozione di rifiuto, quale oggetto materiale di fattispecie penali in tema di inquinamento, e sulla "qualifica di rifiuto degli sfridi di poliuretano".

2008, n. 9857, in cui i riferimenti al principio di precauzione sembrerebbero ultronei e impropri. In relazione ad una ulteriore pronuncia della Cassazione si richiama anche sentenza Cass., Sez. V, 11 ottobre 2006, n. 40330.

⁽⁷⁶⁾ Cass., Sez. V, 11 ottobre 2006, n. 40330, cit.

⁽⁷⁷⁾ Si veda *ex multis* Cass., Sez. III, ud. 14 aprile 2005, dep. 1 giugno 2005, n. 20499; Cass., Sez. III, ud. 10 novembre 2005, dep. 18 gennaio 2006, n. 2025; Cass., Sez. III, ud. 9 maggio 2008, dep. 10 luglio 2008, n. 28229, in cui la logica precauzionale è stata utilizzata nell'interpretazione delle fattispecie penali e – in particolare – dell'oggetto materiale della condotta tipica. In relazione ad una ulteriore pronuncia della Cassazione si richiama anche sentenza Cass., Sez. III, ud. 18 febbraio 2010, dep. 9 aprile 2010, n. 13493.

⁽⁷⁸⁾ Cass., Sez. III, ud. 18 febbraio 2010, dep. 9 aprile 2010, n. 13493, cit.

Per l'indagine odierna non si può sottacere come l'esigenza di interpretazione conforme alla normativa comunitaria e alla giurisprudenza della Corte di giustizia impone – evidentemente – una nozione di rifiuto dichiaratamente estensiva in ragione delle esigenze derivanti dal principio di precauzione. Ciò determina, di conseguenza, una espansione dei confini della fattispecie penale a tutela dell'ambiente.

Fermo questo effetto espansivo e dunque il maggior rilievo attribuito in questo episodio alla logica precauzionale, va rilevato ad ogni modo come il riferimento al principio di precauzione si approssimi, anche in questo caso, alla funzione di mero artificio retorico non essendo stati portati a giudizio ipotesi di incertezza scientifica.

Ciò posto si può procedere oltre considerando che i processi di “flessibilizzazione” surrichiamati hanno trovato il proprio *acme* in altri casi giurisprudenziali, in particolare ove la logica precauzionale ha inciso quale criterio di imputazione del risultato nei reati di evento dannoso o pericoloso (tra gli altri, il caso del Petrolchimico di Porto Marghera e quello del disastro di Sarno⁽⁷⁹⁾). Ciò avviene, in altre parole, quando dalla tutela di interessi superindividuali legati alla sicurezza ambientale si giunge alla tutela di beni finali a dimensione individuale.

Invero, in tali vicende – come anche già premesso in precedenza – nel contesto delle offese realizzate sotto forma di evento di danno o di pericolo, il principio di precauzione potrebbe intaccare i due dati fondamentali per la configurazione del fatto tipico: sul piano oggettivo, in relazione al nesso di causalità, avvicinandolo ad un nesso “di rischio”; sul piano soggettivo, investendo la veste classica della colpa circa la riconoscibilità del rischio o la prevedibilità del risultato⁽⁸⁰⁾.

Nonostante, però, sia la sentenza sugli eventi calamitosi di Sarno⁽⁸¹⁾ sia la

⁽⁷⁹⁾ Sul primo, Cass., Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675; sul secondo Cass., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761.

⁽⁸⁰⁾ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., p. 33.

⁽⁸¹⁾ La Cassazione precisa al riguardo che ogni scelta da compiersi in condizioni di incertezza deve essere determinata in base alla peggiore delle sue conseguenze possibili. Al riguardo la Corte statuisce che: «Il giudizio di prevedibilità andava compiuto tenendo cer-

pronuncia sul Petrolchimico di Porto Marghera richiamino in motivazione il principio di precauzione per affermarne l'estraneità alla nozione di prevedibilità adottata, è d'uopo sottolineare come proprio l'elemento soggettivo della colpa finisca per cedere il passo alla – più volte richiamata – *vis* espansiva attraverso un allargamento proprio di quei due aspetti che sopra si richiamavano: la riconoscibilità del rischio e la prevedibilità dell'evento.

È soprattutto nella sentenza relativa alla calamità avvenuta a Sarno che si trova un approccio precauzionale più importante. Infatti, diversamente dalla pronuncia sulle esposizioni professionali in cui non ci si distanzia né discosta dalla accertata (e dunque individuata) dannosità della sostanza oggetto di sentenza, nella pronuncia sul disastro di Sarno si estende maggiormente la prevedibilità, ricomprendendo tutti i possibili effetti calamitosi, pur in assenza di conoscenze specializzate in merito. In tal modo, la giurisprudenza ha agito dilatando sia l'alea della prevedibilità che quello dell'esperienza⁽⁸²⁾.

Dunque, l'analisi dell'applicazione concreta del principio di precauzione non porta null'altro che a ribadire l'effetto espansivo dello stesso principio sul diritto penale ambientale. Tale effetto – seppur non esclusivo – si estrinseca secondo diverse modalità, agendo su differenti elementi della fattispecie o comunque su diversi momenti della ricostruzione della responsabilità

tamente conto dell'esperienza del passato ma senza ignorare l'esistenza di una possibilità di evoluzione del fenomeno e ipotizzando quindi la più distruttiva ipotesi che potesse verificarsi o che il fenomeno disastroso poteva comportare. [...] Ma, si dice nelle sentenze di merito, anche gli scienziati ignoravano la possibilità che si verificassero quelle colate rapide di fango che hanno costituito la causa delle morti verificatesi nel nostro caso. Come poteva il sindaco B. – anche se svolgeva attività professionale di ingegnere – disporre di quelle conoscenze specialistiche necessarie che neppure gli scienziati esperti di questi temi hanno dimostrato di avere? Ma questa non costituisce una giustificazione ma, al contrario, una conferma dell'addebito soggettivo. Se di un fenomeno naturale (o anche cagionato dall'uomo) non si conoscono le caratteristiche fondamentali – in particolare le cause, le possibilità di evoluzione, gli effetti possibili – la cautela che occorre usare nell'affrontarlo per eliminarne o ridurne le conseguenze deve essere ancora maggiore proprio perché non si possono escludere, con valutazione *ex ante* fondata su conoscenze scientifiche affidabili, gli effetti maggiormente distruttivi».

⁽⁸²⁾ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., p. 38.

penale. Ciò anche quando l'uso del principio ed il richiamo allo stesso si riveli in parte improprio. Tuttavia, anche tale utilizzo improprio rivela ugualmente la tendenziale capacità espansiva del principio che è, almeno in parte, espressione della più generale tendenza (altrettanto espansiva) del diritto comunitario sul diritto (penale) nazionale.

5. — *Il principio di precauzione nella definizione del fatto tipico nelle fattispecie introdotte dalla l. n. 68/2015.*

Nell'analisi completa ed ampia del principio di precauzione, bisogna considerare anche l'applicazione dello stesso nell'ambito delle norme introdotte dalla l. n. 68/2015⁽⁸³⁾ che ha inserito nel Codice Penale (Libro Secondo) un nuovo Titolo, il VI-*bis*, interamente dedicato ai delitti contro l'ambiente⁽⁸⁴⁾.

Segnatamente, si è posto l'interrogativo se il principio di precauzione possa essere applicato, in particolare, nella fattispecie di cui all'art. 452-*bis*, ma anche con riferimento agli artt. 452-*ter* e 452-*quinqüies* c.p., relativamente alla condotta di chi cagiona "abusivamente" un danno all'ambiente tanto nella sua configurazione dolosa ovvero colposa.

Fulcro della condotta e del fatto tipico risulta essere la connotazione, per l'appunto, abusiva⁽⁸⁵⁾.

Tuttavia, se, all'indomani dell'introduzione delle norme *de quibus*, parte della dottrina riteneva superfluo l'uso dell'avverbio "abusivamente" tanto da evidenziare che lo stesso escludesse la rilevanza penale delle ipotesi di

⁽⁸³⁾ Sulla legge 68/2015 si veda C. RUGA RIVA, *I nuovi ecodelitti. Commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Torino, 2015; ID., *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016; L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. contemporaneo*, n. 2/2015.

⁽⁸⁴⁾ Per una analisi di tutte le fattispecie presenti nel nuovo Titolo VI del Codice Penale è stata effettuata da C. RUGA RIVA, G. AMARELLI, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Milano, 2021, p. 2105 ss.

⁽⁸⁵⁾ V. AMENDOLA, *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale "abusivo"*, in *lexambiente.it*.

inquinamento, successivamente tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono pervenute a conclusioni differenti⁽⁸⁶⁾.

Si è ritenuto, infatti, che l'avverbio “abusivamente” conferisse rilevanza penale ad una condotta *contra ius* perché posta in violazione della legislazione nazionale o regionale o di prescrizioni amministrative⁽⁸⁷⁾. Il carattere abusivo della condotta, pertanto, consisterebbe nella continuativa inosservanza delle suddette prescrizioni ed autorizzazioni.

La recente giurisprudenza⁽⁸⁸⁾ ha compiuto, poi, un ennesimo passo in avanti ampliando ulteriormente il concetto di abusività fino a ricomprendervi i principi generali in materia di tutela dell'ambiente, anche laddove questi non risultino cristallizzati nel precetto ovvero determinati da sanzioni. Il richiamo al principio di precauzione è evidente.

Ebbene, secondo il surrichiamato indirizzo giurisprudenziale, il giudice penale non può esimersi dal verificare la legittimità delle prescrizioni ed autorizzazioni laddove queste contrastino con regole generali di condotta (come, ad esempio, con le BAT⁽⁸⁹⁾) ovvero – in prospettiva più ampia – con

⁽⁸⁶⁾ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 244; ID., *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale*, in *lexambiente.it*. Per una critica in merito si veda M. SANTOLOCI, *In Italia ci si ammala e si muore di “parametri”. Disastri ambientali a norma di legge (da evitare con la nuova legge sui delitti ambientali)*, in *dirittoambiente.net*.

⁽⁸⁷⁾ Cass., Sez. III, 31 gennaio 2017, n. 15865 e 15 marzo 2017, n. 18934.

⁽⁸⁸⁾ *Ex multis*, Cass., Sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170: «Il requisito dell'abusività della condotta, espresso dall'avverbio abusivamente utilizzato nell'art. 452 *bis* c.p., va interpretato negli stessi termini del reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), ovvero laddove vi sia inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni: il che si verifica non solo allorché tali autorizzazioni manchino del tutto (attività clandestina) ma anche quando esse siano scadute o palesemente illegittime.

Va dunque riconosciuto un concetto ampio di condotta abusiva, anche alla luce dei contenuti della direttiva 2008/99/CE, comprensivo non soltanto di quella posta in essere in violazione delle leggi statali o regionali, ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale, ma anche di prescrizioni amministrative».

⁽⁸⁹⁾ Acronimo di *Best Available Techniques*.

Per la rilevanza attribuita alle migliori tecniche disponibili (BAT) nella previsione e nell'accertamento dei reati ambientali ed il conseguente, sempre più forte, richiamo al principio di precauzione quale elemento ampliativo dell'imputazione per colpa, si segnala il

il principio di precauzione. Quest'ultimo viene puntualmente richiamato dalla stessa giurisprudenza quale «principio generale e ineludibile in tema di diritto ambientale con portata precettiva (e non solo programmatica) a cui devono attenersi tutti, persone fisiche e giuridiche, pubbliche e private, che richiede l'adozione di tutte le cautele disponibili (fino all'astensione dall'attività) in tutti quei casi in cui esistano obiettive evidenze scientifiche atte a far temere effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dall'Unione europea»⁽⁹⁰⁾.

Dunque, l'attività compiuta sarebbe “abusiva” perché contraria alla “disciplina ambiente” genericamente intesa, in presenza di rischi non cristallizzati in disposizioni normative ovvero amministrative ma determinati da condotte liberamente ispirate al principio di matrice comunitaria.

contributo di M. BOSI, *Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 25 maggio 2018, p. 203 ss.

⁽⁹⁰⁾ Si veda Tribunale di Savona, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, decreto di sequestro preventivo dell'11 marzo 2014.

Si richiama al riguardo S. ZURILIA, *Fumi di ciminiera e fumus commissi delicti: sequestrati gli impianti Tirreno Power per disastro “sanitario” e “ambientale”*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2014, p. 35 ss.

L'Autore pone l'attenzione sulla doverosità della condotta alternativa, rappresentata dal rispetto delle BAT, che è fondata dal GIP di Savona sul principio di precauzione pur se richiamato in una accezione che non è quella generalmente richiamata e, dunque, conosciuta. In particolare, nella motivazione del decreto si può leggere che «se il rispetto dei limiti imposti esclude la configurabilità del reato di cui all'art. 674 c.p., essendo ammissibile che il legislatore o l'autorità amministrativa imponga ex imperio una soglia di tolleranza, tale presunzione di legittimità può operare solo in relazione ad un disturbo (olfattivo o visivo) transeunte e non certo laddove si verifichi un danno alla salute integrante una lesione personale, o addirittura un decesso, ovvero una pluralità di tali eventi, rientranti nella più ampia nozione di disastro. La condotta tenuta dal gestore, il quale non si è attenuto ai limiti emissivi previsti dalle BAT (in italiano MTD, ossia migliori tecniche disponibili), appare certamente connotabile quanto meno quale colposa. Ed invero, come abbiamo visto, le BAT indicano i parametri emissivi previsti dall'Unione Europea al fine di limitare l'impatto ambientale degli impianti. Vero è che il rispetto delle BAT non era previsto dalla legge quale obbligatorio ma è altresì vero che esse costituiscono un'indicazione precisa in ordine alla condotta da tenere al fine di ridurre il danno ambientale. [...] Pertanto l'obbligo di prudenza in capo ai gestori di impianti pericolosi ed inquinanti si qualifica soggettivamente, connotandosi in maniera molto più rigorosa rispetto a quello richiesto all'uomo medio, perché si tratta sia del soggetto che crea la situazione di pericolo, sia di soggetto tecnicamente qualificato (o che comunque ha l'obbligo, in virtù dell'attività svolta, di assicurare sempre un elevato livello di studio ed analisi dei rischi)».

Tale orientamento presenta chiaramente una forte criticità rispetto al nostro sistema inquisitorio.

Si introdurrebbe, come evidenziato da dottrina⁽⁹¹⁾, una sorta di inversione dell'onere della prova a carico dell'indagato il quale dovrebbe dimostrare tanto i fatti in grado di smentire l'inquinamento ambientale quanto le prove circa l'inesistenza di rischi nel periodo in cui l'attività è stata compiuta ed autorizzata.

Ciò posto e considerata la carenza di tassatività presente nelle fattispecie in analisi – dato questo già denunciato da dottrina e giurisprudenza all'indomani dell'entrata in vigore della riforma – è fondamentale che il fatto compiuto, al di là dell'abusività, sia valutato anche su dati scientifici che, in contesti complessi come quello ambientale, possano conferire substrato sostanziale alla decisione.

Ammettere la sussistenza del delitto a prescindere dalla violazione dei limiti genera il rischio di un danno nella fattispecie penale posto che non si comprende come sia possibile determinare una condotta determinata anche in assenza di limiti imposti *ex lege*, laddove è lo stesso disposto normativo a richiedere che la condotta sia realizzata “abusivamente”.

Un parametro quello della abusività (tanto *ex art. 452-bis* tanto con riferimento agli altri disposti normativi introdotti dalla novella) che rappresenta dunque un perimetro evanescente che lascia – di conseguenza – ampi spazi di discrezionalità al giudice.

Ed ecco che, posto comunque il contributo importante che non può non riconoscersi al principio di precauzione, sarebbe prudente continuare a interpretare il principio in analisi come mera indicazione diretta più al legislatore che all'interprete, invocando pertanto un più determinato intervento del primo piuttosto che del secondo.

⁽⁹¹⁾ I. SALVEMME, *Il ruolo del principio di precauzione nel “nuovo” diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 25 maggio 2018, n. 1/2018, p. 256, la quale Autrice richiama teorizzazioni già manifestate ed individuate da D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit.

6. — *Il principio di precauzione e le sue ricadute nel processo penale: possibile superamento della regola B.A.R.D.?*

La questione dei complessi rapporti tra regola cautelare ed evoluzione del sapere scientifico coinvolge, in senso più ampio, anche l'ambito giudiziale e dunque riguarda il possibile sovvertimento delle regole del nostro ordinamento in tema di onere della prova e di conoscenze causali di cui il giudice dispone al momento del giudizio rispetto a quelle di cui l'agente era in possesso al momento della condotta.

Emerge, dunque, la questione della compatibilità tra il principio di precauzione e la regola *B.A.R.D.*⁽⁹²⁾, quale *standard* probatorio della prova di colpevolezza che impone al giudice la condanna solo a fronte di un'alta probabilità logica – confinante con la certezza – che la tesi prospettata dall'accusa superi le altre ricostruzioni plausibili⁽⁹³⁾.

Risalta, in altre parole, il connubio che vi è tra regole probatorie e regole decisorie, laddove si consideri che la corretta applicazione di queste ultime impone un uso logico ma anche rigoroso delle prime⁽⁹⁴⁾.

Invero, nell'ambito della precauzione il doppio accertamento proprio della causalità della colpa non sarebbe possibile, in quanto si tratta di settori che per definizione sono caratterizzati dall'incertezza: non può sostenersi che la condotta doverosa avrebbe impedito l'evento così come non può sostenersi il contrario.

⁽⁹²⁾ Acronimo di “beyond any reasonable doubt” quale colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Sul punto si veda G. LOSAPPIO, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 maggio 2017, 3, n. 7, p. 2 ss. il quale scrive che: «Se il processo non prova BARD l'accusa, *in dubio pro reo*. [...] La colpevolezza, invece, può essere affermata solo se il processo “prova” che le proposizioni accusatorie sono risultate “veramente vere”. La “verità” BARD è unicamente la “verità vera”. Quella interinale “non è verità” (vera, n.d.r.), ma semplicemente ipotesi di lavoro, “*ubi consistant?*” dell'indagine».

⁽⁹³⁾ La regola *BARD* è presupposto imprescindibile per realizzare i principi fondamentali della presunzione di innocenza. Sul tema si veda C.E. PALIERO, *Il “ragionevole dubbio” diventa criterio*, in *GD*, p. 73; G. CANZIO, *L’“oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria di giudizio nel processo penale*, in *RIDPP*, 2004, p. 303; ID., *Il dubbio e la legge*, in *penalecontemporaneo.it*, 2018.

⁽⁹⁴⁾ F. CONSULICH, *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'unione e pena nazionale*, in *Legisl. penale*, 2018, p. 27 ss.

Ciò, inevitabilmente, ha aperto la questione circa il possibile temperamento del *B.A.R.D.*

Da un lato vi sono stati coloro che hanno sostenuto la possibilità che si interpreti la regola *B.A.R.D.* tenendo conto della natura dei beni giuridici in gioco; dall'altro vi sono stati coloro che ne hanno escluso *in nuce* la possibilità di alcuna attenuazione della regola in esame. Si giungerebbe, altrimenti, ad uno strano passaggio di testimone: dal criterio causale della probabilità logica⁽⁹⁵⁾ o razionale si passerebbe – infatti – a quello dell'aumento del rischio, già da tempo superato dalla giurisprudenza di legittimità.

Invero, il principio di precauzione si rivela in grado di condizionare la regola della causalità materiale nella misura in cui la sua applicazione nei processi penali aventi ad oggetto fattispecie offensive di beni superindividuali (come nel caso dell'ambiente) potrebbe indurre l'autorità giudiziaria ad accontentarsi di una dimostrazione su base meramente *ex ante* del nesso di causalità.

Questo comporterebbe che nel caso del condizionamento della regola di causalità materiale da parte del principio di precauzione basterebbe la prova che la condotta dell'agente ha semplicemente aumentato il rischio di verificazione dell'evento, poi verificatosi effettivamente. Ciò potrebbe realizzarsi attraverso il criterio della probabilità logica, con la conseguenza che il richiamo al suddetto criterio arrecherebbe danno al principio di precauzione legittimando, invero, una falsata ricostruzione causale per arrivare alla verificazione dell'evento⁽⁹⁶⁾.

L'applicazione del principio di precauzione alla ricostruzione della regola cautelare può condurre la responsabilità colposa al di fuori dei limiti segnati dal principio *B.A.R.D.*, consentendo di incriminare un soggetto in assenza della certezza che la sua condotta violi i doveri di diligenza.

Questo prospetto ricostruttivo però non è completamente esaustivo, non contemplando una ulteriore casistica di ipotesi. Si pensi, in altre parole, a

⁽⁹⁵⁾ Tale terminologia è divenuta di uso comune nella giurisprudenza a partire da Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, c. 601.

⁽⁹⁶⁾ C.E. PALIERO, *Il "ragionevole dubbio"*, cit.

quelle ipotesi in cui si determinano eventi pericolosi o comunque dannosi differenti da quelli individuati dalla norma cautelare violata ma similari o comunque contemplabili, anche se non previsti.

Si ponga l'ipotesi – esemplificando – in cui una certa condotta umana che crei un pericolo per l'ambiente che si concretizza con un determinato ed individuato disastro (o calamità). Al contempo, si verifica altro fenomeno disastroso (o calamità), la cui correlazione con la succitata condotta umana risulti possibile ma non altrettanto certa e dimostrata scientificamente.

In questa ipotesi, se si applica la regola *B.A.R.D.* si avrà una conclusione opposta rispetto a quella che si determinerebbe con lo schema della precauzione, determinando – dunque – il secondo tipo di fenomeno disastroso estraneo alla norma cautelare violata. Ciò comporta, inevitabilmente, la mancanza di un substrato per una eventuale sentenza di condanna oltre ogni ragionevole dubbio⁽⁹⁷⁾.

Infatti, il dubbio, come sostenuto anche dalla giurisprudenza, non sarebbe ragionevole qualora si applicasse il principio di precauzione perché si andrebbe ad anticipare la rilevanza penale della condotta al rischio di pericolo.

L'elevazione dello *standard* di tutela dei beni giuridici primari, anche contro possibili pericoli, va valutato per mezzo – quindi – di una individuazione precisa, chiara e determinata dei presupposti e delle procedure che permettono di ricorrere all'approccio precauzionale. Solo così vi può essere una compatibilità con lo *standard* garantistico necessario per l'impiego dello strumento cogente.

7. — *Considerazioni conclusive.*

Nel presente lavoro emerge come il principio di precauzione si ponga (ancora tutt'oggi) al centro di una situazione di incertezza contenutistica ed applicativa. Entrambe situazioni queste determinate dall'aver lo stesso prin-

⁽⁹⁷⁾ In tema si veda M. PISANI, *Riflessioni sul tema del "ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1243 ss.

cipio messo in luce il contrasto (in taluni casi superabile, in altri meno) tra mondo scientifico, realtà politico-economica, diritto ed esigenze ambientali.

Il principio di precauzione è riuscito – ad ogni modo – ad emergere e collocarsi oltre un ruolo meramente programmatico.

La suddetta presa di posizione, però, ha posto non pochi problemi applicativi nel momento in cui il principio di precauzione è stato richiamato e, poi, applicato in ambito penale.

Il principio di legalità impone, infatti, che le condotte oggetto di fattispecie debbano essere determinate nei suoi elementi essenziali (e nelle relative conseguenze) prima che vengano poste in essere. La responsabilità per il rischio, invece, richiederebbe ai soggetti agenti di rispondere per tutte le conseguenze lesive ascrivibili al generico obbligo di contenimento del rischio stesso.

Ciò che è effettivamente emerso, pertanto, è stata una tendenza – derivante dal richiamo al principio di precauzione – alla flessibilizzazione e all'espansione del diritto penale.

Da un punto di vista legislativo ciò si è manifestato nell'assenza di criteri (di dimostrazione scientifica) per determinare compiutamente la responsabilità.

Dunque, è oggi necessario e non più rinviabile proprio un intervento legislativo il quale dovrà tenere presente il principio di precauzione ogni qualvolta andrà a determinare apposite regole cautelari per i singoli beni giuridici, non prescindendo dall'analisi della gestione del rischio.

L'aumento del modello di tutela anche contro i pericoli solo possibili deve essere analizzato attraverso una precisa indicazione degli elementi e dell'*iter* che permettono il richiamo alla logica precauzionale. Questo determinerà una compatibilità tra la logica precauzionale stessa e lo standard garantistico proprio del diritto penale.

Non bastano – *rectius*, non bastano più – gli interventi giurisprudenziali perché il principio di precauzione possa trovare applicazione concreta (ed effettiva) nel nostro ordinamento penale.

Ove, però, tali pronunce non restassero isolate, diventando un più consolidato indirizzo, allora il principio di precauzione potrebbe assumere un suo più forte peso sul diritto punitivo moderno, il quale però resiste forte dei capisaldi del proprio sistema. Quegli stessi capisaldi rappresentati dai principi

costituzionali di legalità, personalità della responsabilità penale ed offensività che vengono evocati ed in parte rinvenuti anche nelle anzidette pronunce e rispetto ai quali il principio di precauzione, nonostante la rilevanza assunta, non può che rivestire un ruolo ricondotto ad una mera logica di sistema.

Nonostante, infatti, il ruolo comunque importante svolto dalle varie pronunce – pure attraverso le differenti interpretazioni che in precedenza si sono richiamate – questa attività non basta (più).

Non bastano più argomentazioni esegetiche ma si necessita, anche per ovviare a problematiche a cascata che si riverberano sul processo penale, dell'intervento del legislatore il quale dovrà elaborare regole cautelari le quali dovranno tener conto del principio di precauzione senza dimenticare gli elementi portanti di ordine garantistico.

Lo aveva d'altronde già anticipato, ormai vent'anni or sono, la Commissione europea nella Comunicazione del 2000 ove indicava chiaramente l'indirizzo che si sarebbe dovuto seguire al fine di formulare nuove regole a presidio dei beni fondamentali pur restando fedeli ai paradigmi essenziali: «seguire procedure quanto più possibile trasparenti e di coinvolgere, in una fase quanto più possibile precoce, tutte le parti interessate. Ciò consentirà ai responsabili di adottare misure legittime in grado di realizzare il livello prescelto di protezione sanitaria o ambientale⁽⁹⁸⁾».

Ecco il guanto di sfida che il principio di precauzione lancia al moderno diritto penale.

⁽⁹⁸⁾ Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 sul principio di precauzione.

SIMONE FAIELLA^(*)

LE “ECOMAFIE” TRA ESIGENZE DI TUTELA AMBIENTALE E RISPETTO DEI PRINCIPI DEL SISTEMA PENALE

ABSTRACT: The term “eco-mafia” indicates a very complex and controversial phenomenon gathering some tricky features such as the “mafia method”, the “organized crime” and “the structure of the companies”, this latter one to identify the organizational element of criminal associations. This paper offers an overview of the environmental crimes giving particular emphasis on the magnitude of such dynamic and illicit activities in order to focus the lights and shadows of the state of the art.

SOMMARIO: 1. Lo storico limite del rango contravvenzionale dei reati ambientali. – 2. Le riforme del 2011 e del 2015: luci e ombre. – 3. La questione della collocazione dell’elemento corruzione’. – 4. Il metodo mafioso ‘mediante corruzione sistemica’. – 5. L’aggravante mafiosa sul reato ambientale. – 6. La tutela offerta dall’associazione per delinquere comune. – 7. Conclusioni. Anticipazione della tutela *versus* stabilità e permanenza del vincolo.

1. — *Lo storico limite del rango contravvenzionale dei reati ambientali.*

«Ecomàfia: s.f. [comp. di eco e mafia] – Settore della criminalità organizzata che gestisce attività illecite di dannoso impatto ambientale (smaltimento dei rifiuti tossici, costruzione di insediamenti industriali e abitativi abusivi, inquinamento delle falde acquifere per effetto di sostanze industriali di scarto, ecc.)»⁽¹⁾. Come la definizione del termine indica, con essa si evocano genericamente – e anche in parte impropriamente – tutte quelle attività della criminalità organizzata realizzate in danno dell’ambiente, a prescindere invero dal ricorrere di uno ‘stigma di mafiosità’ tecnicamente inteso.

^(*) Università Internazionale di Roma.

⁽¹⁾ Si veda la definizione del termine “Ecomafia”, in vocabolario *Treccani* disponibile nella versione *online*, consultabile in *treccani.it*.

Anche fuori dalle immediate pertinenze della materia ambientale, termini quali “mafia” e “criminalità organizzata” vengono spesso comunemente utilizzati come sinonimi. L’equivoco è frutto di un’indebita sovrapposizione di elementi sia sul piano tecnico-giuridico sia sul piano criminologico. Più in generale, l’evocazione della mafiosità, trova la sua ragione principe, soprattutto sul piano della comunicazione, nell’esigenza di conferire un marchio di riprovevolezza, il più possibile incisivo, ad un fenomeno assai odioso e allarmante che, come l’esperienza giudiziaria dimostra, si è espresso sino ad oggi in maniera preponderante in zone territoriali di ‘competenza’ delle c.dd. “grandi mafie storiche”.

Le aree dove si registra il maggior numero dei disastri ambientali sono infatti quelle della Campania, della Sicilia, della Calabria e della Puglia. Secondo quanto emerso in occasione di inchieste giudiziarie quali “Dry Cleaner” nel 2006, “Black River” e “Fenice” nel 2008, il Sud d’Italia è certamente l’area maggiormente colpita. Seguendo la c.d. “rotta adriatica” e la parallela “tirrenica”, sono qui giunti, anche dall’estero, grandi volumi di rifiuti tossici e di scorie nucleari. Essi sono stati sotterrati in cave abusive, in boschi e inabissati sul letto dei fiumi e sui fondali marini, anche mediante l’impiego di imbarcazioni e natanti caricati di essi e fatti affondare. Soprattutto in quei luoghi, la combustione dei rifiuti ha inoltre comportato la diffusione nell’aria di pericolosi veleni.

Nonostante il “debito ecologico” sia andato sempre più crescendo, il legislatore nazionale attenderà molto prima di procedere ad un *law enforcement* della disciplina penale di tale ‘materia’. Questo settore sarà per lungo tempo lasciato privo di copertura penale e, solo nel 1982, sarà disciplinato attraverso fattispecie di rango meramente contravvenzionale⁽²⁾. Tale intervento, oltretutto intempestivo, non prevedeva infatti fattispecie delittuose. Successivamente, con il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22⁽³⁾, la fattispecie dell’“Abban-

⁽²⁾ Cfr. d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, in G.U., 15 dicembre 1982, Serie Gen., n. 343, in «Attuazione delle direttive (CEE) n. 75/442 relativa ai rifiuti, n. 76/403 relativa allo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotriifenili e n. 78/319 relativa ai rifiuti tossici e nocivi».

⁽³⁾ In G.U. 15 febbraio 1997, Suppl. ord., n. 33, in «Attuazione delle direttive 91/156/

dono di rifiuti”, sarà punita addirittura con la sola “sanzione amministrativa pecuniaria” (art. 50) mentre il “Traffico illecito di rifiuti” – anche ove pericolosi – con l’ammenda (art. 53).

Tale assetto implicava l’impossibilità di applicazione della fattispecie associativa “per delinquere” di cui all’art. 416 c.p. Del pari anche la tutela anticipata offerta dall’art. 56 c.p., non poteva essere applicata ai reati ambientali, in quanto appunto concepiti secondo il ‘dogma’ della contravvenzionalità. Per le stesse ragioni non era applicabile alle dette fattispecie nemmeno l’aggravante mafiosa dell’allora vigente art. 7, l. 12 luglio 1991, n. 203⁽⁴⁾.

Nonostante la materia della tutela ambientale fosse pertanto già da tempo entrata come priorità anche nel comune sentire, il legislatore tardò lungamente ad implementare una disciplina che si rivelava evidentemente inefficace, in quanto afferente ad illeciti complessi sia nella struttura sia nel loro necessario accertamento. Su di essi, nella maggior parte dei casi, la scure della prescrizione aleggiava più come una certezza, che come un pericolo.

Solo con la l. 23 marzo 2001, n. 93, verrà inserito nel corpo del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (all’art. 53-*bis*) l’allora unico *delitto* contro l’ambiente. Esso, rubricato «Organizzazione di traffico illecito di rifiuti», sarà ricollocato *ex d.lgs.* 1° marzo 2018, n. 21, in attuazione del principio di “riserva di codice”, all’art. 452-*quaterdecies* c.p. La fattispecie, secondo quanto osservato in dottrina, è stata concepita come illecito “a consumazione anticipata” applicabile non solo al fenomeno criminale delle “ecomafie”, ma anche rispetto a contesti imprenditoriali che nulla hanno a che fare con esso⁽⁵⁾.

CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio».

⁽⁴⁾ Secondo la detta previsione ora reffuita in seno all’art. 416-bis, 1° comma, c.p., «Per i delitti punibili con pena diversa dall’ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’articolo 416 bis ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà».

⁽⁵⁾ A. GALANTI, *Il traffico illecito di rifiuti: il punto sulla giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 12, p. 32. Per la giurisprudenza, con riferimento in particolare alla c.d. “confisca ambientale”, Cass. pen., 6 novembre 2019, n. 24797, in *rgaonline.it*, con nota di E. FASSI, *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e confisca ambientale. Tra profili di (in)costituzionalità della norma e disarmonie legislative*.

2. — *Le riforme del 2011 e del 2015: luci e ombre.*

Il legislatore nonostante l'evidente inefficacia delle sanzioni penali di rango contravvenzionale nella *subiecta materia*, continuerà ad adottare il 'modulo contravvenzionale' ad esempio in occasione del varo del d.lgs. 6 novembre 2007, n. 202⁽⁶⁾, riguardo all'inquinamento provocato – anche dolosamente – dalle navi. Stesso *trend* sarà mantenuto con il d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121⁽⁷⁾, con cui verrà tra l'altro inserita la fattispecie di cui all'art. 733-*bis* c.p., afferente alla "Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto".

Attraverso lo stesso d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121, i reati ambientali saranno inseriti nel decalogo dei "reati presupposto" di cui al d.lgs 8 giugno 2001, n. 231 (art. 25-*undecies*), così divenendo strumento di prevenzione e repressione verso le imprese, piuttosto che necessariamente contro le organizzazioni criminali.

Il legislatore, solo nel 2013 interverrà con la fattispecie delittuosa della "Combustione illecita di rifiuti"⁽⁸⁾. Ma bisognerà attendere il 2015 per il varo di una normativa quale quella recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"⁽⁹⁾, ispirata ad un ben più marcato cambio di passo. Con essa verranno introdotte tutte fattispecie delittuose che, coerentemente, saranno collocate all'interno di un titolo *ad hoc*, del libro secondo del Codice penale, il VI-*bis*. Con quest'ultima riforma, oltre ad arricchirsi ulteriormente il dec-

⁽⁶⁾ In G.U., 9 novembre 2007, n. 261, Suppl. ord., n. 228, in «Attuazione della direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e conseguenti sanzioni». Basti notare come addirittura l'inquinamento doloso sia stato disciplinato attraverso sanzione contravvenzionale (cfr. art. 8).

⁽⁷⁾ In G.U., 1° agosto 2011, Serie gen. n. 177, in «Attuazione della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, nonché della direttiva 2009/123/CE che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni».

⁽⁸⁾ Con d.l. 10 dicembre 2013, n. 136, in G.U., 10 dicembre 2013, Serie gen., n. 289, recante "Disposizioni urgenti dirette a fronteggiare emergenze ambientali e industriali ed a favorire lo sviluppo delle aree interessate".

⁽⁹⁾ L. 22 maggio 2015, n. 68, in G.U., 28 maggio 2015, Serie gen., n. 122.

alogo dei reati presupposto afferenti alla responsabilità degli enti, si sono introdotte modifiche che incidono sugli obblighi di ripristino dei luoghi contaminati, sulla capacità a contrattare con la Pubblica amministrazione, sulla possibilità di applicazione della confisca per equivalente, nonché sulle chance di diminuzione della pena irrogabile in occasione di ravvedimento operoso⁽¹⁰⁾.

Il fine della presente indagine dunque è quello di operare un vaglio sull'effettiva capacità dell'assetto vigente di individuare un congruo ed affidabile punto di equilibrio tra esigenze di prevenzione – repressione e rispetto dei principi fondamentali del sistema penale. A tale riguardo giova segnalare sin d'ora come, differentemente da quanto avvenuto, ad esempio, nel 'sistema' dei reati tributari, ove si è realizzato un trapasso dall'inefficace 'approccio contravvenzionale' a quello 'dei delitti' attraverso un integrale riassetto della materia, in ambito ambientale è stato operato un mero innesto. Mentre infatti, riguardo ai reati tributari il d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 ha interamente abolito la l. 7 agosto 1982, che nonostante il nome affibiatele, "Manette agli evasori", era in gran parte affidata a fattispecie contravvenzionali, nella materia ambientale tale innesto ha comportato che solo alcune fattispecie (le neointrodotte) hanno assunto natura delittuosa, lasciando in vita quelle di rango contravvenzionale, contrassegnate da quella grave inefficacia cui si è fatto cenno in premessa.

Le 'nuove' fattispecie, al di là della loro severità sanzionatoria, appaiono affette da criticità sia strutturali sia funzionali. Quando, ad esempio, per il 452-*bis* (Inquinamento ambientale), la compromissione o il deterioramento possono essere detti "significativi"? Del pari, per quanto attiene all'art. 452-*quater* c.p. (Disastro ambientale), quando l'eliminazione dell'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema potrà dirsi «particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali»? Inoltre, per quanto attiene

⁽¹⁰⁾ C.M. D'ERIL, *L'inquinamento ambientale a tre anni dall'entrata in vigore*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7-8, p. 35 ss.; P. SEVERINO, *Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori*, Introduzione agli Atti del II Convegno dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale, Gruppo Italiano, Sezione Giovani (Firenze, 2 dicembre 2016), in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, p. 190 ss.

all'art. 452-*sexies* c.p. (Traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività), quando il traffico e l'abbandono sarà commesso su materiale la cui radioattività potrà essere detta "alta"?

Le fattispecie delittuose anzidette, al di là delle criticità appena segnalate, hanno chiaramente implicato un *law enforcement* rendendo anche applicabili le previsioni afferenti ai reati associativi di cui agli artt. 416 c.p. e 416-*bis* c.p. Tale riforma si colloca chiaramente in un'ottica di 'richiamo' di dette previsioni incriminatrici. Ed infatti le nuove previsioni dialogano con le fattispecie afferenti sia alla associazione comune sia a quella "di tipo mafioso", attraverso una connessione – operata anche espressamente – per le circostanze aggravanti di cui all'art. 452-*octies* c.p. Per le dette circostanze è infatti stabilito che «quando l'associazione di cui all'articolo 416 è diretta, in via esclusiva o concorrente, allo scopo di commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo, le pene previste dal medesimo articolo 416 sono aumentate». Dunque non solo la fattispecie associativa è ora ovviamente configurabile, ma, quando essa sia volta a commettere gli indicati delitti ambientali, è essa stessa aggravata. Viene inoltre disposto al comma secondo del citato articolo che «quando l'associazione di cui all'articolo 416-*bis* è finalizzata a commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo ovvero all'acquisizione della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti o di servizi pubblici in materia ambientale, le pene previste dal medesimo articolo 416-*bis* sono aumentate».

Dunque la finalizzazione specifica delle dette associazioni reca un sensibile aumento di pena sia per l'una sia per l'altra delle rispettive fattispecie. Proprio la distinzione tra associazione comune e associazione di tipo mafioso costituisce pertanto una sorta di prerequisito per la comprensione di quale sia il valore di una simile previsione, ai fini della disciplina dei fatti associativi finalizzati in via esclusiva o concorrente alla commissione dei reati ambientali.

3. — *La questione della collocazione dell' 'elemento corruzione'.*

Come la dottrina ha chiarito oramai da tempo, il “cuore pulsante” della fattispecie di cui all’art. 416-*bis* c.p. è costituito dal suo 3° comma⁽¹¹⁾. Proprio ai fini dell’elemento preso ad oggetto da tale riferimento, il c.d. “metodo mafioso”, ha assunto sotto diversi aspetti uno speciale rilievo l’elemento corruttivo. La collocazione di esso, dentro o fuori il metodo mafioso, riguarda immediatamente la questione del criterio distintivo tra criminalità organizzata comune e criminalità mafiosa.

In ambito ambientale l’elemento corruzione è senz’altro assai funzionale, in quanto favorisce l’omissione dei controlli e la mancata adozione dei più efficaci provvedimenti da parte della pubblica autorità. Oltre, infatti, ai reati scopo di diretta caratura ambientale, hanno da sempre giocato un ruolo strumentale di primo rilievo reati quali quelli afferenti alla falsificazione dei documenti di produzione, di classificazione, di trasporto e, appunto, di smaltimento del rifiuto. È pertanto su questi scivolosi criminali che il tema della attribuitività del marchio della mafiosità entra in quella ‘zona’ di fatti, rapporti e relazioni, che interrogano sulla loro conformità rispetto all’uno o all’altro ‘tipo legale’ associativo. Complica ulteriormente la lettura di simili distinguo il profilo della collocazione dell’elemento anzidetto, in quanto esso stesso è parte dell’esperienza anche delle c.dd. “grandi mafie storiche”.

La trasposizione di tali profili di *tipicità criminologica* tendono così ad offuscare la lettura del “tipo legale” e con essa, ancora una volta, il discernimento tra ciò che è mafia e ciò che costituisce criminalità organizzata comune. L’analisi criminologica disvela modalità di azione anche da parte delle ‘mafie storiche’, certamente in parte improntate a metodiche corruttive. Che le organizzazioni mafiose tradizionali possano aver fatto ricorso, anche frequentemente, alla corruzione, non è una novità. Lo strumento

⁽¹¹⁾ C. VISCONTI, *La Mafia è dappertutto. Falso!*, Roma-Bari, 2016, p. 35. In giurisprudenza, Cass. pen., 29 novembre 2019, n. 10255, *Fasciani e altri*, con nota di C. VISCONTI, “Non basta la parola mafia”: la Cassazione scolpisce il “fatto” da provare per un’applicazione ragionevole dell’art. 416-*bis* alle associazioni criminali autoctone, in *sistemapenale.it*. Cfr. A. BALSAMO, A. MATTARELLA, *Criminalità organizzata: le nuove prospettive della normativa europea*, *ivi*.

della corruzione si è da sempre dimostrato assai efficace per intrecciare relazioni, in quanto «è per sua natura silenziosa, crea un clima di complicità, favorisce la mimetizzazione, consente di conseguire l'utile desiderato con rischi minori, mina dall'interno le istituzioni»⁽¹²⁾. Che però il *tipo criminologico* si sia connotato, nelle sue modalità di azione, anche attraverso tale *altro* sistema, non implica automaticamente, che detto altro meccanismo costituisca una accezione del metodo mafioso e, dunque, che possa costituire *ex se* quella sostanza cui pone riferimento l'art. 416-*bis*, 3° comma, c.p. Se è vero che ovunque ci sia mafia vi è anche criminalità organizzata, non è del pari vero il contrario.

Il segno della rilevanza del profilo corruttivo, *in subiecta materia*, è in qualche modo reso ancor più evidente dal rilievo che il 3° comma dell'art. 452-*octies* c.p. gli conferisce, disponendo che «le pene di cui ai commi primo e secondo sono aumentate da un terzo alla metà se dell'associazione fanno parte pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio che esercitano funzioni o svolgono servizi in materia ambientale». La fissazione del baricentro della disposizione sulla presenza dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio, valorizza l'offesa arrecata ad un tempo all'immagine e al buon andamento della Pubblica amministrazione oltreché ai beni tutelati da quelle stesse disposizioni indicate in premessa, in ragione del *vulnus* che tale presenza può implicare sotto il profilo dell'accertamento e dunque della repressione degli anzidetti fatti. L'aggravante in parola tende nella *parte qua* ad assumere dunque connotati plurioffensivi, nel cui contesto compare, in ultima analisi anche la tutela del bene dell'amministrazione della giustizia.

Anche sotto tale profilo dunque la materia ambientale è in grado di costituire una sorta di crocevia di interessi da tutelare e di meccanismi preventivo-repressivi a ciò preposti.

Se la corruzione assume ora un ruolo di rilevanza potrebbe dirsi 'interna' con riferimento alle dette fattispecie associative, essa, come avvertito in premessa, ha, a più riprese, assunto un peso anche nell'evoluzione dell'er-

⁽¹²⁾ V. in argomento già L. VIOLANTE, *I Corleonesi. Mafia e sistema eversivo*, intervista di G. Caldarola, supplemento al n. 216 dell'*Unità* dell'11 settembre 1993; L. VIOLANTE (a cura di), *I soldi della mafia. Rapporto '98*, Roma-Bari, 1998.

meneusi attorno al *discrimen* tra associazione c.d. “comune” e associazione “di tipo mafioso”. Proprio ai fini della presente indagine appare pertanto opportuno ripercorrere alcuni tratti di tale evoluzione, per indicare quale sia lo stato dell’arte e, con esso, la più coerente impostazione dogmatico-ermeneutica.

4. — *Il metodo mafioso ‘mediante corruzione sistemica’.*

Sulla collocazione da riconoscersi alle dinamiche corruttive, risulta quanto mai significativo il caso giudiziario che va sotto il nome di “Mafia Capitale”. Esso ha costituito uno dei più importanti banchi di prova della tenuta dei principi ‘classici’ del diritto penale, a fronte dell’“offensiva” dispiegata dal “formante giurisprudenziale”. La storia di questo *case law* è costellata da spinte e contropunte tra ‘vecchio’ e ‘nuovo’ modo di intendere il potere giudiziario: l’uno, secondo il quale il giudice è comunque soggetto alla legge; l’altro, asseritamente più moderno, secondo il quale egli concorrerebbe alla formazione della norma quale ulteriore fonte del diritto.

È chiaro ed evidente, sulla scorta di tutto quanto sin qui rassegnato, come, per l’art. 416-*bis* c.p., la sublimazione degli elementi costitutivi di fattispecie, quali appunto quello dell’intimidazione e della conseguente omertà e assoggettamento, comporterebbe la creazione di una figura associativa “nuova”, che andrebbe ad assumere la veste di una sorta di jolly ermeneutico, per rendere applicabile la previsione di cui all’art. 416-*bis* c.p. a fatti assai eterogenei tra loro, così legittimando una sua sovrapposizione rispetto ad altre previsioni e fattispecie criminose. La detta previsione verrebbe così ad essere vissuta in ragione di una prevenzione e repressione improvvidamente attestata su criteri meramente quantitativi di allarme.

Figlia di questo nuovo *trend* era stata già l’ordinanza custodiale genetica, nel cui contesto veniva infatti affermato: «Mafia Capitale, volendo dare una denominazione all’organizzazione, presenta caratteristiche proprie, solo in parte assimilabili a quelle delle mafie tradizionali e agli altri modelli di organizzazione di stampo mafioso fin qui richiamati, ma, come si cercherà di

dimostrare nella esposizione che segue, essa è da ricondursi al paradigma criminale dell'art. 416-*bis* del codice penale, in quanto si avvale del metodo mafioso, ovverosia della forza di intimidazione derivante dal vincolo di appartenenza, per il conseguimento dei propri scopi». Da qui il punto più delicato e più discusso della tesi d'accusa ivi esposta ove si sosteneva che «Se è indiscutibile che la sua diagnosi sia frutto dell'utilizzazione – scevra da pregiudizi nel senso più anodino del termine – di quello che in dottrina è stato definito un modello di tipizzazione contenuto nell'ultimo comma dell'art. 416-*bis* c.p., deve escludersi che la sua genesi sia recente e reputarsi che essa sia radicata da tempo, mentre deve ritenersi che essa sia stata investigativamente colta nella fase evolutiva propria delle organizzazioni criminali mature, che fruiscono, ai fini dell'utilizzazione del metodo mafioso, di una accumulazione originaria criminale già avvenuta».

Tale impostazione, accreditata *in limine litis* dal tribunale del riesame e dalla S.C. mediante le note 'sentenze gemelle' nella fase cautelare⁽¹³⁾, è stata contraddetta nel primo grado di merito⁽¹⁴⁾, per poi essere invece ri-accreditata dalla Corte di Appello di Roma. Quest'ultima, attraverso un *overturning*, aveva affermato come, ai fini della sussistenza del delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., non fosse rilevante né il numero modesto delle vittime, né il limitato contesto territoriale, né il controllo del territorio, né una generale condizione di assoggettamento e di omertà⁽¹⁵⁾. Tale pronuncia avrebbe avuto l'importante effetto di cristallizzare, anche in sede di merito, l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, volta a ritenere applicabile l'art. 416-*bis* c.p. anche ad associazioni mafiose "atipiche". Si è infatti affermato che, non esistendo definizioni univoche di ciò che si intenda con il termine "mafia", l'azione giu-

⁽¹³⁾ Cass. pen., 10 aprile 2015, n. 24535, in *Rep. Foro it.*, 2015, v. *Ordine pubblico (reati)*, n. 35; Cass. pen., 10 aprile 2015, n. 24536, in *Cass. pen.*, 2016, p. 112, con nota critica di A. APOLLONIO, *Rilievi critici sulle pronunce di "Mafia Capitale"*, e massimata in *Rep. Foro.it.*, 2016, n. 42.

⁽¹⁴⁾ Trib. Roma, 20 luglio 2017, n. 11730, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 11, p. 271.

⁽¹⁵⁾ App. Roma, 11 settembre 2018, in *Dir. pen. cont.*, 2019, p. 461, con nota di E. CIPRIANI, *La pronuncia della Corte d'Appello di Roma nel processo c.d. mafia capitale: la questione dell'applicabilità dell'art. 416-bis c.p. alle "mafie atipiche"*.

diziaria (si badi non il legislatore) sarebbe stata chiamata ad elaborarne una definizione giuridica, per consentire l'adattamento della fattispecie penale di cui all'art. 416-*bis* c.p. a forme criminali in costante mutamento, che per sopravvivere alla modernità cercano (con successo) di adeguarsi alle profonde modificazioni strutturali del tessuto economico e sociale⁽¹⁶⁾.

La tesi identificava un metodo mafioso fondato sulla c.d. "riserva di violenza", intesa come "metodo di back up". Il metodo mafioso, *sub species* della "corruzione sistemica", si sarebbe perciò inverato quale asserito mezzo principe di 'nuove forme di intimidazione'⁽¹⁷⁾. L'affermazione della mafiosità del metodo corruttivo veniva formulata attraverso un percorso argomentativo secondo cui gli elementi della intimidazione mafiosa non sarebbero connessi imprescindibilmente alla c.d. 'matrice violenta', come anche, all'offesa a beni quali la vita e l'integrità fisica. Si proponeva vi potesse essere intimidazione mafiosa pure a fronte della minaccia di aggressione a beni quali le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, anche a prescindere dal controllo di una determinata area territoriale⁽¹⁸⁾.

La singolarità di tale 'nuova' forma di intimidazione avrebbe risieduto nel fatto che nell'"intimidazione mediante corruzione" non sarebbe stato il corrotto, ovviamente, a costituire la vittima del metodo, ma il terzo escluso. La *potestas excludendi alios* del metodo corruttivo sistemico, ove idoneo a determinare nei terzi un'intimidazione foriera di assoggettamento e omertà, avrebbe infatti potuto essere qualificata quale metodo mafioso, ogni qual volta la paura in capo agli 'esclusi' avrebbe minacciato questi di essere colpiti, seppur non nella vita e nell'integrità propria e dei propri

⁽¹⁶⁾ In questi termini, E. CIPANI, *La pronuncia della Corte d'appello di Roma nel processo c.d. mafia capitale: la questione dell'applicabilità dell'art. 416-bis c.p. alle "mafie atipiche"*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2019.

⁽¹⁷⁾ Cass. pen., 10 aprile 2015, n. 24535, *Mogliani e altri*, in *Rep. Foro it.*, 2015, v. *Ordine pubblico (reati)*, n. 35; Cass. pen., 10 aprile 2015, n. 24536, cit. Per un commento positivo, cfr. G. PIGNATONE, *La fine di un'epoca*, Introduzione a S. PALAZZOLO, S. PRESTIPINO, *Il codice Provenzano*, Roma-Bari, 2007.

⁽¹⁸⁾ Cass. pen., 10 aprile 2015, n. 24535, *Mogliani e altri*, in *Ced Cassazione*.

familiari, in beni di rango anche squisitamente patrimoniale, comunque ritenuti essenziali.

La Suprema Corte nel cassare una simile proposta ermeneutica⁽¹⁹⁾ ha riaffermato il valore insuperabile del vincolo della legge, ricordando tra l'altro come, anche senza piegare norme e categorie, si possa giungere ad assicurare un livello di prevenzione-repressione incisivo. Ed invero, proprio nel settore ambientale, l'aggravante dell'art. 452-*octies* offre già un livello di tutela assai elevato.

Tale esperienza giudiziaria riporta al centro della fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p. l'importanza di *quel* momento anteriore nel quale un'associazione comune possa, attraverso la c.d. "consunzione del sodalizio matrice", effettivamente affermarsi mediante la sua fama, conseguendo così quell'assoggettamento e quell'omertà richiesti dal 3° comma dello stesso articolo. Elementi quali l'assoggettamento e l'omertà devono per tal via aver raggiunto una diffusività tale da renderli idonei a segnare il salto qualitativo rispetto alle fattispecie associative 'comuni'.

Fino a quando il danneggiato o la persona offesa non ricorrano all'autorità giudiziaria in quanto facciano conto sul fatto che possa 'al prossimo giro' capitare il proprio turno, siamo fuori dal metodo mafioso. In altri termini, non sposta la questione il fatto che il singolo escluso possa essere stato minacciato o aggredito, ogni qual volta egli non ricorra all'autorità giudiziaria per il semplice timore di perdere il proprio turno, piuttosto che per la paura di ritorsioni in suo danno.

La S.C. ha indicato l'*in se* del reato segnalando come l'assoggettamento e l'omertà⁽²⁰⁾, siano un prodotto dell'associazione legato a quella sua "fama criminale" costruita nel tempo e che gli permette di ottenere risultati senza

⁽¹⁹⁾ Cass. pen., 22 ottobre 2019, n. 1525, *Buzzi e altri*, in *giurisprudenzapenale.it*.

⁽²⁰⁾ G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 24.

G. DE FRANCESCO, *Elementi fondamentali della qualificazione come "mafiosa" dell'associazione incriminata dall'art. 416-bis*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, IV, Torino, 1995, p. 48.

ricorrere volta per volta nuovamente alla violenza o alla minaccia. Essi sono l'effetto di una intimidazione legata al "nome" che l'associazione stessa si è conquistato, imponendo con l'impiego della forza le sue regole e i suoi valori quali vere e proprie componenti di un ordinamento giuridico antagonista a quello statale. Come in altra precedente occasione segnalato dalla Suprema Corte, «forza intimidatrice del vincolo associativo, condizione di assoggettamento e condizione di omertà sono da considerare tutti e tre come elementi necessari ed essenziali perché possa configurarsi questo reato associativo»⁽²¹⁾. L'omertà mafiosa la si rileva, invero, allorché coinvolga anche i terzi estranei ai singoli reati scopo. Essa è configurabile quando i reati anzidetti avvengano alla luce del sole e, ciononostante, chiunque abbia visto taccia per timore di ritorsioni. Il salto qualitativo tra associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso è dettato dunque dallo speciale timore ingenerato su tutta la collettività di riferimento.

L'indicazione dettata dalla S.C. si colloca nel solco di quanto indicato da più risalente dottrina, secondo cui il *discrimen* è nella capacità dell'associazione di tipo mafioso di incutere timore di per se stessa, sino ad estendere intorno a sé «un alone permanente di intimidazione diffusa, tale da mantenersi vivo anche a prescindere dai singoli atti intimidatori posti in essere da questo o quell'associato [...] poiché ciò che conta è [...] la capacità di incutere timore propria dell'associazione in quanto tale: una capacità ricollegabile alla "pubblica memoria" della sua pregressa attività sopraffattrice»⁽²²⁾. La giurisprudenza del reato, sul tema delle "piccole mafie" aveva già affermato che «la intimidazione non è la semplice coazione che si esercita in modo occasionale ma diretto nella estorsione, sibbene un "perdurante stato di timore grave" realizzabile anche con riguardo ad organizzazioni che, senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un certo territorio, rivolge le proprie mire a danno dei componenti di una certa collettività – quindi anche stranieri immigrati o fatti immigrare clandestinamente – a condizione

⁽²¹⁾ V. Cass. pen., 10 luglio 2007, n. 34974, *Brusca*, in *Ced Cassazione*.

⁽²²⁾ Cfr. G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, p. 117 s.; H. HESS, *Mafia*, Bari, 1973, p. 78.

che si avvalga di metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e di omertà⁽²³⁾». L'utilizzo della carica intimidatrice dell'associazione, deve essere inoltre obiettivamente riscontrabile, in quanto «capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti»⁽²⁴⁾. Da qui il motivo della gravità delle sanzioni e della severità del trattamento penitenziario della disciplina dei 'fatti mafiosi'. Tali gravità e severità non sarebbero altrimenti comprensibili.

Tutto ciò che è *altro* rispetto a queste dinamiche è *fuori* dall'ambito di applicazione dell'art. 416-*bis* c.p. Ampliare a tutte le virtualità applicative la previsione incriminatrice finirebbe per sovrapporla a quella che nel codice la precede.

Sulla scorta di quanto sin qui osservato vale la pena ribadire quanto la mafiosità dell'associazione, anche nella materia ambientale, non potrà che seguire tali linee ermeneutiche, atte, ancora una volta, a valorizzarne la struttura "mista" di tale reato⁽²⁵⁾ pena la violazione della tassatività.

5. — *L'aggravante mafiosa sul reato ambientale.*

Una delle vie secondo cui può essere impresso il marchio di mafiosità ad un fatto, è chiaramente anche quello dell'applicazione dell'aggravante, ora inserita secondo la c.d. "riserva di codice", all'art. 416-*bis*, 1° comma, c.p. La detta aggravante, che, come si è avuto già modo di osservare⁽²⁶⁾, è circostanza comune ad effetto speciale, può chiaramente ora interfacciarsi con i 'neo' introdotti *delitti* ambientali, rimanendo inoperativa per le contravvenzioni.

Rispetto ai soli *delitti* l'aggravante in esame comporta, prima di tutto sul piano quantitativo, un aumento del trattamento sanzionatorio da un terzo

⁽²³⁾ Cass., Sez. VI, 13 dicembre 1995, *Abo El Nga Mohamed*, in *Ced Cassazione*.

⁽²⁴⁾ In questi termini, Cass., Sez. I, 16 maggio 2011, n. 25242, *Baratto e altri*, in *Ced Cassazione*.

⁽²⁵⁾ G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, 5ª ed., Padova, 1997.

⁽²⁶⁾ S. FAIELLA, *L'aggravante mafiosa nella stagione del trionfo della prevenzione generale*, in *Dir. pen. glob.*, 2018.

fino alla metà della pena prevista per il reato base. Essa inoltre non è bilanciabile. In base infatti al 2° comma dello stesso art. 416-*bis*: «Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante»⁽²⁷⁾.

Tali effetti quantitativi in termini di pena si riflettono poi sui termini quantitativi del tempo a prescrivere del reato ambientale *ex* art. 157 c.p. Dunque la differenza rispetto alle contravvenzioni diventa, anche su tale fronte, veramente abissale.

Essa, oltretutto sulla quantità, incide profondamente sulla *qualità* del trattamento sanzionatorio. Sotto il profilo procedurale essa reca la competenza della Procura Nazionale Antimafia e Antiterrorismo (art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.), l'allungamento della durata massima delle stesse [art. 407, 2° comma, lett. *a*), n. 3 c.p.p.], nonché, in sede dibattimentale, gravi limitazioni al diritto alla prova con riferimento all'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. Inoltre, suo tramite si può giungere addirittura all'applicazione dell'art. 41-*bis* e, dunque, del c.d. "carcere duro", peraltro già dalla fase cautelare (art. 4-*bis* e art. 41-*bis*, 2° comma, l. 354/1975).

L'aggravante reca anche una gravissima limitazione nella concessione dei c.dd. "benefici" in sede di espiazione di pena e condiziona, ove applicata al reato presupposto, l'identificazione della forbice edittale per fattispecie quali

⁽²⁷⁾ Comma così modificato dall'art. 5, 1° comma della l. 14 febbraio 2003, n. 34. Il testo originario della circostanza del metodo e dell'agevolazione mafiosi prevedeva quale eccezione all'esclusione del giudizio di bilanciamento il solo riferimento all'art. 98 c.p. V. in argomento, S. ARDITA, *Partecipazione all'associazione mafiosa e aggravante speciale dell'art. 7, d.l. n. 152/1991. Concorso di aggravanti di mafia nel delitto di estorsione. Problemi di compatibilità tecnico-giuridica e intenzione del legislatore*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2669 ss.; D. FONDAROLI, *Le circostanze aggravanti previste dagli artt. 7 e 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella legge 12 luglio 1991, n. 203*, in AA.VV., *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di P. Corso, G. Insoleira, L. Stortoni, II, Torino, 1995, p. 662 ss.; E. BELFIORE, v. *Criminalità organizzata-Mafia*, in F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2ª ed., Padova, 2007, p. 817 ss.

quelle afferenti al delitto di autoriciclaggio *ex art.* 648-*ter*, 1° comma, c.p.

Si tratta di un'aggravante che come la prassi dimostra certamente, anche in ambito ambientale, riproduce tutti i gravi *deficit* di determinatezza di cui è affetta. Infatti sotto il profilo del metodo essa richiama quanto espresso dal 3° comma dell'art. 416-*bis* c.p. e dunque pone riferimento ad un profilo dai contorni già gravemente incerti, come l'esperienza "Mafia Capitale" ha dimostrato. Essa proprio in quanto ritenuta in grado di prescindere, nell'ipotesi oggettiva, dall'esistenza effettiva di un'associazione qualificabile ai sensi dell'art. 416-*bis* c.p. opera per casi di "metodo senza mafia". La giurisprudenza della Suprema Corte è oramai monoliticamente attestata sull'idea secondo cui, in tali casi, non sarebbe necessario il ricorrere effettivo di una tale organizzazione, bastando, ad esempio, anche una semplice millanteria (peraltro anche implicita) di avere adherenze nell'ambito di una non definita pretesa accolta criminale⁽²⁸⁾. Con riferimento invece all'altra sottofattispecie, quella dell'agevolazione dell'associazione mafiosa, si ritiene, ormai unanimemente, debba essere rivolta ad un'associazione realmente esistente⁽²⁹⁾.

Quindi, solo con riferimento a quella delle due che viene ad essere indicata come sottofattispecie soggettiva, si afferma debba ricorrere, in atto e a tutti gli effetti, un'associazione per delinquere di stampo mafioso propriamente intesa⁽³⁰⁾. Ciononostante, questa parte della previsione riesce ad

⁽²⁸⁾ Cfr. sulla annosa questione della c.d. "minaccia mafiosa" in termini più rigorosi e restrittivi, Cass. pen., 1° marzo 2017, n. 14249, *Barbieri*, in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2017, con nota di L. NINNI, *Aggravante del metodo mafioso: la Suprema Corte propone una sintesi degli elementi probatori rilevanti per l'integrazione della circostanza di cui all'art. 7 d.l. 152/1991*.

⁽²⁹⁾ Recentemente sulla famosa 'testata ad Ostia' da parte di Roberto Spada in danno del giornalista Piervincenzi, Cass. pen., 13 novembre 2019, n. 6764, in *sistemapenale.it*, 2020, con nota di D. CARROZZO, *Aggressione di giornalisti da parte di un membro del clan Spada: la Cassazione riconosce l'aggravante del metodo mafioso*.

⁽³⁰⁾ V. sul terreno della prova, oltreché della regola, App. Napoli, 30 novembre 2011, in *www.iussit.com*, 15 dicembre 2011, secondo cui «in tema di estorsione aggravata *ex art.* 7 della l. 203/91, il riferimento generico agli "amici", non accompagnato da nessun elemento specifico che possa far ritenere che con detta locuzione fosse assolutamente evidente e percepibile il riferimento a strutture organizzate di tipo camorristico, non rende univoca e certa la provenienza camorristica della richiesta, con esclusione della predetta circostanza aggravante». Sempre con riferimento alla sottofattispecie "oggettiva", Cass. pen., 29 aprile

essere ancora più incerta nei propri perimetri del già nebuloso “concorso esterno”. Attraverso infatti l’art. 110 c.p. il contributo deve essere in esso effettivo. Qui anche se non è ancora chiaro cosa debba intendersi quale contributo per il *rafforzamento* e il *consolidamento* dell’associazione, quanto meno è evocato il nesso causale che comunque, seppure oggetto di così severa decimazione in ragione dell’impalpabilità dell’effetto che dovrebbe sortire, mantiene alcuni minimali profili di obiettività. Nella sottofattispecie “soggettiva”, ricorre appunto una mera finalizzazione della condotta verso quegli effetti. Dunque siamo al mero proposito criminoso⁽³¹⁾.

Nei reati ambientali vi può essere ampio margine per il ricorso ad un simile meccanismo sanzionatorio, sia nella sua dimensione “oggettiva” sia “soggettiva”. La Suprema Corte, ha già da tempo già affermato che l’aggravante anzidetta, è sempre configurabile anche quando vi sia concorso di reati tra il delitto così aggravato e quello di cui all’art. 416-*bis* c.p.⁽³²⁾. Il Supremo Collegio giunge a tali conclusioni sostenendo che «appare evidente, che le due norme coprono frazioni di condotta del tutto differenti sicché non vi è spazio operativo per l’assorbimento; il delitto di cui all’art. 416-*bis* c.p. è fattispecie per definizione di pericolo mirata a reprimere le condotte di chi si

2013, n. 18745, in *www.neldiritto.it*, secondo cui «La circostanza aggravante prevista dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152, art. 7, convertito in L. 12 luglio 1991, n. 203 [...] è legittimamente desumibile di per sé, sul piano indiziario, dalla appartenenza degli autori del fatto ad un sodalizio di stampo camorristico, salvo che non ricorrano elementi indicativi della riconducibilità degli episodi ad un alveo “intimidatorio” di tutt’altra natura». La S.C. a tale riguardo espressamente richiama come precedente Cass. pen., 30 novembre 2011, n. 47404, in *Ced Cassazione*.

⁽³¹⁾ Cass. pen., Sez. un., 19 dicembre 2019, n. 8545, *Chiocchini*, in *Sistemapenale.it*, con nota di S. FINOCCHIARO, *Le Sezioni unite sulla natura dell’aggravante dell’agevolazione mafiosa e sulla sua estensione ai concorrenti: tra punti fermi e criticità irrisolte*. Nell’occasione la Suprema Corte ha ribadito che l’aggravante “dell’agevolazione” ha natura soggettiva ed è caratterizzata dal dolo intenzionale, tanto che, nel reato concorsuale, essa si applica al concorrente non animato da tale scopo che risulti consapevole dell’altrui finalità.

⁽³²⁾ Cass. pen., 7 aprile 2017, n. 20935, in *Italgire.giustizia.it*. La S.C. ha con tale decisione consolidato un orientamento già in precedenza espresso (v. Cass. pen., 4 marzo 1998, n. 1631), secondo cui l’aggravante di cui all’art. 7 del d.l. 152/1991 è configurabile anche quando il delitto cui accede concorra con quello di cui all’art. 416-*bis* c.p.

associ al fine di commettere una pluralità di delitti fine sfruttando il metodo intimidatorio connesso all'appartenenza ad un gruppo mafioso, sicché, la sua integrazione, è del tutto indipendente dalla effettiva consumazione dei delitti attuativi il predetto programma. L'aggravante di cui al citato art. 7 mira invece alla maggiore repressione penale di quei fatti commessi sfruttando il metodo mafioso ovvero finalizzati ad agevolare l'organizzazione di cui all'art. 416-*bis* c.p. e punisce maggiormente la singola condotta criminosa al momento di consumazione del reato fine. Mentre il 416-*bis* c.p. punisce la condotta di partecipazione al gruppo mafioso prima della consumazione dei singoli delitti fine, l'aggravante citata riguarda la fase esecutiva del programma delittuoso e quindi la successiva, indipendente ed anche eventuale, attività delittuosa dell'associazione portata a termine attraverso la consumazione di uno o più fatti di reato che si assumono di maggiore gravità proprio in quanto realizzativi il generico ed indistinto programma criminale represso *ex art. 416-bis c.p.*».

6. — *La tutela offerta dall'associazione per delinquere comune.*

Lì dove non v'è luogo per identificare i connotati del metodo mafioso, ricorre dunque la possibilità di indagare la configurabilità di un'associazione 'comune' finalizzata ai *delitti* ambientali.

Tradizione vuole che per le associazioni 'comuni', come anche per quelle eversive, sovversive e terroristiche, non valse mai il c.d. «*commencement d'exécution*». La funzione loro assegnata, sin dalla loro prima comparsa nell'ambito degli ordinamenti europei, è intimamente avvinta a una loro presunta funzione di anticipazione della tutela rispetto ai reati comuni o 'politici' commessi dai c.d. 'aggregati umani' in ragione di una sottesa maggiore urgenza di tutela di interessi di speciale rilevanza.

Il momento di perfezionamento dei reati di associazione è stato perciò da sempre oltremodo antergato e questa caratteristica che, sin dal loro primo apparire sulla scena, ha informato di sé tali figure criminose, le condurrà ad una forte frizione, dapprima con i valori liberali figli dell'«epoca dei

lumi” e, di poi, con i principi impressi nella nostra Carta costituzionale⁽³³⁾. Le fattispecie associative sono sopravvissute a tale ‘doppio impatto liberale’, grazie a alla loro asserita capacità di fungere da presidio di interessi di rango primario rispetto a fatti dotati di speciale allarme⁽³⁴⁾. La loro proiezione, e

⁽³³⁾ V. C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. e dir.*, 1967, p. 359; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Cost. it.*, in *Arch. giur.*, 1963, p. 111; C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1094 ss.

⁽³⁴⁾ L'ordine pubblico, quale bene protetto dalle fattispecie associative di cui agli articoli 416 (che prevede la tradizionale Associazione per delinquere) e 416-bis (che contempla la più recente Associazione di tipo mafioso) almeno ‘orientato’ secondo i valori della Costituzione, non può che modellarsi sulla nozione di ordine pubblico *in senso materiale*: ciò che la legge penale è legittimata a prevenire, non è il disordine ideale scaturente dal conflitto tra principi e valori diversi (*ordine pubblico in senso ideale*), bensì il disordine materiale che mette a repentaglio la pace esterna e la sicurezza fisica delle persone. Mentre la dottrina oggi dominante propende per una nozione di ordine pubblico *in senso materiale*, nella giurisprudenza della Corte costituzionale si registra una oscillazione e talora una sovrapposizione tra i due rispettivi modi di intenderlo. V. sul punto, G. CORSO, *Ordine pubblico*, Bologna, 1979, p. 1064 ss. Della nozione di ordine pubblico, invero, la Corte fornisce una specificazione ulteriore, identificata nel c.d. *ordine pubblico costituzionale*: questo ricomprenderebbe l'insieme dei principi fondamentali, che riassumono l'ordine legale di una convivenza sociale ispirata ai valori costituzionali. L'ordine pubblico, così inteso, risulterebbe minacciato dalla semplice esistenza di una associazione stabile avente come programma la commissione di delitti: in questo senso v. Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, p. 189; Corte cost., 8 luglio 1971, n. 168, *ivi*, 1971, p. 1774. Sul concetto di *ordine pubblico materiale* v. C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1084 ss.; Nel senso che la fattispecie tuteli in primo luogo il bene giuridico dell'ordine pubblico materiale si v., *ex plurimis*, A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, p. 89 ss.; L. DE LIGUORI, *L'oggetto giuridico della tutela penale nell'art. 416-bis c.p.: limiti e funzioni*, in *Cass. pen.*, 1990, 1717; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, III, Milano, 2015; A. BARAZZETTA, *Sub art. 416-bis*, in *Comm. Dolcini e Marinucci, Parte speciale*, Milano, 1999, p. 2349; in giurisprudenza per il riferimento specifico all'ordine pubblico come bene tutelato si v., *ex plurimis*, Cass. pen., 16 marzo 2005, n. 21956, *Laraspatà e altri*, in *Ced Cassazione*; il riferimento al bene giuridico dell'ordine pubblico è stato utilizzato dalla giurisprudenza per affermare la possibilità di concorso formale fra i reati di associazione di tipo mafioso e di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti in quanto tutelanti beni giuridici diversi, e cioè rispettivamente l'ordine pubblico messo in pericolo dalle situazioni di assoggettamento e di omertà, e la salute individuale e collettiva, minacciata dalla diffusione dello spaccio di sostanze stupefacenti, con la conseguenza che uno stesso soggetto ben può fare parte della struttura associativa impegnata nel traffico di stupefacenti senza avvalersi del c.d. metodo mafioso; in questo senso Cass. pen., 21 gennaio 2010, n. 17702, in *Ced Cassazione*.

anche il loro palese sbilanciamento, verso la prevenzione, ne ha determinato, e ne determina ancor oggi, una costante frizione con i ‘cardini moderni’ del sistema, quali in particolare quelli di determinatezza, materialità e offensività. L’aggravante dell’art. 452-*octies* c.p. è ispirata ad una valorizzazione della funzione anticipatoria della penale rilevanza del fatto, al fine di garantire una maggior tutela preventiva avverso tutti i fatti associativi finalizzati alla perpetrazione dei delitti introdotti dalla medesima riforma del 2015. Giova pertanto porre al vaglio il reale funzionamento della fattispecie associativa comune al fine di comprendere se essa, anche nella materia ambientale, sia in grado effettivamente di offrire la detta tutela anticipata.

Al fine di legittimare la sopravvivenza della vocazione anticipatoria delle fattispecie associative, la nostra prassi si è espressa attraverso una sequela pressoché infinita di ‘tentativi di precisazione’ dell’ambito operativo delle relative previsioni incriminatrici. L’esito di tali tentativi è però sempre stato oltremodo incerto, anche in ragione del fatto che il giudice continentale, quale giudice della tradizione della *Civil law*, si è dovuto attribuire un potere che naturalmente non gli appartiene⁽³⁵⁾.

La formula dell’art. 416 c.p. costituisce il frutto di un lungo processo di astrazione e generalizzazione («Quando tre o più persone si associano al fine di commettere più delitti»)⁽³⁶⁾. Nell’associazione per delinquere ‘comune’ è addirittura indefinito il *genus* stesso dei delitti scopo, tanto da risultare im-

⁽³⁵⁾ R. RAMPIONI, *Del c.d. concorso esterno. Storia esemplare di un “tradimento” della legalità*, Torino, 2018.

⁽³⁶⁾ V. S. ALEO, *Delitti associativi e criminalità organizzata. i contributi della teoria dell’organizzazione*, *Rassegnapenitenziaria.it*. L’Autore richiama sul punto V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1982, p. 176. Secondo l’A., tra i compilatori del codice Rocco, «“Più delitti” sono anche due soli» ed «anche quando, dato il modo come gli associati concertarono o eseguirono i fatti, si debba applicare la norma sul reato continuato (art. 81 cpv.). Non così allorché un delitto è considerato elemento costitutivo o circostanza aggravante d’altro delitto (reato complesso: art. 84), perché in tal caso la unificazione giuridica corrisponde all’unità di fatto. [...] Per la sussistenza del delitto di associazione a delinquere gli associati devono aver concertato e risoluto di darsi alla perpetrazione di più delitti, in modo da non lasciar dubbio sulla serietà e sulla determinatezza del loro criminoso proposito. Il massimo grado di certezza si ha quando gli associati hanno effettivamente commesso uno o più dei delitti-scopo».

possibile anche un effettivo vaglio sul bene tutelato dalla previsione. Ricorre, dunque, un difetto di identificazione *in astratto* delle fattispecie scopo, in quanto esse sono conoscibili solo *ex post*, a fronte di un programma concreto.

In quest'ottica, secondo l'impostazione tradizionale, proprio la finalizzazione delittuosa indefinita del gruppo si rinsalderebbe con l'idea della configurabilità del fatto tipico ben prima della fase esecutiva di qualsivoglia 'reato scopo', in quanto l'associazione connotata dal mero e, appunto, indefinito, scopo di realizzazione "più delitti", sarebbe di per sé portatrice di un pericolo per la collettività⁽³⁷⁾. Il *quid* che infatti renderebbe autonomo il reato associativo sul piano dell'offesa rispetto al reato scopo, risiederebbe in che il gruppo, orientato indefinitamente al delinquere, sarebbe in grado di colpire beni e interessi facenti capo ad una collettività indeterminata e indistinta di persone e, perciò, sarebbe in grado di generare un allarme di grado superiore e di più ampio spettro. Il gruppo criminale, in quanto entità organizzata per la realizzazione del programma andrebbe perciò fermato prima. Per effetto di questo assetto dogmatico ed ermeneutico, la possibilità di configurare il tentativo in ambito di delitti associativi viene negata dalla prevalente dottrina e giurisprudenza in ragione della caratura già di reato di pericolo della fattispecie associativa.

Da qui anche le ragioni per cui, nonostante la dichiarata anticipazione preventivo-repressiva, il fatto associativo è, oggi anche in ambito ambientale, in grado di concorrere con *la o le fattispecie scopo*, escludendo in radice ogni ricostruzione in termini di progressione criminosa in grado di veder assorbita la prima nelle ultime.

⁽³⁷⁾ Già il F. CARRARA, in *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, in *Enc. giur. it.*, Milano, 1884, p. 1117 s., con riferimento al codice toscano affermava: «Nella figura dell'art. 421 la forza fisica oggettiva del malefizio tutta si estrinseca nel vincolare a noi la volontà di altre due persone le quali hanno stipulato a favor nostro un patto di commettere usurpazioni sulla proprietà altrui; di commetterle in beneficio comune e di parteciparne il lucro con noi. Qui tutto finisce. La forza fisica oggettiva del reato toscano di associazione a delinquere tutta si esaurisce in un effetto morale. [...] È una associazione che vuole essere punita eccezionalmente perché la sua costituzione aggredirà i diritti, possibilmente, di tutti i consociati, e non limitativamente i diritti di alcuni determinati cittadini come nell'accordo ad un delitto determinato».

Nonostante questa apparente coerenza di insieme, la dogmatica dei reati di associazione appare affetta da una contraddizione in termini, che può chiaramente essere colta anche ogni qual volta l'associazione criminale sia 'specializzata' nella commissione di delitti ambientali. La genericità del programma criminoso costituisce infatti, ad un tempo, sia la ragione dell'allarme destato dalle associazioni criminoso sia il *vulnus* più importante alla loro legittimazione sul piano della determinatezza. L'indeterminatezza del programma, pur ove circoscritto alla materia ambientale, inevitabilmente si riflette in termini di *deficit* di determinatezza della fattispecie. Contribuisce certamente ai fini della in-determinatezza della fattispecie aver antergato il momento di perfezionamento delle fattispecie affidandolo a formule quali quella del "per ciò solo". Non a caso, da sempre si dibatte sui criteri di identificazione del momento di penale rilevanza dei fatti di reato in questione, in una ricerca senza posa di un giusto punto di equilibrio tra esigenze di prevenzione e repressione e ossequio al principio della *cogitationis poenam nemo patitur*⁽³⁸⁾.

7. — *Conclusioni. Anticipazione della tutela versus stabilità e permanenza del vincolo.*

Il 'criterio' dell'oggettivo inserimento del singolo nella struttura dell'organizzazione, ha assunto nel tempo sempre più un peso determinante, ben a prescindere da qualsivoglia rito di iniziazione⁽³⁹⁾. In questo contesto, la

⁽³⁸⁾ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2012, p. 474. Sul tema già E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, 3^a ed., Napoli, 1885, p. 304.

⁽³⁹⁾ Il legislatore richiede il «solo fatto di partecipare all'associazione». Ai fini della 'definizione giurisprudenziale' della condotta partecipativa penalmente rilevante si afferma che risponde di partecipazione colui che è organicamente inserito nel tessuto organizzativo di un'associazione con ruolo stabile, e che nel contempo esplica dinamicamente tale ruolo compiendo attività funzionali all'associazione medesima. L'accento posto, per un verso, sull'inquadramento organico e, per altro verso, sull'esigenza che tale inquadramento si proietti in comportamenti concreti esecutivi del ruolo ricoperto all'interno della struttura associativa, serve a dotare il concetto di partecipazione di tangibili coefficienti di corposità (Cass. pen., Sez. un., 12 luglio 2005, *Mannino*, in *Sole24Ore. Ventiquattrore Avvocato*, 2008,

stabilità del vincolo è stata chiamata ad arricchire gli elementi della plurisoggettività e della gerarchia, così informando di sé la distribuzione di ruoli e competenze tra gli associati⁽⁴⁰⁾. Secondo quanto anche recentemente indicato dalla Suprema Corte⁽⁴¹⁾, l'associazione per delinquere, sul piano della struttura, si caratterizzerebbe infatti sulla scorta di tre elementi: *a)* un vincolo associativo tendenzialmente permanente, o comunque stabile, destinato a durare nel tempo rispetto al programma criminoso; *b)* tendenziale indeterminatezza del programma criminoso medesimo; *c)* esistenza di una struttura organizzativa idonea e adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi presi di mira⁽⁴²⁾.

Secondo alcuni autori, sarebbe configurabile un fatto di reato associativo e una conseguente lesione del bene interesse, sia pure in termini di mera concreta messa in pericolo, solo ove sia valorizzato l'aspetto strutturale della *societas sceleris*, e cioè quello di «stabile apparato organizzativo, direttamente funzionale prima ancora che all'attuazione di qualsiasi programma criminoso, alla conservazione e al potenziamento dell'associazione come

3, p. 63. V. anche C. VISCONTI, *Il tormentato cammino del concorso "esterno" nel reato associativo*, in *Foro it.*, 1994, II, c. 565 ss.

⁽⁴⁰⁾ Per la dottrina G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2012, p. 488 ss., per i quali stando ad un orientamento giurisprudenziale abbastanza consolidato, i requisiti che differenziano l'*associazione* dal *concorso* sono (almeno) due: 1) un *vincolo associativo tendenzialmente stabile o permanente* tra tre o più soggetti, cioè destinato a durare anche dopo l'eventuale realizzazione di ciascun delitto programmato; 2) l'*indeterminatezza* del programma criminoso (il concorso di persone nel reato dà vita, invece, ad un vincolo *occasionale* tra più persone circoscritto alla realizzazione di uno o più reati determinati. Così anche Cass. pen., 4 ottobre 1984, in *Riv. pen.*, 1985, p. 576; Cass. pen., 11 giugno 1984, *ibidem*; Cass., 8 luglio 1983, *ivi*, 1984, p. 834.

⁽⁴¹⁾ Cass. pen., 17 aprile 2018, n. 17126, in *www.neldiritto.it*.

⁽⁴²⁾ In sede ermeneutica sul punto è stato affermato che il numero minimo di almeno tre persone può raggiungersi anche per successiva adesione di altri. In tal caso, da un lato il delitto è configurabile soltanto dal momento in cui il vincolo si è esteso al numero minimo di correi; dall'altro, la permanenza del reato cessa dall'istante in cui per qualsiasi ragione (morte, recesso e simili), il numero dei partecipanti all'associazione sia inferiore a quello richiesto dalla legge: Cass. pen., 4 maggio 1987, n. 8958, in *Ced Cassazione*; Cass. 18 dicembre 1970, in *Giust. pen.*, 1972, II, p. 305.

tale»⁽⁴³⁾. È stato altresì affermato che il numero delle persone ed anche la predisposizione di mezzi non siano elementi da soli sufficienti, ai fini della configurazione del delitto di cui all'art. 416 c.p. ove non ricorra in concreto anche la c.d. *affectio societatis*, elemento questo costituito dalla permanente disponibilità di ogni associato ad operare per l'attuazione del comune programma criminoso⁽⁴⁴⁾. Su questa linea di lettura della norma, sarebbe dunque la stabilità dell'apparato, unito alla finalizzazione che vi si abbia impressa, a rendere l'associazione in grado di derogare ai principi cardine del nostro sistema⁽⁴⁵⁾. Si tratterebbe dunque, proprio grazie all'elemento della 'stabile organizzazione', di una *deroga* e non di una vera e propria *violazione* dei suddetti principi.

Il programma criminoso, ove – ai fini della presente indagine – volto alla commissione di una serie indefinita di reati (anche) ambientali, si afferma, non debba esaurirsi alla realizzazione degli eventuali delitti concretamente programmati⁽⁴⁶⁾, in modo da differenziarsi rispetto all'accordo

⁽⁴³⁾ G. DE VERO, *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 94 ss.

⁽⁴⁴⁾ In questi termini si veda Cass. pen., 25 novembre 1995, n.11413, *Montani*, in *Ced Cassazione*.

⁽⁴⁵⁾ G. DE VERO, *Ordine pubblico*, cit., p. 93.

⁽⁴⁶⁾ Sulla indeterminatezza del programma criminoso si consideri *ex multis* Cass. pen., 7 giugno 1988, *Trisolini*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1988; Cass. pen., 14 dicembre 1985, *Muia, in*, p. 1987, per cui «se l'accordo è diretto alla realizzazione di più delitti, tutti specificamente individuati, esula la fattispecie dell'associazione per delinquere e si configura la sola partecipazione criminosa (art. 110 ss. c.p.), mentre se il fatto associativo si propone un programma generico e imprecisato di attività delinquenziali (di cui, quindi, non si fissano in origine gli obiettivi concreti e le specifiche modalità esecutive) sussistono tutti gli elementi costitutivi del delitto di cui all' art. 416 c.p. Il quale, peraltro, così come è svincolato dalla successiva commissione dei delitti, non presenta alcun legame di continuazione con i delitti medesimi e l'uno e gli altri si pongono solo in rapporto di concorso materiale». Pertanto, per la Suprema Corte, l'elemento-chiave è costituito dal "tipo" di programma che i soggetti intendono porre o hanno già posto in essere: nel reato associativo, un programma di carattere generale e indeterminato; nel reato continuato, un programma circoscritto alla realizzazione di reati determinati. Il compito dell'interprete, in tal modo, si ridurrebbe ad un'indagine sulla determinatezza o meno del programma criminoso, unico tratto distintivo tra due fattispecie ritenute logicamente incompatibili. Si veda in dottrina S. DEL CORSO, *I nebulosi confini tra associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 621 ss.

tipico del concorso di persone nel reato⁽⁴⁷⁾. Solo in questo modo sarebbe configurabile un attentato preordinato e sistematico all'ordine pubblico. In linea con questo approccio si è anche affermato che il reato avrebbe quindi natura permanente, protraendosi nel tempo sino allo scioglimento dell'associazione, oppure sino all'arresto dei consociati in numero tale che i soggetti rimasti siano inferiori al numero richiesto dalla legge per la sussistenza dell'associazione punibile⁽⁴⁸⁾. La differenza intercorrente fra la responsabilità per il fatto associativo ed il mero concorso di persone nei delitti di scopo viene per questo ordine di ragioni individuata nella stabilità e permanenza dell'organizzazione criminosa e nella conseguente indeterminatezza del programma criminale⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Con riferimento a Cass. pen., 19 maggio 1988, *Sorrentino*, in *Giust. pen.*, 1989, II, p. 219, nel concorso di persone nel reato continuato l'accordo criminoso avverrebbe in via meramente occasionale e contingente, essendo finalizzato alla realizzazione di una serie determinata di reati, mentre nella similare figura dell'associazione per delinquere, avverrebbe in forma duratura e permanente anche se non necessariamente illimitata nel tempo (essendo finalizzato alla realizzazione di una serie indeterminata di delitti).

⁽⁴⁸⁾ Cass. pen., 27 maggio 1986, n. 1799, *Benigno*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1720.

⁽⁴⁹⁾ Può bene accadere che l'associazione sorga sin dall'origine con un programma delittuoso in parte indeterminato, ma in parte definito nei particolari; e che, quindi, l'accordo costitutivo nasca unitamente alla decisione di commettere uno o più delitti concretamente determinati che rappresenteranno l'avvio dell'attività associativa. Non per questo si potrà escludere l'esistenza del reato associativo, così G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1993. In giurisprudenza, e pluribus, Cass. pen., 24 marzo 1992, n. 3402, in *Ced Cassazione*; Cass. pen., 15 marzo 1999, n. 3340, in *Lex24*. Stando alle due pronunzie richiamate il criterio distintivo tra il delitto di associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato va individuato nel carattere dell'accordo criminoso, che, nella seconda ipotesi, si concretizza in via meramente occasionale ed accidentale, essendo diretto alla commissione di uno o più reati determinati (eventualmente ispirati da un medesimo disegno criminoso, che, tutti, comprenda e preveda), con la realizzazione dei quali si esaurisce l'accordo dei correi; mentre nella prima, l'accordo criminoso risulta diretto all'attuazione di un più vasto programma criminoso, per la commissione di una serie indeterminata di delitti, con la permanenza di un vincolo associativo tra i partecipanti, ciascuno dei quali ha la costante consapevolezza di essere associato all'attuazione del programma criminoso, anche indipendentemente ed al di fuori dell'effettiva commissione dei singoli reati programmati. In tal senso si veda pure Cass. pen., 20 giugno 1995, n. 7063, *Correnti e altri*, in *Ced Cassazione*.

Sull'elemento permanenza si è poi giunti ad affermare che l'art. 416 c.p. configurerebbe un reato permanente, non tanto perché tale dovrebbe essere la sua azione esterna, ma perché permanente sarebbe l'organizzazione ad essa sottostante in grado di assicurare all'associazione un continuo impulso criminogeno che riattiva ulteriori potenzialità delinquenziali⁽⁵⁰⁾. Quando, infatti, più persone che intendano costituire una accolta finalizzata alla commissione di "più delitti", saranno "per ciò solo" punibili? In altre parole, in cosa consiste, stavolta sul piano della prova, il pronome impiegato "ciò"?

Al di là delle ipotesi che comunque presuppongono la presenza dei reati scopo, viene da chiedersi quale sia allora il funzionamento della previsione incriminatrice associativa in carenza di essi.

Si è affermato che, il fatto dell'associarsi sarebbe caratterizzato, da un lato, da una dimensione intellettuale formale dell'accordo fra più persone e, dall'altro, da una proiezione di stabilità nella adesione del singolo all'associazione e al programma di questa⁽⁵¹⁾.

La figura di reato nasce, come abbiamo ricordato, per costituire una tutela anticipata. Se dunque il *discrimen* deve essere rinvenuto nella stabilità del vincolo che avvince le tre o più persone verso la realizzazione di un programma indefinito di più delitti, viene allora da chiedersi come può concepirsi un'anticipazione del momento della rilevanza penale del fatto ai c.d. "atti preparatori". Come può infatti essere apprezzata la stabilità del vincolo associativo se la criminalizzazione interviene già dal momento della mera preparazione? Come può concepirsi, già sul piano concettuale, una stabilità e permanenza del vincolo in una zona operativa, quale quella della mera organizzazione dell'associazione, come tale ben lungi dalla realizzazione dei reati scopo?

Qual è il criterio che indica l'organizzazione concorsuale rispetto all'organizzazione associativa nella fase, appunto meramente preparatoria, lungo la quale dovrebbe realizzarsi la funzione anticipatoria della tutela tipica

⁽⁵⁰⁾ F. M. IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 580.

⁽⁵¹⁾ V. sul punto G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 86 ss.

del delitto associativo? Già sulla scorta di simili premesse, un dubbio sorge spontaneo: come può un tale complesso di peculiarità organizzative essere compatibile con l'idea di una funzione anticipatoria della rilevanza penale del fatto al momento dei meri atti preparatori? Come è possibile concepire un apprezzamento dell'elemento-stabilità se, per definizione, gli atti preparatori si collocano *ab initio*? Come può concepirsi una funzione anticipatoria della tutela a fronte della natura asseritamente permanente del reato? A ben vedere non si tratta solo di una questione di prova (che come tale non sarebbe certamente cosa da poco), ma anche di *regula iuris*⁽⁵²⁾.

Non è un caso, a ben vedere, se, nonostante tutti i buoni propositi di giungere ad una lettura costituzionalmente orientata⁽⁵³⁾, la realtà ermeneutica riproduca sempre un approccio tendenzialmente nichilistico, affermando la sufficienza anche di forme organizzative esili e rudimentali purché idonee a realizzare il programma criminoso⁽⁵⁴⁾. Nella fase applicativa, proprio in quanto le categorie non reggono, fatalmente si scivola sul piano del 'mero programma', scolorendosi l'elemento-organizzazione, come anche quello della gerarchia. Come è facile percepire dagli ultimi arresti giurisprudenziali, nella sede applicativa assistiamo sostanzialmente ad uno svilimento dell'elemento-organizzazione in favore di valutazioni sostanzialmente discrezionali fondate su giudizi di carattere essenzialmente valoriale. Viene

⁽⁵²⁾ Sul punto della penale rilevanza nei termini del tentativo di reato di associazione delle condotte che si compiono prima della costituzione dell'associazione medesima si veda R. ZANNOTTI, *Brevi note in tema di associazione per delinquere e tentativo*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1992. Il delitto si consuma con la costituzione dell'associazione, giacché solo in questo modo si ingenera il pericolo per l'ordine pubblico, indipendentemente dalla perpetrazione dei reati che formano oggetto del programma criminoso della stessa: G. TONA, *I reati associativi e di contiguità*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, III, Torino, 2008, p. 1114; nella manualistica, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2012, p. 477. Ciò posto, il fatto che gli eventuali atti, diretti alla formazione di un'associazione per delinquere, condurrebbero alla punizione del pericolo del pericolo, come tale inammissibile. Nega il tentativo, ma, pericolosamente, affermando la sufficienza del mero accordo: così, *Cass. pen.*, 12 gennaio 1990, n. 130, in *Ced Cassazione*.

⁽⁵³⁾ V. sul punto, A. CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, in S. MOCCIA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Napoli, 2007, p. 402.

⁽⁵⁴⁾ *Cass. pen.*, 3 settembre 2004, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 39.

affermato, infatti, che ai fini della configurabilità di un'associazione per delinquere, il cui programma criminoso preveda un numero indeterminato di delitti contro la pubblica amministrazione finalizzati al controllo illecito dell'assegnazione di appalti e forniture, non è necessaria l'apposita creazione di una organizzazione, sia pure rudimentale, ma è sufficiente una struttura che può anche essere preesistente alla ideazione criminosa e già dedicata a finalità lecite; né è necessario che il vincolo associativo assuma caratteri di stabilità, essendo sufficiente che esso non sia a priori circoscritto alla consumazione di uno o più reati predeterminati, né occorre il notevole protrarsi del rapporto nel tempo⁽⁵⁵⁾. La stabilità del vincolo viene di fatto ad essere fortemente condizionata sulla scorta dell'importanza e del numero dei reati scopo commessi. È così dunque, che anche in ambito ambientale la fattispecie associativa finisce per risultare inoperativa in fase anticipatoria, per invece svolgere una funzione 'ulteriormente sanzionatoria' su reati scopo effettivamente già perpetrati.

Tale dinamica risulta di plastica evidenza anche con riferimento al dialogo che la fattispecie associativa mostra di intrattenere con i reati scopo, quali, nella specie, quella afferente alle «Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti», oggi inserita all'art. 452-*quaterdecies* c.p.

Secondo infatti quanto indicato dalla S.C.⁽⁵⁶⁾: «È configurabile il concorso tra i reati di associazione per delinquere (art. 416 c.p.) e di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (d.lgs. 162 del 2006, art. 260)».⁽⁵⁷⁾ Gli ermellini, riaffermano un orientamento espresso già in precedenza, secondo cui, tra le due fattispecie, non ricorrerebbe un rapporto di specialità in quanto i reati presentano oggettività giuridiche ed elementi costitutivi diversi. Mentre l'associazione per delinquere si caratterizza per un'organizzazione, anche minima, di uomini e mezzi funzionale alla realizzazione di una serie indeterminata di delitti, in modo da turbare l'ordine pubblico, l'attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti attiene all'allestimento di

⁽⁵⁵⁾ Cass. pen., 17 febbraio 2014, n. 7491, in *www.neldiritto.it*.

⁽⁵⁶⁾ Cass. pen., 6 febbraio 2014, n. 5773, in *Tuttoambiente.it*, 2014.

⁽⁵⁷⁾ Cass. pen., 17 maggio 2017, n. 52633, in *ilPenalista.it*.

mezzi e attività continuative e al compimento di più operazioni finalizzate alla gestione abusiva di rifiuti così da esporre a pericolo la pubblica incolumità e la tutela dell'ambiente.

Appare oltremodo delicato, in ragione ancora una volta dei pericolosi automatismi in cui l'interprete può incorrere – segnatamente a fronte di delitti ambientali realizzati nel contesto di società, associazioni, fondazione o altre strutture collettive – riguarda la 'decodificazione' della struttura e della funzione di simili enti, ai fini dell'affermazione della presenza di un reato associativo.

L'elemento organizzazione, unito al ricorre di più delitti ambientali, presenta, soprattutto sul piano della prova, una sua pericolosa capacità nell'essere omologato in termini di organizzazione e programma per la configurazione di una fattispecie associativa. Tale aspetto dell'indagine risulta di particolare rilievo proprio nella materia in esame, in ragione del più facile configurarsi di reati seriali, soprattutto nel contesto di un'attività d'impresa. In tali ambiti, la struttura dell'ente assai agilmente può essere qualificata in sede applicativa ai fini della configurazione del reato associativo, mediante un'assimilazione dell'apparato-persona giuridica all'elemento-organizzazione criminale.

È di tutta evidenza come, per evitare simili gravi e pericolosi automatismi ermeneutici, debba ricercarsi un *quid pluris* rispetto alla semplice presenza della detta pluralità di reati (ambientali), unita alla sola comparsa dell'ente sulla scena. L'utilizzo dei mezzi societari ai fini delittuosi deve comportare una reale strumentalità dell'ente verso la commissione di un numero indefinito di reati, secondo le anzidette regole descrittive dei cardini essenziali del reato di cui all'art. 416 c.p. L'ente, pertanto, non deve essere semplicemente l'*occasione* per la commissione di delitti, ma il loro effettivo *mezzo*.

Una lettura che automaticamente trasponga la gerarchia societaria nella gerarchia della ipotizzata associazione, rischia di recare pericolose presunzioni anche sul fronte della identificazione dell'effettivo organo di comando dell'associazione anzidetta, ove effettivamente sussistente.

A tale riguardo assume speciale utilità l'esperienza maturata proprio nel

settore dei c.d. “reati d’impresa”. Se in tali ultimi ambiti sono stati elaborati i criteri definitivi del ruolo, ad esempio, del c.d. “amministratore di fatto”, così prescindendosi da una lettura formale dei ruoli e dunque delle ‘etichette’ conferite all’interno dell’apparato-persona giuridica, ai presenti fini, la prassi deve dimostrare un’attenzione se possibile ancora superiore, conducendo volta per volta l’indagine su un duplice profilo: il primo, analogamente a quanto già avviene ad esempio nei reati fallimentari, afferente alla identificazione della reale catena di comando; il secondo, peculiare della presente indagine, volto a verificare se questa reale catena di comando, più o meno coincidente con quella ‘formale’, sia effettivamente espressiva di un’organizzazione volta a delinquere.

Dunque, se è vero che anche la materia ambientale vede riflessi in sé le torsioni e le inadeguatezze che da sempre affliggono la tenuta sia dogmatica sia applicativa delle fattispecie delittuose associative, non v’è ragione, anche in tali ambiti, di derogare ai canoni dogmatico-ermeneutici ordinari. Ancora una volta le presunzioni non sono ammesse, proprio in ragione della facile deriva emotiva che i reati ambientali sono in grado di suscitare in simili ambiti di responsabilità.

ANNA BERTI SUMAN^(*)

VOICING CLAIMS TO GOVERNMENTAL ACCOUNTABILITY: THE CASE OF ENVIRONMENTAL CITIZEN SENSING

ABSTRACT: Forms of environmental monitoring ‘from below’, so-called ‘citizen sensing’, are manifesting ways of voicing demands for *a more accountable* environmental risk governance. Potentially, these practices could instil more accountability and transparency in the institutional system, and provide concerned citizens powerful mechanisms for ‘cross-checking’ governmental interventions. This contribution explores the practice under the lens of political sciences, public administration studies, legal doctrine and legislation for illustrating the accountability potential of citizen sensing in theory and in practice. Empirical insights from a number of citizen sensing case studies are also analysed in order to inspect whether and how accountability claims are *actually* voiced by the participating citizens.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Accountability claims. – 2.1. Traditional accountability. – 2.2. Accountability and environmental justice during the Flint Water Crisis. – 2.3. Legal accountability. – 2.4. Social accountability. – 2.5. Case insight - Accountability claims expressed by Safecast and AiREAS participants; parallelisms with Petryna’s reflections. – 3. State obligations resulting from accountability demands. – 3.1. An obligation to transparently provide information. – 3.2. Case insight - State obligations in the Louisiana Bucket Brigade initiative. – 4. Environmental compliance assurance, link to accountability. – 5. Conclusions.

1. — *Introduction.*

As environmental governance scholars note, “demands for accountability continue because accountability procedures *do not respond* to environmental stakeholders expectations (those affected by environmental problems and those that claim to speak for the environment)” [emphasis added]⁽¹⁾.

^(*) European Commission Joint Research Centre (JRC), Italy.

⁽¹⁾ T. KRAMARZ, S. PARK, *Accountability in Global Environmental Governance: A Meaningful Tool for Action?*, in *Global Environmental Politics* 16(2), 2016, p. 5.

Through this research article, I aim at investigating a response to this problem of (perceived) legitimacy and accountability gaps in the governance of environmental risks to public health. I will inquire whether practices of citizen sensing can be (part of) a possible solution to the mentioned accountability and legitimacy gaps in institutional (environmental) risk governance. Furthermore, as risk governance scholars note⁽²⁾, often conflicts over the governance of a risk are determined (also) by the mismatch between the risk perceived by the affected citizens and the risk that is object of institutional governance strategies. Exploring civic responses to alleged risk governance failures have to bear in mind such a ‘perceptual’ dimension of the risk.

The ‘expectations’ here considered are those of communities and individuals that are or feel to be exposed to environmental risks endangering their health. The response to these expectations take the form of a technology-mediated practice, that of ‘citizen sensing’, here understood as a form of grassroots-driven monitoring initiatives aimed at tracking environmental factors (*in alternative or in addition to* official governmental monitoring), making use of Information and Communication Technology (ICT), in general, and, in particular, of sensors. I also regard citizen sensing as ‘a technology, a social phenomenon and a method’ as well as ‘a form of (environmental) rights in action’. Several scholars have already discussed and defined these forms of monitoring surrounding environmental conditions by laymen with the use of some forms of technology⁽³⁾, considered manifestations of the broader ‘citizen science’ phenomenon.

⁽²⁾ M. BOURRIER, C. BIEDER, *Risk Communication for the Future. Towards Smart Risk Governance and Safety Management*, SpringerBriefs in Applied Sciences and Technology, Heidelberg, 2018; O. RENN, A. KLINKE, *Risk Perception and Its Impacts on Risk Governance*, Oxford Research Encyclopedia of Environmental Science, Oxford, 2016.

⁽³⁾ J. GABRYS, H. PRITCHARD, B. BARRATT, *Just good enough data: Figuring data citizenships through air pollution sensing and data stories*, in *Big Data & Society*, 2016, p. 1 ss.; M. HAKLAY, L. FRANCIS, *Participatory GIS and community-based citizen science for environmental justice action*, in J.G. Chakraborty and R. Holifield, *The Routledge Handbook of Environmental Justice*, Abingdon, 2018, p. 297 ss.; A. BERTI SUMAN, *Sensing the risk. In search of the factors contributing to the policy uptake of citizen sensing*, Doctoral Thesis discussed at Tilburg University, Tilburg, 2020b; the main takeaways from the doctoral thesis are available as an accessible booklet, A. BERTI

This contribution advances the idea that citizen sensing, as a manifestation of claims to a more accountable risk governance, could inject in the system an improvement in how transparently environmental risks are managed and communicated to affected citizens by authorities. Namely, I inquire: «How can citizen sensing trigger more accountability and transparency in environmental risk governance?». In answering to this question, this article lays the foundation for an argument supporting the practice from an environmental justice and accountability viewpoint⁽⁴⁾. As a ‘cross-checking’ practice, I defend that citizen sensing can be central for a healthy, functioning system. Arguably, claims for greater accountability in the governance of shared risks have been said to continuously increase⁽⁵⁾. Risk governance – in itself – has been framed as a way to make risk handling more *legitimate and acceptable* by the public⁽⁶⁾.

Nonetheless, the classic models of risk governance – based on risk assessment, management and communication – have often been criticized as obsolete. Renn, Klinke, and van Asselt⁽⁷⁾ note that such models, resulting from an evolution dating back to decades ago, are outdated and insufficient

SUMAN, *Sensing the risk. A case for integrating citizen sensing into risk governance*, Tilburg, 2020d; see also forthcoming A. BERTI SUMAN, *The policy uptake of citizen sensing*, Cheltenham, 2021.

⁽⁴⁾ Participatory or even fully grassroots-driven monitoring especially in relation to environmental risk is here regarded as a manifestation of a right to a safe environment from «a social and environmental justice perspective» (S. AHMED et al., *Participatory mapping and food centred justice in informal settlements in Nairobi, Kenya*, in *GEO: Geography and Environment* 6(1), 2019, p. e00077). These practices can indeed «bring fresh new evidence, which can trigger a social but also judicial debate and ultimately promote the respect of health and environmental human rights» (A. BERTI SUMAN, *Promoting health and environmental rights through participatory noise mapping in the city*, in *The Netherlands Network for Human Rights Research Blog, humanrightshere.com*). In the dedicated section, Section 2, the understanding of accountability for the aims of this research will be illustrated thoroughly.

⁽⁵⁾ T. KRAMARZ, S. PARK, *Accountability in Global Environmental Governance: A Meaningful Tool for Action?*, cit., p. 5.

⁽⁶⁾ R. GELLERT, *Understanding the risk-based approach to data protection: An analysis of the links between law, regulation, and risk*, Doctoral Thesis discussed at the Vrije Universiteit Brussel, Brussels, 2017. Currently in press: ID., *The risk-based approach to data protection*, Oxford, forthcoming, p. 51.

⁽⁷⁾ O. RENN, A. KLINKE, M. VAN ASSELT, *Adaptive and integrative governance on risk and uncertainty*, in *Journal of Risk Research* 15(3), 2011, pp. 231-232.

to cope with the challenges posed by the risks of contemporary society. The classic models seem too narrow, when confronted with the proliferation of non-institutional stakeholders willing and having the capacity to monitor and communicate risks. The dominance of state agencies would miss the emergence of *informal actors* that, regardless the institutional acceptance thereof or desirability, want to play a role on the risk arena.

The ‘reliance on expanded inclusion of stakeholders’ in risk governance⁽⁸⁾ is conceived here not only as a fact that governors have to cope with, but also as an *opportunity* for strengthening the current approaches to risk governance. It is indeed empirically proven that multi-stakeholder governance of risks has the potential to reduce the conflict surrounding a risky situation, to enhance accountability of the system, and to improve the perception of *legitimacy* of the final decision⁽⁹⁾.

This article is primarily situated the research field of the governance of environmental risk and in that of environmental monitoring and reporting. Rather than focusing on mainstream, institutionally or expert-led environmental control, I explore the original angle of when such a monitoring is run not by authorities or professional scientists, but by lay citizens. The research methodology that shaped this research is the following. First, the article begins with unpacking the notion of accountability in a number of sub-dimensions based on theoretical reflections. The methodology for this part is based on analysis of academic and grey literature dealing with the notion of accountability. In this phase, the literature sampling was systematic, involving theory-driven search. In addition, I explored – to the extent relevant for the research question – environmental law from national, international and European Union legislation available on public (online) repositories and archives. The sampling was purposive, adopting a topic-relevance criterion, and the sources have been analysed through a traditional legal review.

The discussion then moves to bringing in insights from an empirical

⁽⁸⁾ *Ibid.*, p. 232.

⁽⁹⁾ T.C. BEIERLE, J. CAYFORD, *Democracy in practice: Public participation in environmental Decisions*, Washington, 2002.

analysis where accountability demands are described as emerged in selected case studies qualitatively analysed. In a dedicated paragraph, the voices of the participants are reported, to convey their interpretation and understanding of the claims theoretically discussed. The empirical data illustrated in the ‘case insights’ derive, in part, from secondary data analysis on selected cases, such as for the Flint Water crisis. These data are represented by case law on environmental matters, especially relevant for citizen sensing initiatives and for the use of citizen-sensed data in accountability-related processes. These data are found in public (online) repositories and archives, and have been selected according to purposive sampling method, adopting a topic-relevance criterion, and analysed through traditional case law review.

Furthermore, data have been extracted from the content analysis performed on the responses collected (in English and Japanese) through the exploratory questionnaire and follow-up interviews conducted with the participants of two citizen sensing cases, the “Safecast” and “AiREAS” initiatives⁽¹⁰⁾. Here, the data are represented by the responses of key informants (primary data) elicited through an (exploratory and targeted) web surveys⁽¹¹⁾ and through in depth follow-up semi-structured interviews. The data sampling for this part is purposive, adopting a topic-relevance criterion. This way collected data have been explored by means of qualitative analysis. These surveys and interviews were performed in the framework of my doctoral research project⁽¹²⁾ and

⁽¹⁰⁾ See safecast.org and aireas.com.

⁽¹¹⁾ An example of the survey is available at tilburglawschool.eu.qualtrics.com.

⁽¹²⁾ Doctoral thesis titled *Sensing the risk. In search of the factors contributing to the policy uptake of citizen sensing*, defended at Tilburg University on May 8, 2020. PhD project hosted by the Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILTS), Tilburg Law School, and supervised by Prof. dr. R.E. Leenes, Prof. dr. J.M. Verschuuren and dr. T. Broer. Members of the doctoral committee: Prof. dr. J. Gabrys; Prof. dr. M.L.P. Groenleer; Prof. dr. H.C.O. Renn; dr. F. Sindico; dr. S. Schade and dr. L.E.M. Taylor. See A. BERTI SUMAN, *Sensing the risk. In search of the factors contributing to the policy uptake of citizen sensing*, Doctoral Thesis discussed at Tilburg University, Tilburg, 2020b; the main takeaways from the doctoral thesis are available as an accessible booklet, A. BERTI SUMAN, *Sensing the risk. A case for integrating citizen sensing into risk governance*, Tilburg, 2020d; see also forthcoming A. BERTI SUMAN, *The policy uptake of citizen sensing*, Cheltenham, 2021.

have been granted ethical clearance⁽¹³⁾.

This unusual ‘participants-based’ approach is chosen to bridge theory and practice by engaging in a ‘dialogue’ with the researched reality. Furthermore, the case insights are a useful tool to analyse citizen sensing in practice. In the conclusion, the answer to the research question is summarized, based on the reflections developed in the preceding sections, and sparks for future research are outlined.

2. — *Accountability claims.*

2.1. – *Traditional accountability.*

The concept of ‘accountability’ is extremely broad. Thus, here only selected sparks for reflection are chosen to the extent that they matter for this work of ‘grounding’ citizen sensing. Overall, it can be noted that numerous authors have stressed the ‘buzzword nature’ of the concept of accountability. Curtin affirmed: «the concept of accountability often appears to be used rather vaguely, [...] filled with good intentions, loosely defined concepts and vague images of good governance»⁽¹⁴⁾. Traditionally, in the public sector, the idea of accountability evokes the fact that, in numerous democratic states, the government is accountable to the parliament⁽¹⁵⁾. This classical form of accountability, which can be named ‘political accountability’, operates within the principal-agent relationship⁽¹⁶⁾. Such a relationship takes place through

⁽¹³⁾ Ethical clearance issued by the Ethical Review Board of Tilburg Law School (ILSERB #2018/01) on June 12, 2018.

⁽¹⁴⁾ D. CURTIN, *Delegation to European Union Non-Majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability*, in D. GERARDIN, R. MUNOZ, N. PETTIT, *Regulation Through Agencies in the European Union: A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, 2005, p. 87.

⁽¹⁵⁾ M. JAATUN, S. PEARSON, F. GITTLER, R. LEENES, M. NIEZEN, *Enhancing accountability in the cloud*, in *International Journal of Information Management*, 2020, p. 3.

⁽¹⁶⁾ M. BOVENS, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, in *European Law Journal* 13(4), 2007, p. 455.

delegation: in parliamentary democracies, voters delegate their sovereignty to elected representatives (the parliament) who, in turn, delegate the majority of their authorities to a cabinet of ministers (the government)⁽¹⁷⁾. The ministers also delegate a number of their powers to civil servants and administrative bodies. The delegated bodies are accountable to the delegating authorities (in the case of the ministers, for example, political account is rendered to parliament).

Bovens argues that «people's representatives render account to the voters at election time. Thus viewed, each of the links in the chain is, in turn, not only principal and agent, but also forum and actor»⁽¹⁸⁾. The subsequent sub-section on legal accountability will dive into the *forum-actor relationship*. However, it is worth stressing here that, increasingly, traditional political accountability based on elections and delegation of powers is becoming insufficient to achieve the necessary 'public oversight' over governments' conducts. Scandals in environmental governance, such as the Monsanto Papers or the Glyphosate Saga⁽¹⁹⁾, have stimulated a debate on the need of more pervasive public control over (environmental) decision-making. Bovens captures this trend by noting that «informal political forums [such as] the media are fast gaining power as informal forums for political accountability»⁽²⁰⁾. Citizen sensing practices may fit within these *informal forums* described by Bovens.

The concept of accountability has been often object of efforts of categorization. Curtin categorizes the concept into three aspects: a 'standard' meaning which entails that those exercising power must be able to show to have properly exercised their power, often referred to as 'political accountability' (the above discussed traditional understanding of accountability); a more 'technical' meaning referring to the set of arrangements securing conformity between the values of a delegating body and those to whom powers are delegated, which would correspond to 'administrative accountability';

⁽¹⁷⁾ *Ibid.*

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*

⁽¹⁹⁾ See *corporateurope.org*; and *orporateurope.org*.

⁽²⁰⁾ M. BOVENS, *Analyzing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, cit., p. 455.

and a more rigorous notion, ‘public accountability’, which evokes «the *open process* of explaining and justifying actions or omissions by public servants or those exercising public authority to an *accountability forum*» [emphasis added]⁽²¹⁾. Especially this latter category is considered here particularly fitting as it suggests an intersection between openness and accountability, where a forum may be represented by a plethora of sensing citizens cross-checking environmental data and demanding an explanation from competent authorities if discrepancies or concerning results are found.

Also in the context of data protection and privacy-related accountability, a number of categorization and definition efforts have been produced. The Paris project (“Accountability Phase II”), building on the Galway Project (“Accountability Phase I”), describes accountability as:

«A demonstrable acknowledgement and assumption of responsibility for having in place appropriate policies and procedures [...]. It is a concept that has governance and ethical dimensions. It envisages an infrastructure that fosters *responsible decision-making*, engenders answerability, enhances *transparency* and considers liability» [emphasis added]⁽²²⁾.

Later on, the A4Cloud Project, going beyond the Galway model, focused on the commitment to norms, the need of explaining and demonstrating compliance to stakeholders and remedying failures. This need to properly explain and demonstrate compliance to stakeholders seems particularly relevant here. The A4Cloud Project defined accountability as «*the state of accepting allocated responsibilities, explaining and demonstrating compliance to stakeholders and remedying any failure to act properly; responsibilities being derived from law, social norms, agreements, organizational values and ethical obligations*» [emphasis added]⁽²³⁾. The link between accountability and

⁽²¹⁾ D. CURTIN, *Delegation to European Union Non-Majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability*, cit., p. 87, quoting M. BOVENS, *Public accountability*, in E. FERLIE, I. LYNNE, C. POLLITT, *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford, 2004.

⁽²²⁾ THE CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP, *Demonstrating and Measuring Accountability: Discussion Document*, Accountability Phase II – The Paris Project, October 2010, p. 2.

⁽²³⁾ M. JAATUN, S. PEARSON, F. GITTLER, R. LEENES, M. NIEZEN, *Enhancing accountability in the cloud*, cit., p. 3.

responsibilities, and the breadth of the source of such obligations are evident in this definition. The interplay of the concept of accountability with compliance will be discussed *infra*. The discussion on the need to properly explain and demonstrate compliance creates a bridge to a more specific understanding of accountability, i.e. that of legal accountability, which will be discussed in the following section.

2.2. – *Accountability and environmental justice during the Flint Water Crisis.*

Demands for a more accountable environmental risk governance, understood in a broad sense, are often associated with claims to environmental justice. An outstanding case of citizen science and sensing voicing desires of environmental justice is that of the Flint water crisis. When the city of Flint, Michigan, changed its municipal water source from Lake Huron to the Flint River, the local citizens were reassured by the authorities on the safety of the new water streams. Yet, soon the residents discovered contaminants in the water, including lead in worrisome concentrations, also thanks to a citizen science project launched by Flint residents, in collaboration with the Virginia “Flint Water Study” team and other actors⁽²⁴⁾. As a result, in January 2016, a Federal Emergency was declared and more than \$600 million were provided in relief funding. Perceiving to be victim of an “environmental injustice”⁽²⁵⁾, the citizen scientists started sharing information and public statements contradicting the public health messaging from scientific authorities, which cause a “general state of science anarchy, [...] distrust and confusion”⁽²⁶⁾.

Scholarship discussing the case uncovers even possible «abuses of citizen science» in the case as the claims of a lack of accountability in the Flint water crisis voiced by the citizen scientists went ‘beyond’ the admissible

⁽²⁴⁾ S. ROY, M. EDWARDS, *Citizen Science During the Flint, Michigan Federal Water Emergency: Ethical Dilemmas and Lessons Learned*, in *Citizen Science: Theory and Practice* 4(1), 2019, p. 1 ss.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, p. 12.

⁽²⁶⁾ *Ibid.*

contestation, for example sharing «non-representative data that created unjustified fear among residents about the safety of water»⁽²⁷⁾. In “Flint Fights Back”, Pauli examines the water crisis and the political activism that it inspired, arguing that Flint’s struggle for safe and affordable water was part of a broader struggle for democracy⁽²⁸⁾. Pauli focuses on the positive side of the citizens’ struggle, framing it as a manifestation of democracy which uncovered the limitations of standard environmental justice frameworks and challenged scientific expertise claiming for *a more accountable and transparent* handling of the risk. The case is relevant as it illustrates the challenges to citizen science and sensing associated with emergencies and disasters involving environmental injustice⁽²⁹⁾.

2.3. – *Legal accountability.*

The concept of legal accountability is differentiated from the ‘traditional accountability’ above discussed and from the concept of social accountability (*infra*) on the basis of the ‘nature of the forum’⁽³⁰⁾. Five different typologies of accountability are distinguished based on this criterion (in italics the categories here relevant): political accountability; *legal accountability*; administrative accountability; professional accountability; and *social accountability*. This section will focus on the legal accountability aspect of citizen sensing.

Bovens⁽³¹⁾ stresses, when discussing the ‘accountability forums’, that – in a number of accountability relations – the forums are not the ‘principals’ of the actors. For example, in the case of legal accountability relations, courts

⁽²⁷⁾ *Ibid.*

⁽²⁸⁾ B. PAULI, *Flint Fights Back. Environmental Justice and Democracy in the Flint Water Crisis*, Cambridge MA, 2019.

⁽²⁹⁾ S. ROY, M. EDWARDS, *Citizen Science During the Flint, Michigan Federal Water Emergency: Ethical Dilemmas and Lessons Learned*, cit., p. 12.

⁽³⁰⁾ M. BOVENS, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, cit., p. 460 («Box 2. Types of Accountability»).

⁽³¹⁾ *Ibid.*, p. 451.

are the forums. The competent courts have the authority to oblige the actor to give account, but on the basis of laws and regulations rather than on a principal-agent relation⁽³²⁾. Such courts can be ‘ordinary’ civil courts, specialised administrative courts, or – in cases of particularly serious administrative deviance – also criminal courts⁽³³⁾. The legal accountability scrutiny is mostly based on specific responsibilities that have been formally or legally conferred upon authorities. This scrutiny is indeed focused on the legality of the actor’s conduct⁽³⁴⁾. Bovens defines it as «the most unambiguous type of accountability, as the legal scrutiny will be based on detailed legal standards, prescribed by civil, penal or administrative statutes, or precedent»⁽³⁵⁾. Environmental standards would qualify as a possible benchmark for this scrutiny. Overall, in the majority of Western democracies, legal accountability mechanisms are crucial for public institutions either for the growing formalisation of social relations or «because of the greater *trust* which is placed in courts than in parliaments» [emphasis added]⁽³⁶⁾.

Before reflecting on citizen sensing as a source of social accountability, it is worth inquiring the consequences of the juxtaposition of citizen sensing and the concept of legal accountability. The investigation is here focused on the rather ‘speculative’ possibility that such non-institutional environmental monitoring efforts ‘find their way’ to courts as legal evidence. The topic is here only outlined briefly and flagged as an aspect deserving further and targeted research⁽³⁷⁾.

⁽³²⁾ *Ibid.*, p. 460.

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 456.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 459.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, p. 456.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 456.

⁽³⁷⁾ Towards this research direction goes the current NWO Rubicon project and the forthcoming Marie Curie Individual Fellowship that dr. Anna Berti Suman launched in summer 2020 at the European Commission Joint Research Centre (JRC), in cooperation with the Milan Arbitration Chamber and Systasis - Research Centre for the Prevention and the Management of Environmental Conflicts, Milan, on the project titled ‘*SENSJUS - Citizen Sensing as a source of evidence in environmental justice litigation and as a tool for environmental mediation*’.

In the U.S. context, researches are ongoing along this line, also thanks to the stimulus that the creation in 2019 of a Law and Policy Working Group⁽³⁸⁾ (based in Washington D.C.) within the Citizen Science Association (CSA)⁽³⁹⁾ has given to the field. One of the remarkable initiatives of the newly formed working group is the launch of a tool⁽⁴⁰⁾ through which the citizen scientists' community can submit questions about relevant laws and policies raised by citizen science projects. These questions will be addressed thanks to the volunteer help of students from the Emmett Environmental Law & Policy Clinic at Harvard Law School. Interestingly, in a webinar organized for the launch of the tool, the coordinators of the initiative stressed that the idea of the creation of such a platform came after witnessing the Wyoming case⁽⁴¹⁾ curtailing citizen science actions through adverse laws⁽⁴²⁾. It is expected that the provision of this tool will stimulate a reflection, both theoretical and applied, on the interplay between citizen science/sensing and the law, also including the court setting and evidentiary rules.

U.S.-based scholars such as Smith⁽⁴³⁾ and Wyeth et al.⁽⁴⁴⁾ postulate that citizen-generated data can be used by agencies even for enforcement purposes as the U.S. legal framework allows it and the sensing citizens are increasing able to provide data *fit* for such purposes. Yet, this doctrine also acknowledges that citizen science groups may struggle to have their data up to the standards for court admissibility. The Wilson Center⁽⁴⁵⁾, a policy forum for

⁽³⁸⁾ See *citizenscience.org*.

⁽³⁹⁾ See *citizenscience.org*.

⁽⁴⁰⁾ See *citizenscience.org*, *citizenscience.member365.com*.

⁽⁴¹⁾ See *outsideonline.com*.

⁽⁴²⁾ See *youtube.com*.

⁽⁴³⁾ B. SMITH, *Agency Liability Stemming from Citizen-Generated Data*, The Wilson Center Policy Memo Series, 3, Washington D.C., 2014: *wilsoncenter.org*.

⁽⁴⁴⁾ G. WYETH, L.C. PADDOCK, A. PARKER, R.L. GLICKSMAN, J. WILLIAMS, *The Impact of Citizen Environmental Science in the United States*, in *The Environmental Law Reporter* 3(49), 2019, p. 10237 ss.

⁽⁴⁵⁾ See *wilsoncenter.org*.

tackling global issues through independent research and open dialogue, in a project led by Kim and Shanley⁽⁴⁶⁾, for example, is investigating the possibility that citizen science data are used in courts. Although the authors acknowledge that, to present, there is no lawsuit that *only relied* on citizen science data (apart, I add, from the recent U.S.-based Formosa case)⁽⁴⁷⁾, they note that a good number of environmental lawsuits were *initiated* by citizen science data. In these lawsuits, the data collected by citizens stimulated a further investigation conducted by government or companies, which then led to enforcement actions. The authors stress the importance of rigorous scientific methodologies and data standards (to be established by federal and state agencies) to ensure court acceptance of the citizen science data.

In a policy brief recently released by the Emmett Environmental Law & Policy Clinic recommendations are provided to the aims of enhancing the impact of citizen science in environmental litigation⁽⁴⁸⁾. By extensive interpretation, also the “Citizen’s Guide to Using Federal Environmental Laws to Secure Environmental Justice” released in 2002 by the U.S. Environmental Law Institute could be applied to the use of citizen sensing for environmental justice action and for claiming rights. The document is a «practical guide for community residents who want to know how the environmental laws can be used to promote environment justice in their communities»⁽⁴⁹⁾. Providing a panorama of opportunities, legal rules, and tools available to the citizens, the guide provides a useful set of resources to potential claimants. A similar guide has been identified in the European Union (EU) context, although with a less wide scope than the U.S. resource, in the «Citizen’s guide

⁽⁴⁶⁾ D. KIM, L. SHANLEY, *The use of Citizen Science to influence decision-making in courts*, The Wilson Center Policy Memo Series, Washington D.C., Forthcoming.

⁽⁴⁷⁾ Conviction of the petrochemical company Formosa Plastics Corporation based almost exclusively on volunteered citizen data, *San Antonio Bay Estuarine Waterkeeper et al. vs. Formosa Plastics Corporation et al.* Case 6:17-cv-00047 Document 155 Filed on 06/27/19.

⁽⁴⁸⁾ EMMETT ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY CLINIC, *Using Citizen Science Evidence in Litigation – DRAFT*, Harvard Law School, 2019.

⁽⁴⁹⁾ ENVIRONMENTAL LAW INSTITUTE, *A Citizen’s Guide to Using Federal Environmental Laws to Secure Environmental Justice*, 2002, in *epa.gov*.

to access to justice in environmental matters»⁽⁵⁰⁾. The guide, summarizing the European Commission's (EC) «Notice on access to justice in environmental matters»⁽⁵¹⁾, explains what members of the public can expect from national judges when bringing legal challenges against decisions, acts or omissions of public authorities of the Member States that affect the environment. However, similarly to the U.S. document, the guide does not mention explicitly citizen science or sensing.

Nonetheless, literature and institutional actors have been reflecting on the potential of citizen science and sensing for demonstrating environmental wrongdoings, even in courts' settings. Scholars also have stressed «the evidence-generation potential of geo-web technologies»⁽⁵²⁾ and their conceivable potential for environmental justice action⁽⁵³⁾. Haklay⁽⁵⁴⁾ timely identifies as source of legitimacy for the use of the practice for environmental justice action in Principle 10 of the Rio Declaration⁽⁵⁵⁾ later enshrined into the three pillars of the Aarhus Convention⁽⁵⁶⁾. Citizen science has also been framed as a «social movement for empowerment, *compliance*, and action» [emphasis added]⁽⁵⁷⁾. From the institutional side, a recent video released by the EU Environment illustrates the promises of using citizen-run technologies to combat environmental crimes⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁰⁾ EUROPEAN COMMISSION, *Citizen's guide to access to justice in environmental matters*, Luxembourg, 2018.

⁽⁵¹⁾ *Commission Notice on access to justice in environmental matters* (18 August 2017), 2017/C 275/01.

⁽⁵²⁾ M. GUTIÉRREZ, *Maputopias: Cartographies of knowledge, communication and action in the big data society - The cases of Ushahidi and InfoAmazonia*, in *GeoJournal*, 2018, p. 1.

⁽⁵³⁾ M. HAKLAY, L. FRANCIS, *Participatory GIS and community-based citizen science for environmental justice action*, cit.

⁽⁵⁴⁾ M. HAKLAY, *Public environmental information: understanding requirements and patterns of likely public use*, in *AREA* 34(1), 2002, p. 17 ss.

⁽⁵⁵⁾ *Rio Declaration on Environment and Development* (12 August 1992), A/CONF.151/26 Vol. I.

⁽⁵⁶⁾ *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters* (25 June 1998), 38 ILM 517.

⁽⁵⁷⁾ See *povesham.wordpress.com*.

⁽⁵⁸⁾ See *youtube.com*.

Berti Suman⁽⁵⁹⁾, explored exactly this avenue. Specifically, she inquired whether unconventional and non-institutional maps (in part from lay people, in part from environmental non-governmental organizations) of the haze pollution phenomenon in Southeast Asia could provide *legally acceptable evidence*. This way such maps would act has an enabling factor for civil society and non-governmental organizations to make governors and companies accountable for the mismanagement or causation of the haze before judicial bodies. Although the case discussed is fairly specific to the Southeast Asian context, the conditions can be similar in some citizen sensing instances. There is a pressing risk to public health, a citizen-led (though not fully grassroots-driven as supported by the international environmental non-governmental organization Greenpeace) monitoring system which challenges the institutional risk tracking approach, and the question is whether and under which conditions this alternative system can provide acceptable court evidence to support citizens' claims. The answering of this question is extremely rooted in domestic procedural laws, whereas most of the citizen sensing initiatives analysed here span across jurisdictions. Consequently, an exhaustive answer cannot be provided here as a case-by-case, jurisdiction-by-jurisdiction analysis should be conducted. Future research on the topic may consider this observation as a starting point for inquiry.

In the impossibility to perform such domestic procedural law review, this sub-section can shed some light on a 'model' attempt to use citizen-sensed data on the Southeast Asian haze in courts (as discussed by Berti Suman)⁽⁶⁰⁾. The 'alternative' mapping of the haze phenomenon in the case at issue could find legitimization in courts as acceptable evidence on the basis of the Transboundary Haze Pollution Act (THPA) of 2014⁽⁶¹⁾, aimed at preventing and punishing the causation of transboundary haze pollution. The THPA

⁽⁵⁹⁾ A. BERTI SUMAN, *Making visible politically masked risks: the haze case of bottom-up data visualization*, in H. KENNEDY, M. ENGBRETSSEN, *Data visualization in society. The relationships between graphs, charts, maps and meanings, feelings, engagement*, Amsterdam, 2020a, p. 425 ss.

⁽⁶⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁶¹⁾ SINGAPORE, *Transboundary Haze Pollution Act*, No. 24 of 2014, published in the *Government Gazette*, Electronic Edition, on 25 September 2014.

recognizes the use of digital maps to enforce justice against haze-causing actors. Specifically, 'Part II - Liability for Transboundary Haze Pollution, Subsection 8 - Presumptions', suggests that such haze presumptions can be based on *satellite information*. Any satellite information applies, thus arguably including *also* unofficial maps. Part II affirms that ownership/occupation of the land shall be presumed on the basis of *maps* which can derive from governmental sources but also from *any prescribed person* through *any prescribed means*. What is here defended is that this very open clause in terms of maps' admissibility would leave room for unconventional haze mapping evidence to be considered valid before courts.

Within the local academic discussion, attention has been devoted to the recent developments on the use in courts of (unconventional) electronic evidence. For example, Low⁽⁶²⁾ discussed Art. 116A of the Singaporean Evidence (Amendment) Bill 2012⁽⁶³⁾, which states that the Minister of Justice may institute regulations aimed to define a *certified process* for generating digital evidence from e.g. tracking tools. Pursuant to this provision, it should be necessary to have the unconventional maps recognized as resulting of a certified process in order to grant them validity in courts. Yet the admission of electronic evidence may be also dependent on the technology involved, and it is acknowledged that unconventional maps' validity could be undermined by alleged measuring bias and inaccuracies⁽⁶⁴⁾.

Timely for the present research, in the Southeast Asian context the need to rely on laypersons-produced maps in court proceedings over the haze problem has become increasingly pressing due to the *reluctance* of institutional stakeholders to release official maps, often supported by the judiciary. For example, in February 2017, the Indonesian Administrative High Court ruled in favour of the Environment and Forestry Ministry, judging as lawful

⁽⁶²⁾ W. LOW, *A Commentary on the Amendments to the Electronic Evidence Provisions in the Singapore Evidence Act*, in *Singapore Law Gazette* 191, 2012, p. 11 ss.

⁽⁶³⁾ SINGAPORE, *The Evidence (Amendment) Bill 2012*, No. 4 of 2012, published in the *Government Gazette*, Electronic Edition, on 16 April 2012.

⁽⁶⁴⁾ D. SENG, S. CHAKRAVARTHI, *Computer Output as Evidence: Final Report*, Singapore Academic of Law, Technology Law Development Group, Singapore, 2003.

the government's decision *not to disclose* forest and concessions maps, denying the request of Greenpeace Indonesia⁽⁶⁵⁾. This ruling was highly criticized by local and international organizations clearly as undermining a governance of the haze risk⁽⁶⁶⁾.

A success has instead been obtained in 2017 by the local environmental organization Walhi which managed to have the Indonesian government condemned for negligence in the management of the 2015 haze crisis⁽⁶⁷⁾. Remarkably, the evidence presented during the trial in part derives from maps compiled by Walhi and local civil society, which suggests that unofficial mapping may eventually succeed in courts⁽⁶⁸⁾. However, as stressed above, it seems that, in order to have data from unofficial mapping/general citizen sensing initiatives recognized as valid evidence in courts, citizen sensing collectives may need to engage in a 'certification procedure' in each jurisdiction where they seek judicial relief. Arguably, this certification procedure, although risking to overturn the grassroots-nature of the initiative, may be a first step for a 'judicial uptake' of citizen-sensed data.

Moreover, once addressed the 'admissibility' issue, another possible obstacle could be how citizen sensing collectives could financially sustain the burden of a lawsuit. A creative way to finance lawsuits is here identified in the 'CrowdJustice' platform⁽⁶⁹⁾, which has often been used to support legal actions aimed at environmental protection. The platform has the goal of fundraising causes in order to allow potential plaintiffs to find the necessary resources to stand in court. The plaintiffs set an 'ideal' target. When the target is met, the platform sends the collected funds directly to the appointed lawyer(s). On the platform, individuals or collectives can share their cause,

⁽⁶⁵⁾ INDONESIA, *State Administrative High Court (PTUN)* [2017]. See *news.mongabay.com* and *thejakartapost.com*.

⁽⁶⁶⁾ H.N. JONG, *Forest cover maps to remain confidential: Court*, in *The Jakarta Post*, 2017 (*thejakartapost.com*).

⁽⁶⁷⁾ INDONESIA, *State Court of Palangkaraya* [2017] Putusan PN PALANGKARAYA Nomor 118/Pdt.G/LH/2016/PN Plk Tahun.

⁽⁶⁸⁾ FRIENDS OF THE EARTH EUROPE, *Up in Smoke*, 2015 (*foeeurope.org*).

⁽⁶⁹⁾ More information at *crowdjustice.com*.

be advised on how to finance it, and mobilise other actors, within and outside their own network.

The acceptance of citizen-sensed evidence in courts could have as possible consequence the obligation for the competent authority to take action based on the citizens' claims, as ruled by a judge. However, whereas the analysis of the policy adoption of citizen-sensed data has been widely explored⁽⁷⁰⁾ the realization of a judicial uptake of citizen sensing is still mostly speculative, apart from some U.S.-based case such as the mentioned Formosa ruling⁽⁷¹⁾. The latter analysis would require an in depth analysis of notions from criminal law, administrative law, civil law, environmental law and legal procedure. This debate – for its relevance, its rapid developments and complexity – calls for a more specific analysis, to be performed in future research⁽⁷²⁾.

2.4. – *Social accountability.*

The 'political accountability' discussed previously has been presented as often insufficient to achieve a proper oversight over (environmental) governance. The category of 'public accountability' seems instead more apt to include in this oversight also informal forums. Such a notion appears linked

⁽⁷⁰⁾ See A. BERTI SUMAN, *Sensing the risk. In search of the factors contributing to the policy uptake of citizen sensing*, cit., Tilburg, 2020b.

⁽⁷¹⁾ In the ruling, Formosa Plastics Corporation was convicted for environmental wrongdoings based almost exclusively on volunteered citizen data, *San Antonio Bay Estuarine Waterkeeper et al. vs. Formosa Plastics Corporation et al.*, Case 6:17-cv-00047, Document 155 Filed on 06/27/19.

⁽⁷²⁾ Towards this research direction goes the current NWO Rubicon project and the forthcoming Marie Curie Individual Fellowship that dr. Anna Berti Suman will start in summer 2020 at the European Commission Joint Research Centre (JRC), in cooperation with the Milan Arbitration Chamber and Systasis - Research Centre for the Prevention and the Management of Environmental Conflicts, Milan, on the project titled '*SENSJUS - Citizen Sensing as a source of evidence in environmental justice litigation and as a tool for environmental mediation*'.

to the concept of social accountability, which is the gaining of awareness by lay people on how environmental issues are and should be governed. I noted that citizen sensing has the potential to create *awareness* in the participating citizens which, through monitoring, become (more) knowledgeable on the environmental conditions of their surroundings. This way, they can better understand phenomena that are often perceived as obscure as information on causation and extent is hardly accessible. By cross-checking, the citizens become more conscious of existing standards of environmental protection, of the actual status of the environment and of possible mismatch between the two. As they become more aware, the ‘accountability forum’ also gets more informed and demanding. Consequently, it can be affirmed that awareness *feeds* accountability and generates a greater accountability demand. This outcome is framed as ‘social accountability’ and is particularly evident in the words of the interviewed citizen sensing participants⁽⁷³⁾.

Social accountability has been framed by Bovens as a manifestation of «more direct and explicit accountability relations between public agencies, on the one hand, and clients, citizens and *civil society*» as a «reaction to a perceived *lack of trust in government* in many Western democracies» [emphasis added]⁽⁷⁴⁾. The idea of the concept of social accountability is that «agencies or individual public managers should feel obliged to account for their performance to the public at large or, at least, to civil interest groups», where collective of sensing citizens could actually be included. Bovens identifies a push in this direction in the institution of public reporting and the establishment of public panels. In addition, timely for this discussion, «the rise of the [I]nternet has given a new dimension to this form of accountability» as a growing number of accountability ‘products’, such as the results of inspections, assessments and benchmarks, are made public on this medium⁽⁷⁵⁾. Yet Bovens poses a relevant question: «to what extent these groups and panels [...] are full ac-

⁽⁷³⁾ See case insight below, but also the case insight above where the AiREAS participants discuss the awareness-generation potential of citizen sensing.

⁽⁷⁴⁾ M. BOVENS, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, cit., p. 457.

⁽⁷⁵⁾ *Ibid.*

countability mechanisms, because the possibility of judgement and sanctioning often are lacking»⁽⁷⁶⁾. In addition, another weakness identified is that not all these accountability relations provide for «clearly demarcated, coherent and authoritative forums that the actor reports to and could debate with»⁽⁷⁷⁾.

Under a social accountability lens, I defend that citizen sensing practices activate *feelings but also actions* in the observing citizens, both those participating and those external to the initiative, which configure forms of ‘accountability through engagement’. The concept of ‘accountability through engagement’ adopted in this research as an outcome of citizen sensing is inspired by the conceptualization of Bovens⁽⁷⁸⁾ and Bovens, Goodin and Schillemans⁽⁷⁹⁾ of public and social accountability; the reflections on the ‘court of public opinion’ in Moore⁽⁸⁰⁾; the work on protest and accountability of Hughes and Mellado⁽⁸¹⁾, on public officers and accountability of Roberts⁽⁸²⁾, and on media and (or ‘as’) social accountability of Bonner⁽⁸³⁾. In addition, it is shaped on the results from early empirical analysis conducted for this research inasmuch as it builds on the discourses that the participants used to refer to accountability generated by citizen sensing (for example, the idea of “making the invisible visible” expressed by a participant from the AiREAS citizen sensing initiative).

Citizen sensing can indeed trigger a change in traditional institutional risk mapping, demonstrating that also civil society actors are capable of

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*

⁽⁷⁷⁾ *Ibid.*

⁽⁷⁸⁾ *Ibid.*

⁽⁷⁹⁾ M. BOVENS, R.E. GOODIN, T. SCHILLEMANS, *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford, 2014.

⁽⁸⁰⁾ M.H. MOORE, *Accountability, legitimacy, and the court of public opinion*, in M. BOVENS, R.E. GOODIN, T. SCHILLEMANS, *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford, 2014, p. 632 ss.

⁽⁸¹⁾ S. HUGHES, C. MELLADO, *Protest and Accountability without the Press: The Press, Politicians, and Civil Society in Chile*, in *The International Journal of Press/Politics* 21(1), 2016, p. 48 ss.

⁽⁸²⁾ N.C. ROBERTS, *Keeping Public Officials Accountable through Dialogue: Resolving the Accountability Paradox*, in *Public Administration Review* 62(6), 2002, p. 658.

⁽⁸³⁾ M.D. BONNER, *Media as social accountability: The case of police violence in Argentina*, in *International Journal of Press/Politics* 14(3), 2009, p. 296.

monitoring risks. The often parallel development of (at least) two or multiple systems, the institutional and the non-institutional, has the potential to stimulate a constructive discourse on the appropriateness of the government's approach to the risk, which again is identified as a manifestation of accountability. The cross-checking potential of these grassroots' tracking efforts, when the main source of information is undermined by a lack of *trust*, could trigger a social accountability outcome in the sense of multiplying the 'eyes' watching over the government. Traditional patterns of environmental governance facilitated by restricted access to strategic information are challenged. Technology under this point of view becomes an opportunity to 'watch over' the actions of the government to promote accountability. Safecast participants' responses described above referred to this act of "looking over government's shoulder", and of providing "an example of openness and objectivity" to the government (which, however, could be contested from a governmental perspective) as a strategy to counter a lack of transparency in institutional risk governance.

At this point, it seems worth questioning why this 'cross-checking' is needed. Numerous authors have stressed the existence of worrisome accountability gaps both at the EU level and in global environmental governance. Respectively, Bovens affirmed that «the EU suffers from serious accountability deficits», associated with a European policy-making that is not «matched by an equally forceful creation of appropriate accountability regimes». ⁽⁸⁴⁾ This accountability gaps which «exist and even grow» compromise «the legitimacy of the European polity» ⁽⁸⁵⁾. Kramarz and Park, discussing global environmental governance, point out an *accountability paradox*: «Processes for holding those governing the global environment to account have grown, while environmental deterioration continues across a range of indicators» ⁽⁸⁶⁾. The authors also note that accountability mechanisms have

⁽⁸⁴⁾ M. BOVENS, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, cit., p. 447.

⁽⁸⁵⁾ *Ibid.*

⁽⁸⁶⁾ T. KRAMARZ, S. PARK., *Accountability in Global Environmental Governance: A Meaningful Tool for Action?*, cit., pp. 1, 4.

been mostly focused on «functional requirements like monitoring and compliance, leading accountability to be viewed as an end in itself», as an «end-of-pipe» concern, somehow missing the real goals and values of the concept of accountability which also include *input* concerns⁽⁸⁷⁾.

As noted in the opening of this article, it is clear that such (only) procedural accountability mechanisms «do not respond to environmental stakeholders' expectations»⁽⁸⁸⁾. What they demand is rather an *input accountability*, rather than an output one, based on a «pluralist approach to accountability»⁽⁸⁹⁾. Input accountability would entail the opportunity to provide input for and shape policy decisions at an early stage, which strongly resonates with the aims of this research. The mere 'output' accountability seems closer to the concept of compliance and compliance assurance. The meaning of environmental compliance and its link to the notion of accountability is discussed *infra*. Kramarz and Park also note «accountability [is] a weak tool for environmental action» when only «conceived as a monitoring, compliance and enforcement device»⁽⁹⁰⁾. Under this point of view, citizen sensing should not only be a tool to cross-check environmental compliance *ex post* but should rather be included as one of the sources of knowledge on which decision-makers will take decisions over the environment. The discussion on a *structural* integration of citizen sensing in the environmental risk governance system, with its challenges and limitations, have been thoroughly discussed in Berti Suman 2020b.

2.5. – *Case insight - Accountability claims expressed by Safecast and AiREAS participants; parallelisms with Petryna's reflections.*

The participants of a number of citizen sensing cases studied also expressed claims to accountability, more or less directly. The two cases dis-

⁽⁸⁷⁾ *Ibid.*, pp. 1, 2.

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*, p. 5.

⁽⁸⁹⁾ *Ibid.*, p. 14.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*, p. 14.

cussed here are the Safecast citizen sensing initiative, a civic monitoring project on radiations launched after the 2011 Fukushima Daiichi disaster, and the AIREAS air quality monitoring project run by concerned citizens in the city of Eindhoven. The accountability outcome resulting from Safecast and AiREAS monitoring activities is identified in a number of survey and interview responses deployed in an exploratory empirical research phase with volunteers and project's founders⁽⁹¹⁾. The responses are here structured around thematic clusters.

Shifting risk governance through civic responsabilization

First, a theme is the theory of change leading to an almost revolutionary transformation in the monitoring of the risk. A participant, for example, affirmed: «Before Safecast it was normal for averages to be published and *without any info on how the data was collected*, now only specifics with details down to the device level are demanded by everyone. The *entire scope of radiation monitoring shifted* because of our efforts». Another theme is the sense of responsibility, also mentioned before, for informing fellow citizens against the attempts of the state to hide information (again, this can be contested from an institutional perspective). One of the Safecast project leaders stated: «I feel we have had several significant impacts [such as demonstrating that] sensational, purposeful *misinformation* can be countered in the Internet Age». However, if one considers cases such as the Flint Case of abuse of citizen-gathered information, this idea of misinformation could be reversed.

Accountability through visibility

Participants also connected their claims to a more accountable governance of the risk with the right to access environmental information. For example, a participant noted: «I believe that *neutral organization* like Safecast can provide *more understandable information than the authorities*»⁽⁹²⁾, also showing

⁽⁹¹⁾ This section of the research has been granted ethical clearance by the *Ethical Review Board of Tilburg Law School* (TLS-ERB #2018/01, issued on June 12, 2018).

⁽⁹²⁾ Translated from Japanese: «誰に対する影響力かにもよりますが、まったく放射線についての知識のない人にとっては、中立の立場にいる pro-data のセーフキャストの情報は、原発の Pros、Cons に関係なく理解しやすいものだと思います。」

a sense of scepticism and fear for misinformation. Although, I argue that no form of monitoring can be considered neutral, it is interesting here to see how the respondent linked (the lack of) neutrality with their demands to a more understandable (and accountable) governance of the nuclear risk. Understanding the real risk that you are facing is considered the first step to then act. This idea of a transparent release of understandable information is also found in the AiREAS case, where the theme of transparency and accountability emerged in a number of responses. A volunteer, for example, claimed that the contribution of AiREAS was of «data processing and visualization targeted [at] *making the invisible visible* and *creating awareness*», which recalls dichotomy emerged in a response from Safecast between authorities hiding information ('the invisible') and the sensing citizens making it visible. Making information visible creates awareness and thus triggers even more accountability.

Spotting actual impact on the handling of the risk

Another theme is that of having a factual accountability outcome in terms of pushing for adoption of concrete decisions, more aligned with the citizens' claim. An interviewee⁽⁹³⁾, for example, said: «I believe we had a *profound impact* on how the government *redrew* the no-go zone in Fukushima» (these are zones interdicted to the public for their radioactive levels). This identified 'policy uptake outcome' demonstrates a trend of oversight and pressure over governmental decisions, which leads to a consequent adjustments thereof. The feeling of having impacted through the initiative on decisions taken by the government makes the respondent believe in an accountability-generation potential of their action.

An emerging sense of distrust

Safecast potential for enhancing accountability emerges also from a number of other responses, which show also another theme, i.e. high distrust

⁽⁹³⁾ Safecast participant responding to the web survey performed during winter 2019 with the initiative's volunteers. An example of the survey is available at tilburglawschool.eu.

towards the competent authorities. For example, a participant noted: «[Safecast has] been a *game changer*, just watching the online map mature and the way all data can be downloaded and used by anyone but still retaining data history had never happened on the same scale before. [...] You only have to look to *what Governments are doing to control data outputs* from institutions to be concerned about data quality[; the government] places embargoes on data release and basically *wants to vet data to make sure it matches their position on the topic*». Another respondent, this time in the targeted survey, noted that «in Japan, *secrecy laws* may interfere with our operations (as these are opaque, not possible to assess their actual risk)». To the question «Would you classify Safecast as citizen-driven (in the sense of being primarily led and shaped by citizens) and if so, why?» a respondent answered: «Most certainly, I can't see any government organizing this type of project, in either the timeframe or budget. It would be over budget and *provide patchy data at best and the minute it told them* (the government) *something they didn't like would get shut down or hidden from view*». Distrust, again, is high. Providing 'patchy data' and 'shutting down' attempts to promote proper information illustrates an un-transparent governmental attitude.

Facilitating access to data as a first step to accountability

The importance of transparency and openness is found in another cluster of responses. An interviewee stated: «I support citizen's collecting data and making that data *accessible and open*». Other respondents pointed out: «[Safecast] made data *more accessible and easily understood*», «data was collected and catalogued for *easy access without impediments*» and «made [...] *more transparent*». Along this line, a participant argued: «Involvement of volunteers for data collection [...] could be of value and *serve as a comparison for government-collected data*». The idea of providing a benchmark to which to compare institutional data recalls the idea of cross-checking, proper of the accountability mechanisms afore-discussed. Also the importance to 'stay independent' to ensure a transparent information was acknowledged by a participant who noted: «There is *no 'official' oversight by any government agency, nor is there any form of censorship*».

The extent to which the initiative contributed to (local) policy-making is also acknowledged in the AiREAS case's responses, as emerges in the answer of an AiREAS participant: «The initiative has generated a *positive impact on the organizational bodies* like the city council and some administrative bodies». However, one of the project's founders offered a different view, pointing out: «I am afraid that there is *insufficient visibility* of our work to those that are the stakeholders». The participant referred to frustration in not seeing the hoped policy uptake of the initiative, mainly due to institutional mechanisms not prone to innovation. Another cluster emerged in AiREAS is the link between the initiative and the stimulus to a more resilient system through cross-checking. A participant mentioned the 'resilience' aspect affirming: «[AiREAS] stimulated me to continue and apply the method also in other priorities for *regional resilience*».

Drawing parallelism with literature

Accountability plays an important role also in a book by Petryna, titled *Life Exposed*⁽⁹⁴⁾, which provides an anthropological account of citizenship claims, and everyday forms of survival after the Chernobyl nuclear disaster. For example, she calls *society* to bear the responsibility for the claimants' health burdens⁽⁹⁵⁾. Only a proper understanding and account of "biomedical truths" can lay the foundations for more preparedness in future responses⁽⁹⁶⁾. Yet the author acknowledges the limits of accountability and notes how interventions often reflect such limits⁽⁹⁷⁾. New tipping points deriving from uncertain environmental phenomena tackled with a "technologies of hubris" approach that focuses on the known «at the expense of the unknown»⁽⁹⁸⁾ make the chances to achieve alternatives to a «technocratic monopoly» even slimmer. Norms do not provide an answer in the

⁽⁹⁴⁾ A. PETRYNA, *Life Exposed: Biological Citizens after Chernobyl*, Princeton, 2013.

⁽⁹⁵⁾ *Ibid.*, p. xxi.

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*, p. xxii.

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*, p. xxii-xiii.

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.*, p. xxvi.

view of the author. The risk then becomes just an individual problem⁽⁹⁹⁾. The «randomness of the law» manifested in «denials of access, exclusions, postponements» is at the source of the author's critique⁽¹⁰⁰⁾. In this article, I stressed the need for an environmental law that reflects people's desires and claims. Remarkably, Petryna mentions freedom of expression and the right to information⁽¹⁰¹⁾ as being at stake in such «technogenic catastrophes»⁽¹⁰²⁾.

Timely to this analysis, Petryna notes that «technological resources [...] can shift the frames of what is considered evidence of the physical impact of the disaster»⁽¹⁰³⁾. Citizen sensing may be seen as a technology that contributes to shift such frames. The author also refers to an «emerging democracy» after the disaster and a stimulus to new forms of civic organizing⁽¹⁰⁴⁾, of which citizen sensing may be seen as a manifestation, but in relation to Fukushima. Still from the field of nuclear radiations, Abe in analysing a form of civic measurement initiative originated in post-Chernobyl Japan, the R-DAN, which boosted after Fukushima, draws links to accountability⁽¹⁰⁵⁾. Abe, quoting Fujita⁽¹⁰⁶⁾, notes that this initiative derived from scepticism about the Japanese government's information transparency and stresses its potential for making the Japanese government *more accountable*.

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*, p. 3.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*, p. 107.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.*, p. 7.

⁽¹⁰²⁾ *Ibid.*, p. 9.

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*, p. 25.

⁽¹⁰⁵⁾ Y. ABE, *Citizen before Science: R-DAN and its monitorial ethic after Chernobyl*, in M. FATHISALOUT-BOLLON, A. BERTI SUMAN, *Legal, social and ethical perspectives on Health & Technology*, Paris, 2020.

⁽¹⁰⁶⁾ Y. FUJITA, *R-DAN undō wa doko ni mukaouto shite irunoka: Ogino shi no biban ni kotaete*, Kagaku, Gijutsu, Ningen, 1987, p. 35.

3. — *State obligations resulting from accountability demands.*

3.1. — *An obligation to transparently provide information.*

If citizen sensing expresses claims to a more accountable environmental risk governance and governing, it is worth exploring here the consequent obligations for the State to respond to such demands for accountability, manifested through grassroots-monitoring practices. The reliance of authorities *also* on citizen sensing can be regarded as opposite to a ‘top-down’ approach, where the designated institutions are the only actors both responsible and entitled to provide environmental data for policy decisions (including policy design, implementation and compliance assurance). Adopting the first approach, governments are both legitimized and obliged to use the data produced by the citizens if such data would allow better, more accountable and transparent protection of the environment.

The accountability demands above discussed, in turn, generate for the State an obligation to transparently provide information to the public on which data inform the decisions affecting human health and the environment and which procedures underpin such decisions, in line with the obligations enshrined in the Aarhus Convention⁽¹⁰⁷⁾. A case is detailed here to illustrate the State’s obligations in connection with citizen sensing practices. The case regards the Louisiana Bucket Brigade, a non-profit environmental health and justice organization based in New Orleans, Louisiana⁽¹⁰⁸⁾, which managed to compel the government to obey to its duties of protection towards the affected citizens. The case has been analysed on the basis of the initiative’s web page. This approach has the clear limitation that the information reported here is solely the initiative’s public account of their actions. Further research could deepen the analysis of the case, through empirical and literature research.

⁽¹⁰⁷⁾ *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters* (25 June 1998) 38 ILM 517.

⁽¹⁰⁸⁾ See *labucketbrigade.org*.

3.2. – *Case insight - State obligations in the Louisiana Bucket Brigade initiative.*

The Louisiana Bucket Brigade was founded in 2000 with the aim to work with communities exposed to air quality issues due to proximity to oil refineries and chemical plants. The organization provided to concerned communities “buckets” (already in the early 1995) that could sample air quality to detect noxious fumes, as a response to the ‘unsatisfactory’ monitoring conducted by government authorities⁽¹⁰⁹⁾. Among the actions of the Brigade, particularly timely for this discussion is the intervention of the community of Mossville, Louisiana, living in the proximity of the industrial facilities of Calcasieu Parish (where vinyl plastic manufacturers, a coal-fired power plant, oil refineries, and chemical production facilities are located).

The residents of Mossville formed a ‘bucket brigade’ and started sampling their air, detecting *violations of Louisiana standards* for vinyl chloride, ethylene dichloride, and benzene. It is reported that «one sample found carcinogenic benzene in excess of 220 times the State’s standard»⁽¹¹⁰⁾. This violation of Mossville residents’ right to a healthy environment, after gaining substantial media attention (the social uptake), was *confirmed* by the Environmental Protection Agency (a first step for the policy uptake). The State took action by fining some facilities and installing new official monitoring devices. This is a clear example of an initiative ‘from below’ that manages to impose compliance ‘from above’.

The Bucket Brigade not only obtained a considerable social uptake, but is also clearly targeted to a legislative and policy change. For example, in November 2017, the group reported that they were «working with General Honoré’s ‘GreenARMY’⁽¹¹¹⁾ on *[their] legislative agenda* for 2018, including *air monitoring legislation and a plan to gather data about women’s health* in communities

⁽¹⁰⁹⁾ See *en.wikipedia.org*.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹¹¹⁾ See *generallhonore.com*.

most impacted by pollution» [emphasis added]⁽¹¹²⁾. A clear link to accountability demands and related State's obligations is also evident in the group's discourses, such as the following statement:

«In October [2017], we joined with 13 environmental, health, and science groups *at the U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in challenging the EPA's* [the U.S. Environmental Protection Agency] *decision to delay implementation* of an important chemical safety rule. Our brief, filed jointly with the United Steelworkers Union, argues that the delay violates federal law» [emphasis added]⁽¹¹³⁾.

Accountability interventions seem to target also the private sector, as detailed by the Brigade in June 2017. The Brigade acted in St. Rose, Louisiana, against a proposal from Shell that would have substantially increased the load of air pollution per year. The group *obtained* from the Louisiana Department of Environmental Quality the permission to hold a *public hearing*, where residents could detail the impacts of the increased pollution. It is reported that, as a consequence, the company cancelled its plans to expand⁽¹¹⁴⁾. Other accomplishments are detailed on the Brigade's platform. In March 2017, for example, the concerned communities won a Clean Air Act citizen suit, forcing the U.S. EPA to «*review the health threats – cancer risks, chronic respiratory, neurological harm – of short term exposure, as well as install better emission control technology*» [emphasis added]⁽¹¹⁵⁾.

In addition, in September 2015, the group succeeded in a five-year long battle to obtain the EPA Refinery Rule that requires air monitoring for carcinogen benzene in communities neighbouring refineries as well as a reduction in refinery pollution. The group celebrates the «tremendous policy accomplishment [...] born from the grassroots» in enthusiastic terms. «We had community representatives in these meetings for the last six years *giving insight into what aspects of the proposed rule would and would not work*», they affirm

⁽¹¹²⁾ See <http://labucketbrigade.org/content/about-us>. Accessed October 12, 2018.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁴⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*

[emphasis added]⁽¹¹⁶⁾. Earlier on, the group obtained the implementation of factual measures from the State. In 2005, they refer to an intervention from the Louisiana Department of Environmental Quality, which *installed air monitoring tools* around the ExxonMobil's Chalmette Refining in response to legislation developed by the Brigade (in partnership with another local organization). Another concrete step was adopted by the EPA Inspector General, which – in response to the Brigade's petition on the lax enforcement of the Louisiana Department of Environmental Quality– *began an investigation* of Louisiana's environmental programs.

The case timely shows which kind of obligations can exist for the State in relation to environmental grassroots-monitoring initiatives. In consideration of the fact that not always the State will be as responsive as in the illustrated case, the need to create an institutional framework facilitating the institutional uptake of citizen sensing initiatives seems pressing (see extensively Berti Suman 2020b).

4. — *Environmental compliance assurance, link to accountability.*

The concept of accountability has been discussed especially with regards to environmental governance. It seems here worth spending few lines on the concept of 'environmental compliance assurance' and on how it differentiates from that of (environmental) accountability. The European Commission (EC) describes environmental compliance assurance as «all the ways in which public authorities promote, monitor and enforce compliance with such rules»⁽¹¹⁷⁾. It is considered part of *environmental governance*. The EC also offers a specific discussion of the main components of the concept of compliance assurance: «[To m]onitor means using inspections and other checks to collect information about levels of compliance and provide solid evidence for enforcement; [...] stopping those who disregard the rules,

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁷⁾ See http://ec.europa.eu/environment/legal/compliance_en.htm. Accessed December 2, 2018.

sanctioning them and obliging them to rectify the damage»⁽¹¹⁸⁾. The EC further specifies, «monitoring covers routine environmental inspections, police investigations and environmental audits by public audit bodies [;] examination of complaints from the public [;] audit recommendations, official warnings, cease-and-desist orders, administrative fines, criminal prosecutions and demands to take remedial action»⁽¹¹⁹⁾.

A number of implementation actions have been adopted by the EC to guide and enhance compliance assurance at the EU level, among which can be quoted the Communication (COM) on ‘European Union (EU) actions to improve environmental compliance and governance’, the Staff Working Document (SWD) providing details of each action, and the Decision establishing the Environmental Compliance and Governance Forum⁽¹²⁰⁾. A very ‘down-to-the-citizen’ mechanism is the opportunity given to each EU citizen to directly file a complaint against a breach of EU law by a Member State on a dedicated platform⁽¹²¹⁾. If a breach is found, an infringement procedure against the Member State may be initiated. This seems a trigger for Member States to take EU law seriously and an ‘easy’ avenue for compliance assurance. I will investigate whether citizen sensing can also contribute to environmental compliance assurance, as emerging from the EC study⁽¹²²⁾.

What seems important to stress here is the difference between the concepts of compliance assurance and of accountability. Compliance assurance is a more ‘legal’ terms, whereas accountability seems belonging more

⁽¹¹⁸⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*

⁽¹²⁰⁾ EC COM(2018)10 final on ‘EU actions to improve environmental compliance and governance’, preceded by the EC SWD(2018)10 which provides details of each action; Decision C(2018)10, establishing the Environmental Compliance and Governance Forum.

⁽¹²¹⁾ See *ec.europa.eu*.

⁽¹²²⁾ BIO INNOVATION SERVICE, *Citizen science for environmental policy: development of an EU-wide inventory and analysis of selected practices*, Final report for the European Commission, DG Environment under the contract 070203/2017/768879/ETU/ENV.A.3, in collaboration with Fundacion Ibercivis and The Natural History Museum, 2018.

to political science. Whereas compliance assurance entails *ensuring* and *monitoring* that norms are respected, accountability seems going beyond complying, but also *explaining* to the public or to dedicated accountability forums how compliance was performed or the reasons for non-compliance, if that is the case. Environmental monitoring at the EU level seems very much linked to compliance, whereas accountability discourses seem more used in the public debate over environmental governance.

Compliance assurance acts mostly through set mechanisms: whenever there is non-compliance with the norms, they can be *enforced in official courts*; states have to ensure that (EU) standards are met and if this is not the case they can be brought to court, which in general will ask the authority to comply if a reasonable justification for non-compliance is not provided. Accountability mechanisms seem instead including a broader plethora of *formal and informal courts* (thus including the ‘court of public opinion’) which can intersect the legal domain (e.g. legal accountability) or depart from it (e.g. social accountability). In cases where the public ‘resists’ existing norms, compliance assurance may be deprived of its meaning in the eyes of the citizens as it focuses on compliance with existing norms. Differently, accountability goes beyond existing norms. Consequently, if norms are not (sufficiently) in place, only accountability can operate, and not compliance assurance. In addition, policy-makers only focused on complying with existing environmental legislation may still incur in public dissatisfaction if the people do not feel represented by existing norms.

Achieving the accountability goal could mean drawing *new rules* that better reflect civic aspirations. In this sense, accountability would encompass compliance but going *beyond* it to also include overarching rights and normative considerations. Whereas environmental compliance assurance mechanisms are constantly resorted to by competent authorities, legal accountability avenues through court scrutiny are a very limited percentage of environmental legislation uses. Thus, it can be concluded that, at present, the possible compliance assurance outcome of citizen sensing is definitely more developed than its (legal) accountability potential.

5. — *Conclusions.*

As a final reflection, I wish to note that – throughout this article – I showed what Gabrys argued, i.e. that when «citizens take up environmental monitoring as a way to address [a] perceived absence of care, and to evidence harm», they ultimately «express[...] care about environments, communities and individual and public health»⁽¹²³⁾. Citizen sensing practices can indeed «make relevant [...] unrecognised and overlooked considerations of the need for care»⁽¹²⁴⁾, which – in other words – can be seen as claims to accountability in environmental governance and government.

The present article sought to answer the question «How can citizen sensing trigger more accountability and transparency in environmental risk governance?». From an environmental justice and accountability theoretical angle, and bringing in empirical data on accountability claims ‘in practice’, this contribution demonstrated that citizen sensing is essentially a ‘cross-checking’ practice that can instil (more) transparency and accountability in the system. I illustrated how the dimensions of accountability at stake span from social to legal accountability outcomes, including also a narrower compliance assurance outcome. In being a trigger for accountability, I affirmed that citizen sensing could be central for a healthy, functioning system, responding to growing claims for more accountability in environmental risk handling⁽¹²⁵⁾.

At instances, such as in the case of the Flint Water crisis, these claims are associated with higher demands of *environmental justice*. From a legal standpoint, the mechanisms to ensure environmental quality are mostly framed as *compliance assurance*, to which citizen sensing seems apt to contribute as well. This potential of citizen science (and sensing) to support institutional enforcement mechanisms has been recognized by the European Commission, as discussed in the article.

⁽¹²³⁾ J. GABRYS, *Citizen sensing, air pollution and fracking: From ‘caring about your air’ to speculative practices of evidencing harm*, in *The Sociological Review* 65(2_suppl), 2017, p. 172.

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*

⁽¹²⁵⁾ T. KRAMARZ, S. PARK., *Accountability in Global Environmental Governance: A Meaningful Tool for Action?*, cit., p. 5.

The main ‘take-away’ message from this article thus is that citizen sensing manifests specific accountability claims. This accountability outcome is identified both under a social accountability and under a legal accountability perspective. Citizen sensing volunteers from Safecast and AiREAS voice these demands in their discourses and believe that, by providing to fellow citizens an alternative source of environmental information, they can stimulate more transparency and accountability in governing environmental matters. Citizen sensing is framed by the sensing citizens themselves as a way to claim a more accountable environmental governance, although participants often do not use the specific legal terminology. Further research should explore the legal accountability potential of citizen sensing, focusing specifically on the acceptance of citizen-sensed data in environmental litigation as an innovative source of evidence⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁶⁾ Towards this research direction goes the current *NWO Rubicon project* and the forthcoming *Marie Curie Individual Fellowship* that dr. Anna Berti Suman will start in summer 2020 at the European Commission Joint Research Centre (JRC), in cooperation with the Milan Arbitration Chamber and Systasis - Research Centre for the Prevention and the Management of Environmental Conflicts, Milan, on the project titled ‘*SENSJUS - Citizen Sensing as a source of evidence in environmental justice litigation and as a tool for environmental mediation*’.

SABRINA BRIZIOLI^(*)

GLI ATTORI DEL SISTEMA DI ACCESS AND BENEFIT-SHARING: CRITICITÀ E PROSPETTIVE A DIECI ANNI DALL'ADOZIONE DEL PROTOCOLLO DI NAGOYA

ABSTRACT: Ten years have passed since the adoption of the Nagoya Protocol and many studies have been conducted to analyze the progress made in achieving the third objective of the Convention on Biological Diversity, namely the fair and equitable sharing of the benefit arising out of the utilization of genetic resources. Despite this, little attention has been put on the interplay of the actors involved (and the way their interests are balanced) in the Access and Benefit-sharing mechanism. This paper investigates the *status* of the provider State, the prerogatives of the so called «intermediate State» and the role of *users*. It also focuses on the emerging participation of non-state actors at national level and the involvement of indigenous people and local communities through biocultural protocols. The author underlines the main difficulties in exchanging genetic resources among such a large number of actors and deals with those situations not completely taken into account by the Nagoya Protocol to scrutinize how they impact relevant principles such as State sovereignty over genetic resources, international equity, prior consent and fair benefit-sharing.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Gli attori del meccanismo di *Access and Benefit-sharing*. – 2. Lo Stato *provider*. – 3. Lo Stato intermediario. – 3.1. Possibile rilievo degli art. 10 e 24 del Protocollo di Nagoya. – 4. I *providers* non statali. – 4.1. Comunità locali e popoli indigeni, protocolli e diritti bioculturali. – 4.2. Formazione e funzione dei protocolli di comunità. – 4.3. Prassi rilevante. – 5. Gli utilizzatori delle risorse genetiche. – 6. Conclusioni.

1. — *Introduzione. Gli attori del sistema di Access and Benefit-sharing.*

A quasi trent'anni dalla Convenzione sulla diversità biologica di Rio⁽¹⁾, e

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ La Convenzione sulla diversità biologica (di seguito Convenzione di Rio), entrata in vigore il 29 dicembre del 1993, rappresenta la convenzione a portata universale che sancisce principi e definisce obblighi generali per contrastare la perdita di biodiversità. Convention

a dieci dell'adozione del Protocollo di Nagoya⁽²⁾, sono proliferati studi volti a verificare l'implementazione del meccanismo di scambio delle risorse genetiche⁽³⁾, l'impatto sugli statuti proprietari nazionali⁽⁴⁾ e ne è stata analizzata l'operatività a fronte delle sfide poste dalle nuove tecnologie informatiche e scienze biotecnologiche⁽⁵⁾. Il Protocollo di Nagoya, nel dare attuazione al terzo obiettivo della Convenzione di Rio in tema di equità degli scambi aventi ad oggetto le risorse genetiche, si occupa del momento dell'accesso alle medesime che può realizzarsi ove le stesse si trovino in condizioni natu-

on Biological Diversity, Rio de Janeiro, 5 giugno 1992, 1760 UNTS 79. Essa è uno degli strumenti internazionali più ratificati, con 196 Stati Parti, e doveva fungere da *umbrella convention*, operando una sintesi dei molteplici accordi di tutela della biodiversità già in vigore tra gli Stati.

⁽²⁾ Il Protocollo sull'accesso alle risorse genetiche e la giusta ed equa condivisione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione (di seguito indicato come Protocollo di Nagoya) è stato adottato a Nagoya all'esito di un negoziato iniziato nel dicembre 2003 e concluso nel 2010, *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity*, 29 ottobre 2010, Nagoya, 30619 UNTS 3009. Il suo obiettivo è quello di dare concreta attuazione al terzo obiettivo della Convenzione di Rio in tema di equa condivisione delle risorse genetiche disciplinando a tal fine un sistema di *Access and Benefit-sharing*.

⁽³⁾ Tra i vari contributi M. BUCK, C. HAMILTON, *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising From their Utilization to the Convention on Biological Diversity*, in *RECIEL*, 2011, p. 47 ss.; E. MORGERA, E. TSIOMANI, M. BUCK (a cura di), *Unraveling the Nagoya Protocol. A Commentary on the Nagoya Protocol Access and Benefit-Sharing to the Convention on Biological Diversity*, Brill, Leiden/Boston, 2014; R. PAVONI, D. PISELLI, *Access to Genetic Resources and Benefit-sharing*, in J. RAZZAQUE, E. MORGERA, (a cura di) *Biodiversity and Nature Protection Law*, Elgar Encyclopedia of Environmental Law Series, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2017, pp. 237-250.

Nella Convenzione di Rio, le risorse genetiche rappresentano una componente del capitale naturale menzionato nel Preambolo e all'art 2 sono definite come «il materiale genetico di valore attuale o potenziale». Esse rappresentano un sottoinsieme di quelle biologiche e si caratterizzano per le unità funzionali alla trasmissibilità dell'espressione genetica.

⁽⁴⁾ Si veda J.C. MEDAGLIA, *Acceso a los Recursos Genéticos y el Papel de los Derechos de Propiedad Intelectual*, in *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2000, p. 51 ss. Disponibile in *revistas.ucr.ac.cr*.

⁽⁵⁾ Si veda F. RABITZ, *The Global Governance of Genetic Resources*, cit., p. 101 ss.; M.E. WATANABE, *The Nagoya Protocol: Big Steps, New Problems*, in *BioScience*, 2017, p. 400; S. LAIRD, R. WYNBERG, M. ROURKE, F. HUMPHRIES, M.R. MULLER, C. LAWSON, *Rethink the Expansion of Access and Benefit Sharing*, in *Science*, 2020, p. 1200 ss.

rali ovvero là dove sono conservate, con la conseguenza che diversi sono i soggetti che entrano in gioco nelle transazioni. Tale aspetto è fondamentale per la disponibilità del materiale genetico e per questo è importante analizzare cosa disciplinino la Convenzione di Rio e il Protocollo di Nagoya e come ciò sia oggetto di prassi da parte degli Stati.

Nell'intreccio degli elementi per l'accesso, un nodo gordiano⁽⁶⁾ che influenza l'operatività del regime internazionale di *Access and Benefit-sharing*⁽⁷⁾, vi è la complessità delle relazioni tra chi scambia il materiale genetico e la necessità di bilanciamento di interessi contrapposti: da un lato quello a vedersi riconosciuta l'equa condivisione dei benefici derivanti dall'utilizzazione del materiale genetico oggetto della sovranità statale e, dall'altra, la libera utilizzazione e lo sfruttamento economico delle risorse. Nel presente studio, l'analisi riguarderà gli attori del sistema di *Access and Benefit-sharing*, cioè coloro che intervengono nei momenti dell'acquisizione, utilizzazione e condivisione dei benefici.

È importante sottolineare come, per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti coinvolti, le disposizioni del Protocollo di Nagoya devono essere analizzate congiuntamente a quelle della Convenzione di Rio poiché in effetti esso ingloba molte molteplici definizioni di quest'ultima. Si tratta, ad esempio, delle nozioni di "biodiversity", "biological resources", "biotechnol-

⁽⁶⁾ In tal senso, R.F. PATERNOSTRE, *The Nagoya Protocol: A Legally Sound Framework For An Effective Regime*, Thesis for Master's Degree, Utrecht University, 2011, p. 10 ss., disponibile in dspace.library.uu.nl.

⁽⁷⁾ Si veda M.W. TVEDT, O. RUKUNDO, *Functionality of an ABS Protocol*, in *FNI Report 9/2010*, Fridtjof Nansen Institute, 2010, p. 2 ss.; Tvedt, *Functionality of the Nagoya ABS Protocol With View to AnGR and a Side-Look to Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, in *International Technical Expert Workshop AnGR – ABS*, 2010 disponibile in cgn.websites.wur.nl; R. MULLER, *Access to Genetic Resources and Benefit Sharing 25 Years on: Progress and Challenges*, in *Issue Paper no. 44*, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2018, consultabile in ictsd.org/sites/default/files/research, p. 14 ss.; J.C. MEDAGLIA, *Implementation of Access and Benefit Sharing and the Nagoya Protocol in Latin America and the Caribbean: Current Situation, Legislative and Political Challenges 3 Years after its Enter into Force*, in *Report for the Centre for International Sustainable Development Law*, 2018, disponibile in formato digitale in cisdl.org/wp-content/uploads; A. HASENCLEVER, P. MAYER, V. RITTBERGER, *Integrating Theories of International Regimes*, in *Review of International Studies*, 2000, p. 3 ss.

ogy”, “country of origin”, “country providing genetic resources”, “genetic resources”, “*in-situ* conditions”, “sustainable use”, “technology”⁽⁸⁾.

In questo studio, il *focus* sugli attori del meccanismo di *Access and Benefit-sharing* prende avvio dall’analisi dei soggetti che mettono a disposizione le risorse genetiche. Nei paragrafi che seguono sono in primo luogo descritti il ruolo e poteri dello Stato *provider* (§ 1) e dello Stato intermediario (§ 2). Ne deriverà il tentativo di capire come le problematiche dell’accesso nei casi delineati siano state risolte dalla Conferenza delle Parti alla Convenzione di Rio (nel prosieguo indicata con l’acronimo COP⁽⁹⁾) e dalla prassi degli Stati.

Di seguito, particolare rilievo è riservato all’ampliamento del novero degli attori che intervengono nel sistema di *Access and Benefit-sharing* a livello statale poiché, in effetti, atti legislativi e regolamentari hanno nel tempo ricompreso nuovi soggetti tra i titolari di diritti e doveri connessi all’accesso e alla condivisione dei benefici delle risorse genetiche ampliando, di fatto, la cerchia di coloro che partecipano al meccanismo di scambio (§§ 3-4).

In considerazione delle emergenti istanze di coinvolgimento nei processi decisionali in materia ambientale, e avendo riguardo ad una nuova categoria di diritti umani collettivi (i cosiddetti diritti bio-culturali)⁽¹⁰⁾, sarà posta attenzione alla partecipazione dei popoli indigeni e delle comunità locali al momento dell’accesso, con una più peculiare analisi dei bioprotocolli, il cui riconoscimento e funzione sono sinteticamente declinati nel Protocollo di Nagoya (§§ 4.1.-4.2.).

Da ultimo, sono individuati i soggetti utilizzatori delle risorse genetiche, con particolare specificazione delle attività di «utilizzazione» del materiale genetico di cui hanno conseguito la disponibilità (§ 5).

⁽⁸⁾ Cfr. E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK (a cura di), *Unraveling the Nagoya Protocol. A Commentary on the Nagoya Protocol Access and Benefit-Sharing to the Convention on Biological Diversity*, cit., p. 61 ss.

⁽⁹⁾ La COP è istituita ai sensi dell’art. 43 della Convenzione di Rio ed ha il compito di garantire l’aggiornamento e l’attuazione della Convenzione di Rio mediante decisioni che sono adottate nel corso di periodiche riunioni.

⁽¹⁰⁾ G. SAJEVA, *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 115 ss.

In conclusione, l'Autrice intende dimostrare come l'individuazione dei soggetti coinvolti nelle transazioni aventi ad oggetto le componenti biogenetiche sia essenziale alla comprensione dell'effettivo funzionamento del regime internazionale di *Access and Benefit-sharing*, e consente una concreta valutazione degli interessi in gioco e del loro bilanciamento. Infatti, alla luce delle relazioni tra gli attori del meccanismo di *Access and Benefit-sharing* è possibile indagare prerogative quali l'esercizio della sovranità statale realizzato attraverso la manifestazione del previo consenso informato all'accesso alle risorse genetiche, il principio di equità internazionale connesso alla condivisione dei benefici, la libertà di sfruttamento economico del materiale genetico e l'emersione di nuovi diritti ambientali connessi alla tutela e conservazione della diversità biologica.

2. — *Lo Stato provider.*

Sebbene la Convenzione di Rio abbia cristallizzato il principio di sovranità statale sulle risorse genetiche⁽¹¹⁾ resta ancora complesso stabilire chi possa legittimamente disporre delle medesime attraverso la manifestazione del consenso al momento dell'accesso oppure intervenendo nello scambio.

Generalmente il trasferimento delle risorse genetiche coinvolge da un lato lo Stato *provider*, cioè «lo Stato fornitore» del campione biologico, e dall'altro lato «chi ne sfrutta il materiale genetico»⁽¹²⁾. Nella Convenzione di

⁽¹¹⁾ Come rilevato da Vezzani, nel panorama internazionale lo statuto giuridico delle risorse genetiche ha assunto nel tempo le sembianze di un movimento pendolare, tra libertà e principio di sovranità. La Convenzione di Rio ha posto fine ad un lungo processo di definizione dello *status* giuridico delle medesime estendendo alle risorse genetiche il principio di sovranità permanente previsto per le risorse naturali. Cfr. S. VEZZANI, *Normative brevettuali e accesso alle risorse biologiche e genetiche: ripartizione giusta ed equa dei vantaggi o "biorazzia"?*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario. Questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, Torino, 2006, p. 263 ss.

⁽¹²⁾ La posizione di parte nelle transazioni delle risorse genetiche non è predefinita e nel corso della Conferenza delle Parti tenutasi a Kuala Lumpur del 2004, è stato specificato infatti come «Parties [...] may also be both users and providers». Le stesse Linee Guida di

Rio, l'art. 15 impiega una formulazione non immediatamente intellegibile per individuare lo Stato *provider*. Al § 3 dell'articolo in esame si specifica che: «[f]or the purpose of this Convention, the genetic resources being provided by a Contracting Party, [...], are only those that are *provided* by Contracting Parties that are *countries of origin* of such resources or by *the Parties that have acquired the genetic resources in accordance with this Convention*»⁽¹³⁾.

La medesima scelta è operata dal Protocollo di Nagoya in base al quale: «Party providing [genetic resources] is the *country of origin* of such resources or a *Party that has acquired the genetic resources in accordance with the Conventions*»⁽¹⁴⁾.

Per comprendere, tuttavia, chi sia concretamente lo Stato *provider*, è opportuno esaminare l'intero impianto definitorio di cui all'art. 2 della Convenzione di Rio che individua due tipologie di Stati che mettono a disposizione il materiale genetico: il “country of origin” e il “country providing genetic resources”. Rientra nella prima definizione, e può dirsi Stato d'origine delle risorse genetiche, quello che possiede le medesime *in-situ*⁽¹⁵⁾, cioè in quelle condizioni in cui il materiale genetico esiste ed è presente naturalmente negli ecosistemi e negli *habitat* naturali sul territorio dello Stato⁽¹⁶⁾. Nel caso di specie addomesticate o coltivate, definite dalla Convenzione di Rio come «species in which the evolutionary process has been influenced by human to meet their need»⁽¹⁷⁾, la condizione *in-situ* è quella del luogo in cui le risorse genetiche hanno sviluppato loro proprietà distintive⁽¹⁸⁾. Ad esempio, il mais originario delle altitudini del Messico ha sviluppato proprietà distintive nelle vallate andine e nei litorali del Pacifico, per poi insediarsi, essere selezionato e coltivato dalle

Bonn hanno evidenziato che «Parties and stakeholders may be both users and providers». Si veda anche la decisione della CBD COP 7, 13 aprile 2004, Kuala Lumpur, Decision VII/21, *Access and Benefit-Sharing as Related to Genetic Resources* (Article 15), UN. Doc. UNEP/CBD/COP/7/21.

⁽¹³⁾ Cfr. Convenzione di Rio, art. 15, § 3 (corsivo aggiunto).

⁽¹⁴⁾ Cfr. Protocollo di Nagoya, art. 6, § 1 (corsivo aggiunto).

⁽¹⁵⁾ Convenzione di Rio, art. 2, § 4.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, art. 2, § 12.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, art. 2, § 6.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, art. 2, § 12, ultimo inciso.

popolazioni migratorie di agricoltori nel sud-ovest degli Stati Uniti e, quindi, nelle regioni nord-orientali e centro-settentrionali degli Stati Uniti⁽¹⁹⁾.

È lecito chiedersi se le distinzioni introdotte fra il Paese d'origine e quello in cui è presente la risorsa che ha manifestato proprietà distintive⁽²⁰⁾, abbia delle conseguenze al fine di stabilire chi possa disporre della risorse genetica in qualità di Stato *provider*. L'interpretazione letterale e sistematica della Convenzione orienta verso una risposta di segno negativo. Infatti, la differenziazione che emerge a proposito della condizione *in-situ* non è presente nella definizione di Stato di origine che serve ad individuare il *provider*. In altri termini, ai sensi della Convenzione di Rio, il termine *country of origin* ricomprende sia il Paese di origine inteso come centro vaviloviano di origine del materiale genetico⁽²¹⁾, sia lo Stato entro il cui territorio si sono sviluppate le proprietà distintive della risorsa genetica⁽²²⁾. Ne deriva che, in questo secondo caso, lo Stato entro il cui territorio la risorsa genetica acquisisce caratteri peculiari è Stato di origine e, per l'effetto, Stato *provider* legittimato a manifestare il previo consenso informato all'accesso alle risorse genetiche e, in definitiva, conseguire i vantaggi economici dalle successive cessioni delle risorse genetiche. Dunque, nell'esempio sopra riportato, la qualifica di Stato *provider* da cui discendono le relative prerogative in termini di accesso,

⁽¹⁹⁾ Cfr. S. MEONI, *Le origini del mais*, in *Rivista di storia dell'agricoltura*, 1974, p. 45 ss. Per un approfondimento si vedano J.R. HARLAN, *Agricultural Origins: Centers and Noncenters*, in *Science*, 1971, p. 468 ss.; R. RAYMOND, C. FOWLER, *Sharing the Non-Monetary Benefits of Agricultural Biodiversity*, in *Issues in Genetic Resources*, No. 5, International Plant Genetic Resources Institute, Rome, 2001, p. 4 ss.; S. ABBO, S. LEV-YADUN, A. GOPHER, *Agricultural Origins: Centers and Noncenters; A Near Eastern Reappraisal*, in *Critical Reviews in Plant Sciences*, 2010, p. 317 ss.

⁽²⁰⁾ Tra l'altro può accadere che, a causa di circostanze ambientali, simili mutazioni avvengano a confine tra più Stati, o che le stesse specie varietali siano condivise tra più Paesi di origine. Per un'approfondita analisi si veda C. FOWLER, *Protecting Farmer Innovations: The Convention on Biological Diversity and the Question of Origin*, in *Jurimetrics*, 2001, p. 486 ss. R. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004, p. 39 ss.

⁽²¹⁾ P. NAMBIAN, *An Introduction to Ethical, Safety and Intellectual Property Rights Issues in Biotechnology*, Elsevier, London-Cambridge-Oxford, 2017, p. 193.

⁽²²⁾ In tal senso, in dottrina si veda E.C. KAMAU, G. WINTER, *An Introduction to the International ABS Regime and a Comment on its Transposition by the EU*, in *Law, Environment and Development Journal*, 2013, p. 108 ss.

può essere attribuita sia al Messico, ove la varietà di mais è stata rinvenuta originariamente, sia agli Stati Uniti o ai Paesi andini ove talune peculiarità genetiche si siano sviluppate grazie all'attività secolare di selezione da parte degli agricoltori.

Proseguendo nell'esame della Convenzione di Rio, all'art. 2, § 5, la qualifica di *provider* è attribuita a: «the country supplying genetic resources [...] taken from *ex-situ* sources, which may or may not have originated in that country»⁽²³⁾. Questa terminologia indica come lo Stato *provider* non corrisponda necessariamente ed esclusivamente allo Stato di origine della risorsa genetica presente in condizioni *in-situ* nei termini sopra indicati; piuttosto, può trattarsi anche di quello che ha la disponibilità del materiale conservato *ex-situ*⁽²⁴⁾. Tale condizione è riconducibile a quelle ipotesi in cui il materiale genetico si trova conservato in centri che svolgono studi tassonomici, enti di ricerca pubblici, università, giardini botanici, banche di germoplasma che conservano le risorse fuori dai loro contesti naturali⁽²⁵⁾.

Ne deriva che, quando prelevata al di fuori dal proprio contesto naturale, è irrilevante ai fini della qualificazione dello Stato *provider* l'originarietà e il carattere autoctono della risorsa genetica. In tal caso, lo Stato *provider* è quello dove la risorsa genetica si trova ed è conservata fuori dal proprio *habitat* naturale, nella maggior parte dei casi depositi o collezioni di materiale genetico di uno Stato diverso da quello di origine. Ciò comporta uno spostamento del diritto di disporre della risorsa genetica da quest'ultimo allo Stato che ha il controllo della collezione *ex-situ*. È stato osservato al riguardo che: «Not only for reasons of protection of the stock and legitimate expectations, but also with regard to the lack of traceability, and, at the same time, aspects of practicability, the CBD [Convention on Biolo-

⁽²³⁾ Convenzione di Rio, art. 2, § 5 (corsivo aggiunto).

⁽²⁴⁾ Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione di Rio l'espressione «*ex-situ* conservation» indica «the conservation of components of biological diversity outside their natural habitats».

⁽²⁵⁾ Nei regimi di *Access and Benefit-sharing*, i luoghi in cui sono depositati e raccolti i materiali genetici sono indicati con il termine *ex-situ collections*, ed è tale terminologia che sarà impiegata nel presente lavoro. K. O' DONNELL, S. SHARROCK, *The Contribution of Botanic Gardens to ex situ Conservation Through Seed Banking*, in *Plant Diversity*, 2017, p. 373 ss.

gical Diversity] *relies on the actual power of disposal over the genetic resources*»⁽²⁶⁾.

Alla luce di quanto emerge dal testo della Convenzione (e che in termini identici vale per il Protocollo di Nagoya) l'individuazione di chi può concedere l'accesso, e conseguire vantaggi derivanti dalla cessione del materiale genetico, in definitiva, è possibile prendendo in considerazione le circostanze che permettono di attribuire la risorsa genetica al contesto naturale del territorio nazionale in cui si trova, oppure riferendosi allo Stato che ha giurisdizione sul luogo in cui il materiale genetico è conservato *ex-situ* e le risorse genetiche siano state legittimamente acquisite dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Rio e nel rispetto dei requisiti da questa stabiliti⁽²⁷⁾.

Una precisazione è tuttavia doverosa. Se è vero che sono Stati *provider* sia lo Stato di origine, sia lo Stato non di origine che abbia acquisito legittimamente le risorse genetiche, è anche vero che la disponibilità delle medesime da parte di quest'ultimo per mezzo delle collezioni *ex-situ* è subordinata al rispetto delle condizioni fissate dal Paese di origine, e cioè l'ottenimento del consenso preventivo (*prior informed consent*, di seguito indicato con l'acronimo PIC)⁽²⁸⁾ e la conclusione di accordi per la ripartizione dei benefici (*mutually agreed terms*, di seguito indicato con l'acronimo MATs)⁽²⁹⁾. Detto altrimenti, è opportuno porre attenzione a come si realizza la condivisione dei benefici quando lo Stato *provider sub specie* di Stato non di origine, per mezzo delle proprie collezioni *ex-situ*, disponga del materiale genetico⁽³⁰⁾. Una volta tra-

⁽²⁶⁾ T.M. SPRANGER, *Expert Opinion on the Applicability of the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol to Digital Sequence Information*, in *Study Commissioned by the Federal Ministry of Education and Research in Response to COP Decision XIII/161*, 2017, p. 23, disponibile in bmbf.de/files (corsivo aggiunto).

⁽²⁷⁾ V. *infra*.

⁽²⁸⁾ Convenzione di Rio, art. 15, § 5.

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, art. 15, § 4.

⁽³⁰⁾ Nella presente studio l'eventualità di tale ipotesi è emersa, ed è stata verificata, attraverso un'indagine condotta mediante un questionario via mail. Una serie di domande sono state poste ad alcune collezioni *ex-situ* di Stati *provider* non di origine, al fine di comprendere i loro obblighi in termini di *Benefit-sharing*. In particolare sul punto è stato chiesto come siano coinvolte le collezioni al momento dell'accesso e sulla base di quale fonte normativa o amministrativa.

sferita la risorsa ad utilizzatori, mediante l'ulteriore conclusione di accordi di trasferimento del materiale, lo Stato *provider* non d'origine, sulla base del principio di equità internazionale, non potrà trattenere per sé tutti i vantaggi economici derivanti dal secondo trasferimento del materiale genetico, ma li dovrà condividere (in tutto o in parte) con quello *provider* di origine⁽³¹⁾.

Inoltre, la disponibilità da parte dello Stato *provider* non d'origine delle risorse genetiche è altresì condizionata dalle modalità di sfruttamento del materiale genetico ottenuto dal Paese d'origine. Ad esempio, nel caso in cui lo Stato *provider* non di origine abbia ottenuto la risorsa dal Paese di origine per finalità agro-alimentari, l'eventuale e successivo sfruttamento per scopi industriali o farmaceutici necessiterebbe di una nuova manifestazione di consenso del Paese d'origine, e della conclusione di un nuovo MAT per la ripartizione dei benefici⁽³²⁾. Detto in altri termini, lo Stato *provider* non d'origine deve disporre della risorsa genetica nei modi e per le finalità per i quali è stato concesso il PIC e concluso il MAT con il Paese d'origine. Ogni ulteriore o differente utilizzazione rappresenta una violazione della manifestazione di volontà dello Stato di origine di dare accesso alle proprie risorse genetiche.

Per completezza si evidenzia che, in dottrina, è stata introdotta un'altra distinzione per indicare, da un lato l'acquisizione dal Paese d'origine, indicato come "fonte primaria" e, dall'altro lato, il conseguimento della disponibilità da parte dello «Stato che ha acquisito le risorse in conformità alla

⁽³¹⁾ A tal proposito, il *Royal Botanic Gardens*, Kew, di Londra nel rispondere puntualmente alla domanda in tema del coinvolgimento di collezioni *ex-situ* in Stati *provider* non di origine inoltrata tramite apposito questionario, ha confermato che: «Kew undertakes to share fairly and equitably any benefits arising from [such] commercialisation». China Williams, Senior Science Officer (Policy-CBD), Office of the Science Directorate, Royal Botanic Gardens, Kew, mail di supporto alla ricerca datata 7 gennaio 2020.

⁽³²⁾ Anche sul punto il *Royal Botanic Gardens*, Kew, ha confermato che: «If we want to use the material on terms that go beyond the terms of the permit or other bilateral agreement under which we obtained the material then we would go back to the country of origin to renegotiate consent for this use». China Williams, Senior Science Officer (Policy-CBD), Office of the Science Directorate, Royal Botanic Gardens, Kew, mail di supporto alla ricerca datata 7 gennaio 2020.

Convenzione di Rio»⁽³³⁾. In questo secondo caso, è stato suggerito l'impiego della diversa terminologia "fonte secondaria" per designare lo Stato *provider* che non è Stato d'origine, vale a dire quello Stato *provider* che ha a sua volta conseguito la disponibilità del materiale in base ai requisiti di PIC e MATs previsti dalla Convenzione⁽³⁴⁾.

Da uno studio delle misure di recepimento della Convenzione di Rio negli ordinamenti interni si evidenzia come gli Stati non si siano discostati dalle definizioni sopra descritte e che pertanto la terminologia Stato *provider* è utilizzata per designare sia il Paese d'origine, sia lo Stato che abbia acquisito la risorsa in conformità alla Convenzione di Rio, pur detenendola fuori dall'*habitat* naturale.

A ben vedere, la qualificazione di *provider sub specie* di Stato non di origine si pone in stretta connessione con l'ultimo inciso dell'art. 15 della Convenzione di Rio, nella parte in cui quest'ultima disposizione pone come condizione che le acquisizioni si realizzino in conformità alle regole stabilite dalla Convenzione di Rio. L'art. 15, quindi, attribuisce *ex lege* la qualifica di *provider* del materiale biologico anche a coloro che non sono *countries of origin*, subordinando ciò ad una condizione che, tuttavia, non chiarisce. Infatti, manca nel testo della Convenzione una chiara specificazione di cosa debba intendersi per «acquisizione in conformità».

Sulla base delle generiche prescrizioni contenute nella Convenzione di Rio, che stabiliscono il previo consenso informato e la conclusione di accordi reciprocamente concordati per la condivisione dei benefici, e ragionando *a contrario*, alcuni commentatori dell'art. 15 hanno ritenuto che non si realizzi un'acquisizione conforme in due particolari ipotesi: *a*) quando il materiale è stato ottenuto prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Rio; *b*) quando è stato acquisito successivamente in violazione dei requisiti di PIC e MATs⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Cfr. M.W. TVEDT, T. YOUNG, *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*, in *ABS Series*, No. 2, IUCN, Gland, Switzerland, 2007, p. 14.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ Cfr. L. GLOWKA, F. BURHENNE-GUILMIN, H. SYNGE, *A Guide to the Convention on Biological Diversity, Environmental Policy and Law Paper No. 30*, IUNC-The World Conservation Union, Gland, 1994, p. 77.

Secondo Kate e Laird, le condizioni stabilite dall'art. 15 hanno come effetto quello di escludere dall'applicazione della disciplina dell'accesso e della condivisione dei benefici le risorse genetiche acquisite prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Rio e conservate presso collezioni *ex-situ* anteriormente alla istituzione del regime di *Access and Benefit-sharing*⁽³⁶⁾.

3. — *Lo Stato intermediario.*

L'accesso al materiale genetico dalle collezioni *ex-situ*, rappresenta un'ipotesi di acquisizione problematica tutte quelle volte in cui non possa essere ricompreso nell'ipotesi in cui le risorse genetiche siano acquisite «in conformità alla Convenzione» ai sensi dell'art. 15. Si pensi al caso dell'accesso esercitato presso una collezione *ex-situ* di uno Stato che aveva a sua volta acquisito il materiale genetico prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Rio⁽³⁷⁾. Tale situazione riguarda moltissime risorse genetiche depositate presso le collezioni di Stati che non sono Paesi d'origine delle medesime, e che ne sono entrate in possesso in assenza di PIC e MATs.

In questo caso non può parlarsi di Stato *provider* ai sensi della Convenzione di Rio, trattandosi di acquisizione “non in conformità”. Ne derivano, pertanto, alcuni legittimi interrogativi: lo Stato, entro cui la risorsa è conservata in condizioni *ex-situ*, può disporre della medesima? È possibile che quest'ultimo, disponendone, consegua benefici economici senza corrispondere alcunché allo Stato *provider* d'origine. In altri termini ci si domanda se, non essendo Stato *provider* ai sensi della Convenzione, questo Stato (solitamente definito Stato intermediario) possa, e in che modo, ritrasferire e scambiare le risorse genetiche acquisite prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Rio.

⁽³⁶⁾ K.T. KATE, S.A. LAIRD, *The Commercial Use of Biodiversity. Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing*, Earthscan, Londra, 1999, p. 20 ss.; simile posizione è sostenuta da C. GUNERATNE, *Genetic Resources, Equity and International Law*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 87 ss.

⁽³⁷⁾ L'art. 15, § 3 della Convenzione di Rio esclude quelle risorse genetiche acquisite prima dell'entrata in vigore del Trattato.

Prima dell'adozione del Protocollo di Nagoya, le acquisizioni di risorse conservate *ex-situ* da Stati intermediari, che le hanno ottenute prima della Convenzione di Rio, erano state considerate tra le ipotesi più problematiche del meccanismo di *Access and Benefit-Sharing*, e per questo inserite tra i temi oggetto della decisione V/26 adottata nel 2000 nel corso della quinta COP tenutasi in Kenya⁽³⁸⁾.

Al fine di chiarire il ruolo di intermediario dello Stato, alle Parti contraenti è stato richiesto di indicare le modalità di accesso al materiale nelle collezioni *ex-situ* (c.d. *accession*)⁽³⁹⁾, le condizioni e/o restrizioni all'accesso e l'uso delle risorse ivi conservate. Per questo, alla decisione V/26 è stato allegato un questionario trasmesso agli Stati e diretto a conseguire informazioni tra le quali, si evidenziano, il numero, la tipologia e *status* giuridico delle collezioni, il coinvolgimento delle stesse nello scambio di risorse genetiche rilevato, sulla base del numero approssimativo delle accessioni e le indicazioni del Stato d'origine, soggetto depositante e modalità di accesso al materiale dalla collezione *ex-situ*⁽⁴⁰⁾.

La risposta fornita dagli Stati non è stata, tuttavia, decisiva e, ancora oggi,

⁽³⁸⁾ Cbd Cop 5, 15-26 maggio 2000, Nairobi, Decision V/26, *Access to Genetic Resources*, § 12, UNEP/CBD/COP/V/26. Nella COP, l'aspetto sul quale gli Stati sono stati invitati a fornire ulteriori chiarimenti ha riguardato: «*Ex-situ* collections acquired prior to the entry into force of the Convention and not addressed by the Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture» [§ 15, lett. c)].

⁽³⁹⁾ Il termine *accession* qui tradotto in italiano con la parola "accessioni", indica l'ingresso del materiale genetico nelle collezioni o depositi, e più specificamente: «[t]he addition of specimens and samples to a collection, by which process they pass under the ownership or custodianship of the Institution, including long term and material held in trust». Cfr. ABS INFORMATION FORUM, *Glossary of terms*, Accession, consultabile in nagoyaprotocol.myspecies.info. Si tratta di un uso del termine comune nel linguaggio specialistico della botanica che indica: «l'acquisizione del materiale prelevato da campioni di specie animali, vegetali, funghi o altri microorganismi e conservato *in situ*, ossia nell'ambiente originario secondo i meccanismi naturali di riproduzione, o *ex situ*, in apposite strutture che permettono la conservazione nel lungo periodo, denominate banche genetiche o banche del germoplasma» V. la voce "accessione" in *treccani.it*. In questo senso, la terminologia, evidentemente, non ha nulla a che vedere con l'acquisto della proprietà per accessione secondo il significato più comune nel linguaggio giuridico del termine.

⁽⁴⁰⁾ Si veda CBD COP 5, Decision V/26, *cit.*, Annex I, nn. 1-7.

non permette di comprendere effettivamente come gli Stati intermediari dispongano, e a che titolo, delle risorse genetiche delle collezioni *ex-situ* acquisite precedentemente alla Convenzione di Rio. Solo in un caso, nel *report* trasmesso dalla Nuova Zelanda, è stato possibile riscontrare come, nel ruolo di intermediario, le collezioni *ex-situ* pubbliche siano sempre tenute ad operare in conformità alla legislazione nazionale in tema di *Access and Benefit-sharing*⁽⁴¹⁾. Quindi, di fatto, lo Stato agisce come se fosse lo Stato *provider*.

Una soluzione diversa è emersa dal *Framework Agreement on Access to Biological and Genetic Resources* dell'ASEAN, dove si afferma: «The ASEAN Member States shall consider ex-situ materials originating from the ASEAN region collected *prior to the adoption of the Convention on Biological Diversity* as held in trust for the benefit of humankind where the application of intellectual property rights shall not be allowed»⁽⁴²⁾.

Per quanto si riferisca soltanto all'impossibilità di conseguire diritti di proprietà intellettuale, questa affermazione, richiamando la nozione di "trust for the benefit of mankind" sembra esprimere il convincimento che lo Stato detentore *ex-situ* di risorse acquisite prima dell'adozione della Convenzione di Rio non possa agire a titolo di Stato *provider*, per ricavarne benefici economici esclusivi.

Più significative sono le informazioni fornite dai Paesi Bassi, per quanto concerne le risorse genetiche di origine vegetale delle collezioni *ex-situ* del *Centre for Genetic Resources* (di seguito CGN) acquisite prima della Convenzione di Rio. In tale contesto si è specificato come lo Stato detenga *ex-situ* una grande quantità di materiale fitogenetico, già da prima della Convenzione di Rio, e che «[the] distribution and exchange of materials (seeds or plant material) have long been arranged on an informal basis»; inoltre «germplasm

⁽⁴¹⁾ Il *Plant Variety Rights Office* specifica che «All materials has been acquired not in accordance with the CBD» e che le varietà conservate nelle collezioni sono soggette al Plant Variety Rights Acts del 1987. Si veda NEW ZEALAND MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE, *Questionnaire on Ex-situ Collections-Response by the New Zealand Plant Variety Rights Office*, 2001, p. 1 ss., consultabile in cbd.int/doc/ref.

⁽⁴²⁾ ASEAN, *Draft Framework Agreement on Access to Biological and Genetic Resources*, cit., art. 4, § 2.

samples are provided free of charge»⁽⁴³⁾. È altresì chiarito che tali collezioni, in un primo momento, hanno operato nella veste di *trust collections*⁽⁴⁴⁾ e, quindi, hanno distribuito il materiale genetico proveniente dai Paesi di origine senza alcuna restrizione o contribuzione al momento dell'accesso. Soltanto a partire dal 2000, i Paesi Bassi, per mezzo delle collezioni del CGN, hanno iniziato a disporre delle risorse genetiche anche acquisite prima della Convenzione di Rio concludendo *Material Transfer Agreements*. Tuttavia, per quanto concerne la condivisione dei benefici, «the collection holder is prepared to facilitate an agreement on benefit sharing between the user and the country of origin represented by its authorities». La posizione assunta dai Paesi Bassi, in merito al ruolo dello Stato intermediario, è l'unica che è stato possibile riscontrare nello studio condotto sulla prassi, mentre la maggior parte degli Stati non ha assunto una posizione chiara circa la titolarità e disponibilità delle risorse genetiche acquisite prima della Convenzione di Rio e depositate presso le collezioni *ex-situ*.

In assenza di ulteriori indicazioni nella prassi degli Stati, e in considerazione degli obiettivi della Convenzione di Rio, è condivisibile quanto affermato da Tvedt circa il ruolo dello Stato intermediario. Secondo l'Autore, il ruolo dell'*Intermediate Country* è solo quello di «ensuring that the duties of benefit-sharing are passed through to the user country, along with the material»⁽⁴⁵⁾. Tale tesi sembra essere quella maggiormente in linea con l'obiettivo di equa condivisione dei benefici della Convenzione di Rio, la cui *ratio* è essenzialmente quella di remunerare le attività di conservazione e uso sostenibile realizzate negli Stati d'origine del materiale genetico (anche mediante la creazione di aree protette) e, soprattutto, compensare le comunità rurali che da millenni conservano e selezionano attraverso pratiche tradizionali il germoplasma. Ammettere che lo Stato intermediario possa disporre delle risorse genetiche conservate nelle collezioni *ex-situ* e

⁽⁴³⁾ Ministry of Agriculture, Nature Management and Fisheries, *Main Trends and Issues of Genebanking in the Netherlands*, 2000, p. 8 ss., consultabile in cbd.int/doc/ref.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. M.W. TVEDT, T. YOUNG, *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*, cit., p. 13.

acquisite prima della Convenzione di Rio, come se fosse lo Stato *provider* e non compensando in alcun modo lo Stato d'origine, quando quest'ultimo è noto, sarebbe evidentemente lesivo delle legittime aspettative di quest'ultimo Stato, di essere destinatario (anche in parte) dei vantaggi economici derivanti dall'utilizzazione delle proprie risorse genetiche. Si tradurrebbe, a ben vedere, in una forma di legittimazione *ex post* di apprensione del materiale genetico dei tempi coloniali.

In dottrina, è stato evidenziato come asserire la disponibilità esclusiva dello Stato intermediario del materiale acquisito *pre*-Convenzione di Rio nelle collezioni *ex-situ*, comporterebbe che siano queste ultime a distribuire le risorse genetiche, sostituendosi di fatto allo Stato d'origine. Se così fosse, quest'ultimo vedrebbe lesi i propri interessi economici, perché gli utilizzatori, sulla base di considerazioni economiche opportunistiche e per evitare le lungaggini del meccanismo di *Access and Benefit-sharing*, potrebbero preferire accedere alle risorse genetiche presso collezioni *ex-situ* di Stati intermediari, piuttosto che rivolgersi agli Stati d'origine⁽⁴⁶⁾.

In conclusione, a parere di chi scrive, lo Stato intermediario, che sia a conoscenza del Paese d'origine della risorsa genetica di cui si trova ad avere la disponibilità, nella maggior parte dei casi in virtù di un passato coloniale, è l'unica posizione di garantire che le acquisizioni e le utilizzazioni non si realizzino in difformità dei requisiti di PIC e MATs. Nel ruolo di intermediario, lo Stato ha l'obbligo di dare notizia al Paese d'origine mediante meccanismi di scambio delle informazioni⁽⁴⁷⁾ e, conformemente a quanto osservato da Tvedt, trasferire anche in parte taluni benefici (economici e non) degli scambi del materiale genetico.

⁽⁴⁶⁾ H. ARJUMED, *Debate on Genetic Resources Accessed Ex Situ in the Context of the Nagoya Protocol*, in *Grassroots Journal of Natural Resources*, 2018, p. 5 ss.

⁽⁴⁷⁾ L'intervento dello Stato intermediario in tali termini è prospettabile sulla base di quanto disposto dall'art. 19, § 2, della Convenzione di Rio che prevede espressamente un dovere «[to] take all practicable measures to promote and advance priority access on a fair and equitable basis [...]» e dalle responsabilità individuate dalle Linee Guida di Bonn in particolare § 16, lett. b), sub i); iii); iv); vi); vii).

3.1. – Possibile rilievo degli artt. 10 e 24 del Protocollo di Nagoya.

La fattispecie dell'acquisizione dalle collezioni *ex-situ* di uno Stato intermediario che le ha ottenute prima della Convenzione di Rio quando, invece, non sia noto lo Stato *provider* d'origine è stata ricondotta dalla dottrina all'ipotesi disciplinata dall'art. 10 del Protocollo di Nagoya⁽⁴⁸⁾. Tale disposizione, non soltanto si occupa delle ipotesi di risorse genetiche in contesti transfrontalieri, ma riguarda anche le situazioni in cui non sia possibile ottenere un consenso informato preventivo all'acquisizione⁽⁴⁹⁾.

In ragione di ciò, l'art. 10 del Protocollo di Nagoya prevede un'eccezione al meccanismo di *Access and Benefit-sharing* che interessa di regola lo Stato *provider* e gli utilizzatori (in tal senso sistema bilaterale), introducendo un sistema che coinvolge la comunità internazionale nella ripartizione dei benefici (meccanismo o sistema multilaterale)⁽⁵⁰⁾.

È stato evidenziato come il meccanismo multilaterale di cui all'art. 10 del Protocollo di Nagoya avrebbe lo scopo di evitare il *chilling effect* che deriverebbe dall'esclusione dall'ambito di applicazione di quest'ultimo delle acquisizioni presso collezioni *ex-situ* in assenza di uno Stato *provider*⁽⁵¹⁾. In

⁽⁴⁸⁾ Cfr. E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK (a cura di), *Unraveling the Nagoya Protocol. A Commentary on the Nagoya Protocol Access and Benefit-Sharing to the Convention on Biological Diversity*, cit., p. 202.

⁽⁴⁹⁾ Protocollo di Nagoya art. 10: «Parties shall consider the need for and modalities of a global multilateral benefit [...] in transboundary situations or for which it is not possible to grant or obtain prior informed consent. The benefits shared by the users [...] through this mechanism shall be used to support the conservation of biological diversity and sustainable use of its components globally». (corsivo aggiunto).

⁽⁵⁰⁾ Il sistema multilaterale di cui all'art. 10 del Protocollo di Nagoya rappresenta un'eccezione alla regola del meccanismo bilaterale e si dovrebbe adattare a tutte quelle circostanze in cui non è possibile l'esercizio della sovranità statale attraverso la manifestazione del previo consenso informato o manca una controparte per la conclusione di accordi di condivisione dei benefici. Si tratta di un sistema fondato sull'equità internazionale per la condivisione di benefici economici e tecnologici non soltanto a favore di Stati utilizzatori ma di tutta la comunità internazionale.

⁽⁵¹⁾ Cfr. E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK (a cura di), *Unraveling the Nagoya Protocol. A Commentary on the Nagoya Protocol Access and Benefit-Sharing to the Convention on Biological Diversity*, cit., p. 202, nt. 29.

questo contesto possono, a ben vedere, rientrare anche le risorse genetiche conservate nelle collezioni *ex-situ* di Stati intermediari, quando non sia noto lo Stato *provider sub specie* Paese d'origine. Ed infatti, anche in tale eventualità, manca il previo consenso informato e non sono stati conclusi MATs. In applicazione del principio di equità internazionale è ben immaginabile che lo Stato, che dispone della risorsa genetica presso le proprie collezioni *ex-situ*, non sia l'unico a beneficiare dei vantaggi economici derivanti dallo scambio delle stesse con terzi, ma sia, piuttosto, tenuto a condividere i benefici sulla base di un sistema multilaterale che si ispiri a logiche solidaristiche. Tale ipotesi si distingue, evidentemente, da quella esaminata nel precedente paragrafo in cui è noto il Paese d'origine. Quest'ultimo, nel caso sopra esposto, non ha potuto manifestare il previo consenso perché al momento dell'acquisizione (nella maggior parte dei casi avvenuta in periodo coloniale) non erano previsti meccanismi autorizzativi; ma ciò non significa che lo stesso non possa essere destinatario di benefici economici e che ciò avvenga per il tramite dello Stato intermediario le cui collezioni *ex-situ* conservano il materiale genetico.

Differentemente, invece, in tutti quei casi in cui non sia individuabile lo Stato d'origine vengono meno due condizioni necessarie per realizzare validamente la transizione delle risorse genetiche: manca, in primo luogo, il soggetto in grado di esprimere legittimamente il previo consenso all'acquisizione e, conseguentemente, la controparte dei MATs destinataria dei benefici economici. Pertanto, logiche di giustizia distributiva ed equitativa inducono a ritenere che la condivisione dei benefici si realizzi per finalità solidaristiche nella comunità internazionale e non a favore del solo Stato intermediario.

Altrettanto interessante è l'ipotesi in cui la collezione *ex-situ* che funge da medio nello scambio del materiale genetico sia sottoposta alla giurisdizione di Stato non Parte né della Convenzione di Rio né del Protocollo di Nagoya e non soggetta agli obblighi di *Access and Benefit-Sharing*: si pensi, soltanto, alle molte collezioni *ex-situ* presenti negli Stati Uniti, come noto non parti di nessuno dei due Trattati in questione⁽⁵²⁾.

⁽⁵²⁾ W.J. SNAPE, *A Legal and Scientific Overview of Why the United States Must Wake Up*, in

Tale aspetto sembra essere stato preso in considerazione dai negoziatori del Protocollo di Nagoya con l'introduzione dell'art. 24. Modellato sulla base del Protocollo di Cartagena⁽⁵³⁾, esso individua due obblighi in capo agli Stati parti: in primo luogo incoraggiare gli Stati non contraenti al rispetto di quanto previsto nel Protocollo (anche mediante l'offerta di aderire ad esso) e, secondariamente, coinvolgere questi ultimi nello scambio di informazioni del meccanismo *Access and Benefit-sharing*⁽⁵⁴⁾. La *ratio* della disposizione risiede nell'intento di evitare scappatoie al regime internazionale di accesso e condivisione dei benefici e, soprattutto che Paesi non aderenti conseguano dei vantaggi commerciali iniqui.

Come osservato da Morgera, l'ingiustificato vantaggio che gli utilizzatori potrebbero conseguire dall'accesso al materiale genetico per il tramite di collezioni *ex-situ* di Stati non parti né alla Convenzione di Rio né al Protocollo di Nagoya, sarebbe evitabile o ridotto al minimo qualora gli Stati *provider* parti del Protocollo di Nagoya adottassero delle misure tali da creare delle condizioni d'acquisizione più favorevoli per gli utilizzatori di Stati che hanno ratificato lo stesso o *users* di Paesi che, pur non aderenti a quest'ultimo, abbiano una regolamentazione che prevede analoghi requisiti di *Access and Benefit-sharing*⁽⁵⁵⁾.

Sustainable Development Law & Policy, 2010, p. 6 ss.; M. KAGEYAMA, *Bio-property Contracts in a New Ecosystem: Genetic Resources Access and Benefit Sharing*, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, 2018, p. 110 ss.

⁽⁵³⁾ Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza, all'art. 24, prevede l'obbligo per le parti contraenti di incoraggiare sia il coinvolgimento degli Stati non aderenti al Protocollo sia la messa a disposizione da parte di questi ultimi di informazioni pertinenti sugli organismi viventi geneticamente modificati emessi in, ovvero importati in o esportati da, aree all'interno delle rispettive giurisdizioni nazionali.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Protocollo di Nagoya, art. 24 «The Parties shall encourage non-Parties to adhere to this Protocol and to contribute appropriate information to the Access and Benefit-sharing Clearing-House».

⁽⁵⁵⁾ Cfr. E. MORGERA, E. TSIOMANI, M. BUCK (a cura di), *Unraveling the Nagoya Protocol. A Commentary on the Nagoya Protocol Access and Benefit-Sharing to the Convention on Biological Diversity*, cit., p. 324.

4. — *I providers non statali.*

Ciò posto, pare ora opportuno lasciare la dimensione inter-statale dei traffici del materiale biogenetico per dar conto di come, in attuazione dell'art. 15, § 1 della Convenzione di Rio, alcune normative nazionali coinvolgano portatori di interessi diversi dagli Stati nei meccanismi di *Access and Benefit-sharing*.

Si tratta, quindi, di individuare quegli attori non statali⁽⁵⁶⁾ che, talvolta, intervengono in qualità di *provider* nel meccanismo di acquisizione e condivisione dei benefici, o comunque partecipino attivamente agli scambi delle risorse genetiche⁽⁵⁷⁾. Il coinvolgimento dei medesimi rileva non soltanto in termini di riconoscimento di diritti, ma rappresenta un decisivo passo in avanti sul piano dell'efficacia e dell'azionabilità sia a livello internazionale che interno dei sistemi di *Access and Benefit-sharing*.

Si assiste, quindi, ad un ampliamento del novero dei soggetti coinvolti nella precipua fase di acquisizione delle risorse genetiche, e l'accesso assume quei connotati tipici dei diritti procedurali⁽⁵⁸⁾ che stanno attualmente emergendo nel diritto internazionale ambientale: si fa riferimento, *in primis*, al diritto alla consultazione e alla partecipazione ai processi decisionali in materia ambientale⁽⁵⁹⁾. Ove la legislazione nazionale preveda il coinvolgimento

⁽⁵⁶⁾ Nell'espressione *non-state actors* è ricompreso un vasto numero di attori, definiti nel linguaggio delle Nazioni Unite *major stakeholders* o *private actors*. Ai fini del presente lavoro, l'espressione comprende le persone fisiche e giuridiche proprietarie dei campioni biologici, le comunità locali e popolazioni indigene, le organizzazioni di ricerca, gli esperti del settore, le imprese o le associazioni.

⁽⁵⁷⁾ Per un'analisi approfondita del ruolo degli attori non statali nei regimi di *Access and Benefit-Sharing* si veda A. ORSINI, *The Role of the Non-State Actors in the Nagoya Protocol Negotiations*, in S. OBERTHÜR, G.K. ROSENDAL (a cura di), *Global Governance of Genetic Resources. Access and Benefit Sharing after the Nagoya Protocol*, Routledge, Londra-New York, 2013, p. 60 ss.

⁽⁵⁸⁾ *Ex multis* si veda E. DALY, *Constitutional Protection for Environmental Rights: The Benefits of Environmental Process*, in *International Journal of Peace Studies*, 2012, p. 71 ss.; in tema di accesso all'informazione ambientale si veda *ex multis* S. WHITTAKER, *The Right of Access to Environmental Information and Legal Transplant Theory: Lessons from London and Beijing*, in *Transnational Environmental Law*, 2017, p. 509 ss.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. M. CASTELLANETA, *L'azionabilità del diritto all'ambiente da parte degli individui*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo. Atti del*

degli individui nella fase dell'acquisizione, questi potrebbero agire in giudizio davanti ai tribunali nazionali per tutelare il loro diritto procedurale ad essere coinvolti nell'adozione di decisioni, oltre che eventualmente il diritto a "concedere l'accesso" e all'equa ripartizione dei benefici.

La non uniforme distribuzione della biodiversità sulla Terra fa sì che spesso il campione biologico, dal quale è tratta la risorsa genetica, si trovi nel pieno ed esclusivo godimento di individui, o comunità che su di esso esercitano le prerogative proprie del diritto di proprietà. Ciò che rileva è, allora, il rapporto tra la proprietà del campione biologico in base alla legge statale applicabile e l'esercizio della sovranità sulla risorsa genetica, posto che la sovranità statale sancita dalla Convenzione di Rio non è sinonimo di esclusività del controllo o proprietà sul contenitore (campione biologico) e sul contenuto (componenti genetiche e biochimiche).

Solitamente, vi è una scissione tra acquisizione del campione biologico e accesso alla risorsa genetica. Per fare un solo esempio, in Norvegia, il materiale genetico costituisce una «common resources that belongs to Norwegian society as a whole», ma la procedura di acquisizione della risorsa genetica «does not limit the right of any owner or other entitled person to deny access to the *biological material*, or the land from which the genetic material is obtained»⁽⁶⁰⁾.

In alcuni Stati, i proprietari dei campioni biologici sono qualificati come effettivi *providers* del materiale genetico e, in ragione di tale qualità, integrati nei meccanismi di *Access and Benefit-sharing*. Ad esempio, secondo la legislazione australiana, «if the area land held under lease by the Commonwealth or a Commonwealth agency and is indigenous people's land», l'*access provider* è il proprietario di quel terreno⁽⁶¹⁾. In questo caso, il *landholder* determina le con-

convegno SIDI 16-17 giugno 2006, Napoli, 2007, p. 127 ss.; V. KOESTER, *The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)*, in T. MARAUHN, A. ZIMMERMANN (a cura di), *Making Treaties work: Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 179 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *Nature Diversity Act*, Chapter VII, Section 58, § 2.

⁽⁶¹⁾ Si veda, nell'ambito della strategia nazionale di conservazione e protezione della biodiversità australiana l'*Environment Protection and Biodiversity Conservation Amendment Regu-*

dizioni per l'accesso alle risorse genetiche e la ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione, in conformità alle leggi fondiari esistenti⁽⁶²⁾.

Diverso è, invece, il fornitore della risorsa biologica che interviene negli scambi del materiale genetico in base alla decisione n. 391/96 della Comunità Andina: nello specifico è *proveedor* colui che, necessariamente identificato nella richiesta di accesso, è: «persona facultada en el marco de esta Decisión y de la legislación nacional complementaria, para proveer el recurso biológico que contiene el recurso genético o sus productos derivados»⁽⁶³⁾. Quest'ultimo è colui che, in base alla legge nazionale, mette a disposizione il materiale biologico, e i cui interessi e diritti devono essere presi in considerazione nel contratto di accesso stipulato tra il richiedente l'accesso e l'autorità nazionale competente che agisce in rappresentanza dello Stato⁽⁶⁴⁾. A differenza di quanto avviene in Australia, però, il *proveedor* non è nella medesima posizione dell'*access provider*, perché nel regime d'accesso della Comunità andina, le risorse genetiche sono sottoposte al dominio pubblico ed è l'autorità competente nazionale, in rappresentanza dello Stato, la parte che nelle transazioni interviene come *provider*.

In Vietnam, tra i soggetti che lo Stato autorizza a intervenire nello scambio delle risorse genetiche sono ricompresi gli individui che forniscono le risorse genetiche e stipulano contratti per l'acquisizione e la condivisione dei benefici⁽⁶⁵⁾. Una clausola di salvaguardia contenuta nella legge sulla biodiversità prevede che, nell'interesse pubblico, le amministrazioni statali competenti possano eccezionalmente concedere licenze per l'accesso e che,

lations 2005, Part 8A, Section 03: Meaning of Access Provider, § 1, lett. c), consultabile in legislation.gov.au/Details.

⁽⁶²⁾ J. VOUMARD, *Access to Biological Resources in Commonwealth Areas*, in *Commonwealth Public Inquiry Report*, 2000, p. 41 ss., consultabile in absbonn.pbworks.com.

⁽⁶³⁾ Cfr. Decision 391/1996, *Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*, 2 luglio 1996, art. 1, disponibile in wipo.int/edocs/lexdocs/laws.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*, art. 26 lett. b); art. 34. Si assiste, pertanto, ad una distinzione tra la risorsa genetica (sottoposta a pubblico dominio) e la risorsa biologica che contiene la risorsa genetica o le sue componenti biochimiche (di proprietà del singolo).

⁽⁶⁵⁾ Si veda in *Vietnam, Biodiversity Law* (2008), Section I, Art. 56, § 1, lett. b); art. 57.

pertanto, le autorizzazioni siano rilasciate senza il consenso degli individui o collettività che hanno la disponibilità del materiale genetico. Nell'individuazione di queste ipotesi eccezionali, ci si limita a specificare che le stesse sono quelle in cui prevale l'interesse statale o della comunità nazionale⁽⁶⁶⁾.

Nella recente proposta di legislazione in materia di *Access and Benefit-sharing* della Repubblica di Palau, non soltanto lo Stato nazionale, ma anche gli individui e le comunità sono titolari del diritto di disporre delle risorse genetiche e partecipano alla fase di acquisizione in qualità di *resource owner(s)*⁽⁶⁷⁾. La richiesta di accesso è notificata da parte dell'autorità nazionale competente al *resource owner*, e sarà quest'ultimo a manifestare il previo consenso, cui seguirà la stipulazione di MAT⁽⁶⁸⁾.

Nella legge francese sulla tutela della diversità biologica⁽⁶⁹⁾, nel caso di richiesta di accesso avente ad oggetto una risorsa genetica che è nella disponibilità di una collettività, l'autorità amministrativa competente deve dar inizio ad una procedura consultiva e d'informazione alle comunità di residenti che hanno interesse alla gestione del materiale genetico e, conseguentemente, considerare ai fini della determinazione amministrativa le risultanze dell'audizione pubblica⁽⁷⁰⁾.

Sulla scorta delle esperienze nazionali prese in considerazione, emerge come non vi sia una prassi uniforme nell'individuazione del soggetto legitti-

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*, art. 59, § 5.

⁽⁶⁷⁾ La Repubblica di Palau è divenuta Stato parte del Protocollo di Nagoya nel settembre 2018. Già come firmataria, aveva presentato al Senato una proposta di legge per la creazione di un sistema nazionale di ABS nel quale dare attuazione alle disposizioni della Convenzione di Rio. Si veda *Law House Bill No. 10-66-5S*, 08 giugno 2018. In particolare il § 5001, lett. n) «Resource owner» means «a person, clan, state, or national government that owns the genetic resources or traditional knowledge associated with a genetic resource that is contemplated by a party seeking access»; consultabile in palaugov.pw/wp-content/uploads, § 5008, lett. c) 3-4. Come si apprende dal profilo nazionale le misure attuative sono ancora allo stato di proposte: cbd.int/countries.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*, §§ 5007-5008, lett. b).

⁽⁶⁹⁾ Si veda *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, Journal officiel de la République française n. 0184, 9 agosto 2016, disponibile anche in legifrance.gouv.fr.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*, art. 412-7, § 1.

mato a manifestare il previo consenso informato e che gli Stati, nell'esercitare la sovranità statale sulle risorse genetiche, possano anche decentrare le decisioni, affidando la contrattazione ai titolari di diritti di proprietà sui campioni biologici, oppure alle comunità locali con interessi connessi alla gestione delle risorse genetiche. Ciò comporta che gli Stati, nel dare attuazione all'art. 15 della Convenzione di Rio e 6 del Protocollo di Nagoya, hanno ricompreso tra gli *access providers* anche gli individui e le comunità locali, il cui coinvolgimento e la cui partecipazione nella fase di acquisizione è preconditione, in base al diritto interno, per il trasferimento del materiale genetico.

Sempre nell'ottica di una maggiore partecipazione, ulteriori attori non statali, che occorre menzionare in ragione del loro crescente intervento nelle acquisizioni delle risorse genetiche dopo l'entrata in vigore del Protocollo di Nagoya⁽⁷¹⁾, sono i popoli indigeni, le comunità locali e le organizzazioni non governative (ONG)⁽⁷²⁾.

Riguardo a queste ultime, è importante rilevare come le stesse abbiano svolto un ruolo propulsivo nel corso dei negoziati della Convenzione di Rio e del Protocollo di Nagoya, cercando di introdurre nel testo dei trattati alcune disposizioni che tengano in considerazione istanze di tutela culturale e sociale non sempre conciliabili con gli interessi economici degli scambi delle risorse genetiche. Esse in particolare, hanno operato attivamente nell'attuazione e diffusione del meccanismo di *Access and Benefit-sharing*⁽⁷³⁾, rivendicando, tra l'altro, anche un loro effettivo coinvolgimento nelle procedure di accesso⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷¹⁾ Protocollo di Nagoya, artt.11; 21 (h) e 22.

⁽⁷²⁾ Il coinvolgimento di molteplici *stakeholders* nella determinazione delle procedure d'accesso e nello sviluppo di strategie nazionali di *Access and Benefit-sharing* è stato preso in considerazione anche dalle Linee Guida di Bonn. Cfr. Linee Guida di Bonn, Section III, §§ 17-21.

⁽⁷³⁾ Si veda FAO, *ABS Elements. Elements to Facilitate Domestic Implementation of Access and Benefit-Sharing for Different Subsectors of Genetic Resources for Food and Agriculture*, Rome, 2016, p. 9.

⁽⁷⁴⁾ Sul punto si veda A. DELGADO, *Resourcing for Inclusion in Transnational Governance: the Work of Indigenous People in the Nagoya Protocol*, Phd Thesis, Mc Gill University, 2016, p. 101 ss., disponibile in digitool.library.mcgill.ca/webclient.

Più specificatamente, le ONG si sono dimostrate portavoce delle istanze dei popoli indigeni e delle comunità locali operando talvolta in maniera reattiva o proattiva: contrastando le modalità di acquisizioni delle risorse genetiche che non rispettino i requisiti di PIC e MAT⁽⁷⁵⁾ ovvero agendo per realizzare interventi diretti al miglioramento dei meccanismi di *Access and Benefit-sharing*⁽⁷⁶⁾.

Nei contesti in cui operano, le ONG contribuiscono a fornire numerose informazioni e dati tecnici utili per le comunità e gruppi di interesse locali, affinché questi prendano coscienza del loro ruolo nei meccanismi *Access and Benefit-sharing*⁽⁷⁷⁾.

Con riferimento ai popoli indigeni nel quadro normativo del Protocollo di Nagoya, il loro intervento è stato considerato come uno degli aspetti più innovativi⁽⁷⁸⁾ e, ai fini della presente indagine, occorre più dettagliatamente

⁽⁷⁵⁾ Cfr. R.J. LEWIS-LETTINGTON, R. MULLER, T.R. YOUNG, K.A. NNADOZIE, M. HALEWOOD, J.C. MEDAGLIA, *Methodology for Developing Policies and Laws for Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*, International Plant Genetic Resources Institute, Roma, 2006, p. 7.

⁽⁷⁶⁾ Si pensi in questo caso agli studi e ai progetti in atto da parte delle organizzazioni non governative per il coinvolgimento dei popoli indigeni e comunità locali mediante bio-protocolli di comunità, di cui in seguito sarà trattata la funzione nelle procedure di acquisizione del materiale genetico.

⁽⁷⁷⁾ Tra tanti si vedano il ruolo divulgativo svolto da ABS Capacity Development Initiative e le attività di informazione di quest'ultima (ABS CAPACITY DEVELOPMENT INITIATIVE, *How ABS and the Nagoya Protocol Contribute to the Sustainable Development Agenda*, 2018, consultabile in abs-initiative.info/fileadmin, e di NATURAL JUSTICE, *Experiences and Lessons from the Development and Implementation of Community Protocols and Procedures*, 2017, consultabile in naturaljustice.org/publication; FIAN COMMUNITY BIODIVERSITY CONSERVATION AND UTILIZATION PROJECT, *Project detail*, consultabile in sgp.undp.org/spacial-itemid-projects-landing-page.

⁽⁷⁸⁾ Sebbene il dibattito dottrinale e le questioni affrontate dai gruppi di lavoro per l'implementazione del Protocollo di Nagoya si siano concentrati sulla tematica dell'inclusione delle popolazioni indigene e comunità locali riferita all'accesso alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche, la gestione delle componenti biologiche mediante il coinvolgimento delle medesime risulta essere particolarmente rilevante nei sistemi internazionali e nazionali di *Access and Benefit-Sharing* per l'ottenimento dell'accesso alle risorse genetiche. Più specificatamente simile partecipazione risulta imprescindibile per l'ottenimento del PIC precondizione dell'acquisizione. In dottrina ci si è espressi nei termini di «recognition of forms of legal pluralism or customary/community control». Cfr. K. BAVIKATTE, D.F. ROBINSON, *Towards a People's History of Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing*, in *Law, Environment and Development Journal*, 2011, p. 40.

dar conto degli strumenti che ne possano garantire la consultazione al momento dell'accesso al materiale genetico⁽⁷⁹⁾.

4.1. – *Comunità locali e popoli indigeni, protocolli e diritti bioculturali.*

Nel Protocollo di Nagoya un esplicito riconoscimento delle comunità locali e dei popoli indigeni⁽⁸⁰⁾ nel ruolo di custodi (*custodians*) emerge già nel Preambolo⁽⁸¹⁾, per poi essere nuovamente ripreso nelle disposizioni concernenti i requisiti giuridici e gli *standards* per l'accesso, in quelle relative all'obbligo di conformità per gli utilizzatori e negli articoli destinati ai meccanismi partecipativi e informativi *Clearing-House*⁽⁸²⁾.

Nell'analisi dei soggetti coinvolti nel meccanismo *Access and Benefit-sharing*, il coinvolgimento delle comunità locali e dei popoli indigeni nelle transazioni aventi ad oggetto le risorse genetiche⁽⁸³⁾ non può essere sottaciuto per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo perché le modalità di intervento di tali attori permette di comprenderne l'effettiva partecipazione sulla base degli strumenti riconosciuti dal Protocollo di Nagoya (segnatamente i protocolli di comunità) e il rapporto di questi con le pratiche tradizionali o il diritto indigeno⁽⁸⁴⁾. Secondariamente, si tratta di verificare come le comunità locali e i popoli indigeni esprimano il loro consenso all'accesso al patrimonio genetico di cui sono custodi e se ciò costituisca una tappa rilevante verso il processo di affermazione dei diritti bioculturali.

⁽⁷⁹⁾ Si v. *infra*, § 4.2.

⁽⁸⁰⁾ Con riferimento all'affermazione e promozione dei diritti dei popoli indigeni si veda UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13 Settembre 2007, A/RES/61/295.

⁽⁸¹⁾ Cfr. Protocollo di Nagoya, Preambolo, § 6.

⁽⁸²⁾ Si vedano rispettivamente gli artt. 6, 12, 30 del Protocollo di Nagoya.

⁽⁸³⁾ D.A. POSEY, G. DUTFIELD, *Beyond Intellectual Property. Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, International Development Research Centre, Ottawa, 1996, pp. 67-74.

⁽⁸⁴⁾ Per una panoramica sul ruolo delle comunità nella conservazione e gestione delle risorse naturali, si veda, *ex multis*, A. AGRAWAL, C.C. GIBSON, *Enchantment and Disenchantment: The Role of Community in Natural Resource Conservation*, in *World Development*, 1999, p. 629 ss.

Ciò premesso, la dottrina ha evidenziato come le pratiche in uso presso le comunità non siano soltanto espressione di un modo di essere di un tipico contesto culturale d'origine delle risorse genetiche, ma possano fungere da valido strumento di integrazione della normativa di *Access and Benefit-sharing* statale nella determinazione delle misure di accesso⁽⁸⁵⁾. Esse, peraltro, favoriscono l'*inter-operability* tra i meccanismi di *Access and Benefit-sharing* di differenti Stati *provider* che riconoscono grande rilevanza alla gestione collettiva e indigena dell'ambiente e delle componenti biologiche⁽⁸⁶⁾.

L'art. 12 del Protocollo di Nagoya individua i protocolli delle comunità, spesso definiti bioprotocolli, come gli strumenti idonei ad attestare l'intervento di popoli indigeni nella fase di accesso⁽⁸⁷⁾. Prendendo in prestito la definizione fornita dalle organizzazioni internazionali e dalle ONG più strettamente impegnate nello studio e sviluppo di tali strumenti, può definirsi bioprotocollo: «[the] protocol that is developed after a community undertakes a consultative process to outline their core ecological, cultural and spiritual values and customary laws relating to their TK and resources, based on which they *provide clear terms and conditions to regulate access to their knowledge and resources*»⁽⁸⁸⁾.

Tali caratteristiche, secondo i commentatori, connotano anche i *community*

⁽⁸⁵⁾ Taluno si è espresso in termini di «transcultural context» per indicare l'influenza del diritto consuetudinario dei popoli indigeni e delle comunità locali in diversi aspetti della vita sociale, si veda S. VERMEYLEN, *The Nagoya Protocol and Customary Law: The Paradox of Narratives in the Law*, in *Law Environment and Development Journal*, 2013, p. 185.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. T.R. YOUNG, *An International Cooperation Perspective*, in E. MORGERA, M. BUCK, E. TSIOMANI (a cura di), *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing in Perspective*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2013, p. 491 ss.

⁽⁸⁷⁾ Si vedano inoltre SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, *Akwé: Kon Guidelines. CBD Guidelines*, 2004, § 1, consultabile in cbd.int/doc/publications; ID., *Addis Ababa Principles and Guidelines*, 2004, Practical Principle 2, consultabile in cbd.int/doc/publications; ID., *Tkarihmai:ri Code of Ethical Conduct*, 2011, Introduction, consultabile in cbd.int/traditional/code; ID., *Programme of Work on Protected Areas*, 2004, Goal 2: *To Enhance and Secure Involvement of Indigenous and local Communities and Relevant Stakeholders*, consultabile in cbd.int/programmes.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. M. RUIZ, *Possibilities and Limitations for Biocultural Protocol(s)*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Bonn, 2012, p. 7 (corsivo aggiunto).

protocols di cui all'art. 12 del Protocollo di Nagoya, essendo questi ultimi quei documenti scritti, predisposti dalle comunità seguendo procedure partecipative, in grado di esprimere l'approccio ecologico e culturale delle collettività nei confronti dell'ambiente e delle sue componenti biologiche. In essi la comunità, variamente riunita, può considerare imprescindibili taluni requisiti per il conseguimento dell'accesso e prescrivere la necessaria stipulazione di termini concordati con gli utilizzatori per la ripartizione dei benefici⁽⁸⁹⁾.

Sulla scorta di tali indicazioni generali, occorre evidenziare più nello specifico i caratteri del processo di formazione dei bioprotocolli e come gli stessi operino nel momento dell'accesso alle risorse genetiche.

4.2. – *Formazione e funzione dei protocolli di comunità.*

Come evidenziato dalla dottrina, il processo per la creazione dei protocolli di comunità ha un valore *per sé*, in quanto costituisce l'opportunità per coinvolgere tutta la comunità detentrica nella gestione partecipata delle risorse naturali (acqua, terra, foreste) e, per quanto di interesse nel presente studio, delle risorse genetiche⁽⁹⁰⁾. Alla luce di ciò si può ritenere che il bioprotocollo rappresenti lo strumento utilizzato dalla collettività per esprimere il proprio sistema comunitario di *governance* dell'ambiente⁽⁹¹⁾.

I bioprotocolli, come esito di una procedura concordata all'interno della stessa comunità, ovvero tra varie comunità che condividono le medesime risorse, possono tra l'altro evitare o ridurre al minimo il rischio di conflitti interni ad una medesima collettività ovvero tra diverse comunità. Soprattutto nei rapporti tra diverse realtà locali, ciò escluderebbe che soltanto alcune

⁽⁸⁹⁾ Così E. MORGERA, E. TSIOMANI, M. BUCK (a cura di), *Unraveling the Nagoya Protocol. A Commentary on the Nagoya Protocol Access and Benefit-Sharing to the Convention on Biological Diversity*, cit., p. 219.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 220.

⁽⁹¹⁾ Cfr. E. ABRELL, K. BAVIKATTE, H. JONAS, I. KÖHLER-ROLLEFSON, B. LASSEN, G. MARTIN, O. RUKUNDO, J. VON BRAUN, P. WOOD, *Bio-Cultural Community Protocols. A Community Approach Ensuring the Integrity of Environmental Law and Policy*, in K. BAVIKATTE, H. JONAS (a cura di), *Natural Justice-UNEP*, Nairobi, 2009, p. 9.

di queste e, più in particolare, le *élites* locali, partecipino alle decisioni concernenti l'accesso alle risorse da parte di terzi e traggano delle transazioni benefici economici⁽⁹²⁾.

Per gli utilizzatori, i bioprotocolli possono avere un grande valore informativo circa il sistema tradizionale di gestione delle componenti biologiche e, ai fini dell'accesso, se integrati nella legislazione nazionale di *Access and Benefit-sharing* potrebbero assicurare il previo consenso informato delle collettività, quindi il loro concreto coinvolgimento nelle procedure di acquisizione, e l'intervento nella conclusione di accordi di ripartizione dei benefici con la controparte utilizzatrice.

Il Protocollo di Nagoya riconosce e valorizza l'importanza dei bioprotocolli⁽⁹³⁾ e, nel fare ciò, sembra proseguire il sentiero tracciato dalla Convenzione di Rio che, all'art. 8, lett. j), aveva affermato la tutela delle conoscenze tradizionali⁽⁹⁴⁾. A ciò si accompagna l'emersione di diritti che esprimono una forma di auto-amministrazione delle comunità locali per la gestione delle risorse biologiche e genetiche⁽⁹⁵⁾. Essi sono indicativi della progressiva affermazione di una nuova categoria di diritti collettivi internazionalmente tutelati, connessi alla gestione delle risorse biologiche e, nello specifico, quelle genetiche: si tratta dei cosiddetti diritti bioculturali⁽⁹⁶⁾ intesi come diritti delle

⁽⁹²⁾ K. SWIDERKSKA, A. MILLIGAN, K. KOHLI, H. SHRUMM, H. JONAS, W. HIEMSTRA, M.J. OLIVA (a cura di), *Biodiversity and Culture: Exploring Community Protocols, Rights and Consent*, International Institute for Environment and Development, London, 2012, p. 29 ss.

⁽⁹³⁾ B. TOBIN, *Bridging the Nagoya Compliance Gap: The Fundamental Role of Customary Law in Protection of Indigenous Peoples' Resource and Knowledge Rights*, in *Law, Environment and Development Journal*, 2013, p. 147 ss.

⁽⁹⁴⁾ Si veda K. BAVIKATTE, D.F. ROBINSON, *Towards a People's History of Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and benefit Sharing*, cit., p. 45 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Protezione delle conoscenze tradizionali dalla biopirateria: quali prospettive dopo l'adozione del Protocollo di Nagoya?*, in G. CATALDI (a cura di), *Atti del Convegno SIDI*, 13-14 giugno 2013, Napoli, 2014, p. 315 ss.

⁽⁹⁵⁾ Un' interessante analisi è rinvenibile in H. JONAS, K. BAVIKATTE, H. SHRUMM, *Community Protocols and Access and Benefit Sharing*, in *Asian Biotechnology and Development Review*, 2010, p. 51 ss.

⁽⁹⁶⁾ K. BAVIKATTE, T. BENNET, *Community Stewardship: the Foundation of Biocultural Rights*, in *Journal of Human Rights and Environment*, 2015, p. 7 ss.

comunità locali di essere attivamente partecipi ed informati circa le decisioni relative alla gestione e sfruttamento del territorio e delle sue risorse⁽⁹⁷⁾. Tali diritti presentano una forte affinità con quelli collettivi dei popoli indigeni perché ne condividono l'aspirazione a voler assicurare la determinazione libera e partecipata di beni in stretta relazione alle realtà locali e indigene⁽⁹⁸⁾. Tuttavia, come ben osservato da Sajeve, vi è una differenza tra diritti dei popoli indigeni e diritti bioculturali, difformità che emerge prendendo in considerazione la finalità di questi ultimi⁽⁹⁹⁾. Nei diritti bioculturali, certamente, si rileva una dimensione sociale, culturale ed economica, ma lo scopo dei medesimi è quello di garantire una gestione sostenibile della biodiversità con l'intervento di quelli che ne sono da secoli i custodi⁽¹⁰⁰⁾. Nell'ambito dei diritti dei popoli indigeni la tutela delle conoscenze tradizionali è indipendente dalla sostenibilità delle pratiche perché la finalità è quella della preservazione del contesto sociale.

L'emersione di diritti bioculturali è riscontrabile nella recente Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano in zone rurali⁽¹⁰¹⁾, per quanto qui interessa nella parte in cui la stessa riconosce il diritto alla biodiversità e il diritto ai semi⁽¹⁰²⁾.

In quest'ottica i protocolli delle comunità sono lo strumento che veicola

⁽⁹⁷⁾ G. SAJEVA, *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 115 ss. L'Autrice definisce i diritti bioculturali come: «sui generis human rights because indigenous people and local communities are granted a basket of rights not only on their interests but also on conservation of the environment» (p. 116).

⁽⁹⁸⁾ Si veda F. CITTADINO (a cura di), *Incorporating Indigenous Rights in the International Regime on Biodiversity Protection. Access, Benefit-Sharing and Conservation in Indigenous Lands*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2019, p. 274 ss.

⁽⁹⁹⁾ G. SAJEVA, *Rights With Limits: Biocultural Rights-Between Self-Determination and Conservation of the Environment*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 2015, p. 30 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ G. SAJEVA, *Culture, Biodiversity and Endogenous Development: Introducing the BioCultural Community Protocols*, in *Proceedings of the 2th Conference "Konso Cultural Landscape: Terracing and Moringa"*, Addis Ababa, 13-14 dicembre 2011, p. 71 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Dichiarazione Onu sui diritti dei contadini e altre persone che lavorano nelle zone rurali, cit., in particolare si vedano art. 4, § 2; art. 11; art. 15, § 4.

⁽¹⁰²⁾ *Ibidem*, art. 19, § 1, lett. c).

lo sviluppo “endogeno” delle comunità locali e delle popolazioni indigene nella gestione delle risorse biologiche e, nel favorire la partecipazione delle medesime nell’attuazione di normative internazionali e nazionali in tema di *Access and Benefit-sharing*, promuovono il rispetto e la progressiva affermazione dei diritti bioculturali⁽¹⁰³⁾.

4.3. – Prassi rilevante.

Lo studio dell’utilizzo dei bioprotocolli lascia emergere come gli stessi «can be considered both a process and a product»⁽¹⁰⁴⁾: nel primo senso, anche sulla scorta di quanto si è detto poc’anzi, essi sono espressione del processo consultivo di una comunità consapevole dei propri diritti sulle risorse genetiche. Come prodotto, i protocolli delle comunità sono il documento che registra la decisione della collettività di gestire le risorse secondo un approccio partecipativo culturalmente condiviso dai suoi membri⁽¹⁰⁵⁾.

La procedura consultiva che si realizza nella comunità è, ad esempio, decisiva per l’accesso alle risorse genetiche da parte degli utilizzatori nel protocollo della comunità pastorale Raika dell’India, dove la decisione sulla richiesta di acquisizione delle risorse genetiche di alcune specie animali allevate dalla tribù è subordinata alla decisione di un consiglio di anziani costituito *ad hoc*, che nel linguaggio autoctono prende il nome di *samaj panchayat*. Questo organismo esprime una decisione sulla richiesta di acquisizione del materiale genetico avanzata da ricercatori o utilizzatori commerciali e stabilisce che, una volta concesso l’accesso, la comunità ha il diritto di negoziare la ripartizione dei benefici in base a MATs⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰³⁾ Per un approfondimento sull’operatività dei protocolli di comunità si veda lo studio realizzato da Sanjay Barnel, *Biocultural Community Protocols: Articulating and Asserting Stewardship*, disponibile in naturaljustice.org/video.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. LPP, LIFE Network, *Biocultural Community Protocols for Livestock Keepers, Lokhit Pashu-Palak Sansthan* (LPPS). Sadri, Rajasthan, India, 2010, p. 26.

⁽¹⁰⁵⁾ Per un approfondimento si veda H. SHRUMM, J. JONAS, *Biocultural Community Protocols: A Toolkit for Community Facilitators*, Natural Justice, 2012, Cope Town, p. 14.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. Raika Bio-cultural Protocol disponibile in pastoralpeoples.org/docs.

Rappresenta un interessante esempio di protocollo di comunità, formulato a seguito di un processo ampiamente partecipativo, quello adottato dalle comunità indigene del Potato Park: il *Potato Park Protocol*⁽¹⁰⁷⁾. Esso è, infatti, il risultato di una concertazione che ha visto il coinvolgimento delle sei comunità Quechua che abitano in un'area del Potato Park del Perù, nota per essere uno dei maggiori centri di diversità genetica della patata⁽¹⁰⁸⁾. Con riferimento alla disciplina dell'accesso, essa è ispirata ai principi del diritto indigeno di *Ayninakuy* (reciprocità), *Yanantin* (bilateralità delle parti coinvolte) e *Rakinakuy* (equilibrio), e differisce a seconda che le risorse genetiche siano messe a disposizione dei membri della comunità, ovvero di utilizzatori stranieri⁽¹⁰⁹⁾. Nel primo caso, ogni membro delle sei comunità ha libero accesso alle risorse, con l'obbligo di non imporre restrizione alla loro circolazione e garantirne la conservazione per le generazioni future. Al contrario, per gli utilizzatori non appartenenti a dette comunità è necessario il previo consenso informato dell'assemblea generale del Potato Park⁽¹¹⁰⁾. Il Potato Park rappresenta senz'altro un esempio virtuoso che adatta il PIC e MAT, come delineato dal Protocollo di Nagoya, alle specificità del diritto indigeno delle comunità Quechua partecipanti. Come è stato rilevato da Argumedo, ciò dimostra come «[h]ow the Protocol [Nagoya Protocol] may be adapted to paradigms beyond the orthodox Western economic exploitation model»⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ A. ARGUMEDO, *Community Biocultural Protocols. Building Mechanisms for Access and Benefit Sharing among the Communities of the Potato Park based on Customary Quechua Norms*, in THE POTATO PARK COMMUNITIES, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (a cura di), *Protecting Community Rights over Traditional Knowledge: Implications of Customary Laws and Practices Project*, 2011, p. 2 ss., consultabile in pubs.iied.org.

⁽¹⁰⁸⁾ A. ARGUMEDO, *Decolonising Action-Research: the Potato Park Biocultural Protocol for Benefit-Sharing*, in *Biodiversity and Culture: Exploring Community Protocols and Consent Rights*, vol. 65 Participatory Learning and Action Series, IIEDS Publications, 2012, p. 91 ss.; S. VEZZANI, *Le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura nel dibattito sui «global commons»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 461 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ A. ARGUMEDO, *Community Biocultural Protocols*, cit., p. 9 ss.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, p. 12. L'Autore svolge un interessante parallelo tra le disposizioni del Potato Park Protocol e quelle del Protocollo di Nagoya dando un'interessante dimostrazione della corrispondenza dei testi.

Nonostante la diffusione di bioprotocolli, in dottrina è stato evidenziato come essi non abbiano ancora ottenuto adeguato riconoscimento nella normativa nazionale in tema di *Access and Benefit-sharing*, come auspicato dal Protocollo di Nagoya⁽¹¹²⁾. È stato stimato, infatti, che solo poche legislazioni nazionali in tema di *Access and Benefit-sharing* hanno incluso previsioni finalizzate ad attribuire rilevanza giuridica vincolante ai bioprotocolli mentre, nella maggior parte dei casi, Stati come Bangladesh, Thailandia Vietnam, Mongolia o Cina, non si sono dotati di misure amministrative legislative o amministrative inclusive dei protocolli delle comunità⁽¹¹³⁾.

Espresso richiamo ai *community protocols* per il momento della concessione del previo consenso informato all'utilizzazione si rinviene invece in Bhutan: l'*Access and Benefit-sharing Policy* del 2015, sebbene strumento di *soft law*, menziona i *community protocols* definendoli specificatamente come: «protocols developed through a participatory process based on customary laws and values by local custodians of Bhutan's genetic resources and/or associated traditional knowledge detailing at the minimum a clear process for acquiring their free and prior informed consent and establishing mutually agreed terms and benefit sharing with respect to any utilization of their resources and knowledge»⁽¹¹⁴⁾.

Quindi, prevede l'impegno delle autorità statali di garantire il ruolo di amministratori fiduciari (*trusteeship*) delle comunità sulle risorse genetiche, supportando lo sviluppo di protocolli: «on which they [local communities] can grant Prior Informed Consent (PIC) and negotiate Mutually Agreed Terms (MATs) where they have established rights to grant access to genetic resources and/or associated traditional knowledge»⁽¹¹⁵⁾.

Similmente, in termini di diritto a manifestare il previo consenso all'accesso alle risorse genetiche, si esprime la normativa del Burkina Faso, nel cui

⁽¹¹²⁾ A. ARJJUMEND, *Recognition of Customary Law and Institutions and Community Protocols of Indigenous People in Domestic ABS Legislation or Policies in Accordance with the Provisions of Nagoya Protocol*, in *Journal of Vasył Stefanyk Precarpathian National University*, 2018, p. 67 ss.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*, p. 77.

⁽¹¹⁴⁾ *Access and Benefit Sharing Policy of Bhutan 2015*, cit., art. 6, lett. b).

⁽¹¹⁵⁾ *Ibidem*, art. 8, § 1.2.

contesto l'intervento delle comunità locali per l'accesso è considerato come un diritto inalienabile⁽¹¹⁶⁾.

5. — *Gli utilizzatori delle risorse genetiche.*

Gli utilizzatori del materiale genetico rappresentano la controparte dei *providers* nello scambio delle risorse genetiche, con interessi contrapposti rispetto a questi ultimi. La Convenzione di Rio si limita a prescrivere gli obblighi posti in capo a chi sfrutta il materiale genetico, ma non si sofferma sul significato di «utilizzazione», né indica chi siano coloro che nel corso della *value chain* intervengono sulla risorsa genetica.

Nel testo delle Linee Guida di Bonn, si fa riferimento agli utilizzatori intesi come persone fisiche o giuridiche⁽¹¹⁷⁾ e alle «contracting Parties with users of genetic resources under their jurisdiction»⁽¹¹⁸⁾. In letteratura, tale espressione è stata sintetizzata nel termine *user country*⁽¹¹⁹⁾, e ciò per indicare uno Stato che esercita la giurisdizione sui soggetti che sfruttano la risorsa genetica acquisita dallo Stato *provider*⁽¹²⁰⁾.

Per quanto riguarda il Protocollo di Nagoya, già il preambolo fa riferimento agli utilizzatori (*users*) della risorsa genetica⁽¹²¹⁾; nell'ambito di questi

⁽¹¹⁶⁾ CONSEIL NATIONAL DE LA TRANSITION, Loi d'orientation agro-sylvo-pastorale, halieutique et faunique au Burkina Faso, Loi n. 070-2015/CNT, art. 102.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. Linee Guida di Bonn, General Provisions, § 7, lett. a); d); g).

⁽¹¹⁸⁾ *Ibidem*, § 16, lett. d) (corsivo aggiunto).

⁽¹¹⁹⁾ La definizione di utilizzatore comporta considerare tanto lo Stato quanto le persone fisiche e giuridiche che impiegano le risorse genetiche. In questo caso è opportuno rilevare il ruolo dello Stato che esercita il controllo e verificano il rispetto della *compliance* ai sistemi di *Access and Benefit-sharing*. In tal caso la nozione dovrebbe essere declinata al plurale *user countries*.

⁽¹²⁰⁾ Tvedt e Young impiegano l'espressione "User Country" per indicare: «The country with jurisdiction over a user in a given ABS [Access and Benefit-Sharing] transaction, whether such jurisdiction is due to nationality of the user or because the user's activities (utilizing the genetic resources) are occurring within that country's jurisdiction. In an ABS transaction, there may be more than one user country». Cfr. M.W. TVEDT, T. YOUNG, *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*, cit., p. 13.

⁽¹²¹⁾ Cfr. Protocollo di Nagoya, Preambolo, § 10.

ultimi, vi sono gli Stati utilizzatori e i soggetti che sfruttano il materiale genetico. Gli Stati *user* sono tenuti ad adottare delle legislazioni che controllino e monitorino le attività di sfruttamento degli *stakeholders* sottoposti alla loro giurisdizione, per verificare la conformità alla legislazione degli Stati *provider*.

A livello regionale, una maggiore specificazione della posizione dell'utilizzatore si rinviene nel regolamento europeo Reg. 511/2014 che lo definisce quale «qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza risorse genetiche o conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche»⁽¹²²⁾.

Il Protocollo di Nagoya prevede, altresì, obblighi in capo a chi utilizza il materiale genetico. Più specificatamente, quando gli utilizzatori intendono realizzare campagne di bioprospezione o impiegare tecniche biotecnologiche sul materiale genetico devono rispettare (ove esistenti) sia la normativa in materia di *Access and Benefit-sharing* dello Stato *provider*, sia le misure nazionali dello Stato utilizzatore che stabiliscono il rispetto della *due diligence* o sanzionano le imprese che incorrano nelle violazioni degli obblighi di PIC e MATs.

Dalla definizione di *utilization of genetic resources* ai sensi dell'art. 2, lett. c)⁽¹²³⁾ del Protocollo di Nagoya è possibile dedurre che sono utilizzatori coloro che svolgono attività di ricerca e sviluppo⁽¹²⁴⁾ sul materiale genetico, sulla composizione genetica o biochimica delle risorse genetiche anche attraverso l'applicazione della biotecnologia.

⁽¹²²⁾ Regolamento (UE) N. 511/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle misure di conformità per gli utilizzatori risultanti dal protocollo di Nagoya relativo all'accesso alle risorse genetiche e alla giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione nell'Unione, 16 aprile 2014, GUUE L. 150/59, 20.5.2015, art. 3, n. 4.

⁽¹²³⁾ *Ibidem*, art. 2, testualmente definisce «Utilization of genetic resources» come l'attività «[to] conduct research and development on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources, including through the application of biotechnology as defined in Article 2 of the Convention».

⁽¹²⁴⁾ Per un'esaustiva disamina della definizione di “ricerca e sviluppo” si veda il Manuale di Frascati in base al quale l'espressione «research and experimental development (R&D)» si sostanzia in «creative and systematic work undertaken in order to increase the stock of knowledge [...], and to devise new applications of available knowledge». Cfr. OECD, Frascati Manual, 2015, § 2.2, consultabile in conicyt.cl/wp-content.

Sulla scorta di tale indicazione testuale, e in base alle modalità di utilizzazione del materiale genetico, parte della dottrina ha differenziato gli utilizzatori che realizzano ricerca e sviluppo di base con finalità non commerciale (*upstream actors*) da coloro che, invece, svolgono ricerca applicata diretta alla realizzazione di prodotti volti al mercato (*downstream actors*)⁽¹²⁵⁾. Tale distinzione, tuttavia, non appare così netta nella realtà dello sfruttamento delle risorse genetiche, e l'alternativa tra ricerca e sviluppo diretti alla commercializzazione e attività non orientate al mercato non è ben definita né definibile, soprattutto, al momento dell'acquisizione della risorsa: basti pensare alle ipotesi di imprese che, pur operando sul mercato, sono attive in progetti di cooperazione con centri di ricerca e università per scopi esclusivamente di indagine scientifica. Al contrario, si considerino quelle attività di ricerca scientifica di base che portano alla realizzazione di invenzioni con risvolti commerciali.

La comunità scientifica è certamente uno dei principali fruitori delle risorse genetiche che circolano in base al regime internazionale di *Access and Benefit-sharing*, ed infatti, nell'ambito degli utilizzatori, è possibile ritrovare le collezioni *ex-situ* come orti botanici, banche di germoplasma, università o centri di ricerca, quando gli stessi non operino in qualità di intermediari delle risorse genetiche⁽¹²⁶⁾, bensì come *users upstream* per lo svolgimento di attività principalmente non commerciale ma di studio, tassonomia o conservazione⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁵⁾ E. MORGERA, M. GEELHOED, *Consultancy on the Notion of 'Utilisation' in the Nagoya Protocol and the EU ABS Regulation for the Upstream Actors*, 2016, p. 4 ss., consultabile in ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/international.

⁽¹²⁶⁾ A titolo esemplificativo si veda il permesso di accesso concesso dall' autorità competente di Malta per gli studi sulle proprietà bioattive delle macroalghe delle zone costiere maltesi, disponibile in absch.cbd.int/countries/MT. Si specifica che, nel caso di specie, non è possibile indicare chi abbia conseguito la disponibilità poiché trattasi di informazione confidenziale non resa nota. Inoltre si vedano le molteplici acquisizioni a fini di ricerca delle risorse genetiche animali di alcune specie di pesci dello stato di Panama consultabile su absch.cbd.int/countries/PA.

⁽¹²⁷⁾ Le principali utilizzazioni delle collezioni *ex-situ* sono attività di conservazione, studi di filogenesi e ricerca tassonomica, quest'ultima diretta all'identificazione e catalogazione delle risorse genetiche. Si pensi alle attività di conservazione condotte dal Centro Nacional de Recursos Genéticos (CNRG) del Messico come documentate nella richiesta di permesso

Per quanto concerne gli utilizzatori commerciali, i settori industriali coinvolti sono molteplici (industria biotecnologia, farmaceutica, agro-alimentare) e, in tali ambiti, l'utilizzo delle risorse genetiche è estremamente variegato.

Nelle misure legislative o amministrative adottate da alcuni Stati parte del Protocollo di Nagoya si registrano una grande varietà di soggetti utilizzatori e di procedure differenziate per conseguire la disponibilità delle risorse genetiche, a seconda della finalità di sfruttamento manifestata dagli *users* nella richiesta di accesso. Ad esempio, in Ecuador, la normativa nazionale distingue le utilizzazioni con finalità scientifiche da quelle commerciali e, inoltre, prevede una disciplina *ad hoc* per gli utilizzatori nell'ambito dell'attività di studio e ricerca⁽¹²⁸⁾. La richiesta di accesso per utilizzazioni di studio e ricerca può essere avanzata da centri di ricerca ecuadoriani riconosciuti dall'autorità nazionale per l'ambiente e dal segretariato nazionale per l'alta educazione, scienza, tecnologia e innovazione⁽¹²⁹⁾. I termini reciprocamente concordati tra le parti sono stabiliti in un contratto che esclude l'utilizzazione commerciale dei risultati della ricerca condotta sulle risorse genetiche acquisite⁽¹³⁰⁾.

Anche nel regolamento che disciplina l'accesso alle risorse genetiche del Perù⁽¹³¹⁾ è prevista la conclusione di un contratto di utilizzazione per *upstream activities*, che differisce dal contratto di accesso concluso per le utilizzazioni commerciali⁽¹³²⁾.

di accesso a risorse genetiche vegetali quali, ad esempio, la passiflora o i micromiceti consultabile in absch.cbd.int/countries/MX.

⁽¹²⁸⁾ Decreto Ejecutivo 905, *Reglamento al régimen común sobre acceso a los recursos genéticos*, Registro Oficial Suplemento 553 de 11 octubre 2011, disponibile in absch.cbd.int/api.

⁽¹²⁹⁾ *Ibidem*, art. 2, § 4; art. 39.

⁽¹³⁰⁾ *Ibidem*, art. 6 che definisce il "contrato marco": «es aquel que se suscribe con fines de investigación de acceso a recursos genéticos. Los resultados de las investigaciones amparadas en un Contrato Marco, no podrán ser utilizados para fines comerciales».

⁽¹³¹⁾ Si veda Decreto N. 003-2009-Minam, *Reglamento de acceso a recursos genéticos*, 31 dicembre 2008, Titolo VII, art. 24.

⁽¹³²⁾ *Ibidem*, Titolo VI, art. 20.

Nelle Linee guida di applicazione del Protocollo di Nagoya adottate in Giappone, nello scambio delle risorse genetiche, sono coinvolti l'utilizzatore, l'acquirente e l'importatore, ognuno dei quali è tenuto a presentare, al momento dell'accesso, una ben individuata tipologia di permessi per conseguire l'accesso e per l'utilizzazione delle medesime⁽¹³³⁾. Con riferimento agli utilizzatori si distingue, ai fini della fase di acquisizione, fra chi ha disponibilità della risorsa genetica esistente in condizioni *in-situ* e la utilizza entro il territorio giapponese, e chi acquisisce la risorsa genetica *ex-situ* per utilizzare la medesima fuori dal Giappone. In entrambi i casi è comunque previsto l'obbligo di conclusione di accordi per la ripartizione dei benefici⁽¹³⁴⁾.

Nella legislazione del Vietnam, il decreto che attua la normativa nazionale in tema di biodiversità impiega la locuzione *accessor* per indicare i privati o le organizzazioni che sono sottoposti alla sovranità del Vietnam e che acquistano le risorse genetiche al fine di utilizzarle⁽¹³⁵⁾. L'*accessor*, che di fatto è l'utilizzatore delle risorse genetiche, è sia l'utilizzatore straniero ("foreign individuals or organizations"⁽¹³⁶⁾), sia quello nazionale ("domestic organizations and individuals"⁽¹³⁷⁾); entrambi devono ottenere un permesso da parte del Ministero dell'Agricoltura e dello Sviluppo Rurale per avere accesso alle risorse genetiche⁽¹³⁸⁾. Inoltre, sempre il decreto specifica che le attività per le quali l'*accessor* può richiedere l'accesso alla risorsa genetica sono: «research for non-commercial purposes; research for commercial purposes; com-

⁽¹³³⁾ Si vedano *Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization*, Chapter 2, No.1; §§ 1, 3; Chapter 3, No. 1, § 2, consultabile in absch.cbd.int/api.

⁽¹³⁴⁾ *Ibidem*, Capitolo 3, n. 3.

⁽¹³⁵⁾ Si veda Decree No. 59/2017/ND-CP, *Decree on the Management of Access to Genetic Resources and the Sharing of Benefit Arising From Their Utilization*, 12 maggio 2017, art. 3, § 2, consultabile in absch.cbd.int/api.

⁽¹³⁶⁾ *Ibidem*, art. 4, § 2.

⁽¹³⁷⁾ *Ibidem*, art. 4, § 3.

⁽¹³⁸⁾ *Ibidem*, art. 6.

mercial product development»⁽¹³⁹⁾. Entrambi sia utilizzatori nazionali che stranieri devono registrarsi e richiedere una licenza per accedere alle risorse genetiche ma quest'ultimi devono concludere un accordo di cooperazione con organizzazioni di ricerca vietnamite⁽¹⁴⁰⁾.

Anche in India, gli utilizzatori come ricercatori, enti di ricerca indiani o istituti statali che svolgono ricerca non commerciale, ovvero ricerca epidemiologica fuori dal territorio indiano⁽¹⁴¹⁾, sono distinti dagli utilizzatori commerciali⁽¹⁴²⁾. Gli utilizzatori che svolgono attività di ricerca in India, siano essi stranieri ovvero nazionali, qualora intendano divulgare i risultati dell'utilizzazione fuori da territorio indiano devono essere autorizzati dall'autorità nazionale competente⁽¹⁴³⁾.

Alla luce di quanto sopra esposto, quindi, anche nell'individuazione della controparte utilizzatrice delle risorse genetiche l'analisi della normativa nazionale degli Stati parte della Convenzione di Rio e del Protocollo di Nagoya, non si riscontra una prassi uniforme. La maggior parte degli Stati distingue tra utilizzatori a fini commerciali e non commerciali, coinvolgendo un'ampia gamma di attori nella *value chain*⁽¹⁴⁴⁾ che interessa il ma-

⁽¹³⁹⁾ *Ibidem*, § 7.

⁽¹⁴⁰⁾ *Ibidem*, art. 9, § 2, lett. c).

⁽¹⁴¹⁾ Si veda *Guidelines on Access to Biological Resources and Associated Knowledge and Benefit Sharing Regulations*, 2014, § 1. The Gazette of India: Extraordinary, part. II-Sec. 3 i), disponibile in absch.cbd.int/database/record.

⁽¹⁴²⁾ *Ibidem*, § 3. Sono, inoltre, previsti ulteriori utilizzatori nello sfruttamento della risorsa genetica e le linee guida indicano il prezzo delle transazioni.

⁽¹⁴³⁾ *India Biological Diversity Rules 2004*, art. 17, § 1, Gazette of India, Part. II, section 3, sub section i), 15 aprile 2004. Testo consultabile in absch.cbd.int/database/record.

⁽¹⁴⁴⁾ Il termine *value chain* è utilizzato nello studio per indicare le fasi a cui possono essere sottoposte le risorse genetiche al fine di svilupparne il valore ambientale, sociale ed economico. Si adatta al presente lavoro la definizione di *genetic resources value chain* di cui al glossario in uso presso la Commissione Europea per il regime *Access and Benefit-sharing*. La voce *Genetic resources value chain* indica: «the totality of typical steps taken to create environmental, social and economic value on genes and naturally occurring bio-chemicals found in nature. The genetic resources value chain starts with the collection of some material and possibly ends with the successful commercialization of the final products», disponibile in ec.europa.eu/environment/nature.

teriale genetico e che si dipana dalla fase di acquisizione all'utilizzazione in termini di ricerca di base, applicata o ricerca e sviluppo a fini commerciali. Pertanto, mentre nel Protocollo di Nagoya il principale distinguo è tra attività connotate o meno dalla ricerca e sviluppo, indipendentemente dal fatto che siano commerciali, nella prassi normativa degli Stati la principale distinzione è tra utilizzatori commerciali e non.

6. — *Conclusioni.*

L'analisi svolta lascia emergere come il panorama degli attori del sistema di accesso e condivisione dei benefici delineato dal Protocollo di Nagoya si presenti costellato da una pluralità di soggetti con molteplici prerogative, istanze di tutela e interessi.

Il dato letterale che emerge dalla Convenzione di Rio e che si integra con quello del suo Protocollo addizionale non appare chiaro nel definire talune situazioni complesse che coinvolgono lo Stato *provider* e quello intermedio, quest'ultimo, in particolare, "figura" di difficile individuazione nella prassi e nella legislazione statale.

Rispetto alla parte che mette a disposizione la risorsa genetica, l'analisi delle molteplici differenziazioni rilevate nello studio non ha soltanto lo scopo di evidenziare l'impiego di una diversa terminologia nelle definizioni impiegate nei Trattati, ma è funzionale alla comprensione di aspetti fondamentali del meccanismo di *Access and Benefit-sharing*. Sulla scorta di quanto detto è, infatti, possibile asserire che, in primo luogo, l'originarietà o l'adattamento fisico-naturalistico del materiale genetico entro il territorio in cui lo Stato esercita la propria sovranità è *conditio sine qua non* affinché il medesimo Stato possa essere qualificato quale *provider* e, pertanto, acconsentire o meno all'accesso da parte dell'utilizzatore.

Diversamente e come sopra argomentato, la qualificazione di Stato intermedio comporta importanti considerazioni rispetto al tema della condivisione dei benefici e ossequio del principio di equità internazionale intrinseco nel meccanismo di *Access and Benefit-sharing*. Sulla scorta di quanto detto è qui

possibile aggiungere come un simile Stato, operando nel senso individuato nella dottrina, e cioè consentendo il trasferimento (in tutto o in parte) dei benefici economici verso il Paese di origine, introduca nell'ambito del sistema di scambio delle risorse genetiche un elemento di giustizia ambientale distributiva che deve essere valutata caso per caso⁽¹⁴⁵⁾.

Con riferimento alla controparte negoziale, e cioè quella utilizzatrice, oltre agli aspetti precedentemente indicati è possibile concludere come non vi sia uniformità nella prassi e gli Stati abbiano scelto un criterio di distinzione degli *users* in base all'utilizzazione commerciale o meno della risorsa. Occorre a tal proposito evidenziare come una più attenta individuazione della parte utilizzatrice si possa riscontrare nel contesto dell'Unione Europea in considerazione del fatto che il Reg. 511/2014 la include nel proprio impianto definitorio disciplinando ulteriori misure di conformità alle disposizioni del Protocollo di Nagoya⁽¹⁴⁶⁾.

Rispetto all'emersione di nuove soggettività non statali nel momento di accesso alle risorse genetiche, l'obiettivo di una loro adeguata partecipazione, il coinvolgimento nella manifestazione di consenso e il riconoscimento di bioculturali non può considerarsi pienamente raggiunto. Sebbene il Protocollo di Nagoya rappresenti un passo in avanti nel menzionare alcuni strumenti di espressione dei popoli indigeni e delle comunità locali, permangono taluni aspetti problematici. In primo luogo, l'elaborazione dei bioprotocolli potrebbe scontrarsi con l'ostilità dei popoli indigeni ad adattare in forma scritta le proprie pratiche tradizionali, al punto che gli stessi lo percepiscano come in contraddizione alla tradizione orale o incompatibile con essa⁽¹⁴⁷⁾. Inoltre, la codificazione da parte di un'autorità rappresentativa potrebbe non

⁽¹⁴⁵⁾ E. MORGERA, *Justice, Equity and Benefit-sharing under the Nagoya Protocol to the Convention on Biological Diversity*, Edinburgh School of Law Research Paper Series, University of Edinburgh, 2015, consultabile in dx.doi.org.

⁽¹⁴⁶⁾ Regolamento (UE) n. 511/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle misure di conformità per gli utilizzatori risultanti dal protocollo di Nagoya relativo all'accesso alle risorse genetiche e alla giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione nell'Unione, cit., art. 4.

⁽¹⁴⁷⁾ N.A. DELGADO, *Community Protocols as Tools for Resisting Exclusion in Global Environmental Governance*, in *Revista de Administração de Empresas*, 2016, p. 399 ss.

cogliere la multiforme realtà dei popoli indigeni, o non considerare le differenti modalità di custodia e gestione. Per questo sembra possibile ritenere che il superamento delle difficoltà evidenziate sia indispensabile affinché i bioprotocolli diventino uno strumento realisticamente operativo nella fase di accesso delle risorse genetiche, riescano a rendere eque le transazioni e i rapporti contrattuali tra i custodi millenari delle risorse in questione e gli utilizzatori stranieri.

SILVIO PIETRO CERRI^(*)

TRATTAMENTO ILLECITO DEI DATI PERSONALI E RISARCIMENTO DEL DANNO NON PATRIMONIALE

ABSTRACT: The contribution examines the issue of compensation for non-pecuniary damage in the event of violation of data protection. For years, the majority orientation has led the unlawful processing of personal data to a hypothesis of objective liability, also in light of the explicit reference made by Legislative Decree 196/2003 to art. 2050 of the Italian Civil Code. Therefore, the injured party who complained of the infringement of the non-pecuniary interest had to demonstrate the existence of the damage and the causal link with respect to the illicit treatment, while it was up to the data controller to prove the adoption of every measure suitable to avoid the damage. This scheme is substantially confirmed by art. 82 GDPR, which, on the basis of the *accountability* principle, charges the data controller with the risk of business. It is therefore believed that civil liability, also in light of the GDPR, must always be framed in the same logic of the general system of articles 2043 and 2059 of the Italian Civil Code.

SOMMARIO: 1. Responsabilità civile da trattamento illecito dei dati personali. Profili generali. – 2. Natura della responsabilità e onere della prova. – 3. Principio di *accountability*. – 4. Trattamento illecito e legittimazione passiva. – 5. Danno risarcibile e valutazione del danno non patrimoniale nel GDPR. Questioni interpretative. – 6. L'ordinanza n. 19328/2020.

1. — *Responsabilità civile da trattamento illecito dei dati personali. Profili generali.*

A norma dell'art. 82, § 1 del reg. 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE (c.d. GDPR), «chiunque subisca un danno materiale o immateriale» in conseguenza della violazione delle regole statuite nel GDPR «ha il diritto di ottenere il risarcimento» del danno medesimo «dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento», i quali sono esonerati da responsabilità

^(*) Università degli Studi di Perugia.

qualora (§ 3) dimostrino che l'evento dannoso non è a loro, in alcun modo, imputabile.

La disposizione, da leggersi in combinato disposto con i Considerando 24 e 146 e con l'art. 24 GDPR, trova il proprio antecedente nell'art. 23 della direttiva 25 ottobre 1995, n. 95/46/CE, attuata a mezzo dell'art. 18 della l. 31 dicembre 1996, n. 675 e, quindi, con l'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice Privacy), dai quali si distingue, tuttavia, per alcuni importanti profili.

Partendo dalla disamina delle categorie generali della responsabilità aquiliana, si pone anzitutto in evidenza l'esplicitazione del presupposto d'illiceità del trattamento effettuato *contra ius* (nella fattispecie, in violazione del GDPR), e ciò rende evidente anche una soluzione sistematicamente coerente in ordine al dibattito dottrinale nato alla luce dell'assenza, nella previsione dell'abrogato art. 15 Codice Privacy (ove si discuteva del mero danno cagionato «per effetto del trattamento di dati personali»), a riferimento alcuno ad illiceità o scorrettezza del trattamento: a fronte dell'impostazione che da detta assenza inferiva la risarcibilità del danno non patrimoniale a titolo di responsabilità da atto lecito, può dirsi, ad oggi, accolta l'opinione che limitava, in coerenza con l'art. 2043 c.c., sia la responsabilità al trattamento svolto in contrasto con la norma (pertanto, illecito), sia il conseguente obbligo risarcitorio, al danno ingiustamente provocato⁽¹⁾.

Si tratta di principio il quale, peraltro, da tempo risultava unanimemente accolto in giurisprudenza, secondo cui, non costituendo l'art. 2059 c.c. autonoma fattispecie illecita, bensì da ricondursi al regime di cui all'art. 2043 c.c., il risarcimento deve intendersi dovuto per il danno che risulti quale conseguenza di reato ovvero di violazione di diritti costituzionali. Così era stato, infatti,

⁽¹⁾ Cfr. G. COMANDÉ, *Art. 15*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 "Codice della privacy"*, Padova, 2007, p. 394. *Contra*, pertanto in linea con l'idea che la prova della manifesta violazione della normativa determini l'allontanamento della disciplina in commento da quella di cui all'art. 2050 c.c., M. BARBAROSSA, C. BENVENUTO, V. CEROCCHI, *La responsabilità civile e danno da trattamento illecito dei dati alla luce del Regolamento*, in G. CASSANO, V. COLAROCCHO, G.B. GALLUS, F.P. MICOZZI, *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018, p. 367.

deciso per un caso di violazione del dettato dell'art. 11 Codice Privacy, con rilievo dell'elemento della risarcibilità del danno, tuttavia, rimasto ancorato alla necessaria, ulteriore valutazione della relativa ingiustizia, con riguardo sia alla dimostrata gravità della lesione che alla serietà del pregiudizio⁽²⁾.

2. — *Natura della responsabilità e onere della prova.*

La fonte regolamentare non contiene, naturalmente, il rinvio già espresso nell'art. 15 Codice Privacy all'applicazione della disciplina dettata *ex art.* 2050 c.c. per la responsabilità da attività pericolosa, e sul punto tace anche il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 (“Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)”), di armonizzazione del Codice Privacy al GDPR.

Per poter quindi comprendere appieno lo stato normativo e giurisprudenziale attuale in materia di responsabilità civile conseguente all'illecito trattamento di dati personali è necessaria, anzitutto, una breve disamina dell'*excursus* maturatosi, nel nostro ordinamento, nel passaggio dal d.lgs. 196/2003 (Codice Privacy) al reg. 2016/679/UE (GDPR).

L'art. 15 Codice Privacy, oggi abrogato *ex art.* 27, lett. *a*), n. 2 del d.lgs. 101/2018, prevedeva un'ipotesi di responsabilità civile aggravata, con conseguente risarcimento del danno, in base a quanto statuito dall'art. 2050 c.c.: in sostanza, poteva dirsi equiparata *ex lege* l'attività di trattamento di dati personali all'esercizio di attività considerate come “pericolose”, per le quali l'art. 2050 c.c. prevede, per l'appunto, una significativa rimodulazione, rispetto alla statuizione generale di cui all'art. 2043 c.c., dell'*onus probandi* a carico del danneggiato, con conseguente mero obbligo del danneggiato di

⁽²⁾ Cfr. Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, in *Foro it.*, 2015, I, c. 120.

dimostrare evento e relativo rapporto di causalità con il danno lamentato, e rimanente prova liberatoria spettante al danneggiante, il quale ultimo doveva dimostrare di avere fatto uso di tutte le cautele necessarie ad evitare il danno medesimo non potendo, pertanto, addebitarsi alcun profilo di dolo o colpa (principio oggi noto in termini di *accountability*)⁽³⁾.

Secondo parte di dottrina e giurisprudenza⁽⁴⁾, tale previgente regime di responsabilità civile per illecito trattamento di dati personali è ravvisabile in termini di responsabilità oggettiva, derivante da presunzione di responsabilità propria di chi eserciti attività pericolose, che consente al danneggiante di sottrarsi all'addebito solo dando prova di caso fortuito o forza maggiore; altro orientamento⁽⁵⁾ parla, al contrario, di responsabilità di tipo aggravato da presunzione di colpa, superabile esclusivamente alla luce dell'acclaramento di circostanza impeditiva di adozione, secondo diligenza di tipo non ordinario bensì professionale, ogni misura prudenziale e periziale idonea ad evitare l'evento dannoso⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Sul punto v. più approfonditamente *infra*, § 3.

⁽⁴⁾ Così M. FRANZONI, *Responsabilità derivante da trattamento dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO, F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milano, 2014, p. 831; M.G. RESTA, A. SALERNO, *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, in P.G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, p. 670. Parte della giurisprudenza di merito tende a riconoscere una natura oggettiva alla responsabilità da illecito trattamento dei dati personali: v. Trib. Bari, 23 luglio 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 864; Trib. Pordenone, 16 aprile 2010, in *Danno e resp.*, 2011, p. 215; Trib. Lecce, 5 agosto 2008, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2541; Trib. Mantova, 5 agosto 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 1227. *Contra*, Trib. Napoli, 3 febbraio 2003, in *Giur. nap.*, 2003, 5, p. 191; per la giurisprudenza di legittimità che, in linea con le pronunce degli ultimi anni, propende per individuare nell'art. 15 Codice Privacy un'ipotesi di inversione di onere della prova relativamente alla colpevolezza del danneggiante, v., *ex multis*, Cass., 25 gennaio 2017, n. 1931, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 837.

⁽⁵⁾ In termini di responsabilità aggravata per colpa presunta si esprime C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 709; F. MACARIO, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 48 ss. Per la giurisprudenza di legittimità, ove si afferma in particolare come vi sia ricorrenza di presunzione di colpa a carico del danneggiante nell'ipotesi di cui all'art. 2050 c.c., cfr. Cass., 5 luglio 2017, n. 16637, in *Mass. Giur. it.*, 2017.

⁽⁶⁾ Cfr. inoltre, sul punto, E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-*

Nel regime *ante* riforma *ex* d.lgs. 101/2018 del Codice Privacy, i principi generali di riferimento in materia di protezione di dati personali potevano rinvenirsi in quello di liceità e trasparenza del trattamento (art. 11), nel principio dell'informativa all'interessato (art. 13), nel principio del consenso dell'interessato (art. 23), nel principio della notificazione al Garante del trattamento di dati personali da parte del titolare (art. 37), nonché nel principio di sicurezza del trattamento (art. 31). In particolare, in base all'art. 11 Codice Privacy, la violazione delle modalità di raccolta prescritte da detta norma, ovvero dei requisiti qualitativi dei dati personali, legittimava il danneggiato ad ottenere il risarcimento dei danni non patrimoniali come espressamente previsto *ex* art. 15, 2° comma: ciò, pur senza alcuna sanzionabilità a livello né penale, né amministrativo. Ancora, *ex* art. 31 Codice Privacy l'omessa adozione di misure preventive di sicurezza costituiva fatto rilevante sia dal punto di vista civile che penale: sotto il primo profilo gli operatori del trattamento, in caso di omessa adozione di misure preventive di sicurezza, erano tenuti al risarcimento dei danni causati dal trattamento, e l'omessa adozione di preventive misure di sicurezza, ascrivibile a trattamento non corretto di cui all'art. 11, lett. *a*), comportava quindi, oltre al risarcimento del danno patrimoniale, anche di quello non patrimoniale in base al citato 2° comma dell'art. 15, corrispondente, peraltro, al previgente art. 29, 9° comma della l. 675/1996.

In sintesi, secondo un orientamento dottrinale minoritario, la natura della responsabilità da illecito trattamento dei dati doveva inquadarsi, *ex* art. 15 Codice Privacy, in termini, alternativamente: *a*) di responsabilità contrattua-

sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR, Milano, 2019, p. 32 s., secondo il quale l'onere della prova a carico del soggetto che abbia posto in essere il trattamento illecito dei dati personali indurrebbe, ad ogni modo, a considerarne come oggettiva la relativa responsabilità, in quanto è di tutta evidenza come alla luce dell'applicazione di ogni misura idonea ad evitare il danno de quo, quest'ultimo non avrebbe modo di verificarsi. Detta presunzione di colpa, è bene sottolinearlo, opera anche ove il nesso di causalità tra attività di trattamento ed evento dannoso risulti dimostrato non dal danneggiato ma da parte del giudice; ancora, è utile fare presente come la prova liberatoria non possa rinvenirsi nell'eventuale prova del concorso, nel fatto dannoso, del danneggiato ovvero del terzo, bensì almeno nella prova dell'interruzione del nesso causale ad opera esclusiva di questi ultimi.

le⁽⁷⁾, *rectius* quale inadempimento contrattuale *ex art.* 1218 c.c., e ciò alla luce del rapporto di trattamento dati, di natura obbligatoria, che intercorre tra titolare e interessato; *b)* di responsabilità da contatto sociale qualificato⁽⁸⁾.

In realtà, nonché in linea con l'orientamento maggioritario, deve propendersi per qualificare detta responsabilità come di tipo extracontrattuale, con articolazione nel *favor* per l'assimilazione alla regola generale di cui all'art. 2043 c.c., da una parte, e per il riconoscimento della specialità di detto regime in quanto equiparabile a quello afferente all'esercizio di attività pericolose⁽⁹⁾. Inoltre, l'eventuale rinvenibilità di un mancato vantaggio derivante dall'inquadramento della responsabilità da illecito trattamento dei dati nell'ambito della extracontrattualità – si pensi alla prescrizione dell'azione di responsabilità meno ampia (5 anni, *ex art.* 2947 c.c.) rispetto al contesto di tipo contrattuale (10 anni) – risulta assorbito dalla tutela rafforzata garantita dal concetto di responsabilità per esercizio di attività pericolosa di cui all'art. 2050 c.c., applicato, in via analogica, dall'abrogato art. 15 Codice Privacy.

⁽⁷⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 539 ss; E. PELLECCIA, *La responsabilità civile per trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 221 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Buona fede e responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 357 ss., il quale si esprime in modo favorevole riguardo all'applicabilità, del regime della responsabilità per violazione di obblighi connessi allo *status*, alla responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali; F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 369 ss., spec. p. 388, il quale, relativamente all'art. 82 GDPR, riconduce la relazione, tra interessato danneggiato e operatori del trattamento, nella dimensione del rapporto obbligatorio; F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Milano, 2019, p. 450 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. in tal senso C. CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 653 ss., spec. p. 677 ss.

⁽⁹⁾ Riguardo alla responsabilità da contatto sociale del medico, la quale, in ottica di rafforzamento della tutela del soggetto sottoposto a trattamento sanitario, estende al medico la responsabilità contrattuale prevista in capo alla struttura ospedaliera v., *ex multis*, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 1, c. 3332. In dottrina, imprescindibile la disamina sul rapporto tra buona fede ed equità nella giurisprudenza italiana con particolare riferimento, tra l'altro, alle situazioni di potestà e c.d. contatto sociale, effettuata in A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 37 ss., spec. p. 102 ss.

Oggi, in base al GDPR, la natura dell'illecito e, di conseguenza, la ripartizione dell'onere della prova possono comunque tracciarsi attraverso l'interpretazione sistematica dell'art. 82: si tratta, in sostanza, di comprendere se la causa di esclusione della responsabilità che viene descritta dal § 3 (in base a cui «il titolare o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità» ove dimostri «che l'evento dannoso non» sia a lui imputabile in alcun modo) in termini di «non imputabilità» dell'evento dannoso, si riferisca all'esclusione del nesso di causalità ovvero dell'elemento soggettivo dell'illecito⁽¹⁰⁾.

Il Considerando 146 GDPR statuisce come «il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento» debbano «risarcire i danni cagionati a una persona da un trattamento non conforme» al regolamento, ma debbano essere esonerati da detta responsabilità ove dimostrino «che l'evento dannoso» non gli sia imputabile in alcun modo, ed il contenuto della prova liberatoria è chiarito dall'art. 24 GDPR, la cui lettura deve effettuarsi alla luce del prisma del Considerando 74 GDPR, secondo cui il titolare medesimo è tenuto a porre in essere «misure adeguate ed efficaci», nonché ad apprestare quanto necessario al fine di «dimostrare la conformità delle attività di trattamento» con le norme del regolamento, «compresa l'efficacia delle misure».

Come già si è avuto modo di accennare, con riferimento alla qualificazione della responsabilità *ex art.* 2050 c.c. sia dottrina che giurisprudenza hanno dibattuto a lungo, sino ad identificarvi l'espressione di una regola più rigorosa di quella dettata dall'art. 2043, che onera invece, il danneggiato, della

⁽¹⁰⁾ Sul punto, tuttavia, parte della dottrina (F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 462) mantiene l'impostazione basata sul riferimento al criterio d'imputazione oggettivo ed arriva, prendendo le mosse sia dal principio di *accountability* che dalla connessa valorizzazione e attenzione al profilo del rischio operata dal GDPR, a configurare la responsabilità *ex art.* 82 in termini di responsabilità oggettiva, alla luce dell'oramai tradizionale assunto per cui a rischio deve ritenersi corrispondere una responsabilità di tipo oggettivo. Altra parte della dottrina (cfr., sulla nozione di colpa oggettiva o colpa propria per violazione di norme, M. FRANZONI, *L'illecito*, I, in *Tratt. resp. civ. Franzoni*, Milano, 2010, p. 184 ss.), sempre alla luce del principio di *accountability* e dei conseguenti relativi, rigidi criteri di condotta, propende per rinvenire, in capo agli operatori del trattamento, una responsabilità aggravata per colpa oggettiva presunta, con conseguente riemersione dell'oramai superata questione concernente l'irriducibilità tra rischio e colpa.

prova non solo del comportamento illecito, del danno ingiusto e del nesso di causalità tra i medesimi, bensì anche di dolo o colpa del danneggiante: rigore certamente giustificabile alla luce delle caratteristiche di intrinseca pericolosità, in termini di notevole potenzialità di danno, comunque dipendente dalle modalità di esercizio e dai mezzi di lavoro impiegati per l'attuazione di una qualsiasi attività economica, ma anche di singoli atti⁽¹¹⁾.

Vi sono quindi attività definibili pericolose per via normativa (art. 2054 c.c.) ed altre che, pur non qualificate come tali, per loro stessa natura o caratteristiche dei mezzi adoperati comportino rilevante possibilità di verifica di un danno alla luce della loro rilevante potenzialità offensiva⁽¹²⁾. Autorevole dottrina descrive tale eccezione al principio giusnaturalistico di responsabilità solo per dolo o colpa, quale giusto temperamento tra il diritto del danneggiato a ricevere un risarcimento «indipendentemente dal fatto che glielo sia stato cagionato o no con colpa», e l'osservazione secondo la quale «chi impiega, nelle attività produttive o nella vita privata, mezzi che sono di per sé fonti di pericolo accetta, con ciò stesso, l'eventualità di causare danni ad altri: deve, di conseguenza, assumere il rischio di doverli risarcire, anche se non li avrà cagionati con colpa»⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Cfr. M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, p. 280. Inoltre, come evidenziato da S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, in A. D'AGOSTINO, L.R. BARLASSINA, V. COLAROCO, *Commentario al Regolamento UE 2016/679 e al Codice della Privacy aggiornato*, Milano, 2019, p. 516 ss., nel richiamo a Cass., 24 febbraio 1983, n. 1425 (consultabile in *Mass. Giur. it.*, 1983), si tratta, in buona parte, di attività imprenditoriali, sebbene la disposizione sia riferita al loro svolgimento e non, come la rubrica, all'esercizio, limitandosi a richiedere l'accertamento della pericolosità, ciò consentendo di ricomprendere nella nozione anche la successione continua e ripetuta di atti non ascrivibili ad attività d'impresa ma che evidenzino, ad ogni modo, potenzialità di danno superiore al normale rischio, ed apprezzabile in anticipo, così da consentire all'operatore di predisporre adeguate misure preventive.

⁽¹²⁾ Cfr., in proposito, Cass., 19 luglio 2018, n. 19180, in *Ced Cassazione*. Vale la pena sottolineare sul punto, inoltre, come il giudizio di merito risulti spesso descritto in termini di “prognosi postuma *ex ante*”, promanante, pertanto, dall'apprezzamento delle circostanze del caso concreto sussistenti al momento di esercizio dell'attività, con conseguente prova di pericolosità spettante al danneggiato richiedente il risarcimento: cfr. Cass., 12 maggio 2005, n. 1002, in *Mass. Giur. it.*, 2005.

⁽¹³⁾ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, 2004, p. 432.

Una volta data prova, pertanto, di pericolosità intrinseca dell'attività, di danno e di nesso di causalità tra prima e secondo, potrà dirsi sussistente il diritto al risarcimento in funzione proprio dell'esistenza di quel rapporto di dipendenza, e ciò anche ove non possa rimproverarsi all'agente alcun tipo di negligenza, imprudenza o imperizia; per inversione dell'onere della prova, sarà l'agente a liberarsi dall'obbligo risarcitorio dimostrando di avere appreso le modalità di esercizio della propria attività in modo che quantomeno apparissero, nella fattispecie concreta, idonee a prevenire eventi dannosi⁽¹⁴⁾.

Non può intendersi pertanto, la prova liberatoria, in termini di prova storica di assenza del nesso di causalità adeguata tra atto illecito e danno, come nel caso di cui agli artt. 40 e 41 c.p., bensì in termini di prova critica, di talché la dimostrazione del caso fortuito, del concorso del fatto del danneggiato o di un terzo, esclude la responsabilità solo ove dette concause recidano completamente il nesso con l'attività pericolosa, e non quando residui comunque una efficacia causale ascrivibile alla inidoneità delle misure preventive adottate⁽¹⁵⁾.

Simili i risultati cui addivene la dottrina nel dibattito in ordine all'art. 2050 c.c., la quale sostiene come detta norma sia riferibile a casi non di responsabilità aggravata, bensì di responsabilità oggettiva⁽¹⁶⁾, e ciò alla luce del principio in base a cui il medesimo concetto di *respondere* esiga un criterio di imputazione affinché possa distinguersi dalla garanzia, con la conseguenza che la peculiarità della disposizione deve correttamente ritenersi

⁽¹⁴⁾ Ancora F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, cit., p. 435, il quale sottolinea sul punto che «l'attività pericolosa deve essere svolta nelle condizioni di massima sicurezza, con l'adozione di tutti gli accorgimenti che la tecnica offre, quale che ne sia il costo; se, ciò nonostante, l'evento danno si è egualmente verificato, esso apparirà un evento inevitabile».

⁽¹⁵⁾ Se ne trova applicazione in Cass., 13 maggio 2014, n. 10325, in *Quotidiano giuridico*, 2014, caso caratterizzato da una errata segnalazione di dati ai sistemi di informazione creditizia, rispetto a cui è stata esclusa responsabilità solo nel caso, certamente singolare e imprevedibile, di coincidenza del codice fiscale di due persone, nate nello stesso luogo e nella stessa data, per congiunta omonimia e omocodia, nel quale il giudizio di merito aveva ritenuto che fosse stata fornita la prova positiva di avere impiegato ogni cura o misura atta a impedire l'evento dannoso.

⁽¹⁶⁾ Cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 15 ss.

risiedere nella ripartizione dell'onere della prova in base a cui non è il danneggiato a dover provare la colpa del danneggiante, ma quest'ultimo a dover dimostrare l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno, rendendo una immagine delle modalità organizzative dell'attività tale da farle concretamente apparire idonee a prevenire l'eventualità di eventi dannosi⁽¹⁷⁾.

Alla luce di quanto evidenziato sinora deriva che, pur in assenza di tipizzazione normativa, la responsabilità per illecito trattamento di dati personali rimane, in ogni caso, ascrivibile al *genus* dell'art. 2050 c.c., coincidendo sia per l'intrinseca pericolosità (presupposta dall'intero GDPR), sia per la prova della non imputabilità del danno, cioè a dire della prova liberatoria, descritta proprio in termini di adeguatezza delle misure tecniche e organizzative, oltre che del loro riesame e aggiornamento⁽¹⁸⁾.

Proprio il fatto che ad essere tutelata dall'art. 82 GDPR sia qualsiasi persona fisica ("chiunque") costituisce elemento essenziale al fine di individuare la natura della responsabilità civile in cui incorra l'operatore (titolare ovvero responsabile) che effettui un trattamento illecito.

Come già si è avuto modo di sottolineare, già nell'abrogato art. 15 Codice Privacy, il richiamo espresso all'art. 2050 c.c. portava necessariamente a configurare una responsabilità di tipo extracontrattuale⁽¹⁹⁾, e pur essendosi ritenuta «secondaria, sul piano operativo, la qualificazione della responsabilità in

⁽¹⁷⁾ Cfr. S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, cit., p. 520.

⁽¹⁸⁾ In questi termini, S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, cit., p. 520, la quale aggiunge in proposito come, nella vigenza della disciplina riformata, debba ad esempio (il richiamo è a Cass., 23 maggio 2016, n. 10638, consultabile in *Ced Cassazione*) affermarsi ancora la responsabilità dell'ente creditizio in caso di abusiva utilizzazione delle credenziali assegnate al correntista per un servizio di *home banking*, ove l'interessato dimostri danno patito e relativa riferibilità all'illegittimo trattamento dei propri dati personali, integrato dal fatto che il titolare del trattamento non abbia adottato misure adeguate ad impedire a terzi d'introdursi illecitamente nel sistema telematico a mezzo della captazione dei codici d'accesso del correntista, e ciò a meno che l'operatore economico dimostri che l'evento dannoso non gli sia imputabile in quanto discendente da trascuratezza, errore o frode del correntista, ovvero da forza maggiore.

⁽¹⁹⁾ *Contra*, C. SCOGNAMIGLIO, *Buona fede e responsabilità civile*, cit., p. 343 ss., spec. 360.

cui» incorra «l'operatore del trattamento»⁽²⁰⁾, parte della dottrina ha ritenuto di individuare nell'art. 1218 c.c. la norma di riferimento di detta responsabilità: alla luce degli obblighi di condotta del titolare e, in talune ipotesi, direttamente del responsabile del trattamento, la relazione instaurantesi tra detti operatori e l'interessato viene definita come assumente i connotati di un rapporto giuridico di tipo "complesso", di talché sarebbe possibile rinvenire gli obblighi medesimi «nella controversa categoria delle obbligazioni *ex lege*»⁽²¹⁾; in sostanza il rapporto obbligatorio, in tal modo configurato, troverebbe la propria fonte direttamente in capo alla legge⁽²²⁾. Altro orientamento⁽²³⁾, partendo dalla lettera del § 2 dell'art. 82 GDPR, propende invece per individuare nella responsabilità civile da trattamento illecito una natura doppia, cioè a dire, da una parte, una natura di responsabilità da inadempimento nell'ipotesi in cui si abbia violazione degli obblighi del GDPR da parte di titolare o responsabile mentre, dall'altra, una natura di responsabilità aquiliana, in capo al responsabile, ove il medesimo abbia «agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento»: ciò in quanto, in tale ipotesi, non vi sarebbe un preesistente rapporto giuridico tra interessato e responsabile.

In realtà, nonché complanarmente a quanto sostiene autorevole dottrina⁽²⁴⁾, la responsabilità *ex art. 82 GDPR*, in linea con la *ratio* di quanto già statuito dall'abrogato art. 15 Codice Privacy, deve ritenersi continuare a mantenere una natura di tipo basilarmente extracontrattuale, e ciò per la semplice motivazione che gli obblighi di tipo conformativo riguardanti la

⁽²⁰⁾ Cfr. M.L. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1083, la quale rileva che il termine di prescrizione decennale o quinquennale sarebbe compensato dall'applicazione o meno del limite della prevedibilità del danno *ex art. 1225 c.c.*

⁽²¹⁾ Cfr. F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 369 ss.

⁽²²⁾ Cfr. F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 453.

⁽²³⁾ Cfr. F. BRAVO, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019, p. 383 ss., spec. p. 384.

⁽²⁴⁾ Cfr. S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, cit., p. 521.

condotta di titolare o responsabile del trattamento hanno «natura procedimentale metaindividuale» in quanto destinati, anche in linea con quanto statuito dal § 1 dell'art. 1 GDPR, a tutelare dignità della persona e circolazione dei dati⁽²⁵⁾.

Attraverso l'imposizione di detti obblighi, pertanto, la finalità è quella di tutelare sia il soggetto singolo che, in ottica più generale, il mercato dei dati personali: gli obblighi cui sono tenuti titolare e responsabile del trattamento hanno la finalità di proteggere, anzitutto, la dignità della persona fisica ma anche, più in generale, la corretta circolazione dei dati. Tale interpretazione appare in linea, peraltro, con la tendenza europea a ritenere l'istituto della responsabilità civile in termini di «ristoro all'interesse e al danno del "chiunque"», in quanto «il risarcimento di tale danno costituisce occasione e strumento per affermare» obblighi di comportamento, protezione e diligenza finalizzati «a regolare la presenza sul mercato di determinati soggetti e attività»⁽²⁶⁾, con conseguente valorizzazione della dimensione sociale del trattamento dei dati personali perseguita dal GDPR ove risulti riservata una approfondita disamina del profilo del rischio per diritti e libertà delle persone⁽²⁷⁾. Sono così risolte, inoltre, tutte le incertezze, già segnalate da parte della dottrina⁽²⁸⁾, in ordine al doppio regime applicabile, cioè a dire quel-

⁽²⁵⁾ Sul punto v. anche il Considerando 4, in base a cui «il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ottemperanza al principio di proporzionalità»; si v. inoltre, in argomento, A. RICCI, *Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 586 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. R. ALESSI, *Il difficile percorso della "responsabilità civile europea"*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 377 ss.

⁽²⁷⁾ Si v. sul punto A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 144 ss., spec. p. 148, ove si osserva come, nonostante «la nozione di rischio ripresa nell'art. 35 del Regolamento» rappresenti «un passo importante nella direzione di valutare l'incidenza del trattamento dei dati non più principalmente in termini di sicurezza delle informazioni, ma [...] verso una più robusta ed esaustiva disamina dell'impatto etico e sociale dell'uso dei dati», permanga ancora un approccio atomistico incentrato sulla protezione dei dati come diritto individuale.

⁽²⁸⁾ Cfr. F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 458, il quale qualifica la responsabilità ex art. 82 GDPR in termini di responsabilità ex art. 1218 c.c.

lo della responsabilità *ex* art. 82 per il danno all'interessato, e quello della responsabilità aquiliana per il danno ad altro soggetto il quale abbia fatto affidamento sulla correttezza dei dati personali: entrambe le categorie di danneggiati debbono avere medesima tutela, con applicazione del solo art. 82 GDPR⁽²⁹⁾.

Ad ogni modo, ciò che rileva nel contesto in argomento è il contenuto della prova liberatoria: titolare e responsabile, per risultare immuni da responsabilità, debbono dimostrare sia il caso fortuito⁽³⁰⁾, sia di avere apprestato quanto necessario secondo il principio di responsabilizzazione (tra cui: corretta gestione del rischio, anche tramite approntamento di ogni misura tecnica necessaria nella fattispecie concreta: art. 35 GDPR; adesione a codici di condotta: art. 40 GDPR; presentazione di certificazioni: art. 42 GDPR), di talché, per ciò che concerne la responsabilità da illecito trattamento dei dati personali non può dirsi importante valutare se il caso fortuito escluda il nesso causale – che darebbe adito a responsabilità oggettiva⁽³¹⁾ – ovvero se sia rilevante quale causa impeditiva dell'insorgere di responsabilità in capo agli operatori del trattamento in quanto «evento straordinario non prevedibile o superabile con la diligenza»⁽³²⁾ – che darebbe adito a responsabilità di tipo aggravato: ciò che può ritenersi decisivo, infatti, è che in entrambe le suddette ipotesi l'elemento fortuito, insieme al rispetto dei conformi obbli-

⁽²⁹⁾ Norma la quale ad ogni modo manifesta, sulla base delle osservazioni di D. BARBIERATO, *Trattamento dei dati personali e "nuova" responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 2152, i caratteri di una forma speciale di responsabilità extracontrattuale.

⁽³⁰⁾ Cfr. M.L. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 1058 ss., ove si fa discendere la qualificazione della responsabilità *ex* art. 82 GDPR, quale responsabilità aggravata per colpa presunta, dal fatto che il regolamento, a differenza del Considerando 55 della direttiva 95/46/CE, non fa riferimento a caso fortuito o forza maggiore; ma v. sul punto anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 713, secondo il quale, riguardo alla qualificazione della responsabilità *ex* art. 2050 c.c. in termini di responsabilità aggravata, «l'onere della prova può essere allora assunto solo dimostrando che il danno è dovuto ad un evento non prevedibile né superabile con l'adeguata diligenza, ossia che il danno è dovuto ad un caso fortuito».

⁽³¹⁾ Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, I, cit., p. 439 ss.

⁽³²⁾ Si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 713.

ghi di condotta, escluda *in toto* detta responsabilità.

La violazione delle norme regolamentari può produrre un «danno materiale o immateriale», ed è grazie a una lettura alla luce del principio di *accountability*⁽³³⁾ che può darsi adeguata collocazione concettuale e pragmatica all'idea di danno che, in linea con l'abrogato art. 15 Codice Privacy, viene ad essere configurata attraverso l'art. 82 GDPR: il regolamento, particolarmente attento a tipizzare casi di liceità del trattamento dei dati [si v., oltre all'elenco dell'art. 6, l'art. 5, il quale al § 1, lett. a) richiama, accanto al criterio della liceità, quelli di trasparenza e correttezza], rende abbastanza chiaro come tale tipizzazione non costituisca elemento di specialità atto a porre l'illecito trattamento dei dati personali previsto dal GDPR al di fuori del regime di applicabilità di cui all'art. 2043 c.c.: in sostanza, la tipizzazione della illiceità non può ritenersi «condizione necessaria e sufficiente» per il risarcimento del danno⁽³⁴⁾, e l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. trova fondamento sia per un motivo di tipo letterale (i Considerando 75 e 85, nel riportare rispettivamente come «i rischi per i diritti e le libertà delle persone» possano «derivare da trattamenti dei dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale», e come «una violazione dei dati personali» sia suscettibile di «provocare danni fisici, materiali o immateriali alle persone fisiche», confermano come l'art. 82 preveda la risarcibilità di un danno non coincidente con il fatto, in sé, dell'illecito trattamento, ma che dal medesimo sia cagionato⁽³⁵⁾: l'illiceità (tipizzata) del trattamento, quindi, è solo condizione necessaria, ma non sufficiente per la condanna risarcitoria) sia,

⁽³³⁾ Cfr. sul punto F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 460 ss., il quale, riguardo all'origine del concetto di *accountability* rileva come secondo la dottrina anglosassone risulti riferibile al mondo finanziario e politico, connotandosi di finalità tra cui quella d'impedire l'abuso nell'esercizio di un potere.

⁽³⁴⁾ Cfr. M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 283. secondo cui «Nel danno punitivo, c'è l'antigiuridicità della condotta dell'autore, comune al fatto illecito, ma nel primo, questa è condizione necessaria e sufficiente per la condanna, nel secondo, occorre che la vittima provi di aver subito una perdita patrimoniale o non patrimoniale per la nascita dell'obbligazione», dovendo quindi «degnersi come eccezione all'interno della responsabilità civile, quando addirittura non lo si voglia collocare fuori».

⁽³⁵⁾ V. M.L. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 1068 ss.

soprattutto, per un motivo di ordine sistematico (alla luce del principio di *accountability*, le norme del regolamento sono finalizzate a prevenire il danno, il quale, ove si verifichi, desta una responsabilizzazione *ex ante* confluyente in una responsabilità valutabile *ex post* ex art. 2043 c.c.).

3. — *Principio di accountability.*

Sulla base del principio di *accountability* il titolare del trattamento: *a)* pone in essere «misure tecniche e organizzative adeguate per garantire ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento» sia effettuato in modo conforme al GDPR (art. 24, § 1); *b)* monitora costantemente il buon esito dell'apprestamento di dette misure, con la gestione e l'aggiornamento necessari; *c)* assicura che la protezione dei dati sia integrata nell'intero ciclo di vita di ogni trattamento, con garanzia, come già si è avuto modo di sottolineare, che, sin dall'inizio, sia assicurata la riservatezza degli utenti (*privacy by design*) e, in prospettiva di protezione efficiente, sia perseguita la minimizzazione di quantità, finalità e durata di ogni trattamento (*privacy by default*) (art. 25, §§ 1-2, e Considerando 78). Ancora, alla luce del principio di *accountability*, il responsabile che effettui il trattamento per conto del titolare deve essere individuato esclusivamente tra soggetti che presentino «garanzie sufficienti» a porre in essere «misure tecniche e organizzative adeguate» e deve, in base a contratto od altro atto scritto, attenersi alle istruzioni documentate e impartite dal titolare⁽³⁶⁾. In generale, pertanto, di *accountability* può parlarsi

⁽³⁶⁾ Cfr., sul punto, l'art. 28, § 1 GDPR; il Regolamento fissa, inoltre, obblighi *ex lege* direttamente in capo al responsabile del trattamento, come ad esempio nel caso dell'obbligo di tenuta dei registri (cfr. art. 30 GDPR), dell'obbligo di designazione di un responsabile della protezione dati (cfr. art. 37 GDPR, e dell'obbligo di segnalare sollecitamente al titolare eventuali istruzioni in violazione della normativa.

In proposito, è quantomeno opportuno evidenziare come, sebbene il GDPR non definisca l'ulteriore figura dell'incaricato (previsto dagli abrogati artt. 4 e 30 Codice Privacy, nonché dalla direttiva 95/46/CE), ossia il soggetto che materialmente realizza le attività di trattamento dei dati, sotto il controllo del titolare o del responsabile, all'art. 28, § 3, lett. *b)*, e all'art. 29, sia previsto l'obbligo, in capo a questi ultimi, di garantire l'impegno alla riserva-

in presenza di approcci variamente tendenti ad affidabilità, conformità, responsabilità, proattività nella gestione del trattamento dei dati personali⁽³⁷⁾.

Si parla generalmente di *accountability* come di un principio di “responsabilizzazione” dei soggetti che operino, a vario titolo, il trattamento dei dati personali riguardanti una persona fisica⁽³⁸⁾. In sostanza, la responsabilizzazione del titolare del trattamento, prevista dall’art. 5 GDPR, incarna un’attività preventiva di valutazione e gestione del rischio che risulti idoneo, non solo *in abstracto*, a garantire, nell’attività di trattamento dei dati personali, il rispetto dei principi di liceità, correttezza, trasparenza, limitazione di finalità del trattamento, e di minimizzazione, esattezza, limitazione conservativa, integrità e riservatezza dei dati.

In linea con il 2° comma dell’art. 5, inoltre, è necessario che il titolare del trattamento sia in grado di comprovare l’apprestamento di dette attività preventive e ciò attraverso, tra l’altro, adempimenti tra cui l’implementazione di attività protettive sia a partire dalla progettazione – *privacy by design* – che per predefinitore – *privacy by default* (art. 25 GDPR); la c.d. “mappatura” dei passaggi del trattamento, a mezzo dei registri delle attività di trattamento (art. 30 GDPR); l’apprestamento di misure di sicurezza del trattamento (art. 32 GDPR); la valutazione d’impatto, del trattamento, sulla protezione dei dati (art. 35 GDPR)⁽³⁹⁾; la designazione di un *Data Protection Officer* (art. 37 GDPR).

tezza delle persone autorizzate al trattamento stesso (così, F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 456, il quale riconosce la responsabilità del titolare o del responsabile ai sensi dell’art. 1228 c.c., e non dell’art. 2049 c.c.).

⁽³⁷⁾ Cfr. M.L. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 1024, la quale configura una responsabilità per *culpa in eligendo et in vigilando*, in capo al titolare, riguardo alla scelta del responsabile del trattamento.

⁽³⁸⁾ Anche se, come osservato da parte della dottrina (cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo Regolamento europeo sul trattamento dei dati: i principi ispiratori*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 106 ss.), parlare in meri termini di “responsabilizzazione” (art. 5, § 2, e Considerando 85 GDPR) non rende appieno la portata del concetto.

⁽³⁹⁾ Come autorevolmente sottolineato in S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, cit., p. 520 s., deve sottolinearsi la stretta interdipendenza tra prova liberatoria e valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali (DPIA), di cui all’art. 35 GDPR, strumento di *accountability* che si rivela fondamentale anche per documentare, ai sensi delle richiamate disposizioni regolamentari, le scelte adottate, fornendo prova di adozione di misure adeguate,

Alla luce del principio di *accountability*, pertanto, il titolare ha l'onere di adottare un nuovo approccio di tipo c.d. proattivo nella gestione della protezione dei dati personali, attraverso un'autovalutazione del rischio dell'attività di trattamento e delle relative gravità e probabilità, con conseguente idoneità a dimostrare l'avvenuta adozione di misure tecniche e organizzative adeguate a prevenire il rischio di trattamento illecito, anche esecuzione di quanto previsto *ex art.* 24, § 1 GDPR.

Detta dimostrabilità può basarsi sull'adesione ai codici di condotta di cui all'art. 40 GDPR, ovvero ai sistemi di certificazione di cui al successivo art. 42 GDPR⁽⁴⁰⁾; il Regolamento consente l'apprestamento di un modello

come peraltro rinvenibile in capo all'analogia valutazione preliminare d'impatto ambientale finalizzata, nel quadro del medesimo principio di precauzione di derivazione comunitaria, all'apprezzamento preventivo di specifici fatto di rischio per valori di rango costituzionale (cfr. Tar Puglia, Lecce, 13 luglio 2011, n. 1295, in *leggiditalia.it*). Sarà la DPIA a fornire la dimostrazione del processo adottato per descrivere il trattamento, valutarne la necessità e la proporzionalità dei mezzi con cui si svolge rispetto alle finalità ed al principio di minimizzazione dei rischi per i diritti fondamentali degli interessati, oltre a dar conto delle ragioni della scelta di talune misure piuttosto che altre, per scongiurare l'avveramento della potenzialità di danno: sembra opportuno, pertanto, consigliarne l'adozione anche oltre i casi di obbligatorietà di cui all'art. 35 GDPR, secondo le indicazioni del WP29 (WP29, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is "likely to result in a high risk" for the purposes of Regulation 2016/679*, 4 aprile 2017), proprio allo scopo di precostituirsi la descritta prova liberatoria; posto, infatti, che il GDPR richiede un approccio proattivo in luogo del previgente adeguamento ad una serie di misure minime legislativamente tipizzate, il titolare risponde a titolo di illecito extracontrattuale ogni volta in cui, avendo il danneggiato dimostrato la violazione delle previsioni del GDPR o delle norme interne, il danno ed il nesso di causalità, non riesca a fornire prova liberatoria circa l'adeguatezza delle misure adottate.

⁽⁴⁰⁾ Su cui v. S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, cit., p. 521 s. In particolare, in base all'art. 24 GDPR, l'adesione ai codici di condotta di cui all'art. 40 ovvero al meccanismo di certificazione di cui all'art. 42 GDPR, è utilizzabile al fine di dimostrare il rispetto degli obblighi da parte del titolare del trattamento ed escludere, di conseguenza l'obbligo risarcitorio. Il rispetto di codici di condotta o l'adesione a meccanismi di certificazione, unitamente all'impegno vincolante ed esecutivo da parte del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento nel paese terzo ad applicarli anche per quanto riguarda i diritti degli interessati, rilevano altresì come garanzie adeguate per il trasferimento di dati verso Paesi terzi o organizzazioni internazionali, ai sensi dell'art. 46. Sotto l'impulso di Stati, autorità di controllo, Comitato e Commissione, i codici rappresentano strumento fondamentale di autoregolamentazione a disposizione di associazioni od enti rappresen-

operativo di tipo flessibile, costituito alla luce di un principio di elasticità in ordine al quale è possibile calibrare il trattamento dei dati personali correlativamente a rischio e gravità propri della fattispecie concreta, con superamento dell'ormai anacronistico approccio improntato ad aprioristiche misure minime di sicurezza⁽⁴¹⁾.

tativi di categorie di titolari o responsabili del trattamento, per settori omogenei, elaborati attraverso la consultazione dei futuri destinatari delle relative norme (cfr. Considerando 99, ma v. anche I Considerando 77, 81 e 100 GDPR). Competenti per l'approvazione sono le autorità nazionali per i codici di condotta nazionali, il Comitato per la protezione dei dati per quelli sovranazionali, nonché la Commissione per quelli europei, e vige il principio di reciproco riconoscimento. Il controllo di conformità ai codici è effettuato da un organismo in possesso di adeguate competenze rispetto al contenuto del codice e accreditato dall'Autorità competente, ed i codici approvati sono conservati in un apposito registro. Tali codici sono destinati a precisare l'applicazione del GDPR relativamente a trattamento corretto e trasparente dei dati, legittimi interessi perseguiti in contesti specifici, raccolta dei dati, informazione da fornire e protezione del minore, nonché modalità con cui è richiesto il consenso agli esercenti la responsabilità, esercizio dei diritti, informazione fornita al pubblico ed agli interessati, pseudonimizzazione dei dati personali, procedure di cui agli artt. 24 e 25 e misure volte a garantire la sicurezza del trattamento di cui all'art. 32 GDPR, notifica e comunicazione in caso di *data breach*, trasferimento verso Paesi terzi e organizzazioni internazionali, procedure stragiudiziali di composizione delle controversie. Si tratta di fonti di autoregolamentazione caratterizzate da sostanziale coincidenza tra regolatori e regolati, finalizzazione delle procedure di accertamento delle infrazioni alla cooperazione dei regolati stessi, astrattezza, originalità e vincolo di specialità rispetto all'ordinamento generale, e la loro applicazione al trattamento dei dati personali ha dimostrato ampia vitalità ed efficacia. L'interesse all'adozione di questi codici ed all'adesione agli stessi o ai meccanismi di certificazione è palesato anche dall'art. 32, § 3 GDPR, potendo essere utilizzata quale elemento di prova della conformità ai requisiti in termini di misure volte a garantire la sicurezza del trattamento, ed il loro continuo aggiornamento è strumento funzionale anche alla verifica della resilienza del sistema, oltre che dell'efficacia delle misure stesse.

Parzialmente diverso il ruolo delle certificazioni, richiamate dall' art. 25, § 3 GDPR, sulla *privacy by design* e *by default*, e dall'art. 28, § 6 GDPR, sull'accordo di designazione di responsabile e sub-responsabile: a norma dell'art. 42, § 4 GDPR, infatti, la certificazione fa «salva la responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento riguardo alla conformità al presente regolamento». La certificazione quindi, a differenza dei codici, non offre garanzie del rispetto delle disposizioni sulla legittimità del trattamento, non esclude il relativo titolare dal rispetto dei principi di cui all'art. 5 GDPR, e non è soggetta a monitoraggio ed aggiornamento.

⁽⁴¹⁾ V. inoltre, sul punto, il Considerando 78 GDPR.

In base all'art. 30 GDPR il titolare deve tenere sempre aggiornato un registro delle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità (fatta eccezione, in via di principio, per imprese od organizzazioni con meno di 250 dipendenti).

Ancora, nell'evenienza di un c.d. *data breach* (avvenuta violazione di riservatezza, integrità e disponibilità dei dati personali oggetto di trattamento) è prevista la notifica della violazione, *ex art. 33 GDPR*, all'autorità di controllo (in Italia, Garante per la protezione dei dati personali) nonché, *ex art. 34 GDPR*, al diretto interessato.

Il principio di *accountability*, inteso quale innovativa espressione di un basilare approccio finalizzato a prevenire e cautelare, trova applicazione quindi nelle attività di valutazione, gestione e prevenzione del rischio da parte del titolare (ovvero, in subordine, del responsabile del trattamento), in bilanciamento con l'azione di controllo del Garante e soprattutto, per ciò che qui particolarmente interessa in materia di accertamento e liquidabilità del danno da illecito trattamento, con l'azione dell'autorità giudiziaria: ciò, anche in prospettiva di superamento della concezione dell'attività di trattamento vista, nei suoi esiti, quale operazione da valutare *a posteriori*, in termini di possibile danno da illecita gestione di "attività pericolosa".

In soluzione di continuità con il vecchio testo del Codice Privacy, neppure il consenso prestato dall'interessato può esprimere ulteriormente effetti esimenti dalla responsabilità del titolare, il quale deve apprestare, come già abbondantemente sottolineato, ogni misura utile a proteggere e provare il proprio lecito operato⁽⁴²⁾.

L'art. 6 GDPR, inoltre, stabilisce i c.dd. parametri di liceità del trattamento i quali, in aggiunta ai principi generali delineati *ex art. 5 GDPR*, si rivelano essenziali anche in vista della valutazione di eventuali addebiti di responsabilità per illiceità del trattamento. Così, il trattamento può ritenersi lecito solo ove ricorra almeno una delle seguenti ipotesi: l'interessato abbia espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche

⁽⁴²⁾ V., in argomento, A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019, p. 184 ss.

finalità; il trattamento sia necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato sia parte, ovvero all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta del medesimo; il trattamento sia necessario per adempiere ad un obbligo legale cui risulti soggetto il titolare del trattamento; il trattamento sia necessario per la salvaguardia di interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; il trattamento sia necessario per l'esecuzione di un compito d'interesse pubblico, ovvero connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui sia investito il titolare del trattamento medesimo; il trattamento sia necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento ovvero di terzi, a condizione che non prevalgano interessi, diritti e libertà fondamentali dell'interessato i quali richiedano la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato sia un minore di età.

È quantomeno opportuno, in argomento, evidenziare anche l'importanza che riveste, in ottica valutativa di possibili responsabilità degli operatori del trattamento, il citato principio di sicurezza stabilito dall'art. 32 GDPR: in base a tale norma lo stato dell'arte della tecnica e i costi di attuazione costituiscono parametri di cui, ciascuno in ossequio alla propria competenza, debbono tenere conto sia gli operatori del trattamento (ottemperando ai principi di responsabilizzazione e adeguatezza) che l'autorità di controllo (ai fini dell'eventuale verifica di attuazione e conseguente possibile irrogazione della sanzione dell'inadempimento in misura proporzionale alle condizioni del caso concreto).

Titolare e responsabile, quindi, tenendo conto di stato dell'arte e costi attuativi, di natura, oggetto, contesto e finalità del trattamento, nonché del rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche, pongono in essere misure tecniche e organizzative finalizzate a garantire un livello di sicurezza adeguato, incarnabile sia nella capacità di assicurare su base permanente riservatezza, integrità, disponibilità e resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento, sia nella capacità di ripristino tempestivo della disponibilità e dell'accesso dei dati personali in caso d'incidente di vario tipo (fisico ovvero tecnico), sia, infine, nell'apprestamento di procedure atte a verificare e valutare, in modo costante, l'efficacia delle misure tecniche e organizzative implementate.

Concludendo, è attraverso l'affermazione del principio di *accountability*

che viene a realizzarsi un vero e proprio «modello di responsabilità» finalizzato, *in primis*, «alla prevenzione del danno»⁽⁴³⁾, danno una delle cui possibili conseguenze deve pertanto ritenersi, per ciò che qui particolarmente interessa, la responsabilità civile dell'operatore; parlare di responsabilizzazione *ex ante*, in sostanza, consente, nella materia in oggetto, di configurare, ove si renda necessario, una responsabilità definibile precisamente *ex post*⁽⁴⁴⁾, cioè a dire quando risulti verificato un danno, in quanto venuti meno i citati elementi caratterizzanti l'*accountability* quali affidabilità, conformità, proattività (si v., in proposito, anche il Considerando 74 GDPR), di talché qualunque persona fisica viva⁽⁴⁵⁾ (cfr. Considerando 27 GDPR) abbia subito un danno potrà attivare il rimedio risarcitorio *ex art.* 82⁽⁴⁶⁾.

Oggi pertanto, nella vigenza dell'art. 82 GDPR, il problema qualificativo della responsabilità per illecito trattamento dei dati personali trova diretta soluzione, sotto il profilo applicativo, ove si stabilisce che le figure soggettive tipizzate di titolare e responsabile sono inquadrabili come soggetti tenuti ad obblighi di condotta tipici, articolati e complessi, ossequiosi dei principi e delle regole comunitarie in materia. Si è passati, in sostanza, dal principio di autodeterminazione mediante declinazione di diritti e garanzie dell'interes-

⁽⁴³⁾ V. A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, cit., p. 146.

⁽⁴⁴⁾ Così E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, cit., p. 52 ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. in argomento F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 457, il quale, con riferimento al caso in cui il «chiunque» sia il minore dei quattordici anni, non essendo previsto se possa agire o meno personalmente in giudizio, ipotizza, in caso di contrasto tra minorenne e soggetti che esercitino la responsabilità genitoriale, la necessità della nomina di un curatore speciale nel giudizio, finalizzata ad accertare sia il grado di consapevolezza del minore, sia se attribuire o meno un potere di rappresentanza ai genitori.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. M.L. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 1031, secondo cui può anche essere un soggetto diverso dall'interessato, purché, «pur non vantando un diritto alla protezione dei propri dati personali», riesca a dimostrare di aver subito «un pregiudizio di natura diversa dal trattamento di dati personali altrui», avendo fatto affidamento sull'esattezza, sulla completezza di tali dati; ammette l'estensibilità della tutela ai terzi, però ai sensi dell'art. 2043 c.c., anche F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 458.

sato, da attuare in caso di violazione delle regole del trattamento (direttiva 95/46), alla moderna concezione della gestione e prevenzione del rischio del trattamento che presuppone una natura del trattamento dati personali di tipo imprenditoriale (GDPR): in ciò, fundamentalmente, la novità del principio di responsabilizzazione *ex ante* rispetto al concetto di responsabilità *ex post*.

4. — *Trattamento illecito e legittimazione passiva.*

Il quadro normativo delineato dal GDPR in relazione alla responsabilità civile per trattamento illecito dei dati personali richiede, inoltre, una profilazione delle figure soggettive interessate.

La domanda di risarcimento può rivolgersi, infatti, non solo contro il titolare del trattamento, in quanto soggetto cui spetta il governo delle finalità e delle modalità del trattamento stesso, ma anche contro il responsabile nominato *ex art.* 28 GDPR, nei limiti di cui al § 2 dell'art. 82 del GDPR, cioè a dire ove abbia agito in difformità o in contrasto con le istruzioni ricevute dal titolare, ovvero gli sia personalmente imputabile la violazione di disposizioni regolamentari allo stesso specificamente riferite. Tale limitazione di responsabilità si giustifica in ragione della natura dell'incarico conferitogli, nonché dalla sua strumentalità al quadro complessivo stabilito dal titolare⁽⁴⁷⁾. È dunque necessario che i termini di tale incarico, eventualmente modellati sulle clausole tipizzate dalla Commissione o dall'autorità di controllo siano conoscibili agli interessati⁽⁴⁸⁾, al fine di valutarne il coinvolgimento nel giudizio.

Ulteriori soggetti nei cui confronti è proponibile l'istanza risarcitoria possono essere i contitolari di cui all'art. 26 GDPR, e per le medesime ragioni è interesse del danneggiato conoscere il contenuto negoziale dell'accordo di contitolarità, ma anche di quello che legghi eventualmente il responsabile

⁽⁴⁷⁾ Così S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, cit., p. 522 s.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. E. PELINO, *Le tutele e il danno risarcibile*, in L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il Regolamento privacy europeo*, Milano, 2016, p. 600.

ad altri subresponsabili, secondo un “organigramma *privacy*” che attesti una catena di responsabilità cui non è indifferente neppure il ruolo della persona autorizzata al trattamento, o designata, ai sensi dell’art. 2-*quaterdecies* del d.lgs. 101/2018. In proposito deve precisarsi tuttavia come, mancando la presunzione che regoli le posizioni di titolare e responsabile, saranno le regole generali a governare l’azione aquiliana contro l’incaricato, rendendosi quindi necessario provare, *ex art.* 2043 c.c., anche l’elemento soggettivo di dolo o colpa alla base dell’operato.

Altra importante distinzione è rinvenibile in capo al regime di solidarietà passiva, in quanto, in base a quanto disposto dal § 4 dell’art. 82 GDPR, l’obbligazione risarcitoria gravante su titolare e responsabile è di tipo solidale *ex art.* 1292 c.c., di talché l’interessato potrà domandare il risarcimento a ciascuno dei predetti soggetti, vedendo moltiplicarsi le *chance* di soddisfacimento della propria pretesa, in ragione della maggior solvibilità dell’uno rispetto all’altro⁽⁴⁹⁾.

La posizione dell’incaricato resta, invece, governata dal principio generale di presunzione di solidarietà passiva di cui all’art. 1294 c.c., dovendo pertanto aversi riguardo – al fine di valutare se costui sia tenuto a rifondere il danno solo per la quota a lui personalmente imputabile – alla legge o, più precisamente, al titolo fondante l’obbligo risarcitorio⁽⁵⁰⁾.

In tutto sovrapponibile alla previsione dell’art. 1293 c.c. deve ritenersi l’azione di regresso regolativa dei rapporti interni tra coobbligati, da risolversi alla luce degli accordi di cui agli artt. 26 e 28 GDPR⁽⁵¹⁾.

Il regolamento infine introduce, rispetto alle figure soggettive già stabilite con il Codice Privacy, quella del Responsabile per la protezione dei dati personali (“RPD”, detto altrimenti “DPO” – *Data Protection Officer*), designato dal titolare del trattamento ogniqualvolta: *a)* il trattamento medesimo sia

⁽⁴⁹⁾ Cfr., in tal senso, le pregevoli riflessioni di S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, cit., p. 523.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. un. 8 aprile 2008 n. 9148, in *Giur. it.*, 2009, p. 347, con nota di G. PELLEGRINO, *La soluzione sbagliata di un problema giusto: la sentenza Cassazione, Sezioni unite, 8 aprile 2008, n. 9148*.

⁽⁵¹⁾ V. ancora, S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, cit., p. 523.

effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico; *b*) le attività principali del titolare o del responsabile consistano in trattamenti che, per loro natura, ambito applicativo ovvero finalità, necessitino di monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala; *c*) le attività principali di titolare o responsabile del trattamento consistano nel trattamento, su larga scala, di particolari categorie di dati personali di cui all'art. 9 GDPR, ovvero di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'art. 10 GDPR.

Il Responsabile per la Protezione dei Dati è designato in funzione di comprovate qualità professionali (in particolare, della conoscenza specialistica di normativa e prassi in materia di protezione dei dati) e capacità gestionali di assolvimento ai complessi compiti di cui all'art. 30 GDPR: deve, in sostanza, essere in grado di gestire i rapporti sia con gli interessati al trattamento che con i soggetti istituzionalmente preposti al controllo in materia a livello nazionale, cioè a dire l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali e relativo personale addetto (tra cui, ad es., ispettori della Guardia di Finanza).

Titolare e responsabile del trattamento assicurano che il RPD sia tempestivamente e adeguatamente coinvolto in tutte le questioni riguardanti la protezione dei dati personali, sostenendolo nell'esecuzione dei compiti di cui all'art. 39 GDPR, fornendo tutte le risorse necessarie per assolvere i necessari compiti connessi al ruolo.

Il RPD è dotato di autonomia e indipendenza utili ad operare in assenza di qualsivoglia conflitto di interessi rispetto alle varie aree operative aziendali in cui opera, senza possibilità alcuna che titolare o responsabile si ingeriscano nelle sue attività (art. 38 GDPR), tra cui possiamo rinvenire *ex art.* 39 GDPR, in particolare, i seguenti: informare e fornire consulenza al titolare e al responsabile del trattamento, nonché ai dipendenti incaricati al trattamento; sorvegliare l'osservanza del GDPR e delle politiche del titolare e del responsabile del trattamento; fornire, su istanza, pareri in merito alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, e sorvegliarne lo svolgimento *ex art.* 35 GDPR; cooperare con l'autorità di controllo (Garante); fungere da punto di contatto per l'autorità di controllo per questioni connesse al trattamento, tra cui la consultazione preventiva di cui all'art. 36 GDPR; effettuare, ove necessario od opportuno, consultazioni.

Tale ultima funzione in particolare, fungere da “punto di contatto”, costituisce certamente elemento strategico essenziale della figura in argomento, anche in considerazione dei particolari profili d’interesse del presente studio: non solo il RPD è interlocutore istituzionale naturale dell’autorità di controllo, ma anche dei verificatori della Guardia di Finanza chiamati ad accertare la conformità delle procedure aziendali al GDPR, in quanto, al fine di verificare la responsabilità di uno o più soggetti tra gli operatori previsti in materia di trattamento dei dati personali, il RPD è elemento operativo essenziale, in grado di conferire opportuna considerazione ai rischi inerenti al trattamento alla luce di natura, contesto e finalità del medesimo.

Il RPD non è, quindi, destinatario di speciale responsabilità ad effetto esterno. Eventualmente, titolare o responsabile che abbiano provveduto alla relativa designazione possono rivalersi su di esso, ove l’azione risarcitoria sia accolta per negligente gestione dell’intero processo di apprestamento delle misure per il trattamento dei dati, e sia rinvenibile una responsabilità diretta del RPD medesimo (il quale abbia, ad esempio, fornito in modo non corretto attività di consulenza e sorveglianza sull’adempimento degli obblighi del GDPR previste dall’art. 39 GDPR).

La responsabilità civile del RPD segue, pertanto, i principi generali in materia di responsabilità contrattuale in relazione ai rapporti interni con titolare e responsabile, cui il RPD è, contrattualmente, legato.

5. — *Danno risarcibile e valutazione del danno non patrimoniale nel GDPR.
Questioni interpretative.*

Il § 1 dell’art. 82 GDPR contempla espressamente il risarcimento sia del danno materiale che di quello immateriale ed il Considerando 146 specifica, in prospettiva di garanzia di ristoro «pieno ed effettivo» al pregiudizio subito, il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ed è proprio la giurisprudenza riguardante il danno da vacanza rovinata⁽⁵²⁾, il danno riflesso

⁽⁵²⁾ CGUE, 12 marzo 2002, C-168/00, *Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, reperibile in <http://curia.europa.eu>.

da sinistro stradale⁽⁵³⁾ e la proprietà intellettuale⁽⁵⁴⁾ a consentire, per effetto di detto richiamo, un ampliamento dei margini all'interno dei quali era stato riconosciuto il risarcimento per violazione della citata direttiva 95/46 con riferimento, in particolare, a conseguenze indirette e danni punitivi.

Come evidenziato da attenta dottrina⁽⁵⁵⁾, interesse tutelato è il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, presidiato dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nel testo approvato a Lisbona, oltre che dagli artt. 2 e 21 Cost., e tra i danni patrimoniali sembrano annoverabili quelli corrispondenti alla monetarizzazione del prezzo dei dati, in base a parametri oggetto di diversi studi⁽⁵⁶⁾.

Più complesso si profila, certamente, l'apprezzamento dei danni non patrimoniali, rispetto al quale è necessario un breve *excursus* della giurisprudenza interna di legittimità, a partire dalle sentenze di San Martino⁽⁵⁷⁾ con le quali, allo scopo di evitare duplicazioni delle voci di danno e sostanzialmente di ridurre l'entità del risarcimento oltre che la discrezionalità nella sua quantificazione, era stata identificata un'unica voce di danno non patrimoniale, comprensiva di quello morale soggettivo (apprezzabile come sofferenza morale), di quello esistenziale (quale lesione manifestantesi nel peggioramento della vita relazionale), e di quello biologico (strettamente

⁽⁵³⁾ CGUE, 10 febbraio 2015, C-350/14, *Lažar c. Allianz s.p.a.*, in <http://curia.europa.eu>.

⁽⁵⁴⁾ CGUE, 17 marzo 2016, C-99/15, *Liffers c. Producciones Mandarina SL e Mediaset España Comunicación SA*, in <http://curia.europa.eu>.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, cit., p. 523 s.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., in particolare, il progetto *Orange*, misurato sull'apprezzamento dei consumatori, e quello su cui si basa il *Data dollar store*, fondato sulle ricerche di *Kaspersky Lab*.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 (in linea con le successive, in pari data, nn. 26973, 26974 e 26975), in *Foro it.*, 2009, I, c. 120, con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*; G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 38, con note di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; in *Danno e resp.*, 2009, p. 19, con note di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un «De profundis» per il danno esistenziale*; S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*.

connesso a lesione dell'integrità psicofisica, certificabile in termini medico-sanitari)⁽⁵⁸⁾.

Alla luce della soggezione del giudice alla legge, in quanto coerente con l'assetto di valori costituzionalmente rilevanti, l'obbligo di risarcire *ex art.* 2059 c.c. tale unica voce di danno non patrimoniale sussiste sia ove il fatto integri anche illecito penale *ex art.* 185, 2° comma, c.p., sia in ogni caso in cui sia rilevabile una lesione dei diritti fondamentali della persona (qualificabili, in base all'art. 2 Cost., in termini di interessi primari dell'ordinamento), la quale si dimostri tanto grave da superare il limite di tolleranza socialmente accettato⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Sul punto, v. S. STEFANELLI, *Strumenti di tutela e sanzioni*, cit., p. 524 s., la quale osserva come in ordine alla «quantificazione del danno esistenziale» abbiano «tuttavia ripreso progressivamente sempre maggior impatto le tabelle giudiziali più diffuse», con particolare riferimento «a quelle elaborate dal Tribunale di Milano, nella convinzione che l'orientamento delle S.U. non consentisse l'integrale ristoro dei pregiudizi subiti, e notevole impatto ha avuto anche la novella dettata con Legge 124/2017 all'art. 138 del Codice delle assicurazioni private, che ha affermato il diritto della vittima della strada ad un pieno risarcimento, abbandonando la regola della limitazione e tornando alle citate tabelle oltre che ad una valutazione autonoma del danno morale». Infine, l'A. porta l'attenzione a Cass. (ord.), 27 marzo 2018, n. 7513 (reperibile in *Danno e resp.*, 2018, p. 453, con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino*), la quale ha dettato un vero e proprio decalogo riguardante il risarcimento del danno alla persona, comprendente una somma ulteriore e distinta da quella imputabile a danno biologico, «a titolo di riconoscimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione)», pregiudizi che «dovranno essere oggetto di separata valutazione e liquidazione», a dispetto dell'orientamento del massimo collegio. Conf., Cass., 31 maggio 2018, n. 13770, in *Quotidiano giuridico*, 2018, e Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, in *Foro it.*, 2018, I, 1, c. 911 ss.

Da tale orientamento deriva come il danno esistenziale conseguente all'illecito trattamento di dati personali sia autonomamente apprezzabile non solo a mezzo di perizie psicologiche, ma anche per effetto della prova del mutamento delle abitudini di vita dell'interessato, con netto peggioramento delle sue relazioni sociali, in alcuni casi dimostrato anche attraverso interazioni su *social network* o dati registrati da dispositivi *wearable* riguardo ad attività fisica praticata ed a luoghi frequentati.

⁽⁵⁹⁾ Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, cit. Cfr. inoltre, sul punto, Cass., 28 febbraio 2013, n. 5096, in *leggiditalia.it.*, secondo cui «il danno non patrimoniale, derivante dalla lesione di

Ad ogni modo, data per acquisita una sorta di “specialità” rinvenibile in capo alla responsabilità civile di cui all’art. 82 GDPR rispetto a quella extra-contrattuale, parrebbe opportuno anche darsi conto se la prima meramente assolva alla tradizionale funzione reintegrativa-compensativa, ovvero possa ricomprendere anche una funzione di tipo dissuasivo-sanzionatorio.

In realtà, l’art. 82 GDPR non tipizza di per sé un’ipotesi di danno punitivo, pur avendo una chiara funzione sia deterrente che di tipo sanzionatorio. Di deterrenza può infatti certamente parlarsi, alla luce: *a)* della centralità assunta, in caso d’illecito e conseguente grado di colpevolezza, dai principi di correttezza, liceità e trasparenza correlati agli obblighi comportamentali tipici di titolare e responsabile; *b)* del rafforzamento del contenuto tipico del dovere di diligenza qualificata e protezione richiesto ai medesimi soggetti; *c)* del principio di *accountability* e conseguente onere della prova liberatoria incombente su titolare e responsabile; *d)* della integrale risarcibilità del danno, patrimoniale o meno.

Ciò, anche in linea con il recente orientamento giurisprudenziale⁽⁶⁰⁾ in

diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile – sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. – anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a tre condizioni: *a)* che l’interesse leso – e non il pregiudizio sofferto – abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si perverrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell’art. 2059 c.c., poiché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile); *b)* che la lesione dell’interesse sia grave, nel senso che l’offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all’art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); *c)* che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita ed alla felicità».

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2503, la quale evidenzia come, «Posto che la responsabilità civile non ha solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, ma persegue altresì la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria», non possa «ritenersi ontologicamente incompatibile con l’ordinamento italiano l’istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi, dovendosi comunque verificare, ai fini del riconoscimento di una sentenza straniera che statuisca in tal senso, che essa sia stata resa nell’ordinamento d’origine su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i suoi limiti quantitativi».

base a cui, con riferimento alla riconoscibilità di sentenze straniere comminanti danni di tipo punitivo, si è stabilita una moderna lettura plurifunzionale della responsabilità civile, evidenziando come nel vigente ordinamento non sia assegnato, alla responsabilità civile, il mero “compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto” che abbia subito lesione, in quanto “interne al sistema” sono rinvenibili sia la funzione di deterrenza che quella di tipo sanzionatorio⁽⁶¹⁾.

⁽⁶¹⁾ Tale principio già consentirebbe, secondo parte della dottrina (cfr. E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, cit., p. 42 ss.), di fornire una prima *ratio* volta al superamento di possibili obiezioni ad un'interpretazione, della responsabilità civile *ex art. 82 GDPR*, anche in ottica preventiva-sanzionatoria: una corretta qualificazione della natura oggettiva e plurifunzionale della responsabilità civile promanante da illecito trattamento dei dati personali consentirebbe, pertanto, di profilare la responsabilità civile in argomento in termini di autonomia e specialità rispetto a quella di diritto comune. La responsabilità *ex art. 82 GDPR* riletta in funzione sia deterrente e sanzionatoria che risarcitoria e compensativa consentirebbe anche ai giudici nazionali, nel prossimo futuro, una interpretazione dei principi di risarcibilità del danno da trattamento illecito maggiormente orientata, con particolare riguardo al danno non patrimoniale e morale soggettivo, al superamento «del filtro restrittivo alle pretese risarcitorie sposato dall'orientamento giurisprudenziale di San Martino del 2008 relativamente alla gravità della lesione e alla serietà del danno» e, purtuttavia, senza prescindere dall'utile individuazione di adeguati criteri, volti certamente al conseguimento di effettivo e integrale risarcimento del danno (patrimoniale o meno) da trattamento illecito, ma alla luce di una visuale improntata, ora, anche ad una funzione di tipo sanzionatorio, funzione che, adeguatamente valorizzata, consentirebbe un allargamento «delle maglie dell'azionabilità del rimedio risarcitorio nel contesto specifico del trattamento illecito dei dati personali, aprendo [...] al pieno accoglimento del danno *in re ipsa* [...] in ossequio a una lettura più attuale del fenomeno del trattamento illecito dei dati personali, costituzionalmente orientata, in quanto maggiormente protettiva dell'interessato danneggiato». Con conseguente possibilità «che i danneggiati da trattamento illecito», ricorrendo «al rimedio risarcitorio *ex art. 82 GDPR* – nella triplice funzione compensativa, preventiva e sanzionatoria», ottengano una sempre maggiore «prevenzione del rischio di illecito trattamento», anche a fronte di una sempre maggiore conformazione alle regole da parte di titolari e responsabili. Una rilettura del «danno morale soggettivo ultracompensativo» di cui all'art. 2059 c.c., da considerarsi autonomo rispetto al danno non patrimoniale compensativo di cui all'art. 2043 c.c., può ritenersi meritevole di accoglimento, in prospettiva costituzionalmente orientata, in vista della tutela dei diritti fondamentali alla riservatezza e alla protezione di dati e identità personali, situazioni giuridiche soggettive oggi, quantomai, sottoposte al costante rischio di abuso da parte dell'impresa digitale.

Come più volte sottolineato, il Codice in materia di protezione dei dati personali, anteriormente alla riforma di cui al d.lgs. 101/2018, disciplinava il diritto al risarcimento da illecito trattamento dei dati personali all'art. 15, secondo cui il danneggiante, seppure non specificamente individuato riguardo al ruolo svolto nell'ambito dell'attività di trattamento, era tenuto al risarcimento *ex art.* 2050 c.c. Inoltre, sia l'espreso richiamo all'art. 2050 c.c., sia lo stretto legame tra tutela aquiliana e tutela della persona hanno portato la parte maggioritaria sia di dottrina che di giurisprudenza a collocare relative portata e vicende nell'ambito dell'illecito extracontrattuale.

È in tale contesto e su detta base concettuale che muove l'argomentazione della pressoché unanime giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni⁽⁶²⁾, dalla cui disamina è consentito già pensare di stabilire sin da ora una

⁽⁶²⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. (ord.), 26 settembre 2013, n. 22100, in *Ced Cassazione*, 2013, secondo cui «In tema di risarcimento del danno non patrimoniale per violazione dell'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 [...], è ammissibile la prova per testimoni di tale danno, in quanto esso non può ritenersi *in re ipsa*, ma va allegato e provato, sia pure attraverso il ricorso a presunzioni semplici, e, quindi, a maggior ragione, tramite testimonianze, che attestino uno stato di sofferenza fisica o psichica»; Cass., 5 settembre 2014, n. 18812, in *leggiditalia.it*, secondo cui «Il danno previsto dall'art. 15 del Codice della privacy [...] non può identificarsi nell'evento dannoso, ovvero nell'illecito trattamento dei dati personali, essendo necessario che si concreti in un pregiudizio della sfera non patrimoniale di interessi del danneggiato. Tale danno, quale danno-conseguenza, deve essere allegato dal danneggiato e, dunque, da lui provato»; Cass., 3 settembre 2015, n. 17547, in *Quotidiano giuridico*, 2015, secondo cui «I danni cagionati per effetto del trattamento dei dati personali in base all'art. 15 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, sono assoggettati alla disciplina di cui all'art. 2050 c.c., con la conseguenza che il danneggiato è tenuto solo a provare il danno ed il nesso di causalità con l'attività di trattamento dei dati, mentre spetta al convenuto la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno»; Cass., 5 febbraio 2016, n. 2306, in *leggiditalia.it*, secondo cui «L'art. 2050 c.c., richiamato dall'art. 15 del D.Lgs. n. 196 del 2003 [...] prevede un'inversione dell'onere della prova a carico dell'autore del danno, tenuto a dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitarlo. La presunzione *iuris tantum* riguarda l'elemento psicologico della colpa, ma non il fatto illecito, né il nesso eziologico tra fatto ed evento che devono, invero, essere provati dai danneggiati»; Cass. (ord.), 4 giugno 2018, n. 14242, in *Corr. giur.*, 2019, p. 625, con nota di M.S. ESPOSITO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, secondo cui «Il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno". In questo contesto, inoltre, pur rimanendo esclusa – anche nella materia in esame – la possibilità di ritenere il danno non patrimo-

quantomeno probabile continuità, nel futuro della giurisprudenza italiana, dell'impostazione dominante concernente la valutazione della risarcibilità, del danno da illecito trattamento, collegabile non ad automatismi basati su ipotetiche concezioni di danno in sé e per sé considerato, bensì alla valutazione, nella fattispecie concreta, del possibile superamento della soglia di tollerabilità da ritenersi socialmente accettabile.

Sempre nella prospettiva di mantenere una complanarità di fondo tra i modelli di responsabilità civile di cui agli artt. 82 GDPR e 2043 c.c., si ritiene pertanto corretto l'orientamento maggioritario della giurisprudenza che, in costanza di applicazione dell'oggi abrogato art. 15 Codice Privacy, ammette il risarcimento del danno non patrimoniale promanante da illecito trattamento dei dati personali, ma esclusivamente in applicazione del doppio parametro di «gravità lesiva» (cioè a dire dell'incidenza pregiudizievole sul diritto lesa) e «serietà del danno»⁽⁶³⁾.

niale insito nella stessa lesione dell'interesse protetto, deve ammettersi la possibilità per il danneggiato di fornire la prova del pregiudizio subito mediante il ricorso a presunzioni. Ne consegue pertanto, un'inversione dell'onere della prova a favore dell'interessato, gravando sul danneggiante l'onere di dimostrare il mancato verificarsi del pregiudizio nel caso concreto, ovvero che lo stesso sia irrilevante o, ancora, che il danneggiato abbia tratto vantaggio dalla condotta illecita»; Cass. (ord.), 4 giugno 2019, n. 207, in *leggiditalia.it*, secondo cui «Il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, non si sottrae alla verifica della “gravità della lesione” e della “serietà del danno”. In questo contesto, inoltre, il danno non patrimoniale non può mai essere considerato *in re ipsa*, ma deve essere sempre allegato e provato da parte dell'interessato. La posizione del danneggiato è tuttavia agevolata dall'onere della prova più favorevole, come previsto dall'art. 2050 c.c., nonché dalla possibilità di dimostrare il danno anche solo tramite presunzioni semplici e dal risarcimento secondo equità»; Cass. (ord.), 17 settembre 2020, n. 19328, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 142, con nota di C. SOLINAS, *Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla protezione dei dati personali*; Cass. (ord.), 31 dicembre 2020, n. 29982, in *leggiditalia.it*; Cass. (ord.), 26 aprile 2021, n. 11020, *ivi*.

⁽⁶³⁾ Cfr. M.L. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 1071.

Sul punto si v. anche le osservazioni di D. BARBIERATO, *Trattamento dei dati personali e «nuova» responsabilità civile*, cit., p. 2153, secondo cui la particolarità dell'illecito di cui all'art. 82 GDPR rispetto al paradigma generale può consistere sia nel regime probatorio maggiormente favorevole al danneggiato, sia, alla luce del più volte citato principio di responsabilizzazione, nella tipizzazione dell'illiceità nonché, secondo parte della dottrina, in una rinnovata attenzione al

Con riferimento alle condizioni di risarcibilità del danno derivante da illecita attività di trattamento dei dati personali, pertanto, deve necessariamente dimostrarsi la effettiva sussistenza di un pregiudizio subito quale diretta violazione delle disposizioni normative, di talché potrà ritenersi determinare una ingiusta lesione del diritto non la mera violazione della norma, ma solo quella che ne offenda sensibilmente la portata⁽⁶⁴⁾. Le decisioni

profilo soggettivo del danneggiante. Con particolare riguardo al danno di tipo non patrimoniale, connotato da notoria difficoltà probatoria, la colpa non inciderà necessariamente sull'*an* potendo, bensì, incidere sul *quantum* del risarcimento, configurandosi in tal modo un rimedio risarcitorio con una funzione di tipo «individual-deterrente ancillare e puramente eventuale» [su cui v. E. NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*, in ID. (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, p. 77 ss., spec. p. 93] rispetto a quella, principale, di tipo solidaristico-satisfattiva. Si tratterebbe di una interpretazione non solo in linea con il contesto e la sistematicità propri del GDPR, ma applicabile anche sul piano interno: in tal senso, possono richiamarsi sia la riemersione del danno morale in termini di elemento autonomo rispetto a quello biologico [con richiamo, in proposito, a Cass. (ord.), 27 marzo 2018, n. 7513, cit., e Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, cit., nonché, per la dottrina, a M. FRANZONI, *Danno evento, ultimo atto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1337 ss.; G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla Terza Sezione e dal legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1349 ss.], sia la citata sentenza di legittimità a Sezioni unite n. 16601/2017 (su cui C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 1109 ss., osserva, circa la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c., che già prima del pronunciamento delle Sezioni Unite era irriducibile ad una concezione monofunzionale della responsabilità e che «in considerazione di gravi violazioni dei diritti della persona [...] il meccanismo di liquidazione del danno [...] può rendere particolarmente adeguato ed appunto effettivo il rimedio, consistente nella condanna del responsabile al pagamento di una somma di denaro, quantificata in relazione ai criteri di gravità dell'elemento soggettivo dell'illecito»; *contra*, M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 283 ss., spec. p. 293, che riconosce solo una funzione compensativa alla responsabilità civile «quand'anche il danno sia non patrimoniale»), decisione la quale, nel riconoscere come la responsabilità civile non incarni esclusivamente il ruolo di restauro della «sfera patrimoniale del soggetto» il quale abbia subito lesione – essendo «interne al sistema la funzione deterrente e quella sanzionatoria» – stabilisce, in termini di *conditio sine qua non* per l'ammissibilità della citata funzione ulteriore di deterrenza conferita all'istituto del risarcimento, l'intermediazione normativa posta, nella fattispecie, dagli obblighi conformativi in capo agli operatori del trattamento dei dati personali.

⁽⁶⁴⁾ In tal senso, cfr. Cass., 8 febbraio 2017 n. 3311, in *Giur. it.*, 2017, p. 1537, con nota di S. THOBANI, *Invio di comunicazioni indesiderate: il risarcimento del danno non patrimoniale*, conf., Cass., 15 luglio 2014 n. 16133, cit.

di legittimità degli ultimi anni offrono sempre più conferma di quanto detta dimostrazione sia necessaria al fine della configurabilità del risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali, e ciò non

Dottrina isolata (G. RAMACCIONI, *La protezione dei dati personali e il danno non patrimoniale. Studio sulla tutela della persona nella prospettiva risarcitoria*, Napoli, 2017, pp. 192-198, afferma, al riguardo, «il sistema di responsabilità che così verrà a delinearsi, apparirà incentrato sull'accertamento della illiceità del trattamento, con la conseguenza che la selezione del danno risarcibile dovrà collegarsi ad un comportamento specifico del soggetto, costruito secondo una determinata forma (la condotta) prestabilita; con ciò portando ad una identificazione del concetto di danno nella stessa antigiridicità della condotta e, quindi, nella lesione del bene protetto e non nel pregiudizio in concreto subito. Conseguentemente, attraverso tale linea interpretativa, si verrà a determinare una obbligazione risarcitoria caratterizzata da una significativa accentuazione della funzione preventiva e sanzionatoria rispetto alla funzione riparatoria». In linea con tale impostazione, più di recente, E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, cit., p. 42 ss.), in contrasto con quanto affermato sia da dottrina che giurisprudenza costanti e maggioritarie, tenta un avallo della ricorribilità alla tutela risarcitoria alla luce di qualsiasi ipotesi di illecito trattamento dei dati personali rientrante in quanto previsto ex art. 82 GDPR, nonché a prescindere dalla sussistenza di effettivo pregiudizio patito a causa della condotta lesiva verificatasi, in prospettiva di “oggettivazione del danno”, espressione di un modello di responsabilità di tipo sanzionatorio con finalità deterrente, esautorata del parametro dell'ingiustizia e del principio d'imputabilità secondo il regime di cui all'articolo 2043 c.c. È inoltre opportuno, sul punto, evidenziare altra isolata impostazione (cfr. A. DE FRANCESCO, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 85 ss.) in base alla quale, alla luce dell'interpretazione del GDPR in combinato disposto con la “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale”, formulata dalla Commissione europea il 9 dicembre 2015, si propone un inquadramento della responsabilità da illecito trattamento dei dati personali da fondarsi sull'applicazione della disciplina generale di obbligazioni e contratto, con quanto possa conseguire riguardo ai rimedi esperibili in tema di prescrizione, invalidità, vizi e inadempienze: in sostanza, considerando il dato personale in termini di oggetto di obbligazione contrattuale (cessione negoziale pattuita in “una prospettiva di visione proprietaria del dato”: cfr. F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 17), in caso di contratto formalmente gratuito, avente ad oggetto contenuti digitali che prevedano una controprestazione non pecuniaria consistente nella cessione di dati personali e nell'autorizzazione al relativo trattamento, potrebbe *in abstracto* delinearsi un regime di responsabilità contrattuale (desumibile dalla rilevanza della manifestazione del consenso ai fini sia dell'attività di trattamento che della relativa revocabilità) suscettibile di bloccare la circolazione dei dati personali.

solo alla luce di quanto previsto e disciplinato dall'ormai abrogato art. 15 Codice Privacy, ma anche di quanto previsto dal GDPR.

Tra le questioni costantemente analizzate dalle decisioni predette, per ciò che qui maggiormente interessa, vi è proprio la corretta individuazione dei presupposti di risarcibilità del danno non patrimoniale da violazione del trattamento dei dati personali, e dall'orientamento, sostanzialmente unanime, delle decisioni di legittimità degli ultimi anni, è possibile evincere una sostanziale, costante esclusione della possibilità di ricollegare automaticamente l'operatività della tutela risarcitoria al solo accertamento dell'illiceità del trattamento dei dati personali.

Pertanto, ai fini dell'accesso alla tutela risarcitoria si è costantemente affermata la necessità di verificare e, soprattutto, valutare, in prospettiva solidaristica, l'entità del danno agli interessi tutelati.

Tali riflessioni sono particolarmente evidenti, ad esempio, nella già citata Cass. n. 16133/2014, espressamente richiamata anche da recenti pronunce di legittimità⁽⁶⁵⁾, e secondo cui «Il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 [...], pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della “gravità della lesione” e della “serietà del danno” (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva. Il relativo accertamento di fatto è rimesso al giudice di merito e resta ancorato alla concretezza della vicenda materiale portata alla cognizione giudiziale ed al suo essere maturata in un dato contesto temporale e sociale».

In sostanza, nella decisione da ultimo richiamata la S.C. ha ritenuto che il requisito della gravità della lesione deve intendersi in termini di vero e

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Cass. (ord.), 4 giugno 2018, n. 14242, cit., e Cass. (ord.), 8 gennaio 2019, n. 207, cit.

proprio criterio selettivo dell'ingiustizia del danno: per potersi qualificare come "ingiusta", al fine dell'accesso alla tutela risarcitoria, la lesione da illecito trattamento dei dati personali postula un previo giudizio concernente la gravità della medesima, da compiersi, in ottica solidaristica, alla luce degli altri interessi rilevanti nella concreta fattispecie.

Il giudice di legittimità ha ritenuto quindi di applicare, anche in materia di tutela dei dati personali, i principi affermati nelle citate Sentenze di San Martino del 2008, che già evidenziavano come necessari, ai fini del risarcimento del danno di tipo non patrimoniale⁽⁶⁶⁾, il ricorso sia al requisito della gravità della lesione che a quello della serietà del danno. Si tratta della c.d. "soglia di risarcibilità" individuata dalla giurisprudenza per porre freno al ristoro di danni c.d. "bagatellari", con conseguente riconoscimento del diritto al risarcimento del danno solo nel caso in cui, anche alla luce del bilanciamento tra i principi di solidarietà verso il danneggiato e di generale tolleranza tra consociati, la lesione oltrepassi il limite della tollerabilità.

In tale ottica, nella decisione n. 16133/2014⁽⁶⁷⁾ – sempre in piena linea con la pressoché unanime giurisprudenza di legittimità sul punto⁽⁶⁸⁾ – la S.C. ha quindi ritenuto come, anche in caso d'illecito trattamento dei dati perso-

⁽⁶⁶⁾ In proposito, può osservarsi come il riferimento ai requisiti della gravità della lesione e della serietà del danno, da parte delle Sezioni Unite del 2008, abbia sollevato alcuni problemi interpretativi a fronte della laconicità dell'argomentazione offerta dalla Corte. In particolare, non era chiaro in quale fase del giudizio sulla risarcibilità del danno non patrimoniale dovesse operare il filtro della gravità della lesione (in questo senso, cfr. le osservazioni di C. SGANGA, *Le Sezioni Unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 53). E tuttavia, nella decisione n. 16133/2014, sopra richiamata, la Corte interpreta espressamente il requisito della gravità della lesione quale elemento destinato a riflettersi sull'ingiustizia del danno.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, cit.; conf., *ex multis*, Cass., 8 febbraio 2017, n. 3311, cit.; Cass., 11 gennaio 2016, n. 222, in *leggiditalia.it*; Cass., 25 febbraio 2016, n. 3727, in *Dir. inf.*, 2016, 1, p. 61.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Cass. (ord.), 4 giugno 2018, n. 14242, cit., e Cass. (ord.), 8 gennaio 2019, n. 207, cit., le quali in detto contesto evidenziano, in particolare, come determini «una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11» del Codice Privacy, bensì esclusivamente «quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva».

nali, al fine di consentire l'accesso al rimedio risarcitorio, l'interprete debba valutare, in termini d'incidenza pregiudizievole sull'interesse oggetto di tutela oltre il limite minimo di tollerabilità, il grado di offensività della lesione.

Parte della dottrina non condivide l'appena riferita interpretazione offerta con riferimento al requisito della gravità lesiva quale elemento destinato a riflettersi sulla ingiustizia del danno⁽⁶⁹⁾, e ciò adducendo come sia nelle ipotesi in cui il risarcimento del danno non patrimoniale risulti normativamente previsto, sia ove risulti collegato alla violazione di diritti inviolabili della persona⁽⁷⁰⁾, non sembrerebbe esservi possibilità di giudizio – con riferimento ad entità e rilevanza degli interessi oggetto di tutela – il quale sia finalizzato a limitare l'accesso al risarcimento, di talché la lesione dell'interesse tutelato (e, dunque, il concreto coinvolgimento del diritto interessato dalla condotta illecita: eventuali offese non rilevanti, infatti, possono ritenersi, semplicemente, inidonee ad incidere sull'interesse medesimo⁽⁷¹⁾) dovrebbe

⁽⁶⁹⁾ Cfr. M.S. ESPOSITO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, cit., p. 629.

⁽⁷⁰⁾ Riguardo ai diversi criteri di selezione degli interessi meritevoli di tutela risarcitoria ai sensi dell'art. 2059 c.c., si v., *ex multis*, Cass., 14 maggio 2012, n. 7471, in *leggiditalia.it*, ove si evidenzia che «in linea generale, il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, e cioè, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.: a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale; b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato [...]», e «in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento (quali, rispettivamente, quello alla riservatezza od a non subire discriminazioni); c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati *ex ante* dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice». In argomento, cfr. M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, in *Tratt. teorico-pratico dir. priv. Alfa-Patti*, Padova, 2009.

⁽⁷¹⁾ Cfr. E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale*, in EAD. (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, cit., la quale, pur evidenziando la necessità, ai fini dell'accesso al rimedio risarcitorio, di una valutazione sulla

ritenersi *contra ius* garantendo, pertanto, il diritto al risarcimento prescindendo da ogni valutazione concernente il grado d'intensità del danno sofferto. In quest'ottica, quindi, la soglia di risarcibilità dovrebbe essere impiegata in termini di criterio finalizzato a determinare l'entità del risarcimento, e non come criterio selettivo di pregiudizi meritevoli di tutela⁽⁷²⁾.

In realtà, e come costantemente rilevato dalla giurisprudenza, con riguardo alla individuazione del danno risarcibile deve ritenersi non configurabile un danno *in re ipsa*, e ciò in quanto si rende necessario escludere l'insorgibilità del diritto al risarcimento alla luce di una mera violazione della normativa posta a tutela dei dati personali; è stato evidenziato, infatti, come non sia possibile ricondurre l'ingiustizia del danno alla mera antigiuridicità della condotta, essendo al contrario necessaria la verifica della lesione di un concreto interesse oggetto di tutela.

La giurisprudenza ha tenuto ad escludere l'automatica insorgibilità del diritto al risarcimento alla luce della mera lesione dell'interesse protetto, in quanto «il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza [...], che deve essere allegato e provato»⁽⁷³⁾: si tratta d'impostazione in

rilevanza dell'offesa al diritto coinvolto, osserva come detto giudizio sia esclusivamente finalizzato a negare tutela alle offese inidonee ad incidere sul diritto tutelato.

⁽⁷²⁾ Cfr. in tal senso G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, cit., c. 135, secondo cui «i diritti inviolabili, se sono tali, devono essere sempre risarciti [...]. La serietà del danno e la gravità dell'offesa devono operare come criteri di risarcimento del danno: non già, invece, quali metri di selezione dei danni non patrimoniali»; P. ZIVIZ, *Un'occasione mancata per le Sezioni unite*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009, p. 561; V. CECCARELLI, *La soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 349, la quale evidenzia come «Nelle ipotesi tipizzate dal legislatore» non possa infatti dubitarsi «vi sia una determinazione legislativa di ritenere "ingiusta" la lesione dei diritti ivi tutelati, ingiustizia che permane al di là dell'intensità del pregiudizio; l'immissione nei diritti inviolabili della persona, come la sua riservatezza, comporta un'intollerabilità intrinseca, che deve garantire l'*an* del risarcimento del danno alla persona».

⁽⁷³⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.; con specifico riferimento al trattamento illecito dei dati personali, cfr. Cass., 20 maggio 2015, n. 10280, in *Danno e resp.*, 2015, p. 969.

linea anche con buona parte della dottrina⁽⁷⁴⁾, la quale, prescindendo dalla posizione assunta sul punto della configurabilità del requisito dell'ingiustizia del danno, ha sottolineato come, ai fini dell'accesso al rimedio risarcitorio, debba ritenersi necessario l'effettivo accadimento di un danno derivante dalla lesione dell'interesse tutelato. Deve quindi in linea di principio escludersi, in linea sia con la normativa che con la prassi in argomento, una identificazione del danno con l'evento dannoso, cioè a dire con la sola lesione dell'interesse protetto dalla norma⁽⁷⁵⁾, potendo semmai, come nel caso della lesione di diritti inviolabili della persona, il pregiudizio risultare suscettibile di assumere connotati così intensi da consentire, all'interprete, di presumere l'accadimento di un danno in capo all'interessato dal trattamento dei dati personali.

Si tratta di una soluzione certamente complanare con la casistica giurisprudenziale in argomento, da cui deve sottolinearsi emergere, tuttavia, un uso non pienamente univoco della locuzione «danno *in re ipsa*»⁽⁷⁶⁾.

Secondo una prima accezione, la locuzione indica che il danno è *conditio sine qua non* della lesione, cioè a dire che deve ritenersi sussistente un rapporto di assoluta necessità tra lesione e danno per cui quest'ultimo deve considerarsi implicito nella prima, con la conseguente sufficienza, ai fini risarcitori, dell'accertamento – senza necessità di prova ulteriore in ordine

L'esigenza di un accertamento in merito all'effettiva esistenza di un danno, inteso come lesione di un bene oggetto di un interesse tutelato, assume particolare rilevanza dal momento che, non tutte le violazioni delle norme a tutela dei dati personali comportano danno immediato al titolare dei medesimi, ma solo un pericolo di danno, essendo, in tal caso, ancora possibile per l'interessato avvalersi degli strumenti normativamente previsti al fine d'interrompere il trattamento illegittimo dei propri dati: sul punto, F. DI CIOMMO, *Il danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2004, p. 274 ss., spec. p. 276 s.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. P. ZIVIZ, *Trattamento dei dati personali e responsabilità civile: il regime previsto dalla Legge 675/1996*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 1299 ss., spec. p. 1307 ss.; E. PELLECCIA, *La responsabilità civile per trattamento dei dati personali*, cit., p. 230 s.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. M.S. ESPOSITO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, cit., p. 631.

⁽⁷⁶⁾ Cfr., in argomento, R. ANGARANO, *Il nuovo danno non patrimoniale*, in *personaedanno.it*, 20 dicembre 2010, p. 5 ss.

al concreto pregiudizio sofferto – della lesione dell’interesse protetto dalla norma⁽⁷⁷⁾.

D’altra parte, spesso la giurisprudenza fa riferimento al danno *in re ipsa* al mero fine d’introdurre una disamina a carattere presuntivo⁽⁷⁸⁾, di talché il danno non rappresenterebbe conseguenza necessaria della lesione, ma un evento normalmente conseguente alla luce di un giudizio basato sull’*id quod plerumque accidit*⁽⁷⁹⁾. Tale secondo orientamento costituisce oggi il maggioritario in giurisprudenza, di talché è esclusa la possibilità, anche in caso di lesione di diritto inviolabile della persona, di ritenere il danno non patrimoniale insito alla medesima lesione dell’interesse protetto; ma rimane necessario, d’altro canto, accertare il concreto pregiudizio subito e viene ritenuto possibile, ormai da diverso tempo, ammettere la prova per presunzioni del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali⁽⁸⁰⁾: da dette

⁽⁷⁷⁾ Cfr. Cass., 24 maggio 2010, n. 12626, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 272, con nota di M. GORGONI, *Misure di contenimento del rischio del credito e tutela della reputazione*, e in *Danno e resp.*, 2011, p. 285, con nota di richiami di V. TROVATO.

⁽⁷⁸⁾ Sul punto, v. S. PELLEGGIATA, *Responsabilità da illegittima segnalazione a sofferenza in Centrale rischi: la discussa ammissibilità di un danno non patrimoniale in re ipsa*, in *Il diritto degli affari.it*, 2018, p. 18 ss., spec. p. 26.

⁽⁷⁹⁾ *Ex multis*, Cass., 12 giugno 2008, n. 15814, in *Mass. Giur. it.*, 2008, ove si evidenzia come «il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo» debba riconoscersi non «con caratteristiche e finalità punitive ma in relazione all’effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, né il medesimo ordinamento consente l’arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro; ne consegue che, pure nelle ipotesi di danno *in re ipsa*, in cui la presunzione si riferisce solo all’*an debeatur* (che presuppone soltanto l’accertamento di un fatto potenzialmente dannoso in base ad una valutazione anche di probabilità o di verosimiglianza secondo l’*id quod plerumque accidit*) e non alla effettiva sussistenza del danno e alla sua entità materiale, permane la necessità della prova di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente pecuniario»; conf., Cass., 18 novembre 2002, n. 16202, in *Giur. it.*, 2003, p. 1342, con nota di G. GUIDA, *Nota in tema di valutazione equitativa del danno*.

⁽⁸⁰⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 19 luglio 2016, n. 14694, in *Ced Cassazione*, secondo cui «In materia di protezione di dati personali, quando la loro illecita diffusione abbia dato luogo a condotte pregiudizievoli poste in essere da soggetti diversi dagli autori della divulgazione, non può, per ciò solo, escludersi l’esistenza – tra tale comportamento ed il danno lamentato – del nesso causale, dovendo la sua ricorrenza essere comunque affermata qualora risulti

presunzioni potrà quindi conseguire una mera inversione dell'onere della prova, con *onus probandi*, in capo al danneggiante, del mancato insorgere di un concreto pregiudizio⁽⁸¹⁾.

Quanto appena chiarito emerge nel contesto della pressoché costante giurisprudenza di legittimità, ove si stabilisce sul punto come, pur ritenendo che i danni derivanti da lesione di diritti inviolabili della persona debbano in via di principio considerarsi sussistenti *in re ipsa*, si evidenzia purtuttavia la possibilità: a) per l'interprete, di avvalersi della prova presuntiva del danno concretamente sofferto dall'interessato alla luce dell'evento lesivo del suo interesse⁽⁸²⁾; b) per l'operatore del trattamento che abbia de-

che le condotte dei terzi non sarebbero state possibili se non fossero stati resi noti i dati personali dei danneggiati»; per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano, 19 maggio 2005, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1247, con nota di M. BARONI, *Funzione, prova e quantum della riparazione del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*. In dottrina, v. F. BRAVO, *Invio di SMS commerciali e risarcimento del danno da illecito trattamento di dati personali*, in *Dir. inf.*, 2007, p. 811 s.

⁽⁸¹⁾ Cfr. M. BARONI, *Funzione, prova e quantum della riparazione del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, cit., p. 1252, ove si sottolinea la difficoltà, per il danneggiante, di fornire la prova contraria, essendo costretto ad allegare fatti e circostanze relative ad un ambito relazionale (quello del danneggiato) cui il medesimo si trova ad essere estraneo.

⁽⁸²⁾ Cfr. Cass. (ord.), 4 giugno 2018, n. 14242, cit., ove si sottolinea che «La fattispecie delineata dai due commi del *D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 15*, pone [...] due presunzioni: quella secondo la quale il danno è da addebitare a chi ha trattato i dati personali o a chi si è avvalso di un altrui trattamento a meno che egli non dimostri di avere adottato tutte le misure idonee per evitarlo ai sensi dell'art. 2050 c.c., e quella secondo la quale le conseguenze non patrimoniali di tale danno – sia esso di natura contrattuale che extracontrattuale – sono da considerare *in re ipsa* a meno che il danneggiante non dimostri che esse non vi sono state ovvero che si tratta di un danno irrilevante o bagatellare ovvero ancora che il danneggiato abbia tratto vantaggio dalla pubblicazione dei dati»; ma v. anche Cass., 25 gennaio 2017, n. 1931, ove in tema di “prova di danno *in re ipsa*”, in modo ancora più esplicativo, si sottolinea che «Quantunque la locuzione *danno in re ipsa* si trovi talora impiegata, ma senza particolari approfondimenti, in determinati contesti normativi, anche nella giurisprudenza di questa Corte (v. da ult. Cass., 22 giugno 2016, n. 12954), deve tenersi per fermo il principio, solidamente ancorato al dettato dell'art. 1223 c.c., applicabile nel campo aquiliano per il tramite dell'art. 2056 c.c., secondo cui il danno è una conseguenza dell'illecito (ovvero dell'inadempiamento), ossia della lesione dell'interesse protetto, conseguenza riguardata dall'ordinamento sotto specie di “perdita” ovvero di “mancato guadagno”, collegati alla lesione

terminato il danno, di dimostrare che conseguenze pregiudizievoli non vi siano state, ovvero che si abbia a che vedere con eventi causativi di danni irrilevanti quando non, addirittura, di vantaggio per l'interessato dal trattamento medesimo.

Alla luce di quanto detto sinora riguardo alla possibilità di fornire prova, del danno conseguente alla lesione d'interessi fondamentali, anche mediante ricorso a presunzioni, è comunque necessario, ai fini determinativi del risarcimento dovuto all'interessato-danneggiato, valutare sia la gravità della lesione che la serietà del pregiudizio: è in tale ambito che, correttamente, parte della dottrina⁽⁸³⁾ tiene a precisare come nelle ipotesi di risarcimento del danno previste dalla legge possa venire in considerazione, in termini di necessario parametro determinativo dell'entità del risarcitoria, la citata "soglia di risarcibilità", nel rispetto del necessario bilanciamento tra il principio solidaristico e l'obbligo di tolleranza.

Alla luce di quanto sinora evidenziato può quindi dirsi che, nonostante varie possano rilevarsi le posizioni assunte dalla S.C. con riferimento al requisito della ingiustizia della lesione⁽⁸⁴⁾, dottrina e giurisprudenza maggioritarie sembrano porsi in netta linea di continuità la soluzione finalizzata a rafforzare, in linea con la sistematica e gli strumenti apprestati dal legislatore interno, la tutela della persona fisica in materia di risarcimento del danno da illecito trattamento dei relativi dati personali.

dell'interesse protetto per il tramite del nesso di causalità. [...] Può semmai ammettersi che non già il danno, ma la sua prova sia per così dire *in re ipsa*, e cioè – più precisamente – goda di facilitazioni agganciate al congegno presuntivo (artt. 2727-2729 c.c.), distinguendo tra conseguenze generalmente determinate, secondo l'*id quod plerumque accidit*, da una particolare lesione e conseguenze specificamente legate alla situazione del danneggiato: ma il danno, ed in particolare la "perdita", deve essere sempre oggetto di proporzionata ed adeguata deduzione da parte dell'interessato».

⁽⁸³⁾ Si parla di "soglia di risarcibilità" in termini di mero criterio quantitativo del danno risarcibile, e non quale metro ai fini della qualificazione dell'ingiustizia del danno, tra gli altri, in G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, cit., c. 137; M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, cit., p. 178 s.

⁽⁸⁴⁾ Cass. (ord.), 4 giugno 2018, n. 14242, cit., e Cass. (ord.), 8 gennaio 2019, n. 207, cit.

6. — *L'ordinanza n. 19328/2020.*

Superata l'impostazione della risarcibilità del danno in ragione della mera violazione della regola di comportamento, è interessante valutare notare come in una recente ordinanza⁽⁸⁵⁾ la S.C., partendo dall'assunto che, in prospettiva di tutela extracontrattuale, il danno da illecito trattamento possa dirsi rilevante in sé, anche ove non incarni i caratteri di evento *contra ius*, dia vita ad una approfondita disamina finalizzata all'applicazione del procedimento, delineato dalle citate SS.UU. del 2008, volto ad articolare i diversi profili fondanti il diritto al risarcimento in base allo schema predisposto dall'art. 2043 c.c. a mezzo di un giudizio riguardante la condotta antiggiuridica, il danno «nella sua qualità di ingiustizia»⁽⁸⁶⁾, nonché l'esistenza del nesso di causalità e dei criteri d'imputazione⁽⁸⁷⁾.

Come già ampiamente evidenziato, secondo l'impostazione unanimemente condivisa, in base a cui il modello generale di responsabilità aquiliana viene ritenuto applicabile anche all'ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento, il giudizio su danno e relativa ingiustizia non può essere assorbito nel giudizio sulla violazione delle norme, cioè a dire, il danno non può ritenersi in alcun modo *in re ipsa*.

In genere pertanto la S.C. muove, anzitutto, dalla necessità di una disamina di condotta e relativa antiggiuridicità per conseguire, all'esito, una valutazione inerente al danno considerato sotto i suoi vari profili, sino ad arrivare ad individuare lesione e pregiudizio risarcibili alla luce del superamento della soglia di tollerabilità del danneggiato): diversi ed ulteriori sono quindi i mo-

⁽⁸⁵⁾ Cass. (ord.), 17 settembre 2020, n. 19328, cit.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. C. SOLINAS, *Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., p. 143.

⁽⁸⁷⁾ Sottolinea F.D. BUSNELLI, ... *e venne l'estate di San Martino*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale: guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008 nn. 26972/3/4/5, Milano, 2009, p. 91 ss., spec. p. 94, come l'art. 2059 c.c. non sia disposizione esaustiva del risarcimento del danno aquiliano (non patrimoniale), e la tutela di quest'ultimo – postulando la sussistenza di tutti gli elementi di cui all'art. 2043 c.c. –, «si fonda sull'ingiustizia del danno», rimanendo quindi «tributaria» di detta norma, da ritenersi quale «unica norma generale deputata alla tutela risarcitoria».

menti valutativi, da una parte dell'esistenza mentre, dall'altra, della consistenza del pregiudizio conseguente alla lesione dell'interesse tutelato⁽⁸⁸⁾.

Con riferimento alla prova del pregiudizio subito conseguentemente alla lesione del diritto, considerata l'assenza di deroghe all'art. 2697 c.c., spetta al danneggiato, chiamato a provare gli elementi costitutivi del diritto azionato, allegare e provare i pregiudizi patiti, utilizzando gli strumenti probatori ordinari: è in tale ottica che la prova di un pregiudizio difficilmente comprovabile, come il danno morale può, secondo la maggior parte della giurisprudenza, darsi in base al canale presuntivo⁽⁸⁹⁾, conferendo massimo rilievo, nella motivazione, a contesto, caratteristiche, età del danneggiato, modalità violative⁽⁹⁰⁾.

Cosa che non sembra accadere citata ordinanza n. 19328/2020, la quale, al contrario, appare ammettere la possibilità di presumere una sofferenza morale quale ovvia conseguenza della violazione, rimettendo al momento quantificativo del danno l'introduzione di elementi di concretizzazione e personalizzazione del medesimo⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. C. SOLINAS, *Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla protezione dei dati personali*, loc. ult. cit.

⁽⁸⁹⁾ Anche se, sul punto, C. SOLINAS, *Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla protezione dei dati personali*, loc. ult. cit., evidenzia come si tratti di «passaggio delicato. Occorre costruire e motivare correttamente il percorso di presunzione. L'esistenza del pregiudizio non dovrebbe essere inferita *tout court* sul solo fatto che è stato violato il Codice e che, di norma, tale astratta violazione produce quel pregiudizio; così procedendo si avrebbe, di fatto, lo stesso risultato di accertare il danno in quanto in *re ipsa* pur nell'apparente conservazione della costruzione teorica che tale incorporazione nega», portando, ad esempio di non eccessiva chiarezza sul punto, Cass. n. 14242/2018, secondo cui «una volta ritenuto [...] che il bene violato faccia parte di quei valori fondamentali ovvero dei diritti inviolabili della persona, il giudice dovrà disporre che il danno debba essere risarcito, quanto meno in via equitativa, salvo la prova contraria addotta dal danneggiante».

Inoltre, sulla configurabilità del danno morale nell'ambito della categoria del danno non patrimoniale, cfr. M. FRANZONI, *Fatti illeciti. Artt. 2043-2059 c.c.*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2020, p. 801 ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, cit., c. 142.

⁽⁹¹⁾ Lo stato affittivo patito per cui è disposto il risarcimento del danno non è, in questo caso, connesso alla lesione dell'integrità psicofisica e, dunque, del diritto alla salute, bensì

Anche con riguardo agli ulteriori profili della gravità della lesione e della serietà del pregiudizio – i quali trovano, notoriamente, la propria ragione di esistere nel principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., che richiede al danneggiato di esercitare tolleranza entro la soglia minima socialmente accettata⁽⁹²⁾ – la citata ordinanza del 2020, pur affermando in via di principio la necessità di valutare sia gravità di lesione che conseguente serietà di pregiudizio, ritiene tuttavia possibile motivarne, in modo implicito, l'avvenuto riscontro giudiziale, con conseguente passaggio da una iniziale analiticità di approccio verso concetto e struttura del fatto illecito, ad una – quantomeno apparentemente – minore attenzione al profilo della intollerabilità della lesione del diritto alla protezione dei dati personali e del grado di pregiudizio conseguente.

Il motivo di tale osservazione è facilmente rinvenibile nel fatto che, contrariamente a quanto invece necessiterebbe, l'ordinanza non pone particolare attenzione ad esplicitare il percorso logico giuridico alla base del concreto bilanciamento, tra interessi contrapposti, alla luce del citato principio di tolleranza, quando la valutazione dell'interprete dovrebbe, al contrario, vertere in direzione degli «aspetti contingenti dell'offesa»⁽⁹³⁾, evidenziandone

rileva per via autonoma quale conseguenza dell'accertata lesione dell'interesse alla protezione dei propri dati: la “personalizzazione nell'accertamento del danno”, pertanto, è qui espressione della necessità medesima di riscontrare, nella fattispecie, la percezione di un dato pregiudizio emotivo da parte del soggetto concretamente danneggiato, senza che siano innescati automatismi di sorta.

⁽⁹²⁾ Sul punto, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 360 ss., secondo cui l'effettiva operatività del principio solidaristico, presente nella sistematica del Codice Civile, si collega al presupposto dell'ingiustizia del danno. La persona è collocata pur sempre in un contesto sociale e nelle sue logiche, sicché deve sopportarne le fisiologiche dinamiche; sul punto v. anche E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona fra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 789 ss.

⁽⁹³⁾ Cfr. Cass. n. 16133/2014, cit., ove si ritiene necessario valutare la gravità della lesione e la serietà del pregiudizio anche nei casi di risarcibilità del danno non patrimoniale individuati dal legislatore, ad eccezione delle violazioni della norma penale: ciò in quanto, alla base della selezione da parte di quest'ultima dei diritti meritevoli di tutela risarcitoria non patrimoniale, vi sarebbe proprio un giudizio di disvalore delle relative lesioni. *Contra*, Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 3727, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1012, con nota

contorni e profili al fine di consentire, in un ambito così poco caratterizzato da esatti connotati di natura oggettiva, sia una verificabilità che una confrontabilità delle relative decisioni⁽⁹⁴⁾.

Inoltre, ove si rinvenisse un procedimento diretto a quantificare senza espressa motivazione in ordine all'importanza dell'offesa non necessariamente si sarebbe di fronte all'esito, implicito, di una presumibile compiuta valutazione riguardo al grado di violazione del diritto, dovendosi al contrario dare atto, verosimilmente, dell'applicazione della impostazione fatta propria da una parte della dottrina⁽⁹⁵⁾, in base a cui la violazione del diritto implicherebbe, in sé, l'intollerabilità della lesione, con conseguente automatica ammissione della risarcibilità una volta che il medesimo risulti provato, operando eventualmente, la gravità dell'offesa, in termini di mero criterio quantitativo del danno.

Come correttamente evidenziato sul punto, quindi, in un ambito come

di L. DELLI PRISCOLI, *La non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, anche se derivante da reato*, in base a cui «Il danno non patrimoniale di lieve entità è risarcibile solo a condizione che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, e che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità, essendo consustanziale al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. quello di tolleranza della lesione minima. Non vi è infatti diritto per cui non operi la regola del bilanciamento, in forza della quale, perché si abbia una sua lesione ingiustificabile e risarcibile, non basta la mera violazione delle disposizioni che riconoscono quel diritto, ma è necessaria una violazione che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva, alla stregua di un accertamento di fatto che spetta al giudice di merito e che è incensurabile in sede di legittimità, ove adeguatamente motivato».

⁽⁹⁴⁾ Si v., in argomento, M.S. ESPOSITO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, loc. ult. cit., la quale sottolinea come la necessità «di poter confrontare illeciti uguali e verificare se» ricevano simili trattamenti sia «sentita per il giudizio di quantificazione. Essa è riscontrabile però anche nel giudizio sulla gravità della lesione e sulla serietà del pregiudizio se, come fa l'ordinanza, si parte dal presupposto che l'offesa non rileva *tout court* bensì in rapporto al principio di tolleranza e che dunque quello che ha ad oggetto la dimensione della lesione e del pregiudizio è un giudizio concreto di ponderazione di valori».

⁽⁹⁵⁾ In ordine a tale impostazione, con riguardo ai diritti inviolabili, v. G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, cit., c. 137.

quello della tutela dei dati personali, così condizionato «dalla difficoltà di rinvenire parametri oggettivi per l'accertamento del danno [...], è anche nella trasparenza del percorso logico-argomentativo del giudice per giungere all'apprezzamento della serietà dell'offesa che occorre rinvenire un aspetto indefettibile del giudizio di responsabilità», rimanendo in ogni caso, «i criteri di contestualizzazione/personalizzazione del danno», «parte centrale anche dell'individuazione del *quantum*»⁽⁹⁶⁾.

Al di là di quanto sinora evidenziato con riferimento al *modus procedendi* dell'ordinanza del 2020, può dirsi tuttavia come in sostanza l'ordinanza medesima, al pari sia delle precedenti che delle più recenti sul punto, ricalchino principi nella generalità dei casi condivisibili riguardo alla interpretazione dell'art. 15 Codice Privacy, in coerenza con il sistema risarcitorio del danno non patrimoniale delineatosi a partire dal 2003, nel prisma delle SS.UU. del 2008, nonché, da ultimo, alla luce di una verosimile lettura dell'art. 82 GDPR che potrà rilevarsi nelle decisioni di legittimità di qui a venire.

Non può infatti, ragionevolmente, rinvenirsi soluzione di continuità, tra vecchia e nuova disciplina, in ordine sia all'interpretazione della natura della responsabilità da illecito trattamento dei dati personali, sia alla mancata prospettabilità del risarcimento del danno considerato *in re ipsa*, e ciò in quanto: a) è rilevabile, in particolare, una continuità nel fondamento della responsabilità *ex art. 82 GDPR* come derivante dall'attribuzione, in capo al titolare, del costo del rischio correlato all'attività d'impresa *ex art. 2050 c.c.*⁽⁹⁷⁾; b) una continuità è già rinvenibile nella circostanza in base a cui, come avviene ad esempio nel caso della citata ordinanza di legittimità n. 19328/2020, si utilizzi indistintamente le espressioni utilizzate dal legislatore in ordine alla prova

⁽⁹⁶⁾ Cfr. C. SOLINAS, *Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla protezione dei dati personali*, loc. ult. cit.; ma v. anche C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Europa e dir. prin.*, 2014, p. 529, il quale sottolinea l'esigenza di evitare da un lato una tutela insufficiente, ma altresì risarcimenti quasi esclusivamente punitivi.

⁽⁹⁷⁾ Con riferimento al fondamento di tale criterio d'imputazione, cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019, p. 284 ss.

liberatoria del soggetto danneggiante, cioè a dire quella di cui all'art. 2050 c.c., richiamata dall'abrogato art. 15 Codice Privacy («avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno»), e quella di cui all'art. 82 GDPR («l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile»).

Certamente, il passaggio all'applicazione del nuovo regime di cui all'art. 82 GDPR richiederà agli interpreti una certa gradualità⁽⁹⁸⁾, anche alla luce del fatto che il tema inerente alla gestione del rischio, permeando di sé l'intero impianto del GDPR, costituisce già un innovativo prisma alla luce del cui linguaggio “sdogmatizzato”⁽⁹⁹⁾ sottoporre, in maniera sempre più approfondita, la lettura del regime di responsabilità di tipo extracontrattuale di origini e matrice prettamente interne.

⁽⁹⁸⁾ V. C. SOLINAS, *Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla protezione dei dati personali*, loc. ult. cit.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *juscivile.it*, 2020, 3, p. 796 ss., spec. p. 791.

FLAVIA CRISTIANO^(*)

IL REGOLAMENTO UE 679/2016
E I TRASFERIMENTI EXTRA UE DEI DATI PERSONALI
NEL CONTESTO UNIVERSITARIO

ABSTRACT: This work examines the framework of rules related to the transfer of personal data to non-EU countries and international organizations, focusing on the data processing activities carried out by Italian public universities as part of their institutional purposes. A summary of the guarantees applicable to the processing of personal data is proposed, that considers the balance between the rights to be respected and the laws applicable to the university context. This summary also takes into account the consequences of the recent *Schrems II* ruling of the EU Court of Justice on transfers abroad of personal data processed by entities established in the EU.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Contesto normativo. – 3. Trasferimento dei dati personali. Quadro degli adempimenti. – 4. Condizioni di garanzia per il trasferimento. – 4.1. Decisioni di adeguatezza. – 4.2. Le garanzie dell'art. 46 e la recente sentenza *Schrems II*. – 4.3. Trasferimenti di dati tra autorità e organismi pubblici. – 4.4. BCR o Norme vincolanti d'impresa. Clausole contrattuali tipo. – 4.5. Deroghe: consenso e necessità. – 5. Brexit. – 6. Il programma Erasmus+. – 7. Accordi internazionali di cooperazione universitari. – 8. Direttiva vs regolamento e l'*effetto Bruxelles*. – 9. Conclusioni.

1. — *Premessa.*

Con il regolamento UE 679/2016 (nel seguito, GDPR) il bilanciamento tra i due contrapposti diritti, alla protezione dei dati personali e alla loro libera circolazione, realizza un quadro normativo complesso cui il titolare o il responsabile del trattamento dei dati deve attenersi, per ogni attività di trattamento di dati personali che pone in essere.

Come riportato al Considerando 101 GDPR, «I flussi di dati personali

^(*) Università degli Studi di Perugia, Università per Stranieri di Perugia.

verso e da paesi al di fuori dell'Unione e organizzazioni internazionali sono necessari per l'espansione del commercio internazionale e della cooperazione internazionale». L'Unione europea ha investito nella strategia del Mercato unico digitale e riconosce che «l'aumento di tali flussi ha posto nuove sfide e problemi riguardanti la protezione dei dati personali», in particolare per quei trasferimenti di dati verso quei paesi, esterni allo Spazio Economico Europeo⁽¹⁾, che non consentono di garantire alle persone il controllo dei loro dati personali né il rispetto di quei diritti costituzionalmente garantiti nei territori dell'Unione europea.

Focus di questo approfondimento sarà tentare una sintesi delle garanzie applicabili ai trattamenti di dati personali, con uno sguardo particolare a quelli svolti dall'Università statale nell'ambito delle proprie finalità istituzionali, quando tali trattamenti comportano il trasferimento di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale.

Con riguardo alla protezione dei dati personali, andrà tenuto conto del contesto normativo generale a cui l'Università deve attenersi e delle indicazioni normative o di soft law ad essa applicabili per valutare, nei vari contesti dell'attività di trattamento, gli adempimenti da porre in essere.

Un primo studio di questo scenario è stato condotto agli inizi del 2019⁽²⁾, per mettere a fuoco la presenza di eventuali differenze sostanziali introdotte dal GDPR, rispetto la precedente direttiva 45/96/CE, e fornire spunti operativi utili alla comunità dei DPO universitari che si andava formando. Viene ora ripreso e aggiornato, alla luce delle conoscenze acquisite con il master e delle interpretazioni del GDPR emerse nel corso di questi due anni, con particolare riguardo alle indicazioni dell'European Data Protection Board (EDPB) ed alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) che si è pronunciata, a luglio dello scorso anno, invalidando la decisione di adeguatezza del *Privacy Shield* per i trasferimenti dei dati verso gli USA.

⁽¹⁾ Corrispondente all'UE assieme a Norvegia, Liechtenstein, Islanda.

⁽²⁾ Il lavoro è stato svolto dalla scrivente nell'allora sottogruppo di lavoro del gruppo GLAT del Codau. È stato pubblicato nel forum dei DPO universitari per essere liberamente utilizzabile da chiunque avesse voluto dividerlo nella propria università, come poi in effetti avvenuto da parte di alcuni Atenei che lo hanno pubblicato nel proprio sito web.

2. — *Contesto normativo.*

Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati personali. Questo diritto è tutelato su più livelli, in quanto previsto dal diritto europeo⁽³⁾, da fonti di diritto interno e costituzionali⁽⁴⁾, e dal diritto internazionale/pattizio/con-suetudinario.

L'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (nel seguito Carta o CDFUE) garantisce ad ogni persona il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni, mentre l'art. 8, § 1 della Carta, riconosce esplicitamente a ogni persona il diritto alla protezione dei dati personali che la riguardano.

La tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali è un diritto fondamentale, non assoluto, da considerare alla luce della sua funzione sociale⁽⁵⁾; va quindi temperato⁽⁶⁾ con altri diritti fondamentali tra i quali, di interesse per il contesto di questo approfondimento, la libertà di pensiero, di espressione e di informazione, la libertà delle arti e della ricerca scientifica e, non ultime, la libertà personale e la libertà accademica⁽⁷⁾.

Il contesto normativo applicabile ai trattamenti di dati personali va pertanto analizzato alla luce del bilanciamento dei vari diritti tutelati dalla CDFUE e al netto di eventuali compressioni all'esercizio degli stessi diritti e libertà, che possono essere possibili solo se previsti da norme di legge. Nel rispetto del principio di proporzionalità, alcune leggi possono infatti apportare limitazioni a tali diritti e libertà solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale, riconosciute dall'Unione, o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (art. 52 CDFUE). È

⁽³⁾ Ricordiamo l'art. 8, § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 16, § 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che il regolamento UE 679/2016 richiama al Considerando 1.

⁽⁴⁾ Art. 2 Cost., letto alla luce dei diritti contemplati nella CDFUE.

⁽⁵⁾ Cfr. CGUE, 16 luglio 2020 su causa C-311/18 (*Schrems II*), in curia.europa.eu/juris, spec. § 172, che riprenderemo in seguito.

⁽⁶⁾ Cfr. Considerando 4 GDPR.

⁽⁷⁾ Previste rispettivamente queste ultime dagli art. 13 Cost., 6 CDFUE e 13 CDFUE.

questo ad esempio quanto avvenuto nel periodo dell'emergenza sanitaria dovuto alla pandemia da Covid-19.

L'Università statale italiana è una istituzione pubblica di alta cultura, i cui fini primari sono la ricerca scientifica, il trasferimento dei suoi risultati e la formazione superiore, obiettivi considerati tra loro inscindibili al fine di promuovere la valorizzazione delle conoscenze a vantaggio dei singoli e della società.

È dotata di autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile⁽⁸⁾ e, essendo intesa quale amministrazione pubblica⁽⁹⁾, si applicano ad essa i principi e le norme previsti, per la Pubblica amministrazione, sia dalla Costituzione sia da tutte le disposizioni legislative, anche emanate in recepimento di normative o direttive europee, tra cui: le leggi finanziarie; le norme in materia di informatizzazione e digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche; le norme in materia di riutilizzo dei dati personali; le norme in materia di procedure amministrative e di diritto di accesso; la normativa in materia di trasparenza e anticorruzione; la normativa in materia di protezione dei dati personali; la normativa in materia di lavori pubblici, di appalti pubblici e forniture di beni e servizi; la normativa in materia di privatizzazione industriale.

Il trattamento di dati personali, anche particolari, necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, può basarsi esclusivamente su una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento⁽¹⁰⁾.

Nel quadro normativo previgente all'entrata in vigore sia del GDPR sia del d.lgs. 101/2018, in base agli artt. 20 e 21 del d.lgs. 196/2003 (c.d. Codice Privacy) le PA potevano trattare i dati sensibili o giudiziari solo dotandosi di

⁽⁸⁾ Art. 6, l. 168/89.

⁽⁹⁾ Art. 1, 2° comma del d.lgs. 165/2001 e Costituzione italiana, Parte II, Titolo III, Sezione II («La Pubblica Amministrazione»).

⁽¹⁰⁾ Artt. 6, § 3, 9, § 2 e 10 GDPR e artt. 2-ter, 2-sexies, 2-septies e 2-octies del d.lgs. 196/2003: l'interesse pubblico è utilizzabile anche da un soggetto privato, ad esempio concessionario o società in house di un ente pubblico o che svolge servizio pubblico, ma il focus del documento sarà specifico per l'università statale.

un atto di natura regolamentare adottato in conformità al parere espresso dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali. A novembre 2005, la Conferenza dei Rettori delle Università Italiane (CRUI) aveva ottenuto il necessario parere positivo del Garante sullo schema tipo di «Regolamento sul trattamento dei dati sensibili e giudiziari»⁽¹¹⁾. Esso riporta numerose norme di legge, per ciascun ambito dell'attività di trattamento, che legittimano gli utilizzi dei dati ora definiti particolari e giudiziari, ancora utile per individuare la norma applicabile al loro utilizzo, nello specifico contesto dell'attività di trattamento.

La conoscenza del complesso delle norme europee e nazionali risulta quindi indispensabile per comprendere se l'attività di trattamento dei dati personali, che richiede il trasferimento degli stessi oltre i confini europei, nel perseguire una finalità istituzionale dell'Università rispetti il principio di liceità di cui all'art. 5, § 1, lett. a) GDPR. Mancando la base giuridica, verrebbe meno il presupposto giuridico, l'*an* dell'attività di trattamento e, nel caso comportasse il trasferimento dei dati personali all'estero, sarebbero invalide anche le condizioni di garanzia applicate al trasferimento, oggetto di questo studio.

L'Università pone in essere molteplici attività di trattamento nell'ambito delle attività istituzionali dell'Ateneo, anche diverse dalla didattica, ricerca e terza missione; si pensi ad esempio alle attività svolte per la gestione amministrativa dell'Università o per la tutela del suo patrimonio. Con particolare riguardo alle attività di ricerca e di didattica innovativa, ad esse strettamente correlate, nel contesto normativo occorrerà considerare anche l'art. 165 e il Titolo XIX del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea («Ricerca e sviluppo tecnologico e spazio»), all'interno dei quali si collocano sia la realizzazione di uno spazio europeo di ricerca sia numerosi progetti dell'UE volti alla mobilità internazionale e non solo transfrontaliera⁽¹²⁾. Il

⁽¹¹⁾ Rinvenibile in garanteprivacy.it/web/guest/home.

⁽¹²⁾ Anche il recentissimo programma Erasmus+ 2021-2027 dell'UE si pone, quale obiettivo generale «sostenere, attraverso l'apprendimento permanente, lo sviluppo formativo, professionale e personale degli individui nel campo dell'istruzione, della formazione, della gioventù e dello sport, in Europa e nel resto del mondo» (2021 Erasmus+ Guida al

loro scopo è favorire lo sviluppo della competitività europea, anche attraverso la «promozione della cooperazione in materia di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione dell'Unione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali»⁽¹³⁾.

L'Università impronta la propria azione a principi di indipendenza, autonomia e responsabilità, riconoscendo la propria appartenenza allo Spazio europeo della ricerca e dell'istruzione superiore e garantendo, a sua volta, libertà di insegnamento e di ricerca scientifica ai professori universitari (cfr. Statuto Università di Perugia e di altri Atenei, in recepimento art. 7 d.P.R. 372/80 e art. 33 Cost.).

Il Capo III del GDPR («Diritti dell'interessato») pone infine bene in evidenza che il diritto alla protezione dei dati personali è inscindibile dal diritto all'autodeterminazione informata, diritto questo di rango inter-costituzionale in virtù degli artt. 2, 13 e 32 Cost. e degli artt. 1, 2 e 3 CDFUE.

3. — *Trasferimento dei dati personali. Quadro degli adempimenti.*

Da un primo confronto tra il Capo IV della direttiva 95/46/CE e il Capo V del GDPR, l'architettura delle norme sui trasferimenti internazionali sembra non subire modifiche rilevanti per gli Stati membri dell'UE⁽¹⁴⁾.

programma – Obiettivi generali) evidenziando quanto la didattica e ricerca debbano ormai avere una dimensione internazionale.

⁽¹³⁾ Art. 179, 2° comma e art. 180, lett. b) TFUE.

⁽¹⁴⁾ Si v. sul punto, in aggiunta al GDPR: per la dottrina, E. PELINO, L. BOLOGNINI, C. BISTOLFI, *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016; F. ROSSI, *Il confine del futuro. Possiamo fidarci dell'intelligenza artificiale?*, Milano, 2019; con riferimento alla prassi, EDPB, *Linee guida 2/2018 sulle deroghe di cui all'articolo 49 del regolamento 2016/679*, in edpb.europa.eu/our-work-tools; ID., *Raccomandazioni 01/2020 relative alle misure che integrano gli strumenti di trasferimento al fine di garantire il rispetto del livello di protezione dei dati personali dell'UE*, in edpb.europa.eu/our-work-tools; ID., *Linee guida 2/2020 sull'articolo 46, paragrafo 2, lettera a), e paragrafo 3, lettera b), del regolamento 2016/679 per i trasferimenti di dati personali tra autorità ed organismi pubblici del SEE e di paesi non appartenenti al SEE*, in edpb.europa.eu/our-work-tools; ID., *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, in edpb.europa.eu/our-work-tools; COMM. EUROPEA, *Comunicazione n. 43 del 24.1.2018*, in eur-lex.europa.eu

Ai fini delle garanzie da porre in essere, affinché con il trasferimento risultino impregiudicati i livelli di protezione delle persone fisiche, garantite nello spazio economico europeo, il GDPR ne chiarisce di certo meglio l'applicazione, formalizza e amplia il numero di strumenti di trasferimento possibili, come ad esempio le clausole contrattuali tipo e le norme vincolanti d'impresa.

Alcune Organizzazioni internazionali sono totalmente autonome e indipendenti nello scenario internazionale ed il loro operato non è riferibile ad alcuno Stato in particolare. Nel GDPR sono equiparate ai paesi terzi, così che il livello di tutela della protezione dei dati personali debba riguardare anche i trasferimenti verso di esse.

Estendendo poi lo sguardo sia all'ampliamento della portata territoriale della normativa, soprattutto per l'art. 3, §§ 1 e 2 GDPR, sia alle modifiche che, con il passaggio dalla direttiva al regolamento, sono state apportate alla normativa nazionale di recepimento della norma europea, l'entità del cambiamento risulta considerevole con riguardo ai trasferimenti, specialmente nelle restrizioni introdotte.

Osserviamo ad esempio che la direttiva abrogata riportava, al Considerando 20, la sola "opportunità" che, nel caso di trasferimenti verso un paese estero, «i trattamenti effettuati siano disciplinati dalla legge dello Stato membro nel quale sono ubicati i mezzi utilizzati per il trattamento in oggetto e che siano prese le garanzie necessarie per consentire l'effettivo rispetto dei diritti e degli obblighi previsti dalla presente direttiva».

La normativa italiana di recepimento della direttiva, che per l'appunto disciplinava i trattamenti dei dati (il d.lgs. 196/2003 ante riforma, introdotta poi dal d.lgs. 101/2018), all'art. 43 del Titolo VII («Trasferimento dei dati all'estero») legittimava tutte le deroghe previste all'art. 26 della direttiva, sen-

pa.eu; GRUPPO WP29, *Documento di lavoro su un'interpretazione comune dell'articolo 26, paragrafo 1 della direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 del 25 novembre 2005 – WP114*, in *garanteprivacy.it/home*; ID., *Clausole contrattuali tipo - WP47*, in *garanteprivacy.it/web/guest/home*; CGUE, 6 ottobre 2015 su causa C-362/14 (*Schrems I*), in *eur-lex.europa.eu/legal-content*; CGUE, 6 novembre 2003 (*Lindqvist*), in *privacy.it/archivio*.

za alcuna limitazione rispetto la quantità dei dati trattati né la frequenza dei trasferimenti posta in essere⁽¹⁵⁾.

Quelle stesse condizioni, ritenute nel nostro scenario nazionale applicabili sempre e in ogni ambito di attività, sono ora rinvenibili all'art. 49 GDPR quali deroghe cui è possibile ricorrere solo in situazioni eccezionali, in taluni casi solo con trasferimenti "occasionalmente e non ripetitivi", dovendosi ordinariamente individuare nelle altre garanzie, previste al Capo V del GDPR, le sole utilizzabili al fine di assicurare agli interessati quei diritti effettivi ed azionabili tutelati dal GDPR stesso.

Inoltre, l'individuazione della garanzia al trasferimento di dati, quale misura organizzativa di sicurezza, deve ora tener conto anche di quanto indicato all'art. 32 GDPR, ossia «della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche».

Abrogato l'art. 43 del Codice ad opera del d.lgs. 101/2018 di recepimento del GDPR, compete quindi ora esclusivamente al titolare o al responsabile del trattamento, in virtù dell'art. 44, § 1 e dell'*accountability* di cui all'art. 5, § 2 GDPR, la determinazione sia dei criteri di garanzia al trasferimento dei dati personali sia di come applicarli, affinché il livello di protezione delle persone fisiche garantito dal GDPR non venga pregiudicato.

È alla luce di queste rilevanti novità introdotte dal GDPR che analizzeremo insieme gli adempimenti da porre in essere per i trasferimenti extra UE, soggetti sempre al rispetto di almeno una delle condizioni di garanzia previste al Capo V del GDPR, con l'approfondimento di alcuni scenari specifici del contesto universitario.

Si riportano alcune definizioni relative a termini che saranno utilizzati nel seguito:

a) *adeguatezza*: nel caso dei trasferimenti, indica che non possa esigersi che un paese terzo assicuri un livello di protezione identico a quello garantito nell'ordinamento giuridico dell'Unione ma che tale paese assicuri ef-

⁽¹⁵⁾ In effetti, il GDPR recepisce molte delle considerazioni del WP26, espresse nel citato WP114.

fettivamente, in considerazione della sua legislazione nazionale o dei suoi impegni internazionali, un livello di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione. In particolare, il paese terzo dovrebbe assicurare un effettivo controllo indipendente della protezione dei dati e dovrebbe prevedere meccanismi di cooperazione con autorità di protezione dei dati degli Stati membri. Agli interessati dovrebbero inoltre essere riconosciuti diritti effettivi e azionabili e un mezzo di ricorso effettivo in sede amministrativa e giudiziale⁽¹⁶⁾;

b) autorità di controllo: ai sensi dell'art. 51 GDPR, è l'autorità pubblica indipendente, istituita da uno Stato membro per controllare l'applicazione del GDPR, allo scopo di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, con riguardo al trattamento dei dati personali, e di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. L'autorità di controllo competente per l'Italia è l'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali (c.d. Garante Privacy o GPDP, nel seguito semplicemente Garante);

c) comunicazione: è definita dal 4° comma dall'art. 2-ter del d.lgs. 196/2003 come il dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dell'Unione europea, dal responsabile o dal suo rappresentante nel territorio dell'Unione europea, dalle persone autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione, consultazione o mediante interconnessione;

d) decisione di adeguatezza: è la decisione della Commissione Europea, assunta a valle di una valutazione dell'adeguatezza del livello di protezione dei dati, che un paese terzo, un territorio, uno o più settori all'interno di un territorio o un'organizzazione internazionale garantiscono un livello di protezione adeguato per il trattamento dei dati personali;

e) diffusione: è definita dal 4° comma dall'art. 2-ter del d.lgs. 196/2003 come il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in

⁽¹⁶⁾ V. Considerando 104 GDPR.

qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione;

f) EDPB (European Data Protection Board) o Comitato europeo per la protezione dati: è l'organismo dell'UE, individuato alla Sezione 3, artt. da 68 a 76 GDPR, composto dalla figura di vertice di un'autorità di controllo per ciascun stato membro e dal garante europeo della protezione dati (o rispettivi rappresentanti). Subentra al precedente Gruppo WP29 nel compito principale di garantire l'applicazione uniforme del GDPR negli stati a cui si applica (SEE). Nel seguito sarà riferito anche come "comitato";

g) esportatore: il titolare o il responsabile del trattamento *ex art.* 28 GDPR, che pone in essere il trasferimento dei dati personali verso un altro titolare, responsabile o destinatario in un paese estero;

h) organizzazione internazionale: ai sensi dell'art. 4, § 26 GDPR, è un'organizzazione o un organismo di diritto internazionale pubblico a essa subordinato o qualsiasi altro organismo istituito da o sulla base di un accordo tra due o più Stati;

i) paese terzo: è uno Stato non appartenente all'UE o allo Spazio Economico Europeo, quest'ultimo comprendente anche la Norvegia, l'Islanda e il Liechtenstein. Nel seguito, verrà utilizzato, insieme a paese estero, per indicare un paese terzo o un'organizzazione internazionale;

j) registro: un documento (scritto, in formato cartaceo o elettronico) in cui sono annotati con regolarità determinati elementi o particolari, oppure un elenco ufficiale riportante una serie di nomi o elementi (Merriam Webster Dictionary, Oxford dictionary 2018);

k) registro delle attività di trattamento: è uno degli obblighi introdotto dal GDPR, all'art. 30, per documentare tutte le attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità, sia da parte del titolare che del Responsabile del trattamento;

l) responsabile: ai sensi dell'artt.4, § 8 e art. 28 GDPR, è la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, servizio o altro organismo che tratta i dati "per conto" del titolare del trattamento. Ad esempio un fornitore di servizi cloud per la memorizzazione di dati raccolti attraverso un progetto universitario è un responsabile dei trattamenti rispetto all'Università. L'U-

niversità può a volte essere responsabile di attività di trattamento svolte per conto di altri enti, ad esempio nell'ambito di attività conto terzi o progetti di ricerca;

m) titolare: è la persona fisica o giuridica (nelle molteplici forme elencate all'art. 4, § 7 GDPR) che determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali. L'Università lo è per tutte le attività di trattamento che effettua nell'ambito delle sue finalità istituzionali e, in quanto tale, assume in sé tutte le responsabilità relative alla loro conformità alla normativa sulla protezione dei dati personali;

o) trasferimento: è una forma di trattamento, posto in essere se i dati personali trattati dal Titolare, soggetto alle disposizioni del GDPR, sono oggetto di un qualsiasi trattamento in un paese terzo o sono destinati ad esserlo dopo il trasferimento verso un altro titolare, responsabile o destinatario stabilito fuori dell'ambito di applicazione del GDPR. Un ulteriore chiarimento del termine è riportato nel seguito;

p) trasferimento occasionale e non ripetitivo⁽¹⁷⁾: si configurano tali quei trasferimenti che: *i.* possono ripetersi ma: solo in circostanze non ordinarie e ad intervalli di tempo arbitrari; *ii.* sono conseguenti al manifestarsi di condizioni casuali o ignote e pertanto non hanno sicuramente cadenza regolare;

q) trattamento: è definito dall'art. 4, § 2 GDPR come qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione.

Notiamo che il GDPR non fornisce direttamente la nozione di trasferimento, che è inserito tra i trattamenti quale «forma di comunicazione tra-

⁽¹⁷⁾ Cfr. EDPB, *Linee guida 2/2018 EDPB sulle deroghe di cui all'articolo 49 del regolamento 2016/679*, cit., p. 4.

mite trasmissione»⁽¹⁸⁾, considerando inoltre trasferimento «anche l'accesso remoto da parte di un'entità di un paese terzo a dati situati nel SEE»⁽¹⁹⁾.

Nel caso Lindqvist la Corte fu chiamata a stabilire, tra altri questioni, se l'inserimento su una pagina internet di dati personali costituisse trasferimento di dati verso un paese terzo, per il solo fatto di rendere tali dati accessibili a persone che si trovano in paesi terzi.

Essa concluse che l'inserimento di dati personali in una pagina web di un fornitore di servizi (web provider) stabilito in uno Stato membro, effettuato da parte di una persona che si trova in uno Stato membro, non costituisce trasferimento di dati personali ai sensi dell'art. 44 GDPR. La formulazione data induceva già a ritenere che si configurasse un trasferimento di dati nell'ipotesi in cui il fornitore fosse stabilito invece in un paese terzo, come poi è stato recentemente confermato dal EDPB, essendoci un trasferimento dei dati dall'UE e un trattamento svolto extra UE per la gestione degli stessi dati da parte del *web provider*⁽²⁰⁾.

È poi ampliata temporalmente la protezione del dato nel caso di trasferimenti all'estero perché, secondo le previsioni all'art. 44, per configurarsi un trasferimento di dati verso paesi terzi non è necessario che essi vengano trattati contemporaneamente al trasferimento, essendo sufficiente che essi siano destinati ad un trattamento nella fase successiva al trasferimento o in eventuali trasferimenti, successivi al primo, verso un altro paese estero.

Alcune condizioni per il trasferimento, come si vedrà, possono essere utilizzate solo per quelli caratterizzabili come “occasionalni” o “non ripetitivi”; a solo titolo d'esempio, non potranno considerarsi occasionali i trasferimenti di dati personali da un Titolare ad un importatore nell'ambito di un rapporto stabile, per esempio per la gestione di buste paga dei dipendenti, o quando l'importatore, situato extra UE, può accedere direttamente alla banca dati mediante un'interfaccia applicativa (qual è ad esempio un

⁽¹⁸⁾ Cfr. sentenza *Schrems II*, cit.

⁽¹⁹⁾ Cfr. EDPB, *Raccomandazioni 01/2020 relative alle misure che integrano gli strumenti di trasferimento al fine di garantire il rispetto del livello di protezione dei dati personali dell'UE*, cit., nt. 22.

⁽²⁰⁾ Per approfondimenti: eur-lex.europa.eu/legal-content.

programma accessibile via web tramite credenziali), indipendentemente da quante volte la utilizzi.

Le violazioni delle disposizioni sui trasferimenti extra UE, artt. da 44 a 49, sono annoverate tra quelle soggette alle sanzioni amministrative pecuniarie più elevate, previste all'art. 83, § 5 GDPR e comportano, fatti salvi i principi di proporzionalità, importi fino a € 20.000.000 e, nei casi di cui all'art. 167, 3° comma del d.lgs. 196/2003, da uno a tre anni di reclusione.

Ciò conferma ulteriormente la necessità di adottare, dopo un'attenta analisi degli scenari di rischio, le adeguate misure di garanzia al trasferimento dei dati.

Il trasferimento di dati personali, come ogni trattamento, deve innanzitutto essere conforme alle disposizioni generali della disciplina in materia di protezione dei dati personali. Occorre quindi verificare che il trasferimento sia effettivamente necessario e i dati trasferiti siano adeguati, pertinenti e non eccedenti in relazione alle finalità per le quali il trasferimento verrà effettuato. Inoltre il trattamento: *a)* deve essere eseguito nel pieno rispetto dei principi elencati all'art. 5 GDPR e, in generale, di tutte le disposizioni pertinenti alla specifica attività previste nel GDPR e nelle altre normative applicabili ai trattamenti di dati personali o atti di soft law; *b)* deve essere fondato su una base giuridica tra quelle previste all'art. 6, § 1 e, nel caso di dati particolari o giudiziari, all'art. 9, § 2 o all'art. 10 GDPR, ricordandosi sempre dell'esigenza della minimizzazione dei dati rispetto lo stretto necessario; *c)* deve essere inserito nel Registro delle attività di trattamento, riportando i paesi terzi o le organizzazioni internazionali a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati. In particolare, occorre riportare nel registro anche la descrizione delle garanzie attuate per il trasferimento, individuate sulla base della valutazione dei rischi inerenti il trasferimento; *d)* deve essere inserito nell'informativa per l'interessato, riportando quali siano i paesi terzi destinatari e le motivazioni per cui ha luogo il trasferimento. Deve inoltre essere riportata la valutazione del Titolare in merito alla scelta dello strumento di garanzia adottato, come riportato nel Registro di cui al punto precedente; *e)* deve essere attuato nel rispetto delle misure di sicurezza di cui all'art. 32 GDPR e sottoposto alla valutazione d'impatto di cui all'art. 35 GDPR,

qualora la valutazione del rischio evidenzi un rischio medio/alto o l'attività rientri in quelle per le quali la valutazione d'impatto è obbligatoria⁽²¹⁾.

In assenza di una decisione di adeguatezza della Commissione Europea, sia la valutazione del rischio del trattamento che il titolare deve costantemente effettuare ai sensi dell'art. 24 GDPR⁽²²⁾, sia l'adeguatezza della tutela offerta da un paese terzo vanno considerate in funzione dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, della natura dei dati personali, della quantità dei dati trasferiti, della modalità, della frequenza e durata del trasferimento, dei tempi di conservazione dei dati ed eventuali utilizzi per ulteriori finalità nonché di eventuali trasferimenti che potrebbero subentrare tra l'importatore dei dati e un successivo sub-incaricato, in virtù di un subcontratto dell'importatore.

In relazione alle misure di sicurezza, ad esempio, come indicato sempre dall'EDPB, nel caso di trasferimenti di dati particolari potrebbero essere adottate ulteriori misure di garanzie che prevedano o specificino meglio, tra le altre: eventuali restrizioni per l'accesso ai dati particolari (definendo profili differenziati di accesso, autenticazione a tre fattori, tracciamento degli accessi, etc.); limitazioni delle finalità di utilizzo dei dati; il divieto di trasferimento ulteriore dei dati; la formazione specifica del personale addetto ai trattamenti; l'adozione di algoritmi crittografici per la conservazione dei dati; misure supplementari per assicurare la disponibilità continuativa dei dati, ad esempio se sussistono motivi di cura della salute.

4. — *Condizioni di garanzia per il trasferimento.*

Fermo restando il rispetto degli adempimenti appena richiamati, il trasfe-

⁽²¹⁾ Cfr. GARANTE PRIVACY, *Valutazione di impatto sulla protezione dei dati (DPIA)*, in *garanteprivacy.it/regolamentoue/dpia*.

⁽²²⁾ Il concetto di "misure adeguate per garantire ed essere in grado di dimostrare", di cui all'art. 24, implica che sia sempre svolta una valutazione dei rischi, diversamente non potendosi dimostrare l'adeguatezza delle misure adottate, contrariamente al principio dell'*accountability* che comporta la dimostrabilità di ogni scelta operata dal titolare.

rimento dei dati verso paesi extra UE è possibile se, e solo se, sussiste almeno una delle seguenti condizioni di garanzia di cui al Capo V del GDPR. Esse mirano da un lato ad escludere che il Titolare ricorra a trattamenti effettuati in paesi terzi per eludere la normativa UE, dall'altro a garantire la possibilità, per gli interessati, di esercitare i diritti previsti dal GDPR, potendo ricorrere con strumenti effettivi in sede giudiziaria qualora tali diritti siano violati.

Le elenchiamo brevemente, riprendendole rispettivamente dagli artt. 45, 46 e 47 GDPR, per descriverle più accuratamente nel seguito:

1) decisione di adeguatezza: la Commissione Europea può decidere che il Paese terzo, un territorio o uno o più settori specifici all'interno del Paese terzo, o l'organizzazione internazionale in questione, garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati personali. In presenza di tale decisione, il trasferimento dei dati è possibile senza altre autorizzazioni specifiche⁽²³⁾;

2) garanzie adeguate: qualora non vi sia decisione di adeguatezza, il trasferimento può essere effettuato in presenza di garanzie adeguate e in forza di condizioni per le quali gli interessati dispongano di diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi. Esse sono costituite alternativamente da: uno strumento giuridicamente vincolante e avente efficacia esecutiva tra autorità pubbliche o organismi pubblici; le norme vincolanti d'impresa (BCR), conformemente all'art. 47 GDPR; le clausole contrattuali tipo o standard di protezione dei dati, adottate dalla Commissione Europea secondo la procedura d'esame di cui all'art. 93, § 2 GDPR; le clausole contrattuali tipo o standard di protezione dei dati, adottate da un'Autorità di Controllo e approvate dalla Commissione Europea secondo la procedura d'esame di cui all'art. 93, § 2 GDPR; un Codice di Condotta (CC) approvato a norma dell'art. 40 GDPR, unitamente all'impegno vincolante ed esecutivo, da parte del Titolare del trattamento o del Responsabile del trattamento nel Paese terzo, importatore dei dati, di applicare le garanzie adeguate al trattamento dei dati, anche per quanto riguarda i diritti degli interessati; un Meccanismo di Certificazione (MC) approvato a norma dell'art. 42 GDPR, unitamente all'impegno, vincolante ed esigibile da parte del Titolare del trattamento o

⁽²³⁾ Sentenza *Schrems II*, cit., §§ 117 e 118.

del Responsabile del trattamento nel Paese terzo, di applicare le garanzie adeguate, anche per quanto riguarda i diritti degli interessati; (con l'autorizzazione dell'Autorità garante per la protezione dati personali) le Clausole Contrattuali tra il Titolare del trattamento o il Responsabile del trattamento e il Titolare del trattamento, il Responsabile del trattamento o il destinatario dei Dati Personali nel Paese terzo o nell'organizzazione internazionale; (con l'autorizzazione dell'Autorità garante per la protezione dati personali) le disposizioni da inserire in accordi amministrativi tra autorità pubbliche o organismi pubblici che comprendono diritti effettivi e azionabili per gli interessati; le autorizzazioni rilasciate da uno Stato membro o dall'autorità di controllo in base alla precedente direttiva 95/46/CE, che restano valide fino a quando non vengono modificate, sostituite o revocate dalla medesima autorità di controllo (art. 46, § 5);

3) deroghe in specifiche situazioni: in mancanza di una delle precedenti condizioni di garanzia, è possibile trasferire i dati personali solo se si verifica una delle seguenti situazioni, vincolante per la legittimità del trasferimento. Queste deroghe sono da considerare residuali nel loro utilizzo rispetto quelle riportate in precedenza, in quanto potrebbero contravvenire al diritto dell'interessato di disporre di mezzi di ricorso effettivi e diritti azionabili in caso di violazione dei suoi dati.

Vedremo che non tutte possono essere utilizzate dall'Università, in quanto Pubblica amministrazione, mentre alcune richiedono la concomitante presenza di altri fattori.

4.1. – *Decisioni di adeguatezza.*

La decisione di adeguatezza è la prima tra le condizioni di garanzia utilizzabili e prima elencate. Deve però esistere in relazione al paese terzo di destinazione del trasferimento, essendo un atto di esecuzione della Commissione Europea.

Il concetto di adeguatezza è finalizzato a garantire che le misure di protezione adottate nel paese terzo o organizzazione internazionale siano sostanzialmente equivalenti a quelle poste in essere dal GDPR. In base all'art. 45,

§ 2 GDPR la Commissione deve valutare l'adeguatezza⁽²⁴⁾ di un paese, ai fini del trasferimento di dati personali, tenendo conto innanzitutto dello stato di diritto, del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali tutelate dalla CDFUE, della pertinente legislazione generale e settoriale, anche in materia di sicurezza pubblica, difesa, sicurezza nazionale, diritto penale, accesso delle autorità pubbliche ai dati personali e norme inerenti il trasferimento successivo dei dati personali verso un altro paese estero, osservate nel paese terzo o organizzazione internazionale. Devono inoltre dimostrare un'efficacia verificabile, il che dovrà necessariamente includere: *a)* la presenza di un impianto sanzionatorio adeguato per la loro eventuale violazione; *b)* la disponibilità per l'interessato di diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi, in sede amministrativa e giudiziaria, quali quelli garantiti nell'ambito territoriale di applicazione del GDPR; *c)* l'esistenza e l'effettivo funzionamento, nel paese terzo, di un'autorità di controllo indipendente e con poteri di esecuzione, per assistere e fornire assistenza agli interessati nell'esercizio dei loro diritti, in cooperazione con le autorità di controllo degli Stati membri.

La decisione di adeguatezza, adottata dalla Commissione europea secondo la procedura d'esame di cui all'art. 93, § 2 GDPR, ha come destinatari tutti gli Stati membri e, ai sensi dell'articolo 288, quarto comma, TFUE, ha per essi un carattere vincolante: si impone pertanto a tutti i loro organi, nella parte in cui produce l'effetto di autorizzare trasferimenti di dati personali dagli Stati membri verso il paese terzo interessato da tale decisione⁽²⁵⁾. Per questo motivo, un trasferimento dei dati personali verso un paese terzo, effettuato in base a siffatta condizione, non necessita di altra condizione di garanzia a tutela dei dati. In ogni caso, secondo la giurisprudenza costante della Corte, l'Unione

⁽²⁴⁾ Al fine di fornire orientamenti alla Commissione europea, in merito la valutazione del livello di tutela dei dati nei paesi terzi e organizzazioni internazionali, il gruppo WP29 ha elaborato il documento WP254 (rinvenibile in ec.europa.eu/newsroom) che aggiorna il precedente WP12, alla luce sia del passaggio dalla direttiva al regolamento sia della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea con riguardo alla c.d. sentenza *Schrems I*. Al cap. 3 descrive principi di contenuto e meccanismi di procedura/applicazione basilari.

⁽²⁵⁾ Cfr. *Schrems I*, cit., § 51 ss.: in tal caso anche i giudici devono astenersi dall'applicare le norme interne.

è un'Unione di diritto, nel senso che tutti gli atti delle sue istituzioni sono soggetti al controllo della conformità, con particolare riguardo ai Trattati, ai principi generali del diritto nonché ai diritti fondamentali: anche le decisioni della CE sono soggette a tale controllo⁽²⁶⁾ da parte della CGUE.

Secondo la novità introdotta dal GDPR, la decisione può essere revocata tramite un meccanismo di riesame periodico – almeno ogni 4 anni – tenendo conto degli sviluppi che in tali paesi potrebbero incidere sul funzionamento delle decisioni già adottate, modificando uno o più degli aspetti citati che devono essere presi in considerazione. La Corte di Giustizia dell'Ue è competente in via esclusiva a dichiarare l'invalidità di una decisione della Commissione⁽²⁷⁾, allo scopo di garantire la certezza del diritto mediante l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione nei diversi Stati membri.

Ulteriore elemento di novità del GDPR, rispetto la precedente direttiva 95/46/CE, riguarda la possibilità che la decisione di adeguatezza della Commissione Europea (CE) possa essere adottata anche su un territorio o uno o più settori specifici all'interno di un paese estero e non necessariamente sull'interezza di questo.

Sono considerate equiparate a tali decisioni quelle adottate dalla Commissione in base all'art. 25, § 6 della direttiva 95/46/CE e che continuano ad essere valide fino a quando non sono modificate, sostituite o abrogate da una decisione della Commissione adottata mediante atti di esecuzione, al pari delle decisioni adottate secondo le previsioni del GDPR.

In presenza di una decisione di adeguatezza validamente adottata, neanche l'Autorità garante può sospendere o vietare il trasferimento dei dati personali verso il paese oggetto della decisione o le aziende di quel paese che vi hanno aderito⁽²⁸⁾ (tutte le decisioni sono pubblicate sul sito della Commissione e del Garante per la protezione dati nazionale).

È opportuno prendere visione dell'atto di decisione relativo al paese di destinazione in quanto, per essere applicabile al trasferimento, potrebbe pre-

⁽²⁶⁾ Cfr. *Schrems I*, cit., § 60.

⁽²⁷⁾ Cfr. *Schrems I*, cit., § 61.

⁽²⁸⁾ Cfr. *Schrems II*, cit., § 156.

vedere delle condizioni cui l'importatore stesso deve aver aderito⁽²⁹⁾. In assenza di una decisione di adeguatezza, l'esportatore deve procedere ad individuare quale garanzia deve applicare, di quelle all'art. 46 o se deve ricorrere, in via eccezionale, ad una deroga di cui all'art. 49 GDPR.

4.2. – *Le garanzie dell'art. 46 e la recente sentenza Schrems II.*

Prima di approfondire le ulteriori garanzie per il trasferimento previste dal GDPR, ci soffermiamo sulla sentenza C-311/18 della CGUE di luglio 2020, c.d. *Schrems II*, evidenziandone alcuni aspetti.

La decisione 2000/520 - *Safe Harbour*, della Commissione Europea, riguardava l'adeguatezza della protezione offerta dai principi dell'approdo sicuro agli interessati, con riguardo al trasferimento dei dati personali dall'allora Comunità Europea alle organizzazioni degli Stati Uniti che si conformavano ai principi in essa contenuti. Era stata invalidata ad ottobre 2015 dalla Corte di Giustizia UE (CGUE) con una sentenza detta "Schrems I", relativa ad un rinvio pregiudiziale proposto alla CGUE dalla High Court irlandese.

A seguito di tale sentenza, la Commissione Europea aveva adottato, nel luglio 2016, la decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 - *Privacy Shield*, sull'adeguatezza della protezione offerta dal regime dello scudo UE-USA per la privacy.

Nella recente sentenza del 16 luglio 2020, cosiddetta *Schrems II*, relativa ad un ulteriore domanda di pronuncia pregiudiziale proposita sempre dalla High Court irlandese, la CGUE ha dichiarato invalida anche questa, riportando una serie di considerazioni che risultano fondamentali per inquadrare una questione molto complessa come quella dei trasferimenti extra UE e non solo verso gli USA. Essa esplicita anche quali siano i criteri che devono guidare l'esportatore nella scelta delle garanzie da applicare, tra quelle previste all'art. 46, in assenza di una decisione di adeguatezza adottata sul paese terzo destinatario del trasferimento.

⁽²⁹⁾ Alla pagina ec.europa.eu/info/law è descritta la modalità con la quale l'UE determina se un paese terzo sia o meno adeguato.

Se da un lato, infatti, i flussi di dati personali verso e da paesi al di fuori dell'Unione, o da organizzazioni internazionali, sono necessari per la cooperazione internazionale e l'espansione del commercio, al quale guarda con particolare attenzione l'UE anche con la strategia del mercato unico digitale europeo, d'altro lato il livello di tutela delle persone fisiche assicurato nell'Unione dal GDPR non deve essere compromesso quando i dati sono trasferiti a importatori in paesi terzi, considerando anche i casi di eventuali trasferimenti successivi verso altri paesi esteri. Nel rispetto del principio di proporzionalità, le limitazioni ai diritti e alle libertà riconosciuti dalla Carta possono intervenire solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui⁽³⁰⁾.

Una decisione di adeguatezza deve quindi assicurare che le persone, dopo che i loro dati sono stati trasferiti ad un paese terzo, continuino a godere dei diritti e delle libertà fondamentali che sono loro accordati in relazione al trattamento dei dati nell'Unione europea⁽³¹⁾.

Nelle sentenze da poco citate, la Corte evidenzia che l'accesso indifferenziato e su larga scala, da parte dei servizi di intelligence, ai dati trasferiti negli Stati Uniti verso imprese aderenti ai principi del Privacy Shield, non consente di ritenere salva la continuità dei diritti dei cittadini europei, in materia di protezione dei dati personali, nel caso in cui l'invio dei dati avvenga sulla base di tale decisione.

Con la *Schrems I* le considerazioni della Corte erano state analoghe, seppur meno incisive e circostanziate, mentre nella *Schrems II* l'High Court irlandese aveva prodotto alla CGUE, a supporto della richiesta di rinvio pregiudiziale, numerosa documentazione sui programmi di sorveglianza USA, che le autorità statunitensi le avevano fornito nell'ambito del procedimento principale.

Da tali prove emerge chiaramente che l'accesso massivo dell'intelligence americana non si limita a quanto strettamente necessario per perseguire

⁽³⁰⁾ Cfr. *Schrems II*, cit., § 174.

⁽³¹⁾ GRUPPO WP29, *Documento di lavoro su un'interpretazione comune dell'articolo 26, paragrafo 1 della direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 del 25 novembre 2005 – WP114*, cit., p. 7.

L'obiettivo legittimo della sicurezza nazionale, pertanto è manifestamente contrario al principio di proporzionalità e ai valori fondamentali protetti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Esistono infatti programmi di sorveglianza – in particolare uno denominato UPSTREAM – che consentono alla National Security Agency l'intercettazione dei dati in transito verso gli Stati Uniti, mediante l'accesso ai cavi sottomarini posti sul fondale dell'Atlantico, nonché di raccogliere e conservare i dati prima che essi giungano negli Stati Uniti e possano essere soggetti a norme specifiche statunitensi⁽³²⁾.

Il parere della Corte è che, affinché le intercettazioni di comunicazioni elettroniche possano essere considerate conformi ai principi europei, occorrerebbe dimostrare che tali intercettazioni sono mirate, che la sorveglianza su talune persone o taluni gruppi di persone è oggettivamente giustificata nell'interesse della sicurezza nazionale, o della repressione della criminalità, e che esistono garanzie adeguate e verificabili per i cittadini UE⁽³³⁾.

La Corte chiarisce inoltre che gli strumenti dei quali un paese terzo si avvale, per assicurare un livello di protezione dei dati personali adeguato ai requisiti richiesti in UE, possono essere diversi da quelli attuati all'interno dell'Unione per garantire il rispetto del GDPR, ma devono rivelarsi concretamente efficaci nell'assicurare una protezione sostanzialmente equivalente a quella garantita all'interno dell'Unione, comprendendo la possibilità di un ricorso effettivo per gli interessati.

Su questo aspetto la Corte aggiunge che il Mediatore dello scudo (Ombudsman), figura indipendente dai servizi di intelligence e prevista dal *Privacy Shield*, al fine di creare un nuovo meccanismo di vigilanza sulle ingerenze delle autorità federali per motivi di sicurezza nazionale, seppur nominato in seno al Dipartimento di Stato, a livello di Sottosegretario, non è un organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 47 della Carta. Inoltre le possibilità di ricorso, offerte dalla giurisprudenza statunitense anche ai cittadini stranieri, sono limitate. L'istanza di ricorso presentata è infatti irricevibile se non è in grado

⁽³²⁾ Cfr. *Schrems II*, cit., § 63.

⁽³³⁾ Cfr. *Schrems I*, cit., §§ 33 e 74, per quanto al cpv. successivo.

di dimostrare la propria legittimazione ad agire e le stesse possibilità di ricorso non contemplano alcune delle basi giuridiche di cui possono avvalersi le autorità di intelligence statunitensi, il che limita di fatto l'accesso al giudice ordinario⁽³⁴⁾, in alcuni casi finanche agli stessi cittadini statunitensi.

Per questi, e anche altri motivi, non si può ritenere che il diritto statunitense garantisca ai cittadini dell'Unione un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito nei territori UE né la possibilità di esercitare diritti effettivi e azionabili, in relazione a trattamenti di dati personali che violano i principi di cui all'art. 5 GDPR, tra cui la necessità e proporzionalità.

La recente sentenza *Schrems II* non solo quindi invalida la decisione *Privacy Shield* ma, nell'analisi puntuale che effettua, dimostra una portata ben più ampia che incide, come vedremo, anche su altre condizioni di garanzia. Difatti la questione può presentarsi, allo stesso modo, nei trasferimenti verso un qualsiasi altro paese terzo che abbia un ordinamento giuridico dal quale possano discendere le stesse considerazioni.

Un'altra delle questioni pregiudiziali sottoposte alla CGUE dalla High Court irlandese, chiedeva di chiarire quale dovesse essere il livello di protezione da ricercare e garantire ai dati personali, se essi venivano trasferiti verso un paese terzo utilizzando le clausole contrattuali tipo adottate dalla Commissione europea e non sulla base di una decisione di adeguatezza. In particolare si chiedeva di specificare sia se le clausole contrattuali standard potessero ritenersi ancora valide sia quali fossero i fattori da prendere in considerazione, con riguardo al paese terzo di destinazione, per valutare se il livello di protezione assicurato dall'utilizzo delle clausole soddisfacesse i requisiti richiesti dalla normativa applicabile ai trasferimenti e il rispetto dei diritti tutelati dalla CDFUE.

Per la Corte la risposta è già nel GDPR: i fattori da prendere in considerazione sono tutti quelli previsti all'art. 45, § 2 (elenco degli elementi utilizzati dalla CE per valutare l'adeguatezza del livello di protezione) e che ottemperano all'art. 46, §1. Gli interessati devono disporre di diritti aziona-

⁽³⁴⁾ Cfr. *Schrems II*, cit., § 45.

bili e mezzi di ricorso effettivi e, se del caso, l'importatore deve collaborare con l'esportatore, obbligandosi a fornire garanzie adeguate al trasferimento. Ciò comporta che anche l'adozione di altre condizioni di garanzia, quali le clausole contrattuali standard adottate dalla Commissione europea, di per sé non può dirsi invalida ma potrebbe da sola non risultare adeguata per taluni trasferimenti di dati.

Le clausole contrattuali tipo, adottate dalla Commissione, hanno infatti il solo scopo di uniformare le garanzie contrattuali che si applicano in tutti i paesi terzi ai titolari del trattamento e ai responsabili del trattamento stabiliti nell'Unione, ma non possono vincolare le autorità pubbliche di paesi terzi, poiché queste ultime non sono parti del contratto⁽³⁵⁾. Da ciò l'esigenza di doverle eventualmente integrare con misure supplementari, per garantire il rispetto dell'art. 44 GDPR e come previsto al Considerando 109 GDPR.

Diversamente quindi dalla garanzia "all inclusive", fornita dall'esistenza di una decisione di adeguatezza valida nel territorio extra UE, in sua assenza compete esclusivamente agli *esportatori*, siano essi titolari o responsabili del trattamento, la valutazione del livello di protezione fornito da uno degli strumenti di trasferimento di cui all'art. 46 GDPR, tra cui le clausole contrattuali tipo, o la decisione di avvalersi di una delle deroghe di cui all'art. 49 GDPR.

All'esportatore di dati, titolare o responsabile, ente pubblico o privato che sia, compete inoltre la responsabilità di verificare, caso per caso, l'efficacia della garanzia al trasferimento dei dati, individuata come adeguata, o l'eventuale necessità di integrarla con condizioni aggiuntive, volte a compensare la carenza di garanzie nel paese terzo derivante, ad esempio, da una eccessiva ingerenza delle autorità pubbliche nei flussi di dati internazionali o da elementi rilevanti del sistema giuridico del paese terzo. Per la verifica, se lo ritiene necessario, può avvalersi dell'importatore dei dati.

Sempre in ottemperanza all'*accountability* di cui all'art. 5, § 2 GDPR, all'esportatore di dati compete infine il dovere di rispettare in modo attivo e continuo il diritto alla protezione dei dati degli interessati, attuando le misure

⁽³⁵⁾ Nel caso del *Privacy Shield*, la decisione di adeguatezza prevedeva che fosse applicabile ai trasferimenti con le imprese statunitensi che vi aderivano e non a tutti i trasferimenti verso gli USA.

giuridiche, tecniche e organizzative che ne garantiscano l'efficacia nel tempo. Egli deve essere in grado di comprovare questi sforzi agli interessati, al pubblico in generale e alle autorità di controllo in materia di protezione dei dati⁽³⁶⁾.

Di tutti questi elementi, riportati nella sentenza della CGUE, è indispensabile che si tenga conto tutte le volte che, in assenza di una decisione di adeguatezza, occorre individuare uno strumento di garanzia per il trasferimento dei dati extra UE.

L'EDPB ha deciso di esaminare la complessa questione risultante dalla sentenza della CGUE, per venire in aiuto degli esportatori nell'applicare il "principio della responsabilizzazione", nei casi in cui scelgano di avvalersi di uno degli strumenti tra quelli all'art. 46 GDPR per il trasferimento dei dati extra UE. Ha quindi adottato due documenti: le Linee guida 2/2020 sugli artt. 46, § 2, lett. a) e 46, § 3, lett. b) GDPR, per i trasferimenti di dati personali di cui può avvalersi l'esportatore qualora sia un'autorità o organismo pubblico, che intende trasferire i dati ad un'autorità o organismo pubblico extra UE, e le Raccomandazioni 01/2020 per tutti gli altri strumenti previsti all'art. 46 GDPR.

Entrambe rappresentano una guida per incoraggiare titolari e responsabili dei trattamenti nell'applicazione coerente del GDPR, quando non sia possibile ricorrere ad una decisione di adeguatezza al trasferimento internazionale dei dati.

Le «Raccomandazioni 01/2020 relative alle misure che integrano gli strumenti di trasferimento al fine di garantire il rispetto del livello di protezione dei dati personali dell'UE» sono corredate da informazioni utili e da riferimenti a possibili fonti di informazione, oltre che da diversi esempi di misure supplementari che potrebbero integrare qualsiasi strumento di trasferimento, tra quelli dell'art. 46 GDPR cui si riferiscono.

Sono strutturate in sei passi e, pur costituendo una base di riferimento importante, la sensazione che si riceve dalla loro lettura è che rispetto ad un

⁽³⁶⁾ EDPB, *Raccomandazioni 01/2020 relative alle misure che integrano gli strumenti di trasferimento al fine di garantire il rispetto del livello di protezione dei dati personali dell'UE*, cit., § 3.

problema di disallineamento giuridico, dai quali consegue un minor livello di tutela dei diritti degli interessati, solo il rendere inintelligibili i dati attraverso opportune tecniche, quali ad esempio un'adeguata pseudonimizzazione o la crittografia con chiave nota solo all'esportatore, può costituire una giusta misura di tutela, tanto più doverosa quanto più manchi l'esigenza che i dati esportati debbano essere acceduti in chiaro dall'importatore (è il caso della conservazione dei dati per backup, ad esempio) o la quantità e tipologia dei dati la richieda.

Abbiamo visto che se il trasferimento dei dati personali avviene verso un paese terzo, per il quale la Commissione Europea non ha adottato una decisione di adeguatezza, l'esportatore, titolare o responsabile, può ricorrere ad una delle diverse garanzie previste come adeguate all'art. 46, eventualmente da integrare secondo quanto riportato al paragrafo precedente.

Vedremo che alcune di esse necessitano di autorizzazione specifica da parte di un'Autorità di controllo; le autorizzazioni che sono state rilasciate da uno Stato membro o dall'autorità di controllo in base all'art. 26, § 2 della direttiva 95/46/CE, continuano a rimanere valide fino a quando non saranno modificate, sostituite o abrogate dalla medesima autorità di controllo.

L'ultimo capoverso del Considerando 109 GDPR invita poi i Titolari del Trattamento e i Responsabili del Trattamento a fornire garanzie supplementari attraverso impegni contrattuali che integrino le Clausole tipo di protezione dati, quali quelle proposte dall'EDPB con le Raccomandazioni 01/2020. Allo stesso modo, i Codici di condotta (art. 40) e i Meccanismi di Certificazione (art. 42) costituiscono strumenti validi di garanzia, se accompagnati da un impegno vincolante ed esecutivo, assunto dalla parte stabilita nel paese extra UE, ad attuare garanzie adeguate rispetto ai principi di protezione dati e qualora prevedano sia sanzioni sia meccanismi effettivi di esercizio dei diritti da parte degli interessati. In taluni casi, l'esportatore potrebbe anche ricorrere a formule di attribuzione totale delle responsabilità a suo carico, anche ai fini di un eventuale risarcimento.

Prima di addentrarsi nei diversi strumenti dell'art. 46, è infine importante evidenziare che, qualora il trasferimento dei dati personali, da parte di un titolare o responsabile del trattamento in UE, sia disposto da sentenze di

un'autorità giurisdizionale o dalle decisioni di un'autorità amministrativa di un paese terzo, ai sensi dell'art.48 (e C115) del GDPR queste possono essere riconosciute o assumere un carattere esecutivo soltanto se basate su un accordo internazionale in vigore tra il paese terzo richiedente e l'Unione o un suo Stato membro, fatti salvi gli altri presupposti al trasferimento di cui al capo V del GDPR. È questo il caso, ad esempio, dell'Accordo tra Unione europea e Stati Uniti in materia di estradizione del 25 giugno 2015 e di altri accordi presenti sulla pagina del Ministero della giustizia – Atti internazionali. Questo perché la presenza di un accordo internazionale (o anche di mutua collaborazione giudiziaria) in vigore tra lo Stato membro e il paese terzo fornisce una garanzia, da parte di questi, di tutela dei principi e dei diritti e delle libertà fondamentali dell'UE. Diversamente, la mera applicazione extraterritoriale di leggi, regolamenti e atti normativi del paese terzo potrebbe creare una situazione contraria al diritto della protezione dati personali applicato in UE, ostativa al trasferimento richiesto.

4.3. – *Trasferimenti di dati tra autorità e organismi pubblici.*

Quando i trasferimenti di dati personali avvengono tra autorità ed organismi pubblici dello Spazio Economico Europeo verso altre autorità pubbliche, organismi pubblici o organizzazioni internazionali con analoghi compiti o funzioni, stabiliti in Paesi terzi, i dati personali possono essere trasferiti, alternativamente, sulla base di: A. uno strumento giuridicamente vincolante e avente efficacia esecutiva [art. 46, § 2, lett. a)], quale un accordo amministrativo, di natura internazionale e di ambito bilaterale o multilaterale; B. disposizioni da inserire in accordi amministrativi tra autorità pubbliche o organismi pubblici che comprendono diritti effettivi e azionabili per gli interessati [art. 46, § 3, lett. b)], quali ad esempio i protocolli d'intesa. Queste necessitano di autorizzazione preventiva dell'autorità di controllo competente.

Come per le clausole contrattuali, anche in questo caso l'EDPB ha adottato le «Linee guida 2/2020 sull'art. 46, § 2, lett. a) e § 3, lett. b) del GDPR». Esse forniscono un'indicazione delle garanzie al trasferimento che entrambi gli strumenti devono attuare per essere valide, anche a seguito della senten-

za *Schrems II* della CGUE; costituiscono inoltre una check list di cui può avvalersi l'esportatore per la predisposizione di tali accordi amministrativi, qualora sia un'autorità o organismo pubblico che intende trasferire i dati ad un'autorità o organismo pubblico extra UE.

Le linee guida devono essere lette congiuntamente ad altri documenti del Comitato e rappresentano una valida bussola per orientare un'autorità o organismo pubblico, quando attua trasferimenti internazionali di dati con organismi pubblici nell'ambito di cooperazioni amministrative, ma anche didattiche o di ricerca.

Gli accordi internazionali stipulati tra soggetti pubblici europei e dei paesi esteri, di cui al punto A, per avere validità non devono incidere sul diritto dell'UE o sul GDPR ossia contraddirlo o limitarne la portata. Inoltre devono essere conclusi da autorità pubbliche o organismi pubblici, devono essere giuridicamente vincolanti e avere efficacia esecutiva sia nel paese estero sia nei territori dell'UE. Se si guarda agli accordi internazionali, dato l'iter di approvazione⁽³⁷⁾, sembra piuttosto difficile potersene avvalere da parte delle Università.

Lo scopo precipuo dell'accordo è quello di impegnare le parti al rispetto rigoroso della normativa in materia di protezione dei dati personali e di tutelare gli interessati garantendo diritti effettivi e azionabili. Pertanto, secondo una lettura meno rigorosa delle sopra citate Linee guida che, in termini di Data Protection Agreement (DPA) da sottoscrivere tra le parti, trattano allo stesso modo le due diverse tipologie, potrebbe essere sufficiente qualsiasi accordo vincolante tra le parti purché riporti al suo interno una DPA redatta secondo le indicazioni dell'EDPB.

Analogamente è possibile ricorrere a disposizioni specifiche di cui al punto B, da prevedere nei contratti di diritto amministrativo o in accordi amministrativi tra autorità o organismi pubblici, che sono considerate garanzie adeguate se (e solo se) comprendono diritti effettivi e azionabili per gli interessati. Un esempio può essere rappresentato dal Memorandum d'intesa

⁽³⁷⁾ Si veda, ad es., la circolare 4/2008 del Ministero degli esteri rinvenibile in esteri.it/mae/resource.

che, pur non essendo un vero e proprio contratto, è un documento giuridico che esprime una convergenza di interessi fra le parti, indicando una comune linea di azione prestabilita e comune per i diritti effettivi ed azionabili degli interessati.

In questo caso l'accordo che le prevede va subordinato ad autorizzazione dell'autorità garante [prevista nei suoi compiti e poteri, rispettivamente art. 57, § 3, lett. *r*) e art. 58, § 3, lett. *i*)] che deve comunicare tale decisione al EDPB perché possa emettere un parere, secondo il principio di coerenza di cui agli artt. 63 e 64, § 1, lett. *e*) GDPR.

La prima autorizzazione ai sensi dell'art. 46, § 3, lett. *b*), è stata resa dal Garante il 23 maggio 2019 alla CONSOB, che l'ha richiesta per sottoscrivere un accordo amministrativo per il trasferimento di dati personali tra le autorità di vigilanza finanziaria dello Spazio economico europeo (SEE) e le autorità di vigilanza finanziaria al di fuori del SEE (doc. web n. 9119857).

Volendo prenderla come eventuale riferimento per la redazione di disposizioni, da inserire nell'accordo amministrativo e da sottoporre all'autorizzazione dell'autorità garante, occorre tener conto che è antecedente all'adozione delle Linee guida 2/2020 e pertanto va rivista alla luce delle indicazioni in esse contenute.

4.4. – BCR o Norme vincolanti d'impresa. Clausole contrattuali tipo.

Il requisito fondamentale per attingere a tale strumento è l'appartenenza della società "importatrice" ed "esportatrice" al medesimo gruppo societario (anche se situate in due paesi diversi). Anche su di esse gravano le conseguenze della sentenza *Schrems II* che non verranno approfondite, in quanto non sono applicabili in ambito universitario.

Le clausole contrattuali tipo sono accordi contrattuali sottoscritti da ambo le parti, solitamente allegati ai contratti di servizio. Esistono di tre livelli:

a) *Clausole tipo della Commissione Europea [Standard Contractual Clauses o SCC, art. 46, § 2, lett c)]*

Vengono adottate nella forma di decisione della Commissione europea,

secondo la procedura prevista dall'art. 93, § 2 GDPR (in precedenza, art. 25, § 4 della direttiva 95/46/CE). Ad oggi sono di due tipi: una per trasferimenti da un titolare ad un titolare situato extra UE, l'altra per trasferimenti da un titolare ad un responsabile extra UE, tutte reperibili sul sito dell'Autorità garante⁽³⁸⁾.

Le clausole-tipo solitamente riguardano solo gli aspetti inerenti la protezione dei dati, pertanto vengono incorporate in un contratto più generale di Data Transfer, non ammettono modifiche o correzioni e devono essere sottoscritte da tutte le parti. Vi si possono aggiungere clausole ulteriori purché non in conflitto, direttamente o indirettamente, con quanto in esse contenuto e approvato dalla Commissione europea. Le integrazioni possono ad esempio recepire le raccomandazioni dell'EDPB relativamente alle misure che integrano gli strumenti di trasferimento, di cui abbiamo in precedenza parlato e come consigliato al Considerando 109 GDPR.

Nonostante sia stata confermata dalla CGUE la validità delle SCC tra titolare e responsabile, nei ruoli rispettivamente di esportatore e importatore, adottate con decisione 2010/87/UE della Commissione e modificate dalla decisione di esecuzione UE 2016/2297, la Commissione ha ritenuto necessario predisporre un progetto di decisione per i trasferimenti extra UE, redatto alla luce sia del GDPR sia delle considerazioni della CGUE riportate nella sentenza *Schrems II*, dovendo assicurare che ai dati personali trasferiti sia concesso un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito nell'Unione.

Il progetto è stato sottoposto a consultazione a novembre 2020 e su di esso si sono espresse, con la «Joint Opinion 2/2021 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries»⁽³⁹⁾ l'EDPB e l'EDPS (Autorità con competenza limitata ai dati trattati dalle istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'UE), sollevando alcune perplessità, esprimendo necessità di ulteriore chiarezza in alcuni contesti e fornendo talvolta indi-

⁽³⁸⁾ Cfr. GARANTE PRIVACY, *Trasferimento di dati personali all'estero*, in garanteprivacy.it/temi/trasferimento-dati-estero.

⁽³⁹⁾ Rinvenibile in edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents.

cazioni utili al completamento degli scenari che, stando a quanto proposto dalla CE, non appaiono contemplati.

Il progetto proposto è modulare e riguarda le SCC per i trasferimenti di dati personali verso Paesi terzi, coprendo anche i casi di trasferimento «da responsabile UE a titolare extra UE» e «da responsabile UE a responsabile extra UE», non trattati finora da alcuna delle decisioni della Commissione Europea, al fine di venire incontro alle aumentate esigenze derivanti dagli sviluppi dell'economia digitale. La modularità dovrebbe facilitare il compito degli esportatori nell'adattamento delle SCC alle particolarità del caso specifico e comprendono la possibilità che aderiscano al contratto più parti, sin da subito o inserendosi successivamente come esportatori o importatori, previo consenso dei contraenti originari.

Nel pieno rispetto delle condizioni di trasparenza nei confronti degli interessati, questi dovrebbero ricevere copia delle SCC ed essere informati di qualsiasi cambiamento avvenga sia nelle finalità del trattamento sia negli eventuali ulteriori o diversi destinatari dei dati. In tal modo verrebbero informati anche delle modalità di esercizio dei diritti e di indennizzo, che le SCC devono prevedere.

L'importatore deve collaborare con l'esportatore al fine di valutare se le leggi in vigore nel suo paese potrebbero impedirgli di conformarsi ai requisiti previsti dalle SCC; ha altresì la responsabilità di conservare ogni documentazione sulle attività di trattamento e di informare l'esportatore, tempestivamente, qualora non sia più in grado di rispettare le SCC, dando modo all'esportatore di interrompere il trasferimento o risolvere il contratto.

Quando saranno adottate, ci sarà un anno di tempo per passare alle nuove SCC da parte di chi avesse fatto ricorso alle versioni adottate in precedenza e da queste sostituite. In ogni caso, le raccomandazioni 01/2020 dell'EDPB, relative alle misure che integrano gli strumenti di trasferimento al fine di garantire il rispetto del livello di protezione, se del caso, andranno utilizzate congiuntamente alle nuove Standard Contractual Clauses.

b) *Clausole tipo adottate dalla autorità garante nazionale (novità)*

In base al Meccanismo di coerenza, previsto all'art.63 e all' art. 64.1 lett. d) GDPR, il Garante di uno stato membro può proporle come “decisione

di adozione” al Comitato europeo per la protezione dati (EDPB). La Commissione europea potrà adottarle secondo atti d’esecuzione, al fine di garantire un’omogenea applicazione della normativa all’interno di ciascuno stato membro e dell’UE. Potrà quindi utilizzarle un esportatore anche stabilito in uno stato membro diverso da quello dell’autorità proponente.

c) *Clausole contrattuali ad hoc tra le parti o model clause*

Questa condizione di garanzia esplicita un requisito precedentemente più vago e, nel caso in cui le *model clause* siano stipulate tra il titolare o responsabile (esportatore) e l’importatore (altro titolare, responsabile o semplice destinatario extra UE), impone che tali contratti, anche di natura privata, siano sottoposti all’autorità garante nazionale competente. Questa ha il compito di autorizzarne la validità (art. 57, § 1, lett. r) e art. 58, § 3, lett. b) e di comunicare tale decisione al EDPB perché possa emettere un parere, secondo il principio di coerenza di cui agli artt. 63 e 64, § 1, lett. e) GDPR⁽⁴⁰⁾.

4.5. – *Deroghe: consenso e necessità.*

I trasferimenti fondati su una deroga non necessitano di alcuna autorizzazione preventiva dell’autorità garante nazionale e presentano rischi maggiori per i diritti e le libertà degli interessati limitando, se non escludendo del tutto, la disponibilità di diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi agli interessati.

Quando i trasferimenti avvengono nell’ambito della normale attività o prassi commerciale, piuttosto che ricorrere alle deroghe devono essere messe in atto garanzie adeguate ai sensi dell’art. 46. Le deroghe non devono costituire una regola nei trasferimenti del Titolare, che deve interpretarle in maniera restrittiva e eccezionale, e può ricorrervi solo entro i limiti dello stretto necessario.

Le condizioni previste nelle deroghe sono, in alternativa: a) che l’interessato abbia esplicitamente acconsentito al trasferimento proposto, dopo

⁽⁴⁰⁾ Continuano ad essere valide le autorizzazioni nazionali emesse dal Garante, anche in conseguenza di decisioni di adeguatezza della Commissione adottate sulla precedente normativa, riportate all’indirizzo garanteprivacy.it/home/provedimenti-normativa.

essere stato informato dei possibili rischi di siffatti trasferimenti, dovuti alla mancanza di una decisione di adeguatezza e di garanzie adeguate; *b)* che il trasferimento sia necessario all'esecuzione di un contratto concluso tra l'interessato e il titolare del trattamento ovvero all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su istanza dell'interessato; *c)* che il trasferimento sia necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto stipulato tra il titolare del trattamento e un'altra persona fisica o giuridica a favore dell'Interessato; *d)* che il trasferimento sia necessario per importanti motivi di interesse pubblico; *e)* che il trasferimento sia necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria; *f)* che il trasferimento sia necessario per tutelare gli interessi vitali dell'Interessato o di altre persone, qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; *g)* che il trasferimento sia effettuato a partire da un registro che, a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, mira a fornire informazioni al pubblico e può esser consultato tanto dal pubblico in generale quanto da chiunque sia in grado di dimostrare un legittimo interesse, solo a condizione che sussistano i requisiti per la consultazione previsti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri; *h)* se non è applicabile alcuna delle garanzie o deroghe precedenti, solo se (il trasferimento) non è ripetitivo, se riguarda un numero limitato di interessati e se è necessario per il perseguimento degli interessi legittimi cogenti del titolare del trattamento, su cui non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà dell'Interessato. Il titolare del trattamento deve aver valutato tutte le circostanze relative al trasferimento e sulla base di tale valutazione ha fornito garanzie adeguate relativamente alla protezione dei Dati Personali. In questo caso, il titolare del trattamento informa del trasferimento l'Autorità di Controllo e, in aggiunta alla fornitura di informazioni di cui agli artt. 13 e 14 GDPR, il titolare del trattamento informa l'Interessato del trasferimento e degli interessi legittimi cogenti perseguiti⁽⁴¹⁾.

Ad esse si aggiunge la condizione prevista all'art. 28, § 3, lett. *a)*, per la

⁽⁴¹⁾ Questa condizione rappresenta un'alternativa molto residuale rispetto le altre riportate ed è applicabile in condizioni particolari. Si nota che nelle linee guida EDPB sui trasferimenti tale condizione è riferita come condizione all'art. 49, § 1, 2° comma; nella versione italiana del GDPR la condizione è riportata dopo la lett. *g)* dello stesso paragrafo.

quale il Responsabile del trattamento può effettuare il trasferimento dei dati verso un paese terzo, pur non avendolo tra le istruzioni del Titolare, quando lo prevede il diritto dell'UE o dello Stato membro cui è soggetto. In tal caso ne informa il Titolare, a meno che il diritto vieti tale informazione per rilevanti motivi di interesse pubblico

Con le Linee guida 2/2018 l'EDPB, basandosi sul documento WP114 del gruppo WP29, ha fornito una serie di orientamenti per l'applicazione del meccanismo delle deroghe ai trasferimenti verso paesi terzi o organizzazioni internazionali, tenendo conto del Considerando 111 GDPR e soprattutto ponendo la "necessità" del trasferimento dei dati per una determinata finalità, come presupposto di fondo per il ricorso alle deroghe, con la sola esclusione della prima, fondata sul consenso.

Per comprendere quando sia possibile il ricorso al consenso, che è una base giuridica prevista dal GDPR, è bene riferirsi alle Linee guida 5/2020 EDPB.

Le deroghe di cui all'art. 49, § 1, lett. da *b) a f)*, prima elencate, prevedono che «il trasferimento sia necessario». Tale condizione deve essere verificata mediante un test di necessità da parte del Titolare, volto ad evidenziare il nesso stretto e specifico tra i dati personali oggetto del trasferimento e le finalità del trattamento cui si vuole applicare la specifica deroga.

Il trasferimento può avvenire solo se le finalità sono necessarie, concrete e non presunte o possibili, e i dati strettamente pertinenti e necessari allo scopo. La necessità richiede che debba esserci uno stretto e sostanziale legame tra la persona interessata e le finalità per le quali il trasferimento viene ritenuto, appunto, necessario.

Ad esempio, non è necessario per l'esecuzione di un contratto di lavoro in UE che i dati siano trasferiti in territorio extra UE per la gestione della busta paga. In questo caso non è quindi possibile utilizzare la deroga 49, § 1, lett. *b)*, poiché il nesso tra la finalità del trasferimento e la sua necessità, ai fini del contratto di lavoro, non è diretto né oggettivo; può esserlo invece nel caso di un'agenzia di viaggio con riferimento ai trasferimenti ad alberghi o partner commerciali all'estero dei dati dei clienti, ai fini dell'organizzazione del viaggio da questi richiesto. In ogni caso la deroga non può applicarsi alla

trasmissione di informazioni non necessarie ai fini del trasferimento (dati eccedenti la finalità) o a trasferimenti con una finalità diversa dall'esecuzione del contratto, con riferimento sempre alla 49.1.b) dell'esempio⁽⁴²⁾.

Se quindi le deroghe si giustificano in quanto è necessario rendere compatibile, in talune situazioni, la tutela dei diritti fondamentali delle persone - attraverso la protezione dei dati personali - con la libera circolazione delle informazioni e persone a livello internazionale, il ricorso ad esse non può derogare al rispetto dei diritti fondamentali in quanto ciò ne comporterebbe una violazione.

Il gruppo di lavoro della Commissione europea, già nel 1998⁽⁴³⁾, riteneva che fra le categorie di trasferimenti che rappresentano una minaccia particolare per la vita privata e meritano quindi particolare attenzione siano comprese le seguenti: *a)* trasferimenti riguardanti le categorie particolari di dati; *b)* trasferimenti che comportano rischi di perdite finanziarie (ad esempio pagamenti con carta di credito attraverso Internet); *c)* trasferimenti che comportano rischi per la sicurezza personale; *d)* trasferimenti finalizzati all'adozione di una decisione particolarmente importante per la persona interessata (assunzioni, promozioni, concessione di un credito, ecc.); *e)* trasferimenti che rischiano di causare un grave imbarazzo a una persona o di lederne la reputazione; *f)* trasferimenti che possono condurre ad azioni specifiche che costituiscono un'ingerenza grave nella vita privata della persona; *g)* trasferimenti ripetuti che riguardano grandi volumi di dati (per es. dati su transazioni elaborati su reti di telecomunicazioni, Internet, etc.); *h)* trasferimenti che comportano la raccolta di dati per mezzo di nuove tecnologie secondo modalità particolarmente occulte o clandestine (per es. i cosiddetti "cookies" di Internet), cui potrebbe oggi aggiungersi l'utilizzo diffuso di

⁽⁴²⁾ EDPB, *Linee guida 2/2018 sulle deroghe di cui all'articolo 49 del regolamento 2016/679*, cit., e GRUPPO WP29, *Documento di lavoro su un'interpretazione comune dell'articolo 26, paragrafo 1 della direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 del 25 novembre 2005 – WP114*, cit., § 2.2.

⁽⁴³⁾ Cfr. COMM. EUROPEA – GRUPPO DI LAVORO "TUTELA DELLE PERSONE FISICHE CON RIGUARDO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI", *Trasferimento di dati personali verso paesi terzi: applicazione degli artt. 25 e 26 della direttiva europea sulla tutela dei dati – DG XV D/5025/98 WP12*, in *garanteprivacy.it*.

servizi in cloud anche per la gestione dei dati dei lavoratori o per lo scambio di dati per attività di lavoro e ricerca.

I rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, di cui tenere conto, sono ulteriormente elencati ai considerando 75 e 76 del GDPR.

Come anticipato, non tutte le deroghe sono utilizzabili senza la contemporanea esistenza o assenza di altre condizioni. Per rappresentare gli scenari ammessi, viene riportata una schematizzazione delle condizioni di applicazione delle deroghe di cui all'art. 49, § 1. Si ribadisce che sono da considerare residuali nel loro utilizzo e che anche le deroghe non espressamente limitate ai trasferimenti “occasionalmente” e “non ripetitivi”, devono essere interpretate come eccezionali rispetto alla regola⁽⁴⁴⁾.

| Deroghe art. 49 GDPR | Eccezioni per la PA | Solo se occasionali? | Cosa aggiungere nell'informativa o al Registro dei trattamenti | Riferimenti e annotazioni |
|---|---|----------------------|--|--|
| a. Che l'interessato abbia esplicitamente acconsentito al trasferimento proposto, dopo essere stato informato dei possibili rischi di siffatti trasferimenti per l'interessato, dovuti alla mancanza di una decisione di adeguatezza e di garanzie adeguate; | Non utilizzabile nell'esercizio di pubblici poteri (art.49.3) | | Consenso come base giuridica, che deve essere esplicito, informato e specifico, indicando i paesi di destinazione, i destinatari o le categorie di destinatari, i possibili rischi derivanti dall'assenza, nel paese terzo, di un'autorità di controllo e la possibilità che non siano previsti principi di legittimità del trattamento e diritti per l'interessato mancando un parere di adeguatezza. | Essendo possibile la revoca in qualsiasi momento non è utilizzabile per trasferimenti di lungo periodo, in termini di frequenza. Il consenso deve essere esplicito, dopo minuziosa informazione dei possibili rischi, nel pieno rispetto delle condizioni agli artt.4.11, 7, 13 e 14, dei C32, C33, C42 e C44 GDPR e delle linee guida sul consenso WP259 del WP29. La specificità impone che il consenso valga solo per quel trasferimento specifico di cui è informato e le circostanze del trasferimento non siano modificate dopo la prestazione del consenso. |

⁽⁴⁴⁾ Cfr. EDPB, *Linee guida 2/2018 sulle deroghe di cui all'articolo 49 del regolamento 2016/679*, cit.

| Deroghe art. 49 GDPR | Eccezioni per la PA | Solo se occasionali? | Cosa aggiungere nell'informativa o al Registro dei trattamenti | Riferimenti e annotazioni |
|--|---|----------------------|--|--|
| b. che il trasferimento sia necessario all'esecuzione di un contratto concluso tra l'interessato e il titolare del trattamento ovvero all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su istanza dell'interessato; | Non utilizzabile nell'esercizio di pubblici poteri (art.49.3) | SI | Occasionalità del trasferimento e quale sia il nesso stretto e significativo tra il trasferimento dei dati, i dati trasferiti e le finalità del contratto. | Non utilizzabile per trasferimenti di dati aggiuntivi, non strettamente necessari per l'esecuzione del contratto o delle misure precontrattuali. Nel caso di trasferimenti ripetuti devono essere utilizzate le misure di garanzie art.46. |
| c. che il trasferimento sia necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto stipulato tra il titolare del trattamento e un'altra persona fisica o giuridica a favore dell'Interessato; | Non utilizzabile nell'esercizio di pubblici poteri (art.49.3) | SI | Come per b) | Come per b) |

| Deroghe art. 49 GDPR | Eccezioni per la PA | Solo se occasionali? | Cosa aggiungere nell'informativa o al Registro dei trattamenti | Riferimenti e annotazioni |
|---|---|----------------------|--|---|
| d. che il trasferimento sia necessario per importanti motivi di interesse pubblico; | eccezione descritta ultimo capoverso 5.3 nel caso di richieste da paesi terzi, art.48, descritto nell'annotazione → | | Occasionalità del trasferimento e quale sia il nesso stretto e significativo tra il trasferimento dei dati, i dati trasferiti e i motivi di interesse pubblico perseguiti. | Il requisito essenziale è nell'indicazione di necessità del trasferimento dei dati per un importante interesse pubblico, non nella natura dell'organizzazione che trasferisce o riceve i dati, che può essere anche privata (C111, C112) In continuità con l'art.26.1.d della direttiva 95/46/CE, l'art. 48 riporta che il trasferimento può avvenire solo qualora sia necessario o prescritto dalla legge per la salvaguardia di un interesse pubblico rilevante, deducibile dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il Titolare del trattamento, anche in virtù della reciprocità per la cooperazione internazionale sottoscritta tramite accordo o convenzione internazionale. Nel WP114 del 25 novembre 2015 il WP29 afferma che "questa deroga può essere utilizzata solo se il trasferimento è nell'interesse delle autorità stesse di uno Stato membro dell'Ue e non unicamente nell'interesse di una o più autorità di un paese terzo". |

| Deroghe art. 49 GDPR | Eccezioni per la PA | Solo se occasionali? | Cosa aggiungere nell'informativa o al Registro dei trattamenti | Riferimenti e annotazioni |
|--|--|----------------------|--|--|
| e. che il trasferimento sia necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria; | | SI | | Poiché il trasferimento deve essere effettuato nell'ambito del procedimento, è necessario un nesso stretto tra i dati trasferiti e il procedimento specifico relativo alla situazione in questione, non la mera possibilità che occorrono a tale scopo. I procedimenti devono avere un fondamento giuridico e possono includere la fase preprocessuale, l'apertura di un contenzioso o la richiesta di approvazione di una fusione. Nel diritto nazionale di alcuni Stati esistono i "blocking statutes" che impediscono o limitano i trasferimenti di dati personali verso autorità giudiziarie o talvolta organismi pubblici di paesi terzi. Occorrerebbe prima verificare se possano essere utilizzati dati anonimi o pseudonimizzati |
| f. che il trasferimento sia necessario per tutelare gli interessi vitali dell'Interessato o di altre persone, qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; | SOLO quando l'interessato è nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il consenso | | | Se c'è capacità decisionale ed è possibile dare il consenso la deroga non è applicabile. Il trasferimento deve essere correlato all'interesse individuale dell'interessato o di un'altra persona e, nel caso di dati sanitari, deve essere necessario ai fini di una diagnosi essenziale. È esclusa p.e. la ricerca medica che produrrà risultati solo in futuro. Il grave rischio imminente deve essere superiore rispetto le preoccupazioni connesse alla protezione dei dati |

| Deroghe art. 49 GDPR | Eccezioni per la PA | Solo se occasionali? | Cosa aggiungere nell'informativa o al Registro dei trattamenti | Riferimenti e annotazioni |
|---|---|----------------------|--|--|
| <p>g. che il trasferimento sia effettuato a partire da un registro che, a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, mira a fornire informazioni al pubblico e può essere consultato tanto dal pubblico in generale quanto da chiunque sia in grado di dimostrare un legittimo interesse, solo a condizione che sussistano i requisiti per la consultazione previsti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri;</p> | <p>Non può riguardare la totalità dei dati né intere categorie di dati personali contenuti nel registro (non solo per la PA).</p> | | | <p>La deroga si applica a dati contenuti in registri aventi la finalità di trasmettere informazioni al pubblico, non ai registri privati. Si tratta di registri che possono essere consultati dal pubblico, in generale, o da chiunque sia in grado di dimostrare un legittimo interesse (registri delle imprese, di condanne penali o casellario giudiziale, registri catastali, pubblici registri automobilistici, ...). Se il registro è costituito per legge per essere consultato da persone che hanno un legittimo interesse, il trasferimento può avvenire su loro richiesta o se ne sono destinatarie (quindi non tramite pubblicazione <i>erga omnes</i>), tenendo conto degli interessi e dei diritti fondamentali dell'interessato.</p> |

| Deroghe art. 49 GDPR | Eccezioni per la PA | Solo se occasionali? | Cosa aggiungere nell'informativa o al Registro dei trattamenti | Riferimenti e annotazioni |
|--|--|----------------------|---|---|
| <p>h. se non è ripetitivo, se riguarda un numero limitato di interessati, se è necessario per il perseguimento degli interessi legittimi cogenti del titolare del trattamento, su cui non prevalgono gli interessi o i diritti e le libertà dell'Interessato; il titolare del trattamento deve aver valutato tutte le circostanze relative al trasferimento e sulla base di tale valutazione abbia fornito garanzie adeguate relativamente alla protezione dei Dati Personali. Il titolare del trattamento informa l'Autorità di Controllo. In aggiunta alla fornitura di informazioni di cui agli artt. 13 e 14 GDPR, il titolare del trattamento informa l'Interessato del trasferimento e degli interessi legittimi cogenti perseguiti.</p> | <p>Non utilizzabile nell'esercizio di pubblici poteri (art.49.3) (è la condizione dal secondo capoverso lett. g, che nel testo originale del GDPR è il secondo comma §1)</p> | <p>SI</p> | <p>Il titolare deve informare l'interessato. Vanno descritti i legittimi interessi cogenti e i seri motivi per i quali non è stato possibile tutelare il trasferimento con garanzie adeguate o alcuna delle altre deroghe previste, inserendo i paesi destinatari. Devono essere indicate nel Registro dei trattamenti sia la valutazione delle circostanze relative al trasferimento sia le garanzie adeguate fornite a seguito della valutazione.</p> | <p>È prevista come extrema ratio, applicabile solo nel caso in cui non è possibile basare il trasferimento su una disposizione art. 45 o 46 né su alcuna delle deroghe sopra elencate; ai sensi del C113, deve riguardare un numero limitato di interessati ed è subordinato alla concomitante sussistenza delle condizioni espressamente elencate nell'intero capoverso riportato dopo la lett. g) § 1 art. 49. L'interesse legittimo deve essere cogente poiché non vi rientrano tutti i possibili interessi di cui all'art.6, § 1.f); deve esserne informato il GDPR</p> |

Particolare importanza riveste l'informativa dovuta all'interessato che, ancor più nel ricorso ad una deroga, dovrà riportare i possibili rischi derivanti dal trasferimento dei dati verso un paese che non fornisce una protezione adeguata ed effettuato in assenza di misure di salvaguardia per la protezione dei dati e l'esercizio dei diritti.

Nelle FAQ del Garante Privacy, relative alle conseguenze sui trasferimenti extra UE derivanti dalla sentenza *Schrems II* (v. § 4.2), si conferma l'utilizzabilità delle deroghe purché siano rispettate tutte le condizioni di cui all'art. 49, da interpretare in maniera restrittiva.

Nel caso del ricorso alla deroga «per importanti motivi di interesse pubblico», che devono essere riconosciuti nella legislazione UE o dello Stato membro, il requisito essenziale è che il trasferimento sia fondato su tali importanti motivi, non che sia deducibile dalla natura del soggetto coinvolto nel trasferimento. Inoltre, sebbene tale deroga non sia limitata ai trasferimenti di dati aventi natura “occasionale”, ciò non significa che i trasferimenti di dati sulla base della deroga per importanti motivi di interesse pubblico possano configurarsi su larga scala e in modo sistematico.

Resta fermo che le deroghe previste all'art. 49 non dovrebbero mai trasformarsi di fatto in una regola, essendo limitate a situazioni specifiche e condizionate ad un rigoroso test di necessità.

Il § 5 dell'art. 49 pone infine una deroga alle deroghe, lasciando possibilità all'Unione o agli Stati membri, in assenza di una decisione di adeguatezza, di fissare limiti al trasferimento di categorie specifiche di dati verso paesi esteri per importanti motivi di interesse pubblico, notificandolo alla Commissione.

5. — *Brexit*.

A partire dal 1° gennaio 2021 il Regno Unito è un Paese terzo rispetto l'Unione europea.

L'accordo commerciale raggiunto tra le parti prevede un periodo transitorio, che si estende fino a tutto giugno 2021, durante il quale il trasferimento di dati tra paesi UE e Regno Unito non sarà considerato verso un paese

terzo. Potranno quindi essere applicate, al trasferimento, le stesse condizioni di garanzia utilizzate fino al 31 dicembre 2020, a condizione che rimanga in vigore negli UK l'attuale regime di protezione dei dati personali che ha nell'Information Commissioner's Office (ICO) il suo organismo di vigilanza indipendente.

Se entro tale periodo la Commissione europea, impegnata a lavorare con il governo inglese, non riuscirà ad adottare una decisione di adeguatezza, tutti i trasferimenti potranno essere effettuati solo in presenza di garanzie adeguate, di cui agli artt. 46, 47 o 49, ferme restando tutte le valutazioni finora riportate in relazione alla loro utilizzabilità.

La Commissione europea ha in effetti pubblicato, il 19 febbraio 2021, la bozza della decisione di adeguatezza sulla protezione dei dati personali relativa al Regno Unito, su cui l'EDPB, con l'Opinion 14/2021, ha espresso parere favorevole; dovrà ora essere approvata secondo l'iter previsto dal GDPR. Una volta completata questa procedura, la Commissione europea potrà adottare definitivamente e ufficialmente la decisione di adeguatezza a favore del Regno Unito.

È necessario che ogni titolare individui già da ora quali siano i trattamenti effettuati che richiedono trasferimenti di dati verso gli UK, provvedendo quanto prima ad aggiornare i documenti interni (p.e. Registro dei trattamenti, nel quale va indicato se l'attività comporta trasferimenti extra UE) e ad integrare le informative relative a tali attività di trattamento in quanto, indipendentemente dalle condizioni di garanzia che potranno essere adottate dopo il 31 giugno, i trasferimenti verso gli UK sono già, a tutti gli effetti, trasferimenti extra UE.

Nel censire tali trasferimenti, il titolare dovrà tenere conto anche di servizi realizzati su server collocati in territori nazionali o europei, cui il fornitore di servizi (o il partner della ricerca) può accedere dal Regno Unito, considerando che le considerazioni della CGUE nella sentenza *Schrems II* fanno sì che anche tali trattamenti debbano essere annoverati nei trasferimenti di dati extra UE. Un riguardo particolare andrà in tali casi dato all'*access right*, affinché sia limitato ai soli diritti necessari all'erogazione del servizio e ai soli dati strettamente necessari a fornirlo.

Si rimanda al sito del Garante Privacy per ogni ulteriore approfondimento⁽⁴⁵⁾.

6. — *Il programma Erasmus+.*

Il programma Erasmus+ è istituito con regolamento (UE) 1288/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013, quale programma dell'Unione per l'istruzione, la formazione, la gioventù e lo sport. Esso subentra al precedente programma Erasmus, partito 27 anni prima, recependone l'esperienza positiva al fine di contribuire ancor più al conseguimento di vari obiettivi, compresi quelli in materia di istruzione, formazione e promozione dei valori europei, attraverso molteplici "azioni chiave" del programma europeo. Tra queste ultime, alcune sono volte a sostenere la mobilità degli studenti e del personale per esperienze di apprendimento e/o professionali in altri paesi, anche tramite partenariati strategici transnazionali e internazionali.

Nell'ambito del programma Erasmus+, gli accordi di mobilità possono essere stipulati anche con atenei collocati in paesi terzi per: *a)* scambio di visite di docenti e ricercatori impegnati nell'attività di ricerca o organizzazione congiunta d'incontri, seminari, corsi di formazione e attività di docenza; *b)* scambio di dottorandi, dottori di ricerca, assegnisti di ricerca e giovani ricercatori; *c)* scambio di studenti; *d)* altre forme di cooperazione: progetti comuni di ricerca, sostegno all'avvio di una struttura di ricerca o progetti di sviluppo, tirocini curricolari ed extracurricolari, etc.

Tali accordi possono avere la forma di "accordi quadro" all'interno dei quali stipulare, di volta in volta, accordi inerenti una delle specifiche situazioni tra quelle appena citate. In ogni caso, prevedono la stipula di convenzioni tra gli enti partecipanti, successivamente alla sottoscrizione degli accordi contrattuali richiesti ai partner dall'UE per la partecipazione al bando.

Venendo alle finalità di approfondimento del trasferimento dei dati, i trat-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. GARANTE PRIVACY, *Trasferimento di dati personali all'estero*, cit.

tamenti sono effettuati ai sensi dell'art. 6, lett. e) GDPR ossia «il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento» e ai sensi dell'art. 6, lett. c). Difatti il programma Erasmus+ è definito nell'ambito dei pilastri UE, è approvato dal Parlamento europeo e l'Ateneo deve veder approvata la sua candidatura alla partecipazione al programma per poter attivare i bandi a livello locale, nell'ambito delle finalità istituzionali universitarie. L'adesione al programma Erasmus+ comporta notevoli obblighi a carico dell'Ateneo, tra cui quelli per il controllo dei finanziamenti UE.

La responsabilità ultima del regolare funzionamento del Programma Erasmus+ spetta infatti alla Commissione europea, che ne gestisce il bilancio e ne stabilisce costantemente priorità, obiettivi e criteri. Il programma ha un'estensione pluriennale di circa 7 anni e da poco è stato approvato il programma Erasmus+ 2021-2027.

A livello europeo, l'Agenzia esecutiva per l'istruzione, gli audiovisivi e la cultura (Agenzia esecutiva) è responsabile, in particolare, dell'attuazione delle azioni centralizzate del Programma Erasmus+. Molte altre azioni sono decentrate e, in particolare, la Commissione europea affida le funzioni di esecuzione del bilancio alle Agenzie nazionali: per l'Italia, è l'Agenzia Indire.

Le Agenzie nazionali promuovono e realizzano il Programma a livello nazionale e fungono da tramite tra la Commissione europea e le organizzazioni partecipanti a livello locale, regionale e nazionale. Di norma, i partecipanti ai progetti Erasmus+ devono risiedere in uno dei paesi aderenti al Programma, tra cui ci sono anche paesi esterni all'UE.

I trattamenti dei dati dei candidati al programma avvengono quindi da parte di molti titolari: gli Atenei, l'Agenzia nazionale e quella esecutiva⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁶⁾ L'indirizzo riporta il riferimento al regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati, ora sostituito dal regolamento UE 1725/2018. I trattamenti svolti da questi ultimi sono descritti all'indirizzo ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/programme-guide e integrano i trattamenti dei dati effettuati dall'ateneo, per i quali è dovuta dagli stessi atenei l'informativa al momento della candidatura dello studente. Per la trasparenza, i successivi trattamenti andrebbero almeno citati, riportando i riferimenti delle ulteriori informative.

Come avviene per altre tipologie di contratti o convenzioni, l'individuazione degli Atenei che sottoscrivono la convenzione come Titolari autonomi, o Contitolari, dipende dall'impostazione data circa le finalità e modalità dei trattamenti che sono oggetto dell'accordo.

Il nuovo bando Erasmus+ è il primo successivo all'entrata in vigore del GDPR. Nel pieno rispetto di quei principi del regolamento (e non più direttiva) sulla protezione dati e dei meccanismi di coerenza previsti dal regolamento stesso, è plausibile che lo stesso programma Erasmus+ debba indicare quali siano gli impegni che gli enti partner extra UE debbano sottoscrivere, all'atto dell'adesione al programma, per l'applicazione delle garanzie al trasferimento dei dati dei cittadini UE che partecipano ai bandi di mobilità (siano essi studenti, docenti o personale tecnico amministrativo delle istituzioni scolastiche e universitarie). Se ciascun ente partner UE dovesse provvedere in proprio, si creerebbe in UE una disparità di trattamento dei dati, e quindi dei diritti, dei circa quattro milioni di partecipanti al programma dei diversi stati membri, in contrasto con lo scopo perseguito con il GDPR, espresso in particolare al Considerando 10.

Si attende quindi nei mesi di giugno e luglio 2021 la pubblicazione degli *agreement* che dovranno essere sottoscritti tra i partner UE ed extra UE al fine di assicurare, ai trasferimenti dei dati personali, un livello di protezione adeguato e uniforme per tutti i trasferimenti dei dati personali dai vari stati membri.

È ipotizzabile che, salvo l'esistenza di una decisione di adeguatezza adottata e applicabile all'ente ospitante, occorra seguire una delle seguenti strade:

a) aggiungere all'accordo la sottoscrizione di una clausola contrattuale tipo (SCC) adottata in base alla Decisione della Commissione europea. Come indicato nella sezione dedicata alle SCC, si attende che la CE adotti il progetto di decisione modulare delle clausole, recependo le indicazioni della "joint opinion" del EDPB ed EDPS. Nel frattempo, può essere adottata, ad esempio quella del 27 dicembre 2004 (2004/915/CE)⁽⁴⁷⁾ – che modifica

⁽⁴⁷⁾ Il documento che riporta in allegato la clausola, composta da tre elementi, è rinvenibile in *eur-lex.europa.eu*.

la decisione 2001/497/CE – per il trasferimento di dati personali a titolare stabilito in un paese terzo. Essendo state adottate prima dell'entrata in vigore del GDPR, occorre intervenire nella terminologia (Titolare al posto di Responsabile, dati particolari anziché dati sensibili...) oltre a integrarle con quanto necessario per l'applicazione al caso concreto, seguendo le indicazioni delle Raccomandazioni 01/2020 prima citate, senza intervenire su di esse in modalità incompatibile con il contenuto delle SCC. Può essere utilizzata anche la clausola contrattuale adottata con decisione 2001/497/CE, che è stata modificata e affiancata, ma non sostituita, da quelle proposte in nota;

b) utilizzare la base di garanzia prevista all'art. 46, § 3, lett. *b)*, ossia “disposizioni da inserire in accordi amministrativi tra autorità pubbliche o organismi pubblici che comprendono diritti effettivi e azionabili per gli Interessati”, che possono essere predisposte dall'Ateneo ma devono essere sottoposte all'autorizzazione preventiva del Garante;

c) in termini di “*accountability*”, è possibile il ricorso alla deroga di cui all'art. 49, § 1, lett. *d)* “trasferimento necessario per importanti motivi di interesse pubblico”, da ritenersi comunque come eccezione alla regola, secondo quanto già riportato in precedenza. Il trasferimento supera il test di necessità, per i soli dati personali comuni necessari e sufficienti a consentire alla persona interessata di svolgere l'attività presso la sede richiesta con la sua candidatura al bando e di essere rimborsata delle spese, nelle modalità previste sempre dal bando. Lo scopo del trasferimento rientra negli importanti motivi di interesse pubblico del programma Erasmus+⁽⁴⁸⁾ riconosciuti dall'Unione Europea, e anche nelle finalità istituzionali dell'Ateneo, che si candida al programma per ricevere i finanziamenti per le borse da assegnare ai candidati vincitori dei bandi. In considerazione della partecipazione volontaria dei candidati ai diversi bandi di mobilità, in taluni casi verso organizzazioni internazionali anche segnalate direttamente dai potenziali candidati (per esempio la Croce Rossa internazionale) nel bilanciamento dei diritti è possibile tenere conto di quelli dell'interessato, di fruire di un'opportunità didattica e esperienziale diversa la cui importanza è riconosciuta a livello

⁽⁴⁸⁾ Per approfondimenti sul punto, si v. la pagina ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus.

UE, chiaramente espressi con la domanda di partecipazione.

In una prima ipotesi appariva possibile anche il ricorso al consenso dell'interessato che, alla luce degli approfondimenti condotti, si ritiene difficilmente applicabile al caso. Difatti l'Università aderisce al programma Erasmus+ contribuendo spesso alla copertura delle spese, anche se in misura diversa tra gli atenei, per consentire agli studenti, e al personale che vi partecipa, lo svolgimento di attività che siano attinenti o al percorso formativo dello studente, per il riconoscimento dei crediti formativi, o all'ambito didattico/lavorativo di coloro in ateneo che chiedono di parteciparvi. Le motivazioni sono sempre quindi nel campo della formazione e didattica di qualità, miglioramento delle esperienze interpersonali volte all'apprendimento di culture e lingue diverse, meglio esplicitati nell'abbondante documentazione UE su tali programmi, in ogni caso ritenute di rilevante interesse pubblico e rientranti nelle finalità istituzionali universitarie. Anche la domanda di candidatura al bando, effettuata volontariamente da parte degli studenti e del personale di ateneo, in base allo specifico loro diritto, comporta che l'Università ponga in essere ogni attività necessaria per rispondere alla richiesta dell'interessato, nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali.

In base all'art. 49, § 3, si esclude quindi la possibilità di ricorso al consenso (che inoltre sappiamo non essere quasi mai ritenuta la corretta base giuridica, per i dipendenti del titolare).

Resta l'obbligo, oltre quanto già rappresentato nel paragrafo sulle deroghe, di dare ampia informativa all'interessato sui rischi potenziali che possono derivare dal trasferimento dei suoi dati, che saranno solo quelli necessari e non eccedenti rispetto lo scopo per cui devono essere comunicati, al fine di dare attuazione alla sua richiesta. Come già accennato, l'informativa dovrà contenere anche le informazioni sui trattamenti dei dati personali sui trattamenti svolti dall'Agenzia nazionale e dagli organismi UE preposti al monitoraggio del programma, reperibili ai link prima richiamati.

In taluni casi, sarebbe opportuno evidenziare agli interessati anche i potenziali rischi derivanti dalle attività di trattamento che loro potrebbero porre in essere autonomamente, una volta giunti alla destinazione richiesta.

7. — *Accordi internazionali di cooperazione universitari.*

Le Università stipulano accordi di mobilità internazionale con diversi partner extra UE, tra cui università pubbliche e private, enti di ricerca, industrie e ospedali, al fine di favorire il maturarsi di quelle esperienze che sono essenziali in un mercato sempre più globale, agevolando il confronto di studenti, docenti e personale universitario con culture e contesti diversi, attraverso esperienze di studio e di lavoro all'estero, finalità ritenute di interesse pubblico rilevante, riconosciute tali anche dall'Unione Europea attraverso le azioni chiave di vari programmi.

Le stipule degli accordi sono disciplinati da linee guida o regolamenti universitari, redatti secondo le previsioni normative e statutarie del singolo Ateneo. Gli accordi possono essere strutturati in due livelli, con un accordo quadro di primo livello tra l'università e l'ente partner, anche di natura pluriennale, che comprende i vari obiettivi raggiungibili attraverso successivi protocolli attuativi o accordi specifici di collaborazione, di secondo livello, anch'essi soggetti ad ulteriore approvazione da parte degli organi universitari.

Come per l'Erasmus, nell'ambito degli accordi internazionali l'oggetto del trasferimento sono le persone più che i dati. I dati personali sono quasi sempre i pochi necessari perché chi partecipa all'accordo possa essere riconosciuto e accolto all'arrivo dall'ente partner, essere avviato all'attività oggetto dell'accordo ed ottenere il rimborso spese, se previsto. In diverse occasioni i protocolli attuativi o gli accordi internazionali con istituzioni extra UE sono proposti dagli stessi docenti che intendono aderirvi, qualora approvati dagli organi di ateneo, al fine di perseguire attività didattiche, di ricerca o divulgative con colleghi già conosciuti in altri contesti e che svolgono la loro attività presso il partner proposto. Ciò non toglie che vi sia comunque un trasferimento di dati personali verso paesi esteri e corra l'obbligo di rispettare il GDPR, secondo le modalità finora esaminate.

In presenza di un accordo quadro sottoscritto con l'Ente partner, privato o pubblico che sia, è difficile inquadrare come non ripetitivo o occasionale il trasferimento. Se da un lato in nessuna documentazione consultata c'è una

definizione di “occasionale”, è però evidenziato che per i trasferimenti “a regime”, come appaiono quelli previsti da un accordo, e in assenza di una decisione di adeguatezza applicabile, andrebbe individuata una garanzia di cui all’art. 46 e non una deroga. Solitamente lo stesso soggetto potrà parteciparvi circa una volta l’anno per lo stesso, e potrà riproporsi secondo la durata dell’accordo quadro; la numerosità degli accordi stipulati da uno stesso ateneo spesso supera il centinaio, in atenei di grandi dimensioni anche varie centinaia, con partner di tutto il mondo.

In assenza di una decisione di adeguatezza la regola richiederebbe il ricorso alle SCC, anche integrate sulla base delle raccomandazioni 01/2020 EDPB, o il ricorso alle garanzie di cui agli artt. 46, § 2, lett. *a*) e 46, § 3, lett. *b*), quest’ultima utilizzabile nel caso di accordi tra autorità o organismi pubblici, previa approvazione del garante.

L’attività di trattamento è senz’altro necessaria per conseguire un importante interesse pubblico, spesso richiesto dallo stesso interessato e talvolta richiesto dall’Università al proprio docente o ricercatore. Chiunque abbia utilizzato le SCC comprende che per alcuni enti, collocati in paesi non soggetti al GDPR, anche la sola interpretazione dei contenuti delle SCC richiede un’attenzione di non poco conto, considerati gli impegni che si vanno a sottoscrivere a fronte delle poche persone che l’ente dovrà accogliere e che potrebbe avere difficoltà a recepirle.

Il titolare dovrà quindi effettuare, caso per caso, un bilanciamento per comprendere se ricorrere alla deroga di cui all’art. 49, § 1, lett. *d*), qualora né le clausole contrattuali né le disposizioni da inserire in accordi amministrativi tra organismi pubblici, previa approvazione dell’autorità garante, possano essere inclusi nell’accordo o nei protocolli attuativi.

È vero che chiunque ha il diritto di una protezione dei suoi dati personali “attaccata” ai dati durante il trasferimento; è altrettanto vero che il diritto alla conoscenza, alla libertà di pensiero, di espressione e di informazione, la libertà delle arti e della ricerca scientifica e, non ultime, la libertà personale e la libertà accademica, nel rispetto del principio di proporzionalità, come in altri casi affermato (art. 52 CDFUE), possono apportare limitazioni al diritto alla protezione dei dati se necessarie e rispondenti effettivamente a finalità

di interesse generale, riconosciute dall'Unione, o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà dei candidati, nel pieno rispetto del diritto all'autodeterminazione informata dell'interessato. Pertanto il ricorso alla deroga per importanti motivi di interesse pubblico sarà applicabile quando incontra la volontà dell'interessato a partecipare liberamente all'accordo di mobilità, il titolare abbia avuto cura di informarlo adeguatamente sui rischi dell'attività di trattamento e ciò sia dimostrabile, specie nell'ambito di un accordo che consenta la mobilità di un limitato numero di interessati, di cui si trattano i soli dati comuni necessari all'instaurazione del rapporto con il partner di destinazione.

Nel caso di ricorso alla deroga 49, § 1, lett. *d*), l'informativa dovrà riportare le considerazioni del titolare in merito al bilanciamento effettuato tra i diritti e la valutazione di rischio ricordando che il titolare si assume, come di regola, ogni responsabilità sulle scelte da lui operate.

8. — *Direttiva vs regolamento e l'effetto Bruxelles.*

Il Considerando 2 della direttiva 95/46/CE poneva già in evidenza che «i sistemi di trattamento dei dati sono al servizio dell'uomo; che essi, indipendentemente dalla nazionalità o dalla residenza delle persone fisiche, debbono rispettare le libertà e i diritti fondamentali delle stesse, in particolare la vita privata, e debbono contribuire al progresso economico e sociale, allo sviluppo degli scambi nonché al benessere degli individui».

Come riportato al Considerando 6 GDPR, la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione hanno iniziato da tempo a trasformare l'economia, le relazioni sociali e le modalità di erogazione di servizi da parte di imprese e pubbliche amministrazioni, comportando nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata delle informazioni e della loro condivisione in rete sta aumentando con ritmo esponenziale, creando enormi quantità di dati (c.dd. *big data*⁽⁴⁹⁾) che necessitano di un livello elevato di

⁽⁴⁹⁾ Con la locuzione *big data* si indica un *asset* di informazioni che richiede specifiche

protezione, affinché non venga minato il clima di fiducia necessario alla loro libera circolazione e al loro utilizzo per lo sviluppo dell'economia digitale, nel rispetto dei diritti e delle libertà individuali.

Questo perché i metodi della *big data analytics* e le specifiche tecnologie di *machine learning*, utilizzate per la trasformazione dei *big data* in valore, sono fonte di nuove opportunità di mercato, consentono di migliorare i processi decisionali anche in materia ambientale o offrire servizi innovativi, ma generano anche fenomeni ad elevato impatto sociale (si pensi al fenomeno c.d. “*confirmation bias*”⁽⁵⁰⁾ o al famoso caso *Cambridge Analytica*).

Nel 2015 si era espresso nel merito il Gruppo WP29, con una forte preoccupazione, affermando che «una parte importante delle operazioni sui *big data* si basa sull'ampio trattamento dei dati personali delle persone nell'UE e solleva importanti questioni sociali, legali ed etiche, tra cui le preoccupazioni relative alla privacy e ai diritti di protezione dei dati di queste persone»⁽⁵¹⁾. I benefici derivanti dall'analisi dei *big data* si sarebbero quindi potuti realmente ottenere solo a condizione che le aspettative di privacy degli utenti venissero soddisfatte e i loro diritti alla protezione dei dati rispettati.

Le preoccupazioni sulle implicazioni sociali di un utilizzo dei dati sorretto solo da interessi commerciali e privo di meccanismi di vigilanza, sono state più volte documentate in UE, anche nella «Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei *big data* per i diritti fonda-

tecnologie e metodi analitici per la trasformazione in Valore, in termini sia di conoscenza che di mercato economico. È caratterizzato da Volume, Varietà (molte diverse tipologie, per contenuto e formato) e Velocità con cui devono essere trattate per estrarne il valore.

⁽⁵⁰⁾ ¹Indica un fenomeno cognitivo umano per il quale le persone tendono a muoversi entro un ambito delimitato dalle loro convinzioni acquisite, tendendo a confermare solo le opinioni già maturate (cfr. *wikipedia.org*). Questo fenomeno viene osservato, ad esempio, in conseguenza dell'offerta, da parte dei motori di ricerca, di proposte quanto più possibile vicine agli interessi del “navigatore”, che si attagliano meglio alla sua opinione, così riducendo sempre più le occasioni di un confronto critico per maturare un'opinione maggiormente consapevole, eventualmente diversa e frutto di molteplici punti di osservazione.

⁽⁵¹⁾ GRUPPO WP29, *Statement on Statement of the WP29 on the impact of the development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU*, in *ec.europa.eu/justice*.

mentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto» e sono concrete, così com'è necessaria e concreta l'esigenza di un'etica del digitale e di una normativa sui trattamenti dei dati personali che, a livello mondiale, sia compatibile con il diritto primario e secondario dell'UE, su cui l'Ue sta lavorando.

Tale requisito non è semplice da realizzare in quanto, allargando lo sguardo oltre i confini europei, si osserva che l'ordinamento internazionale non è ancora riuscito a darsi una regolamentazione sugli standard applicabili in materia di protezione dei dati personali. Lo spazio digitale, divenuto scenario di scambi commerciali e via di comunicazione, è privo di una disciplina precisa e di regole generali per il trasferimento di dati. La sovranità dello "stato digitale" sembra appannaggio dei big player di servizi e infrastrutture digitali, in base all'entità del loro potere economico.

Ecco quindi che l'Unione europea, che guarda con particolare attenzione al mercato unico digitale e agli scenari di rischio accennati, con il passaggio dalla direttiva al GDPR sta cercando di sfruttare il suo potere politico ed economico per conseguire, nell'ambito della protezione dei dati personali, quell'*effetto Bruxelles* già raggiunto nell'estendere l'applicabilità delle proprie norme fuori dai confini europei, in ambiti quali la politica competitiva, la sicurezza e la salute dei consumatori, la tutela dell'ambiente.

Per poter esercitare tale influenza, il GDPR da un lato amplia l'ambito di applicazione territoriale attraverso l'art. 3, soprattutto ai §§ 1 e 2, dall'altro rafforza al Capo V il dettato normativo sui trasferimenti extra UE, perché il trasferimento abbia luogo soltanto qualora sia assicurata ai dati personali una continuità del livello di protezione, rispetto quella garantita in Unione europea, "incollata" ai dati (*sticky regulation*).

La protezione che il GDPR vuole assicurare deve tener conto anche di qualsiasi ulteriore successivo trasferimento, dal paese estero verso altre destinazioni, considerando che i trasferimenti verso paesi esteri non sono consentiti, in linea di principio, a meno che non intervengano specifiche garanzie che il GDPR come abbiamo visto elenca, lasciando alle deroghe un ruolo marginale e solo per specifiche situazioni.

In linea con tale intento, sia le interpretazioni del GDPR formulate da

parte dei Garanti nazionali dell'EDPB sia soprattutto le decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, espresse con le sentenze intervenute già durante l'iter di approvazione del regolamento, che è entrato in vigore nel 2016 (si pensi alla citata sentenza *Schrems I*), chiariscono che il passaggio dalla direttiva al regolamento vuole sì garantire la tutela uniforme del diritto alla protezione dei dati personali in tutto il territorio dell'Unione ma, nei limiti del possibile, vuole assicurare all'interessato la stessa tutela ai suoi diritti, anche a seguito dei trasferimenti e trattamenti dei suoi dati personali nei paesi extra UE. I confini di applicazione delle norme UE, in un mondo digitale non delimitabile, si estendono così a tutti gli operatori che vogliono interagire con l'Europa e i suoi cittadini, in considerazione delle ricadute che tali trattamenti possono avere su quei diritti e quelle libertà tutelate nella CDFUE.

A tre anni dall'entrata in vigore del GDPR, la sentenza dell'Alta Corte irlandese, dando seguito alla sentenza *Schrems II* della CGUE di dieci mesi prima, ha rimosso gli ostacoli affinché il loro Garante nazionale possa proseguire e concludere il procedimento che vieterebbe a Facebook il trasferimento dei dati negli USA. Appare sempre più chiaro che lo scopo della disciplina europea – di garantire che i cittadini europei possano tornare ad esercitare la piena autorità sui propri dati in un mercato, quale quello digitale, globale e non frazionabile a livello continentale – è per l'UE difficilmente negoziabile, in quanto i diritti vanno sì bilanciati ma alcuni restano inalienabili. Occorrerà vedere nel prossimo futuro in che misura ci riuscirà.

9. — Conclusioni.

Il trasferimento di dati personali verso paesi terzi è considerato un trattamento ad alto rischio per le libertà e i diritti fondamentali e pertanto può avere luogo solo nel rispetto delle condizioni di cui al Capo V prima riportate.

In virtù dell'*accountability*, il titolare assume una responsabilità interpretativa della normativa applicabile all'attività di trattamento, dei fattori di rischio

e delle condizioni di garanzia che dovrà conseguentemente porre in essere. La decisione deve prenderla sulla base di un contesto normativo non sempre facile da comprendere, in continua evoluzione e che richiede la lettura di documenti interpretativi del Board europeo, a volte anche specifici dei contesti nei quali porrà in essere l'attività di trattamento. Il suo *modus operandi* dovrà tener conto, caso per caso, della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, delle migliori pratiche attuabili allo stato dell'arte rispetto ai costi di attuazione come anche dei rischi di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, in relazione alla portata dell'attività e della tipologia e quantità dei dati trattati.

L'unica via perseguibile per il titolare diviene quindi la dimostrabilità delle scelte e criteri operati, avendo compiuto ogni sforzo possibile per bilanciare rischi, diritti e libertà degli interessati.

È fondamentale quindi che innanzitutto conosca quali siano le attività di trattamento che comportano trasferimenti di dati extra UE, sia che esse riguardino i progetti di ricerca, le attività didattiche, la mobilità del personale e degli studenti, l'utilizzo di piattaforme di servizi in cloud, le richieste di dati provenienti da paesi terzi, p.e. inerenti curriculum di laureati o dipendenti dell'Ateneo, o altre attività amministrative anche frequenti in ambito universitario, come l'affidamento a terzi di servizi inerenti il personale o gli studenti, che potrebbero comportare trasferimenti di dati extra UE in virtù di sub-responsabili individuati dalle società appaltatrici del servizio.

È ovvio che le valutazioni che effettuerà nel caso dell'accordi di mobilità del singolo docente per poter perseguire un'attività di ricerca saranno ben diverse da quelle che andranno effettuate per l'affidamento di un servizio di posta elettronica di Ateneo ad un provider extra UE, che magari prevede anche l'utilizzo di uno spazio condiviso per la memorizzazione e condivisione di tutta la documentazione amministrativa o di ricerca di ateneo a iniziare dall'ipotesi, nel secondo caso, di un obbligo di DPIA e dall'esclusione certa del ricorso alle deroghe.

Tra i fattori di qualità di un aggiudicatario, valutabili in fase di gara, andrebbe considerata, nell'ordine, l'appartenenza del fornitore allo spazio economico europeo o la localizzazione in territori per i quali esista una de-

cisione di adeguatezza o, in ultima ipotesi, l'assunzione dell'impegno alla sottoscrizione di clausole contrattuali standard, integrate secondo le ulteriori misure di garanzia che il titolare dovesse ritenere necessarie, al momento della sottoscrizione del contratto, pena la risoluzione dell'affidamento.

Il censimento delle attività di trattamento dei dati personali, finalizzato alla redazione del Registro delle attività, deve porre in evidenza tutti i trasferimenti extra UE mentre la conoscenza della loro esistenza deve consentire una seria analisi dell'attività, sia rispetto l'adeguatezza, pertinenza e non eccedenza dei dati oggetto di trasferimento rispetto alle finalità dello stesso, sia con riguardo alla condizione di garanzia individuata, tra quelle previste dal GDPR, perché il trasferimento sia lecito, specie in presenza di categorie particolari di dati personali.

Occorre anche tener presente che, con il GDPR, le decisioni di adeguatezza possono essere revocate e, in condizioni particolari, anche in tempi molto brevi. Nei casi di movimenti della scena politica del paese di destinazione, già osservabili al momento di avviare un trasferimento con un ente situato in tale paese e che potrebbero inficiare i presupposti di adeguatezza su cui si fonda una decisione esistente, potrebbe costituire una valida misura di "privacy by design" inserire negli accordi l'impegno a sottoscrivere delle garanzie specifiche, già accluse all'accordo, cui poter far immediatamente ricorso al venir meno della decisione di adeguatezza.

Considerate le numerosissime e diversificate attività con cui l'Università tratta i dati personali, costituirebbe un'importante elemento di *accountability* l'adozione di codici di condotta previsti e auspicati all'art. 40 GDPR o anche di linee guida su come gestire i trasferimenti, con particolare riguardo alle attività didattiche e di ricerca, che sono per loro natura libere e diversificate tra loro e che pongono pertanto in essere scenari di rischio maggiori rispetto alle attività amministrative, solitamente rigidamente normate.

Le informative per l'interessato devono ovviamente contenere il criterio individuato per il trasferimento dei dati personali extra UE, se previsto, indicando quale sia il paese di destinazione e quali le garanzie approntate per la tutela dei suoi diritti.

All'interno del gruppo dei DPO universitari del Codau, è stata propo-

sta una check list dei requisiti che il trasferimento di dati personali deve soddisfare per poter essere attuato, sulla base delle sue caratteristiche e del contesto dell'attività, derivandola da una puntuale applicazione delle Raccomandazioni 01/2020 dell'EDPB. Come avvenuto per lo schema tipo per il trattamento dei dati sensibili nel 2015, cui abbiamo già accennato, sarebbe auspicabile, oltre che opportuno, che la Conferenza dei Rettori delle Università italiane (CRUI), organismo rappresentativo quindi dei "titolari dei trattamenti universitari", proponesse l'adozione di strumenti, quali simili check list, codici di condotta o linee guida sui trasferimenti di dati, anche in relazione ai numerosissimi progetti di ricerca o accordi internazionali che sono attività di trattamento comuni a tutti gli Atenei, richiedendo su di essi il parere del garante nazionale, ai sensi dell'art. 40, § 5 e dell'art. 57, § 1.m).

Esse costituirebbero un valido supporto all'*accountability* dei titolari, nel contesto universitario, come pure l'individuazione di tecniche per la pseudonimizzazione, l'anonimizzazione o la crittografia dei dati personali da poter adottare per ridurre i rischi agli interessati derivanti dai trattamenti, specie se effettuati extra UE.

Quello dei flussi di dati extra UE è un tema delicato, reso ancor più problematico dalla diversità degli ordinamenti giuridici degli Stati extra UE e dalla presenza dei colossi del mercato digitale, collocati al di fuori dello Spazio economico europeo, che forniscono servizi e infrastrutture digitali estremamente competitivi per qualità e costi, pertanto molto richiesti da aziende, enti pubblici e privati oltre che dai singoli cittadini europei.

L'UE sta affrontando questi problemi da tempo sul piano politico, oltre che normativo, con la visione strategica di un futuro dove i dati e gli algoritmi siano effettivamente utilizzati al servizio dell'uomo e sempre nel pieno rispetto dei suoi diritti e delle sue libertà, in un mondo digitale senza confini geografici.

Il GDPR, nel recepire la necessità di disciplinare la tutela dei dati personali, tenendo conto dell'esigenza di favorirne la libera circolazione, fornisce vari strumenti di cui il titolare può avvalersi, anche congiuntamente tra loro, per assicurare un adeguato livello di tutela dei diritti delle persone in ogni fase dell'attività di trattamento dei loro dati personali, con la flessibilità ri-

chiesta dai vari contesti delle attività di trattamento, anche con riguardo ai trasferimenti extra UE, avvalendosi responsabilmente dell'*accountability*.

Se ci si sofferma però sull'interpretazione restrittiva che la CGUE fornisce sugli strumenti di tutela previsti dal GDPR, comprese le clausole contrattuali adottate dalla Commissione europea, nonché sul terzo passo delle Raccomandazioni 01/2020 dell'EDPB, si osserva che al titolare compete anche il "valutare se vi sia qualcosa nella legge o nella prassi del paese terzo che possa incidere sull'efficacia delle garanzie adeguate degli strumenti di trasferimento", valutazione che prima era appannaggio esclusivo della Commissione Europea, al fine di assumere o meno una decisione di adeguatezza.

Inoltre, per il principio di responsabilizzazione, che comporta vigilanza continua sulle attività poste in essere, il titolare deve anche rivalutare periodicamente, come previsto al passo 6 delle Raccomandazioni 01/2020, il livello di protezione assicurato ai dati trasferiti verso paesi terzi e controllare se vi siano stati o vi saranno sviluppi che possano influire su tale protezione.

Al di là dell'impossibilità che il titolare possa essere competente e in grado di porre in essere una valutazione del contesto normativo dei paesi destinatari e sub-destinatari di questo tipo, si evidenziano almeno tre situazioni insolite: a) la discrezionalità del titolare in una tale valutazione; b) una valutazione del rischio del trasferimento "piatta", non basata sul contesto dell'attività di trattamento; c) l'impossibilità di effettuare rivalutazioni periodiche nei molti casi di squilibrio di competenze tecnologiche tra le parti.

Riguardo la discrezionalità, essa rischia di minare quell'applicazione coerente e omogenea delle norme a protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone non solo in tutta l'Unione, ma anche solo già all'interno dello stesso Stato membro, sulla base di valutazioni soggettive e diverse tra differenti titolari (ad esempio università diverse), chiamati ciascuno ad prendere in proprio una decisione di adeguatezza, ferma restando la difficile competenza dei più in materia.

Da una lettura fedele anche delle Raccomandazioni 01/2020 dell'EDPB, questa valutazione di impatto del trasferimento va inoltre applicata in tutti i casi in cui non vi sia il ricorso ad una decisione di adeguatezza o ad una deroga, queste ultime non utilizzabili per i trasferimenti "a regime", indipen-

dentemente dal contesto dell'attività di trattamento, dalla tipologia e quantità dei dati trasferiti, ad esempio, oppure dal se si trasferiscano solo un nome e cognome o se si trasferiscano dati sanitari o biologici.

Siffatta valutazione, diversa dalla DPIA e basata sulla roadmap disegnata dalle Raccomandazioni 01/2020, se applicata ad ogni attività che comporti un trasferimento di dati extra UE ha un costo elevato, ancor più nel caso di utilizzi di servizi di fornitori extra UE per i quali andrebbero valutati anche i rischi degli eventuali successivi trasferimenti verso altri paesi terzi. Considerata la difficoltà di comprensione della normativa di paesi extra UE, data la diversa forma linguistica, e la complessità dell'analisi tecnico giuridica che occorre effettuare per verificare l'adeguatezza di tale paese, a monte dell'eventuale trasferimento dei dati, nei costi di gestione andrebbero considerati anche gli strumenti tecnici e le professionalità ritenuti più consoni ad una valutazione quanto più esatta di tale contesto giuridico. Questo può portare da un lato ad un aumento dei costi di gestione, dall'altro a rischi quali quello di optare per un servizio che si dichiara "GDPR compliance" ma che ha un livello di qualità sensibilmente inferiore, con un aumento dei rischi dell'attività di trattamento.

Va inoltre tenuto conto delle eventuali modifiche normative, successive al trasferimento, di cui l'importatore potrebbe non dare comunicazione al titolare, tali da comportare una restrizione dei diritti degli interessati e la conseguente necessaria revoca stessa degli accordi, qualora il titolare ne venisse posto a conoscenza.

Se poi già ora si assiste alla difficoltà di disciplinare le attività di trattamento con un *big player* del mercato digitale extra UE, che spesso per la responsabilità *ex art. 28* GDPR pubblica le proprie condizioni stabilite unilateralmente che i titolari sono tenuti ad accettare in toto - tanto più sarà difficile fargli sottoscrivere delle clausole contrattuali che, oltre allo standard, vogliano imporre le ulteriori misure di garanzia che il titolare ritiene di dover adottare. Gli accordi proposti dal titolare vengono considerati sempre negoziabili, mentre le clausole contrattuali standard no.

Il progetto di decisione delle nuove clausole contrattuali, pubblicato dalla Commissione europea e che dovrà recepire esso stesso le indicazioni for-

nite con la “joint opinion” del EDPB e dell’EDPS, sarà quindi decisivo per comprendere quale sarà il contesto ritenuto adeguato, rispetto quanto sinora evidenziato, per effettuare trasferimenti extra UE, mantenendo il principio dell’uniforme e coerente applicazione normativa; l’EDPB dovrà sforzarsi di fornire altri strumenti al titolare per supportarlo in questo contesto di attività, che non siano solo una *roadmap*.

E nel frattempo? Il titolare si assume la sua responsabilità, essendo “competente e in grado di dimostrarlo”.

MARCO GAMBULI^(*)

IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA ILLECITO TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

ABSTRACT: This paper gives a brief overview of the regulation of compensation for damage due to unlawful personal data processing. Starting from the principles adopted before the GDPR, it explores the main critical issues recently emerged in jurisprudential pronouncements, with particular reference to the proof of damage, the use of presumptions and the existence of a minimum threshold of compensable damage.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Evoluzione storico normativa. – 2.1. La direttiva CE n. 46 del 24 ottobre 1995. – 2.2. La l. n. 675 del 31 dicembre 1996. – 2.3. Il d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003. – 3. Il reg. UE n. 679 del 27 aprile 2016. – 4. Accertamento della responsabilità. Applicabilità dell'art. 2050 c.c. – 5. Le norme cautelari. – 6. Il danno risarcibile. – 7. La prova del danno. – 8. Soglia di risarcibilità. Il danno di non minimale entità.

1. — *Introduzione.*

La disciplina del trattamento dei dati personali è tema che fin dall'adozione della direttiva 95/46/CE⁽¹⁾, ha imposto di approntare un adeguato apparato sanzionatorio civilistico (oltre che amministrativistico e penalistico) ad una disciplina nuova, per molti aspetti originale, di derivazione comunitaria, che ha trovato il suo più recente approdo nel regolamento 2016/679/UE.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016; V. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004; S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Bologna, 2005; C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova, 2007; R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e protezione dei dati personali*, Milano, 2003; V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998.

I principi ispiratori di tale disciplina appaiono in sostanziale continuità dalla prima regolamentazione ad oggi, sebbene in tale lasso temporale la tutela dei dati personali abbia acquistato un'importanza ed una pervasività difficilmente prevedibile a metà anni Novanta, allorché la telematica aveva appena iniziato ad entrare nelle vite di tutti noi e di lì a breve avrebbe conosciuto un'espansione poderosa.

Gli interventi di legislativi, per lo più di origine comunitaria, che si sono succeduti sono improntati ad una regolamentazione che prende atto di dinamiche caratterizzate dalla più ampia libertà degli attori privati e da una sostanziale «ineludibilità della circolazione dei dati, vista l'impossibilità di bloccarne il flusso ininterrotto, a meno che non si voglia arrivare alla paralisi dell'economia di massa e dell'Information and Communication Society»⁽²⁾.

Tale impostazione traspare altresì dalla disciplina comunitaria del commercio elettronico, di poco successiva alla direttiva 95/46/CE in cui venne privilegiato «il modello dell'«irresponsabilità» del provider»⁽³⁾, di derivazione tedesca⁽⁴⁾, mentre viceversa Francia e Inghilterra⁽⁵⁾ si orientavano per l'individuazione di forme di responsabilità per rischio d'impresa»⁽⁶⁾.

Il GDPR pare ispirato agli stessi principi, come si evince chiaramente dal Considerando 6, laddove si afferma che «la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più

⁽²⁾ A. MANTELEO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, p. 164.

⁽³⁾ Cfr. S. SICA, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002.

⁽⁴⁾ Cfr. *Volksablungsurteil* (BVerfG, 15 dicembre 1983 - 1 BvR 209/83, in NVwZ, 1984, p. 167).

⁽⁵⁾ G.M. RICCIO, *La responsabilità degli internet providers nel d.lgs. n. 70/03*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1557.

⁽⁶⁾ A. MANTELEO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, p. 165.

spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che li riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali».

Tale dato fattuale viene dato per assodato ed (auspicabilmente) in espansione, né la normativa eurolunitaria si propone alcuna opera di contenimento, ma unicamente di regolamentazione.

È d'ogni evidenza come in tale scenario le norme sanzionatorie assumano un rilievo fondamentale, per contenere gli eccessi e gli abusi e tentare di bilanciare interessi confliggenti di soggetti, individuali e collettivi, pubblici e privati, che costantemente vengono in contatto tra loro, con ruoli, pesi e poteri di grandezza incomparabilmente diversa.

2. — *Evoluzione storico normativa.*

2.1. — *La direttiva CE n. 46 del 24 ottobre 1995.*

Come già accennato, la responsabilità da illecito trattamento dei dati personali venne introdotta per la prima volta e disciplinata nell'ordinamento italiano con la l. 675 del 1996 di attuazione della dir. 95/46/CE.

Ma, a ben vedere, i capisaldi della disciplina arrivata fino al GDPR erano già contenuti nei due commi dell'art. 23 della disposizione comunitaria, che imponevano agli Stati membri l'adozione di una normativa volta a garantire «il risarcimento del pregiudizio subito» ad opera del «responsabile del trattamento»⁽⁷⁾ in conseguenza di un «trattamento illecito» o di «qualsiasi altro atto incompatibile con le disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva».

⁽⁷⁾ Si rammenta che il responsabile del trattamento di cui all'art. 6 della direttiva 95/46 è figura che ora, nella nuova disciplina, corrisponde al titolare del trattamento.

Il secondo comma dell'art. 23 introduceva fin da allora quell'inversione dell'onere della prova che caratterizzerà tutta la successiva produzione normativa in materia, sancendo una presunzione di responsabilità a carico del *controller* superabile solo con la prova della non imputabilità alla sua condotta dell'evento dannoso.

Il Considerando 55 se, da una parte, sanciva il diritto all'azione giurisdizionale, dall'altra, andava a fornire elementi di maggior dettaglio in ordine alla prova di non imputabilità dell'evento dannoso in capo al responsabile (odierno titolare), che poteva discendere dalla prova dell'«esistenza di un errore della persona interessata o un caso di forza maggiore». Veniva altresì definito l'ambito applicativo soggettivo degli obblighi risarcitori, ampliandone la portata in maniera indistinta a «qualsiasi soggetto di diritto privato o di diritto pubblico che non rispetti le norme nazionali di attuazione della presente direttiva».

2.2. – *La l. n. 675 del 31 dicembre 1996.*

La disciplina comunitaria venne recepita dal legislatore nazionale all'art. 18, l. n. 675 del 1996, disposizione definita da autorevole dottrina «legge di sistema ed emanazione di diritto, nonostante l'apparenza di 'regola'»⁽⁸⁾.

Detto articolo affermava che «chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 cod. civ.».

Il legislatore nazionale dava così piena attuazione alla direttiva comunitaria, approntando un tipo di tutela rafforzata, quale quella prevista dall'art. 2050 c.c., con cui si equiparava il trattamento dei dati personali ad un'attività

⁽⁸⁾ Cfr. A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, cit., p. 167. Cfr. S. SICA, *Sub art. 18*, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La tutela di dati personali. Commentario alla L. 675/96*, Padova, 1999, p. 174 ss. Il tema del risarcimento dei danni da trattamento illecito dei dati è stato molto battuto dalla dottrina; in particolare si segnalano i seguenti contributi: D. CARUSI, *La responsabilità*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 351; G. COMANDÈ, *"Privacy" informatica: prospettive e problemi*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 143.

pericolosa, adottandone il relativo statuto di accertamento della responsabilità⁽⁹⁾ ed aprendo così la strada non semplicemente all'inversione dell'onere probatorio, ma ad un modello che offre un altissimo grado di tutela per il danneggiato.

La norma in esame, nell'affermare che l'esonero dalla responsabilità è possibile soltanto con la dimostrazione dell'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno, ha dato luogo a due filoni interpretativi che collocano tale modello rispettivamente nell'ambito della responsabilità oggettiva, ovvero in quello della responsabilità per colpa presunta (o semi-oggettiva).

Si collocano nel primo filone quegli arresti che escludono la responsabilità soltanto in presenza di caso fortuito o forza maggiore, oppure a fronte di fatto del terzo o del danneggiato; in altre parole viene meno l'addebito di responsabilità soltanto con fatti idonei ad escludere il nesso causale⁽¹⁰⁾.

L'altro orientamento, che ad oggi appare quello più accreditato, afferma la necessità dell'accertamento della sussistenza di un elemento colposo che, sebbene presunto, potrà essere escluso fornendo la prova rigorosa di aver predisposto e messo in atto tutte le misure adeguate volte a prevenire ed evitare il danno.

⁽⁹⁾ Sull'evoluzione della nozione di attività pericolosa, v. P. TRIMARCHI, *Rischio*, cit., p. 43 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 175 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 1998, p. 1011 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, p. 400 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 293 ss.

⁽¹⁰⁾ Si veda *ex multis* Cass., 4 maggio 2004, n. 8457, in *Mass. Giur. it.*, 2004: «La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose rientra nelle ipotesi di responsabilità oggettiva e prescinde dalla colpa di chi ha posto in essere l'attività; tuttavia, pur in caso di mancata adozione delle misure previste dalla legge o, in ogni caso, idonee ad evitare l'evento dannoso, la responsabilità va esclusa ove si accerti che il comportamento del danneggiato sia stato idoneo a interrompere il nesso eziologico tra attività pericolosa ed evento dannoso»; Cass., 18 luglio 2011, n. 15733, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1560: «In materia di responsabilità extracontrattuale, in ordine alla presunzione di responsabilità per chi esercita attività pericolose, il fatto del terzo o dello stesso danneggiato può avere effetto liberatorio solo quando abbia reso, per la sua sufficienza, giuridicamente irrilevante il fatto di chi esercita detta attività, ma non quando abbia semplicemente concorso nella produzione del danno per essersi inserito in una situazione già di per sé pericolosa, senza la quale l'evento non si sarebbe verificato, a causa dell'inidoneità delle misure preventive adottate».

La prova liberatoria non verterà, quindi, sulle modalità di causazione del danno, ma sulle modalità di organizzazione dell'attività, che devono apparire idonee a prevenire l'eventualità di eventi dannosi.

L'attività pericolosa deve essere svolta nelle condizioni di massima sicurezza, con l'adozione di tutti gli accorgimenti che la tecnica offre; se ciò nonostante il danno si è verificato dovrà ritenersi evento inevitabile, non imputabile.

Quindi, per liberarsi dalla responsabilità prevista dall'art. 2050 non basterà fornire «la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge o di comune prudenza, ma occorrerà quella positiva di aver impiegato ogni cura o misura atta ad impedire l'evento dannoso»⁽¹¹⁾.

Tra le misure idonee che andranno adottate dovranno senz'altro esservi ricomprese tutte le misure previste da norme legislative o regolamentari che disciplinano l'esercizio dell'attività stessa⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994; M. COMPORZI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1954; D. DE MARTINI, *Responsabilità per danni da attività pericolose e responsabilità per danni nell'esercizio dell'attività pericolosa*, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, c. 963; V. DI MARTINO, *La responsabilità per esercizio di attività pericolose*, Milano, 1971; P. FORCHIELLI, *La colpa lievissima*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 179; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2004; ID., *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Sub artt. 2043-2059, Bologna-Roma, 1993; ID., *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, II, 2, Torino, 1987; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, Milano, 1998; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1962; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996.

⁽¹²⁾ Sul punto si veda Cass., 13 maggio 2003, n. 7298, in *Arch. civ.*, 2004, p. 414: «L'esercente di un'attività di esecuzione di lavori sulla pubblica strada – da considerarsi pericolosa, ex art. 2050 c.c., costituendo i lavori stessi fonte di pericolo per gli utenti – è assoggettato alla presunzione di responsabilità di cui alla norma codicistica in relazione ai danni subiti dagli utenti della strada a causa e nello svolgimento dell'attività stessa, presunzione, peraltro, superabile mercé la dimostrazione di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, in ordine alla scelta delle quali egli dispone di un margine di discrezionalità (da esercitare facendo uso della normale prudenza e tenendo conto dello sviluppo della tecnica e delle condizioni pratiche in cui l'attività si svolge) sempre che non sia la legge stessa ad imporre l'obbligo di adottare talune misure, sicché detta presunzione torna ad operare nei confronti dell'esercente che abbia adottato misure diverse da quelle prescritte da norme legislative o

Non sfuggirà, peraltro, che in forza dell'art. 18 la tutela risarcitoria viene accordata a «chiunque», andando ben oltre la previsione della direttiva che imponeva il risarcimento del danno cagionato al solo «interessato».

2.3. – *Il d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003.*

La descritta disciplina dell'art. 18 venne integralmente trasposta nel cod. privacy che il legislatore nazionale approvò col d.lgs. 196/2003 (poi abrogato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101).

L'art. 15 (rubricato «Danni cagionati per effetto del trattamento») al primo comma riportava pedissequamente il contenuto dell'art. 18 della l. 675/1996, cui si andava ad aggiungere un secondo comma che sanciva espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in caso di violazione dell'art. 11.

Ancora una volta tale opzione legislativa mirava ad assicurare una tutela rafforzata della vittima, muovendo dall'asimmetria che caratterizza i soggetti coinvolti nel trattamento dei dati.

È stato osservato che «la precisazione in ordine alla risarcibilità del danno non patrimoniale non era tanto necessaria rispetto all'evoluzione – in quegli anni era già in essere – circa il superamento di ogni barriera applicativa dell'art. 2059 cod. civ.⁽¹³⁾, quanto piuttosto perché il legislatore era consapevole che il danno non patrimoniale è spesso l'unica voce di danno possibile, atteggian-

regolamentari, senza che, in tal caso, vi sia possibilità di valutare l'idoneità di quelle, diverse, eventualmente adottate»; Cass., 23 maggio 2016, n. 10638, in *Ced Cassazione*, 2016: «In tema di ripartizione dell'onere della prova, al correntista abilitato a svolgere operazioni “on line” che [...] agisca per l'abusiva utilizzazione (nella specie, mediante illegittime disposizioni di bonifico) delle sue credenziali informatiche, spetta soltanto la prova del danno siccome riferibile al trattamento del suo dato personale, mentre l'istituto creditizio risponde, quale titolare del trattamento di dati, dei danni conseguenti al fatto di non aver impedito a terzi di introdursi illecitamente nel sistema telematico mediante la captazione dei codici d'accesso del correntista, ove non dimostri che l'evento dannoso non gli sia imputabile perché discendente da trascuratezza, errore o frode del correntista o da forza maggiore».

⁽¹³⁾ Trib. Milano, 13 aprile 2000, in *Dir. inf.*, 2000, p. 371, con nota di S. SICA, *Danno morale per lesione della privacy*; ID., *Danno morale e legge sulla privacy informatica*, in *Danno e resp.*, p. 282 ss.

dosi, quindi, quasi a danno-sanzione rispetto alla violazione dei profili non patrimoniali del soggetto che vede non protetti i suoi dati personali»⁽¹⁴⁾.

Peraltro gioverà rammentare che con l'adozione del Codice Privacy il legislatore cambia radicalmente prospettiva nella tutela del diritto alla protezione dei dati rispetto alla l. 675/1996, come immediatamente riscontrabile dalla lettura dell'art. 1 dei due testi.

Se nella normativa più risalente il diritto alla protezione dei dati personali veniva tutelato «se ed in quanto presupposto della violazione di un altro diritto fondamentale della persona»⁽¹⁵⁾, nel d.lgs. n. 196/2003 tale diritto viene tutelato in sé, indipendentemente dalla correlata lesione di altri diritti, anticipando con ciò l'impostazione che sarebbe stata fatta propria dal GDPR.

3. — *Il regolamento UE n. 679 del 27 aprile 2016.*

Il descritto quadro normativo nazionale è stato travolto e superato con l'entrata in vigore del GDPR e con il d.lgs. n. 101/2018 che ha operato il raccordo tra la disciplina comunitaria e la preesistente legislazione nazionale.

Nello specifico, l'intera disciplina del risarcimento del danno da trattamento dei dati personali è confluita nell'art. 82 GDPR, composto da ben sei commi in luogo dei due sintetici commi dell'art. 15 cod. privacy.

Come già anticipato, nel recepimento del regolamento europeo si è optato per l'abolizione dell'art. 15 cod. privacy, ritenendo che la disciplina dell'art. 82 GDPR vi fosse per intero ricompresa.

La nuova normativa prevede al primo comma che «chiunque subisca un danno, materiale o immateriale, causato da una violazione del regolamento, ha diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento».

Il secondo comma definisce i rispettivi ambiti di responsabilità di titolare

⁽¹⁴⁾ A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, p. 169.

⁽¹⁵⁾ A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, cit., p. 170.

e responsabile del trattamento, coerentemente con la disciplina dell'art. 28 GDPR.

Le condizioni di esonero della responsabilità per titolare e responsabile del trattamento vengono previste al 3° comma e sono ricondotte all'ipotesi della prova della non imputabilità («in alcun modo») dell'evento dannoso.

Coerentemente con l'intento di offrire massima tutela al danneggiato, nei commi successivi viene previsto un meccanismo di obbligazione solidale, con disciplina dell'azione di regresso.

Da ultimo, al comma 6 v'è un rimando alle norme giurisdizionali e processuali dello Stato membro per l'esercizio dell'azione risarcitoria.

4. — *Accertamento della responsabilità. Applicabilità dell'art. 2050 c.c.*

La decisione del legislatore italiano di abrogare l'art. 15 cod. privacy ha fatto venir meno il rinvio alla disciplina risarcitoria dell'art. 2050 c.c.

Se, quindi, non pare più possibile ricondurre il trattamento dei dati nell'alveo delle attività pericolose, tuttavia non sembra dubitabile che il secondo e terzo comma dell'art. 82 costituiscano una pedissequa trasposizione di tale disciplina già in vigore nell'ordinamento nazionale, ricalcandone lo schema.

Aderendo a questa ricostruzione, «non può che derivarne che si andrà esenti da responsabilità nel momento in cui si sia in grado di dimostrare di aver adottato le misure idonee. [...] Un'interpretazione che tenga conto dei presupposti e che si orienti in una logica sostanziale di tutela dell'interessato non ha bisogno di esplicazioni ulteriori, ma ravvisa nell'art. 82 le sembianze dell'art. 2050 cod. civ.»⁽¹⁶⁾.

Ancorché la nuova disciplina abbia conosciuto un'applicazione giurisprudenziale ancora limitata, non vi sono motivi per ritenere che questa si discosterà da quei principi formulati nella vigenza del cod. privacy, proprio per la sostanziale identità di tali disposizioni, sì che anche sotto la vigenza

⁽¹⁶⁾ A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, cit., p. 171.

del GDPR il trattamento dati risulterà assimilabile ad attività socialmente pericolosa, con ogni conseguente tutela per la vittima.

Il Considerando 146 sul punto è esplicito: «il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento dovrebbe risarcire i danni cagionati a una persona da un trattamento non conforme al presente regolamento ma dovrebbe essere esonerato da tale responsabilità se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile».

Precipitato diretto di tale inquadramento è il riparto dell'onere probatorio: «trattandosi di una responsabilità da inadempimento l'onere probatorio che grava sul soggetto convenuto in giudizio consiste nel dover dimostrare di aver operato non solo nel rispetto del dato normativo, ma anche adottando sul piano operativo effettive misure organizzative e strumenti che nell'ottica della *privacy by design* e della *privacy by default* fossero idonee a prevenire il rischio di violazioni analoghe a quella da cui è derivato il danno immateriale all'Interessato»⁽¹⁷⁾.

Venendo al danneggiato, spetterà a questi dimostrare il nesso eziologico tra il trattamento dei suoi dati personali posto in essere dal titolare e/o dal responsabile e l'evento dannoso, allegando una violazione della vigente normativa del GDPR o delle norme attuative adottate dagli Stati membri.

Pertanto, di fronte alla domanda risarcitoria dell'interessato fondata sulla prova dell'entità del pregiudizio subito e del nesso eziologico, il titolare e il responsabile del trattamento potranno evitare il risarcimento soltanto fornendo la prova che l'evento lesivo non è riconducibile alla loro condotta attiva od omissiva, ancorché indiretta, provando la sussistenza di un fatto interruttivo del nesso causale e/o – nel caso si aderisca all'inquadramento della responsabilità semi-oggettiva – dimostrando l'assenza di qualunque profilo di colpa.

⁽¹⁷⁾ T. PICA, *Trattamento illecito dei dati personali, tutti gli aspetti risarcitori*, reperibile in cybersecurity360.it/legal/privacy-dati-personali.

5. — *Le norme cautelari.*

Se è vero che la responsabilità per titolare e responsabile del trattamento insorge a fronte della violazione delle disposizioni del GDPR, occorre altresì rammentare che tale responsabilità è determinata dalla violazione delle normative nazionali e le fonti subordinate, tra cui i provvedimenti e le Autorizzazioni generali dell'Autorità di Controllo (il Garante privacy), consistenti negli atti delegati e di esecuzione dei principi fissati dal Regolamento.

Ciò si ricava dal Considerando 146 GDPR, laddove prevede che «ciò non pregiudica le azioni di risarcimento di danni derivanti dalla violazione di altre norme del diritto dell'Unione o degli Stati membri. Un trattamento non conforme al presente regolamento comprende anche il trattamento non conforme agli atti delegati e agli atti di esecuzione adottati in conformità del presente regolamento e alle disposizioni del diritto degli Stati membri che specificano disposizioni del presente regolamento».

Pertanto, il titolare e/o il responsabile, nel fornire la prova della non imputabilità dell'evento lesivo al loro operato, dovranno dimostrare di essersi scrupolosamente attenuti, non solo alla disciplina del GDPR, ma a tutto l'articolato *corpus* normativo in materia di trattamento dei dati personali applicabile in quel determinato momento nell'ambito dello Stato membro.

6. — *Il danno risarcibile.*

Sebbene la definizione letterale delle fattispecie di danno risarcibile contenuta nel GDPR non appaia *prima facie* riconducibile alle fattispecie proprie dell'ordinamento nazionale, tuttavia tale discrasia deve ritenersi puramente lessicale. Il Considerando 85 definisce tre tipologie di danno che possono derivare da una violazione di dati personali: «i danni fisici, materiali e immateriali alle persone fisiche». Prosegue la disposizione con una rassegna esemplificativa di possibili eventi dannosi: «perdita del controllo dei dati personali che li riguardano o limitazione dei loro diritti, discriminazione, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie,

decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo alla persona fisica interessata».

A tal riguardo, in primo luogo deve dirsi che “materiale o immateriale” (*material and non-material damage*) «non va inteso come danno ‘grave e non grave’, laddove, appunto, i *material damages* sono intesi letteralmente come danni gravi. Ciò poiché in *common law* (se è lì che deve cercarsi l’appiglio interpretativo) non esiste una categoria di *non-material damages*».

Del pari non può intendersi neppure come «danno per lesione di bene materiale contro danno per lesione di bene immateriale. Innanzi tutto perché tale distinzione non rileva in alcun modo in termini di diritto sostanziale, e poi perché non sono certamente possibili danni a ‘cose’ che siano mera conseguenza di trattamenti illeciti di dati personali. Pertanto, ‘materiale o immateriale’ deve necessariamente intendersi come danno patrimoniale e non patrimoniale»⁽¹⁸⁾.

Conferma di ciò è altresì rinvenibile nel Considerando 146, laddove si dice che «il concetto di danno dovrebbe essere interpretato in senso lato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in modo tale da rispecchiare pienamente gli obiettivi del presente regolamento».

Ciò posto, rimangono da collocare quelli che il GDPR denomina “danni fisici”, che deve ritenersi coincidano con la categoria del danno biologico, quindi da ricomprendere nella più generale nozione di danno non patrimoniale.

Il Considerando 146 ha altresì affermato un canone ermeneutico volto ad evitare interpretazioni che limitino la tutela prevista dal Regolamento: «Il concetto di danno dovrebbe essere interpretato in senso lato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in modo tale da rispecchiare pienamente gli obiettivi del presente regolamento».

⁽¹⁸⁾ F. RAMPONE, *Privacy e danno non patrimoniale. Anzi no, danno immateriale!*, reperibile in iusletter.com/archivio.

7. — *La prova del danno.*

Nonostante il descritto riparto dell'onere probatorio, la prova del danno subito appare comunque non così agevole per l'interessato con particolare riferimento al danno immateriale (o non patrimoniale), specie «nel caso di danno immateriale derivato da trattamenti di dati illeciti posti in essere nelle pagine, 'finestre' di piattaforme e siti web, soprattutto sotto il profilo della non lieve o minimale entità»⁽¹⁹⁾.

In tale ambito una notazione particolare merita il danno alla reputazione – espressamente ricompreso nell'elencazione dei Considerando 75 e 85 GDPR –, che costituisce una delle ipotesi più ricorrenti e potenzialmente lesive dei diritti degli interessati.

Oltre ai noti rimedi penali per il reato di diffamazione, la tutela risarcitoria in caso di violazione dei dati personali ha una portata più ampia: «il nome e il cognome, i dati personali come le foto, ogni giorno potrebbero essere associati a informazioni, commenti che potrebbero danneggiare la qualità/affidabilità di una persona. Ed allora, essendo 'dato personale' qualsiasi informazione associata direttamente o indirettamente ad un soggetto identificabile, ecco che anche un'informazione negativa e/o non corretta che getta ombre e ambiguità, denigra una persona estranea a determinati fatti diviene un'etichetta pesante che mina e lede l'interessato»⁽²⁰⁾.

Ne discende che ogni qualvolta si determini una lesione della reputazione dell'interessato sulla stampa o sui *social network* in violazione delle norme sulla privacy vi sarà la possibilità di accedere alla tutela risarcitoria in forza dell'art. 82 GDPR.

La casistica giunta all'attenzione della giurisprudenza ha fatto emergere alcune tipologie maggiormente ricorrenti di eventi dannosi, individuabili nella segnalazione illegittima alla centrale rischi, *spamming*, telefonate indesiderate, comunicazioni elettorali indesiderate, perdita di dati, illegittimo controllo del datore di lavoro.

⁽¹⁹⁾ T. PICA, *Trattamento illecito dei dati personali, tutti gli aspetti risarcitori*, cit.

⁽²⁰⁾ T. PICA, *Trattamento illecito dei dati personali, tutti gli aspetti risarcitori*, cit.

Vista l'impetuosa evoluzione tecnologica che caratterizza la nostra epoca non è dato conoscere quali potranno essere i prossimi approdi interpretativi e le fattispecie risarcibili che giungeranno all'attenzione dei Tribunali, data la necessità di tutelare interessi e beni della vita da lesioni del tutto inedite ed imprevedibili soltanto pochi anni prima.

Sotto la vigenza della normativa precedente al GDPR – rispetto alla quale, si ribadisce, si registra una sostanziale continuità di disciplina – si erano registrati degli orientamenti che a fronte della violazione delle norme sul trattamento dei dati ipotizzavano la sussistenza di un danno *in re ipsa*⁽²¹⁾.

Si segnala ad esempio quel filone giurisprudenziale che riconosceva somme simboliche agli interessati per ogni *spamming* ricevuto⁽²²⁾.

Ad oggi, ad oltre dieci anni dalle Sentenze di San Martino⁽²³⁾, tale approc-

⁽²¹⁾ Cfr. F. DI CIOMMO, *La risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 803; nello stesso senso, ID., *Il danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004, p. 274 ss.; ID., *Vecchio e nuovo in materia di danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 823 ss.; S. SICA, *Le tutele civili*, cit., p. 555; ID., *"Danno" e "nocumento" nell'illecito trattamento di dati personali*, in *Dir. inf.*, 2004, p. 718. In questo contesto, cfr. altresì R. MONTINARO, *Tutela della riservatezza e risarcimento del danno nel nuovo "Codice in materia di protezione dei dati personali"*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 257 ss.; D. MESSINETTI, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi, e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 543 ss. Cfr. altresì Trib. Brindisi, 2 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 1 ss.

⁽²²⁾ Cfr. GdP Bari, 22 dicembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, p. 880 ss., con nota di L. CAPUTI, *Cassette per la corrispondenza piene e danno esistenziale*; GdP Napoli, 7-10 giugno 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 659 ss., con nota di E.O. POLICELLA, *Il danno da spamming*.

⁽²³⁾ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Giust. civ.*, 2009, p. 913 ss., con nota di M. ROSSETTI, e in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO. Cfr. altresì: G. PONZANELLI, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 90 ss.; P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 56 ss.; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 63 ss.; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1 ss.; F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 97 ss.; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 415 ss.; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 5 ss.

cio pare definitivamente superato, essendosi affermato quell'orientamento che impone al danneggiato non solo la dimostrazione della lesione di un diritto costituzionalmente rilevante⁽²⁴⁾, ma anche la prova del danno subito come conseguenza dell'illecito.

Le pronunce che hanno aderito a tale linea interpretativa sono numerose⁽²⁵⁾, e si registrano altresì importanti contributi dottrinali a sostegno⁽²⁶⁾.

Tale orientamento ravvisa che l'*iter* logico di accertamento della responsabilità debba verificare, in primo luogo, se l'interesse tutelato dalla norma si riferisca direttamente all'interessato; non mancano, infatti, ipotesi in cui le

⁽²⁴⁾ Si veda, *ex multis*, Cass. 13 maggio 2015, n. 9785, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 469, che ha riconosciuto la responsabilità civile di una pubblica amministrazione per la lesione del diritto alla riservatezza quando non si adoperi con tutte le misure necessarie ad evitare il danno ovvero la diffusione dei dati personali, perché l'art. 18 della legge n. 675/1996 segue la disciplina dell'art. 2050 cod. civ. Nel caso di specie veniva riconosciuto il risarcimento del danno patito per la lesione del diritto alla riservatezza di un soggetto che aveva cambiato sesso, perché l'ufficio elettorale del Comune aveva trasmesso non soltanto il dato anagrafico, ma l'intero dossier comprensivo del procedimento di mutamento di sesso, non essenziale ai fini della nuova iscrizione anagrafica nel Comune di trasferimento. Cass. 8 febbraio 2017, n. 3311, in *Giur. it.*, 2017, 1537 ss., ha ribadito la necessità della verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" per il risarcimento del danno non patrimoniale *ex* art. 15 d.lgs. n. 196/2003.

⁽²⁵⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, in *Danno e resp.*, 2015, p. 339; Cass., 8 febbraio 2017, n. 3311, cit.

⁽²⁶⁾ In dottrina, cfr. A. FINESSI, *Il danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 501 ss.; B. MASTROPIETRO, *Il danno da illecito trattamento dei dati personali nel quadro dei recenti orientamenti in materia di danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 679; E. PELLECCIA, *La responsabilità civile per trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 228 ss.; M. FRANZONI, *Dati personali e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 903; ID., *Responsabilità derivante da trattamento dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO, F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014, p. 835; P. ZIVIZ, *Trattamento dei dati personali e responsabilità civile: il regime previsto dalla l. 675/96*, cit., p. 1307 s.; G.M. RICCIO, *Responsabilità da illecito trattamento dei dati personali e prova del danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 469; C. D'AGATA, *Danni da illegittimo trattamento dei dati personali: riservatezza, protezione dei dati e diritto all'oblio*, in G. CASSANO (a cura di), *Il danno alla persona*, Milano, 2016, p. 644 ss.; M. GAMBINI, *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Napoli, 2018, p. 65; S. THOBANI, *Invio di comunicazioni indesiderate: il risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1542.

norme cautelari mirano alla tutela di interessi diversi, anche di tipo collettivo o di gruppi sociali⁽²⁷⁾.

«Una volta accertato che la norma è posta a tutela di un interesse del singolo, sarà poi necessario accertare se la relativa violazione sia suscettibile di realizzare il pericolo che la regola di condotta mira ad evitare e, dunque, se l'interesse tutelato sia stato effettivamente leso»⁽²⁸⁾. A titolo esemplificativo di tale orientamento possiamo prendere in esame le pronunce n. 14242 del 4 giugno 2018 e n. 207 dell'8 gennaio 2019 con cui la Cassazione è intervenuta, rispettivamente, in materia di risarcimento del danno da illegittimo trattamento di dati giudiziari e danno da illegittima segnalazione in Centrale Rischi della Banca d'Italia.

Con particolare riferimento alla prima, quanto affermato dalla Corte sembra *ictu oculi* contrastare con la necessaria dimostrazione del danno subito⁽²⁹⁾, nel punto in cui parla di danno non patrimoniale *in re ipsa*.

⁽²⁷⁾ Come ricordato da M.S. ESPOSITO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 625, «al riguardo è stato in particolare posto in luce come la disciplina a tutela dei dati personali non sia solamente rivolta alla protezione della persona ma anche a regolare la circolazione delle informazioni». In questo senso, cfr. E. GIANNANTONIO, *Responsabilità civile e trattamento dei dati personali*, cit., p. 1035 ss.; F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 375 ss.

In merito alla dimensione collettiva della protezione dei dati, cfr., tra gli altri, A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection*, in *Computer Law and Security Review*, 2016, 32, p. 241 ss.; ID., *From Group Privacy to Collective Privacy: Towards a New Dimension of Privacy and Data Protection in the Big Data Era*, in L. TAYLOR, L. FLORIDI, B. VAN DER SLOOT (eds.), *Group Privacy. New Challenges of Data Technologies*, Springer International Publishing, 2017, p. 139 ss.; ID., *Rilevanza e tutela della dimensione collettiva della protezione dei dati personali*, in *Contr. impr. Europa*, 2015, p. 137 ss. Cfr. inoltre le osservazioni di G.M. RICCIO, *Responsabilità da illecito trattamento dei dati personali e prova del danno non patrimoniale*, cit., p. 469; C. D'AGATA, *Danni da illegittimo trattamento dei dati personali: riservatezza, protezione dei dati e diritto all'oblio*, cit., p. 646 s.

⁽²⁸⁾ M.S. ESPOSITO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, cit., p. 625.

⁽²⁹⁾ «In caso di danno derivante da trattamento illecito dei dati personali, le conseguenze non patrimoniali sono da considerarsi *in re ipsa* a meno che il danneggiante non dimostri che esse non vi sono state ovvero che si tratta di un danno irrilevante o bagatellare ovvero

Sul punto deve richiamarsi il commento di Esposito, laddove afferma che una più attenta lettura di tale decisione «consente di escludere una volontà della Corte di identificare il danno con l'evento dannoso», ossia con la mera lesione dell'interesse protetto dalla norma. Può infatti ritenersi che, nella prospettiva della Corte, nell'ipotesi di lesione dei diritti inviolabili della persona il pregiudizio sia destinato ad assumere connotati così forti da consentire di presumere il verificarsi di un danno nella sfera del danneggiato. [...] Non di rado, tuttavia, la giurisprudenza ha fatto riferimento al danno *in re ipsa* al solo fine di introdurre un ragionamento di carattere presuntivo. Secondo quest'ultima impostazione, dunque, il danno non rappresenta una conseguenza necessaria della lesione, quanto, piuttosto, un evento che può ritenersi normale conseguenza sulla base di un giudizio di probabilità e verosomiglianza secondo l'*id quod plerumque accidit*»⁽³⁰⁾.

Pertanto, anche laddove ci si riferisce al danno *in re ipsa*, non potrà comunque ritenersi che il danno sia insito nell'offesa al bene protetto, ma soltanto presunto, dovendosi in ogni caso accertare lo specifico pregiudizio subito.

E ciò, conformemente all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, potrà ben avvenire mediante il ricorso a presunzioni⁽³¹⁾.

Alla presunzione consegnerà l'inversione dell'onere della prova con facoltà – ed onere – in capo al danneggiante di dimostrare il mancato verificarsi del danno.

Di un certo interesse anche una recente pronuncia del Tribunale regionale superiore austriaco di Innsbruck⁽³²⁾, nella quale si è affermato che il

ancora che il danneggiato abbia tratto vantaggio dalla pubblicazione dei dati»: Cass. (ord.), 4 giugno 2018, n. 14242, in *Giur. it.*, 2019, p. 41.

⁽³⁰⁾ M.S. ESPOSITO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, cit., p. 625.

⁽³¹⁾ Cfr., tra le altre, Cass., 19 luglio 2016, n. 14694, in *Ced Cassazione*, 2016; Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2272; Trib. Milano, 19 maggio 2005, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1247 ss., con nota di M. BARONI, *Funzione, prova e quantum della riparazione del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*. In dottrina, cfr. F. BRAVO, *Invio di SMS commerciali e risarcimento del danno da illecito trattamento di dati personali*, in *Dir. inf.*, 2007, p. 811 s.

⁽³²⁾ Giudizio 13.02.2020 – Az.: 1 R 182/19 b.

risarcimento del danno derivante da trattamento illecito dei dati non è *in re ipsa*, ma spetta al soggetto che avanza la pretesa risarcitoria dimostrare il danno derivante dall'illiceità del trattamento e le caratteristiche del danno subito.

Il danneggiato, oltre ad essere onerato della prova del nesso causale, dovrà: «spiegare il danno, indicandone le varie peculiarità: il danno deve essere qualificato e specificato, anche facendo riferimento alle tipologie di rischi indicati dai Considerando 75 e 85 del Regolamento che, in ogni caso, forniscono solo indicazioni esemplificative. Il danno dovrà pertanto essere circostanziato e non indicato genericamente facendo ricorso a una 'categoria generica'; fornire la prova di avere effettivamente subito il danno lamentato. Anche in questo caso non è sufficiente invocare una categoria generica e asserire di aver subito il relativo pregiudizio, ma devono essere fornite prove concrete del danno lamentato; dimostrare l'entità del danno, il quale non può, ai fini risarcitori, essere considerato una semplice preoccupazione o un mero fastidio derivante dal trattamento illecito. In altre parole il danno deve avere una consistenza per così dire significativa per poter essere considerato rilevante ai fini risarcitori»⁽³³⁾.

Detta pronuncia, intervenuta dopo l'entrata in vigore del GDPR, offre spunti ermeneutici anche all'interprete italiano, vista la comune disciplina di riferimento, sebbene si ravvisi un approdo non perfettamente allineato a quello della giurisprudenza nostrana che, con riferimento alla previgente normativa, aveva ritenuto che «La posizione del danneggiato è tuttavia agevolata dall'onere della prova più favorevole, come previsto dall'art. 2050 c.c., nonché dalla possibilità di dimostrare il danno anche solo tramite presunzioni semplici e dal risarcimento secondo equità»⁽³⁴⁾.

Non resta che attendere le prossime pronunce delle Corti nazionali per testare la tenuta dopo l'introduzione del regolamento europeo degli approdi interpretativi formati sotto la previgente disciplina.

⁽³³⁾ F. DE STEFANI, *Violazione dei dati personali, come ottenere il risarcimento del danno subito*, in riskmanagement360.it/analisti-ed-esperti.

⁽³⁴⁾ Cass. (ord.), 8 gennaio 2019, n. 207, in *Corr. giur.*, 2019, p. 626.

8. — *Soglia di risarcibilità; il danno di non minimale entità.*

L'inquadramento della responsabilità civile prevista dall'art. 82 GDPR nell'ambito della tutela da fatto illecito⁽³⁵⁾ impone un'ulteriore verifica per la risarcibilità del danno, quella che verte sull'entità del danno subito.

Deve infatti dirsi che la Corte di Cassazione, come ribadito da ultimo con la recente ordinanza n. 112020/2021, ha da tempo affermato il principio di diritto in base al quale «il danno non patrimoniale risarcibile, ai sensi dell'art. 15 del previgente d.lgs. n. 196/2003 (codice privacy), pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 della Costituzione e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della 'gravità della lesione' e della 'serietà del danno', in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost., da cui deriva (come intrinseco precipitato) quello di tolleranza della lesione minima, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy, ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva, restando comunque il relativo accertamento di fatto rimesso al giudice di merito»⁽³⁶⁾.

La giurisprudenza al riguardo parla di “soglia di risarcibilità” operando un vero e proprio filtro di ammissibilità alle domande risarcitorie, accordando tutela giurisdizionale soltanto a quelle domande che superano un determinato grado di offensività, quindi con esclusione di ristoro ai danni “bagatellari”.

A tale esito si perviene alla luce di un bilanciamento tra il principio di solidarietà verso il danneggiato e quello di tolleranza imposto dal contesto

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, cit.: «Nell'alveo dell'art. 2043 c.c., va ricondotto anche il danno indicato dall'art. 2059 c.c., nel senso che tale ultima norma non disciplina un'autonoma fattispecie di illecito, produttiva di danno non patrimoniale, distinta da quella di cui all'art. 2043 c.c., bensì regola i limiti e le condizioni di risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali (da intendersi come categoria onnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile individuare, se non con funzione meramente descrittiva, ulteriori sottocategorie) sul presupposto dell'esistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito richiesti dall'art. 2043 c.c.»; G. BORGHI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento*, in *salvisjuribus.it*.

⁽³⁶⁾ Cfr. *ex multis*: Cass. nn. 17383/2020, 207/2019, 14242/2018, 25420/2017, 16133/2014.

sociale, con l'esplicito scopo di evitare che venga accordato un risarcimento nel caso di meri disagi o fastidi.

A tale tesi si è pervenuti sviluppando le argomentazioni contenute nelle note sentenze di S. Martino delle Sezioni Unite⁽³⁷⁾, nelle quali si è affermata la necessaria ricorrenza dei requisiti della gravità della lesione e della serietà del danno.

Ebbene, la giurisprudenza sviluppatasi nell'ultimo decennio ha sovente esteso la portata applicativa anche all'ambito del risarcimento derivante dal trattamento dei dati.

Più nello specifico, determinati arresti giurisprudenziali si sono spinti ad affermare che «determina una lesione, ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva»⁽³⁸⁾.

In altre parole la Suprema Corte si è arrivata ad affermare che il criterio della gravità della lesione opera non già in sede di vaglio successivo, ammettendo o meno al risarcimento, in base al superamento della soglia di offensività, un danno che è conseguenza di una lesione ingiusta del diritto (già qualificata come tale); al contrario il giudizio sulla gravità della lesione diviene addirittura parametro di valutazione della ingiustizia della lesione del diritto, sì che una lesione minimale, ancorché avvenuta in violazione delle norme cautelari, non potrebbe neppure qualificarsi come *contra ius*.

Tale opzione interpretativa ha comunque suscitato alcune perplessità, in

⁽³⁷⁾ «La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile»: Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, *citt.*

⁽³⁸⁾ Cass. (ord.), 4 giugno 2018, n. 14242, *cit.* Cfr. altresì, in senso conforme, Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, *cit.*

considerazione del fatto che un simile vaglio non trova alcun fondamento legislativo.

Si è infatti sostenuto che «sia nelle ipotesi in cui il risarcimento del danno non patrimoniale sia espressamente previsto dal legislatore [come nel caso del GDPR], sia ove lo stesso sia collegato alla violazione di diritti inviolabili della persona, non sembra esservi spazio per un giudizio in merito all'«entità» e alla rilevanza degli interessi tutelati, che sia finalizzato a limitare l'accesso al rimedio risarcitorio. La lesione dell'interesse tutelato (e, dunque, il concreto coinvolgimento del diritto interessato dalla condotta illecita dovrà pertanto ritenersi ingiusta – e, di conseguenza, garantire il diritto al risarcimento – a prescindere da ogni valutazione in merito all'intensità del pregiudizio sofferto. In questa prospettiva, dunque, la “soglia di risarcibilità” non dovrebbe essere impiegata quale “metro di selezione” dei pregiudizi meritevoli di tutela, quanto, piuttosto, quale parametro ai fini della successiva determinazione dell'entità del risarcimento»⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ M.S. ESPOSITO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, cit., p. 625. Si richiama la bibliografia ivi citata: cfr. G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il “nuovo statuto” del danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 134 ss., a parere del quale: «i diritti inviolabili, se sono tali, devono essere sempre risarciti (anche con un piccolo risarcimento nel caso si trattasse di danno non serio). La serietà del danno e la gravità dell'offesa devono operare come criteri di risarcimento del danno: non già, invece, quali metri di selezione dei danni non patrimoniali»; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 600 s.; P. ZIVIZ, *Un'occasione mancata per le sezioni unite*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009, p. 561; V. CECCARELLI, *La soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 349, la quale evidenzia che: «Nelle ipotesi tipizzate dal legislatore non si può infatti dubitare che vi sia una determinazione legislativa di ritenere “ingiusta” la lesione dei diritti ivi tutelati, ingiustizia che permane al di là dell'intensità del pregiudizio; l'immissione nei diritti inviolabili della persona, come la sua riservatezza, comporta un'intollerabilità intrinseca, che deve garantire l'an del risarcimento del danno alla persona»; M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, cit., p. 178 s., a parere della quale: «se la lesione colpisce i diritti inviolabili, è il *quantum* a poter risentire della relativa serietà del danno, mai l'*am*»; R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Dal bipolarismo al doppio binario del danno non patrimoniale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, cit., p. 294, ove si evidenzia che una diversa soluzione (ossia quella prospettata dalla giurisprudenza richiamata) condurrebbe «al paradosso di un diritto della persona

Le critiche mosse a tale approdo giurisprudenziale paiono cogliere nel segno.

Tanto più in considerazione del peculiare rapporto tra interessato e titolare e/o responsabile del trattamento nelle dinamiche proprie della *web society*, laddove i colossi della comunicazione quotidianamente trattano volumi immensi di dati di un numero elevatissimo di utenti.

Ebbene, in un simile contesto la presenza di tale soglia di risarcibilità avrebbe il paradossale effetto di limitare la tutela risarcitoria dei singoli utenti e, per converso, creerebbe una “zona franca” per i grandi operatori, consentendo loro di operare in violazione delle norme del GDPR in assenza di danni significativi per gli utenti.

È d’ogni evidenza che in tale scenario quel principio solidaristico che aveva ispirato le sentenze di S. Martino avrebbe esiti diametralmente opposti, venendo a penalizzare i soggetti deboli, limitandoli nell’accesso alla tutela giurisdizionale dei propri diritti e, per contro, avvantaggiando quei soggetti che già si trovano in una posizione forza, contrattuale, tecnologica ed economica, in aperta violazione dei principi costituzionali e sovranazionali cui il nostro ordinamento deve conformarsi.

che è inviolabile solo oltre la soglia minima, ossia è violabile fino alla soglia comunemente accettabile secondo i principi di solidarietà sociale»; A. RICCOBENE, *Il danno cagionato per effetto del trattamento e i diversi modelli risarcitori*, cit., p. 233 ss. la quale evidenzia che: «fermo restando l’eventualità che il titolare e/o il responsabile provino di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno (art. 2050 c.c.), l’inosservanza della disciplina di trattamento si traduce *ex se* nella sostanziale compromissione del bilanciamento di interessi effettuato ex ante dal legislatore, legittimando perciò stesso il “danneggiato” all’esperienza del rimedio risarcitorio»: in questo senso deve pertanto ritenersi che: «la valutazione circa la gravità della violazione perpetrata si sovrapporrebbe ingiustificatamente alle scelte che [...] sono state effettuate dal legislatore nazionale»; F. DI CIOMMO, *Il danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, Padova, 2004, p. 277; Id., *Vecchio e nuovo in materia di danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 824; C. SGANGA, *Le Sezioni Unite e l’art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, cit., p. 53, a parere della quale, escludere dalla tutela risarcitoria la lesione di un diritto inviolabile dalla quale sia derivato un pregiudizio lieve, significherebbe negare validità ai risultati di un cammino giurisprudenziale volto ad offrire adeguata risposta alle istanze di tutela minima risarcitoria di diritti costituzionalmente protetti ma sprovvisti di garanzie costituzionali.

VALERIA ORABONA^(*)

IL REGISTRO DELLE ATTIVITÀ DI TRATTAMENTO NELLA P.A.: IL DELICATO RUOLO DEL DPO TRA ACCOUNTABILITY E GESTIONE DELLE RISORSE

ABSTRACT: The article studies the register of processing activities in the Public Administration and the delicate role of the DPO between accountability and resource management. Particularly, it analyses the data controller and it focuses on the requirements and methods for designating the DPO. A reflection is made on the possible correlation between administrative processes / procedures and data processing activities. The article concludes with an in-depth study on the digitization of the PA and on the potential of the computerized register.

SOMMARIO: 1. La protezione dei dati personali: geni e fonti normative. – 2. Pubblica Amministrazione e protezione dei dati personali. – 3. Il registro delle attività di trattamento ai sensi dell'art. 30 GDPR. – 3.1. Il titolare del trattamento e la sua “responsabilizzazione”. – 3.2. Il ruolo del DPO: spunti critici su requisiti e designazione. – 3.3. Creazione e aggiornamento del registro; 3.4. Correlazione tra processi/procedimenti amministrativi e attività di trattamento dati: è possibile un approccio unitario? – 4. La sfida della digitalizzazione nel processo di adeguamento al Reg. 2016/679: evoluzione del registro dei trattamenti – 5. Considerazioni conclusive.

1. — *La protezione dei dati personali: geni e fonti normative.*

L'espressione “*protezione dei dati personali*” o “*data protection*” rinvia alla complessa ed articolata disciplina del trattamento dei dati personali che consente all'interessato – persona fisica – di avere il pieno controllo su tutte le informazioni e i dati che lo riguardano, attribuendogli gli strumenti necessari per la loro tutela. Il concetto di “*protezione dei dati*” (espressione letterale coniata in Germania nel 1970 con la Legge Datenschutzgesetz il cui padre è il prof. Spiros Simitis), come oggi lo conosciamo e decliniamo, è il risultato di un lungo percorso evolutivo.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

Dall'esperienza statunitense ereditiamo il termine "privacy", che entra a far parte del lessico giuridico poco più di un secolo fa, precisamente nel 1890, anno della pubblicazione dalla *Harvard Law Review* di un articolo intitolato "*The Right to privacy*".

Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis evidenziarono per la prima volta la connessione tra il diritto di cronaca e la riservatezza, riconoscendo il diritto dell'individuo di essere lasciato solo e di tutelare la sua intimità e solitudine, il c.d. "right to be let alone", affermando una specifica teoria giuridica del diritto alla privacy.

Stefano Rodotà spiega questo processo con l'esigenza del soggetto di appropriarsi del suo spazio interiore così come ha fatto per quello fisico.

Soltanto nel 1965 con il caso *Griswald v. Connecticut* il concetto di privacy si slega dalla tradizionale correlazione con il diritto di proprietà, per trovare la sua connessione più autentica con il diritto alla autodeterminazione.

Parallelamente alla crescita del c.d. potere informatico, attraverso la raccolta sistematica di dati personali ed il fenomeno delle banche dati, il concetto di privacy viene letto in una dimensione dinamica quale diritto alla protezione e al controllo dei dati personali del soggetto.

A partire dagli anni '70 del secolo scorso, le legislazioni occidentali volte alla tutela del diritto sociale per eccellenza – il lavoro – sono le prime ad occuparsi, più o meno consapevolmente, di una nuova forma di protezione dell'individuo: disciplinare le operazioni di raccolta, elaborazione e diffusione dei dati personali del lavoratore e allo stesso tempo garantirne un utilizzo protetto con specifiche procedure di controllo, tutelandolo da potenziali forme di discriminazione.

In Europa il superamento dei regimi totalitari, che sfruttavano le informazioni per l'eliminazione del dissenso, diventa terreno fertile per una nuova dignità del diritto alla riservatezza quale diritto della personalità.

«Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni» recita l'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e due anni dopo,

il 4 novembre 1950, i governi firmatari della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, riaffermando il loro attaccamento alle libertà fondamentali dell'uomo, basi della giustizia e della pace, convenivano all'art. 8 che «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Questa norma, in particolare, se pur non espressamente dedicata al diritto alla privacy, nel tempo ha assunto un significato sempre più ampio, comprensivo della tutela di un diritto all'autodeterminazione informativa del soggetto in merito alle informazioni che lo riguardano.

Lo sviluppo di nuovi mezzi tecnologici di comunicazione ha sollecitato una nuova riflessione sulla vulnerabilità del dato personale che, fuori dalla sfera di controllo dell'interessato, può essere trattato e manipolato.

Questa nudità del dato, risucchiato dalla velocità delle nuove forme di diffusione che sfuggono alle intenzioni consapevoli del titolare, ne ha fatto riscoprire la sua dimensione ontologica: il dato è estensione, pertinenza della identità personale.

Alla privacy, intesa come elemento identificativo della personalità dell'individuo, si accompagna l'esigenza che i dati personali vengano trattati nel rispetto di un corpo di principi e di regole che ne assicurino una tutela efficace: emerge la nuova dimensione proattiva del diritto alla privacy e cioè la pretesa che il trattamento avvenga sulla base di una serie di regole procedurali.

A livello normativo a questa transizione nella sostanza è corrisposto un intervento anche sul piano terminologico, il cui merito, tra gli altri, va attribuito alla Convenzione n. 108 del 1981 adottata dal Consiglio d'Europa: le definizioni di *trattamento automatizzato* o di *trattamento di dati personali* affiorano per la prima volta nello scenario del linguaggio giuridico.

La Convenzione di Strasburgo, strumento legale di grande rilievo, ha

preservato modernità e forza propulsiva grazie ai protocolli addizionali del 2001 e del 2018, rafforzando meccanismi già previsti per la tutela dei dati, dotandosi di un quadro giuridico più solido e allo stesso tempo più flessibile, per consentire una più agevole circolazione del flusso dei dati al di là delle frontiere degli Stati.

Il concetto di privacy, da un punto di vista normativo, è stato ed è oggetto di attenzione da parte del diritto internazionale, europeo e nazionale, con una tutela che si è sviluppata su tre livelli: internazionale/pattizio/consuetudinario, europeo (Carta dei diritti fondamentali e GDPR) e delle fonti di diritto interno.

Delle convenzioni a livello internazionale, come “strumenti viventi” che si adattano al passare del tempo e al connesso sviluppo tecnologico si è già detto, altrettanto decisivo è l’apporto del diritto dell’Unione europea.

Proclamata solennemente per la prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea acquisisce il medesimo valore giuridico dei Trattati con il Trattato di Lisbona nel 2007 per «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell’evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta» (cfr. Preambolo CDFUE).

L’art. 8 della Carta di Nizza sancisce il diritto di ogni persona alla protezione dei dati che la riguardano.

Uno dei risultati più significativi della Carta è quello di ancorare la propria interpretazione alla CEDU: l’art. 52, 3° comma della prima afferma infatti che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione».

La CEDU, nella lettura datane dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, diviene dunque uno standard minimo da rispettare.

Il GDPR interviene in una fase storica e in un quadro normativo di produzione europea che attribuiscono alla privacy una più evidente garanzia rispetto alle previgenti direttive e ne elimina ogni ambiguità “economicistica”, rafforzando ulteriormente l’idea della tutela della privacy come autonomo oggetto di diritto.

Nell'Unione europea, per di più vent'anni, la direttiva CE 95/46 ha rappresentato la colonna portante della struttura legislativa europea in materia di protezione dei dati personali, una normativa adottata in una epoca in cui non era neanche immaginabile la dirompenza con cui internet ed il progresso tecnologico avrebbero trasformato il volto della società, consegnando – letteralmente – nel palmo di una mano, della quasi totalità dei cittadini europei, potenza di calcolo, capacità di connessione e trasmissione di dati degni di un computer.

Il GDPR entra in vigore il 25 maggio del 2016, sebbene la sua piena efficacia sia di due anni successiva, abroga la *Data Protection Directive* ed è affiancata dalla *e-Privacy Directive* (direttiva CE 2002/58), adottata nel luglio del 2002 e relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche (il rapporto tra le due fonti è regolato dal Considerando 173 e si è in attesa della approvazione del nuovo regolamento *e-privacy*, che abrogherebbe e sostituirebbe la vecchia direttiva del 2002, conosciuta anche come la legge UE sui cookie, e introdurrebbe significativi aggiornamenti, integrando le nuove tecnologie nel suo quadro giuridico).

L'analisi del percorso evolutivo-normativo della data protection si rivolge, infine, al panorama nazionale.

In Italia il diritto alla protezione dei dati personali si traduce in norma positiva con la Legge n. 675 del 31 dicembre 1996, poi abrogata dal comunemente definito Codice Privacy (d.lgs. 196 del 2003), adottato in attuazione della *Data Protection Directive*.

Nel 2018 viene approvato il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, decreto di adeguamento della normativa nazionale al GDPR, che ha previsto numerose modifiche al Codice Privacy per renderlo coerente con il nuovo quadro normativo europeo.

Un percorso tutt'altro che semplice e lineare, come dimostra la lettura, ad un primo impatto per nulla facile e scorrevole, del Codice Privacy come risultante dalle modifiche operate dal sopracitato decreto di armonizzazione, ma che mira ad un obiettivo forte e ben evidenziato: tutte le disposizioni dell'ordinamento nazionale in materia di tutela dei dati personali devono essere interpretate e applicate alla luce del GDPR.

2. — *Pubblica Amministrazione e protezione dei dati personali.*

Il dato dal quale partire è che il processo di trasformazione dell'economia e delle relazioni sociali ad opera del progresso tecnologico nel trattamento e nella circolazione dei dati è irreversibile e coinvolge inevitabilmente l'architettura dei pubblici poteri.

I soggetti pubblici, fatta eccezione per alcune peculiarità connesse alla funzionalizzazione dell'attività della P.A. all'interesse generale, compiono trattamenti dei dati personali nel rispetto dei principi, delle procedure e delle garanzie che il GDPR e la normativa privacy impongono anche ai soggetti privati.

Lo sforzo richiesto alla P.A. è senza dubbio di grande intensità, se vogliamo maggiore rispetto ad altri soggetti, alla luce della nuova lettura che il GDPR fa della privacy, declinandola nel concetto di responsabilizzazione del Titolare.

Centrale diventa l'aspirazione all'*accountability*, il dovere imposto ai Titolari (e ai Responsabili) del trattamento dei dati personali di esercitare i pubblici poteri in termini non solo di etica della responsabilità ma anche di rendicontazione.

Questa proiezione interiore della P.A. deve trovare necessaria e imprescindibile coniugazione con la proiezione della P.A. verso l'esterno, con il concetto di trasparenza.

Come si anticipava nelle premesse, la tutela dei dati personali si rivela spesso terreno di contraddizioni, seppur solo apparenti.

La molteplicità di diritti con cui devono comporsi e bilanciarsi e la loro dimensione sociale, e non solo individuale, fa sì che anche i diritti fondamentali, come lo è il diritto alla protezione dei dati personali, rinuncino ad un carattere assoluto.

Quello che ad un primo scrutinio potrebbe risultare un ossimoro, affiancando concetti apparentemente inconciliabili come una *lucida pazzia*, si rivela l'obiettivo ambizioso e realizzabile della Pubblica Amministrazione, una casa di vetro capace di proteggere i dati personali del cittadino. Il potenziale conflitto tra protezione dei dati e trasparenza può essere risolto con

l'accountability: una necessaria e approfondita conoscenza delle norme che tutelano i due istituti da parte del titolare e del responsabile del trattamento e capacità di questi soggetti di bilanciare in maniera adeguata due esigenze contrapposte.

Full disclosure e *privacy* possono e devono convivere: è il GDPR a sottolineare che: «Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità»⁽¹⁾.

Così come suggerito dal Considerando 154 ciò è possibile effettuando, a monte delle scelte e dell'attività della PA, un bilanciamento di interessi e conciliando «l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali».

L'art. 86 GDPR su trattamento e accesso del pubblico ai documenti ufficiali ha riassunto i concetti descritti nella seguente prescrizione: «I dati personali contenuti in documenti ufficiali in possesso di un'autorità pubblica o di un organismo pubblico o privato per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico possono essere comunicati da tale autorità o organismo conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti, al fine di conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento».

L'intera architettura della Pubblica Amministrazione si regge sui principi di buon andamento e imparzialità come enunciato nella Costituzione all'art. 97 e riaffermati a livello europeo dall'art. 41 della Carta di Nizza.

Strettamente connesso con il principio di imparzialità è quello di trasparenza.

Una azione amministrativa trasparente è per gli ordinamenti democratici un carattere imprescindibile, che rende possibile una relazione tra governanti e governati, che possono partecipare all'esercizio del potere pubblico.

⁽¹⁾ V. Considerando 4 GDPR.

La trasparenza è diventata uno strumento utile a mostrare sprechi e inefficienze del settore pubblico: alla luce di ciò, con il “Decreto Brunetta” (d.l. 150/2009) nel 2009 è stata istituita la Commissione indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l’Integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), agenzia indipendente per sostenere l’attuazione del performance management.

La trasparenza è contemporaneamente obiettivo strategico di ogni amministrazione e diritto fondamentale in conformità all’art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU).

La trasparenza viene declinata come obbligo di pubblicazione online di alcuni documenti e informazioni e diritto di accesso (semplice o generalizzato) per i cittadini.

Può essere analizzata con più chiavi di lettura, essendo strumento di controllo (in un’ottica di prevenzione), occasione di avvicinamento dei cittadini alle istituzioni, ma anche mezzo di prevenzione della corruzione.

La trasparenza costituisce il livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche, ai sensi dell’art. 117, 2° comma, lett. *m*) Cost. e nel consentire un accesso totale alle informazioni concernenti l’organizzazione pubblica si traduce in una forma diffusa di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità, sanciti dalla l. 241/1990 sul procedimento amministrativo.

Accessibilità mediante accesso civico/documentale e disponibilità delle informazioni mediante pubblicità delle stesse: questa la declinazione della trasparenza.

Come si concilia e armonizza la sopra descritta ambizione e connotata caratteristica della trasparenza della P.A. con l’esigenza di tutela dei dati personali?

L’interesse alla riservatezza, tutelato dalla normativa mediante una limitazione del diritto di accesso, recede quando l’accesso stesso è esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell’interesse (Cons. Stato, n. 3741/2015), ma dovendo quest’ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumono lesi (Cons. Stato, n. 920/2011).

Sul tema del bilanciamento e la necessità di trovare un equilibrio tra la tutela della privacy e gli obblighi di trasparenza posti in capo alle P.P.A.A. è intervenuta anche la Corte costituzionale.

In particolare, la questione si è sviluppata intorno alla fattispecie introdotta dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 con le modifiche apportate all'art. 5 e all'art. 14 del d.lgs. n. 33 del 2013. L'introduzione del FOIA (*Freedom Of Information Act*), una nuova forma di accesso civico ai dati e documenti pubblici equivalente a quella sviluppatasi nel sistema anglosassone, consente ai cittadini di richiedere anche dati e documenti che le pubbliche amministrazioni non hanno l'obbligo di pubblicare.

Il citato decreto correttivo ha, in particolare, modificato l'art. 14, avente ad oggetto gli «obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di Governo e i titolari di incarichi dirigenziali».

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata con riferimento al comma 1-*bis* che estende gli obblighi di pubblicazione di cui al 1° comma, già previsti per i titolari di incarichi politici, anche ai titolari di incarichi dirigenziali a qualsiasi titolo conferiti e al comma 1-*ter* che impone a ciascun dirigente di comunicare all'amministrazione presso la quale presta servizio gli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica, con conseguente obbligo per l'amministrazione di pubblicare sul proprio sito istituzionale l'ammontare di tali somme.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019, che trae origine proprio dall'asserita violazione della normativa europea sulla privacy concernente l'obbligo a carico delle pubbliche amministrazioni di pubblicare sui loro siti la documentazione attestante i compensi ed i rimborsi ricevuti dai dirigenti pubblici per l'espletamento dei loro incarichi nonché le dichiarazioni relative ai dati reddituali e patrimoniali degli stessi e dei loro congiunti, ha dovuto operare un bilanciamento tra i principi della pubblicità e della trasparenza da un lato e il diritto alla riservatezza dall'altro.

Secondo la Corte costituzionale la conoscenza del complesso delle informazioni e dei dati di natura reddituale e patrimoniale contenuti nella documentazione oggetto di pubblicazione, per come è formulata la norma,

rivolta in modo indiscriminato a tutti i dirigenti pubblici, non appare né necessaria né proporzionata rispetto alle finalità perseguite dalla legislazione sulla trasparenza⁽²⁾.

È interessante ricordare il parere che il Garante italiano per la protezione dei dati personali aveva reso al Parlamento e al Governo⁽³⁾.

L'Autorità garante aveva in quell'occasione sollecitato il legislatore ad un approccio rispettoso del principio di proporzionalità di derivazione europea che tenesse in considerazione l'orientamento espresso dalla Corte di giusti-

⁽²⁾ La Corte costituzionale così descrive i due diritti chiamata a bilanciare: «Da una parte, il diritto alla riservatezza dei dati personali, quale manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata (sentenza n. 366 del 1991), che attiene alla tutela della vita degli individui nei suoi molteplici aspetti. Un diritto che trova riferimenti nella Costituzione italiana (artt. 2, 14 e 15 Cost.), già riconosciuto, in relazione a molteplici ambiti di disciplina, nella giurisprudenza di questa Corte (sentenze nn. 173 del 2009, 372 del 2006, 135 del 2002, 81 del 1993 e 366 del 1991), e che incontra specifica protezione nelle varie norme europee e convenzionali evocate dal giudice rimettente. Nell'epoca attuale, esso si caratterizza particolarmente quale diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona, e si giova, a sua protezione, dei canoni elaborati in sede europea per valutare la legittimità della raccolta, del trattamento e della diffusione dei dati personali. Si tratta dei già ricordati principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in virtù dei quali deroghe e limitazioni alla tutela della riservatezza di quei dati devono operare nei limiti dello stretto necessario, essendo indispensabile identificare le misure che incidano nella minor misura possibile sul diritto fondamentale, pur contribuendo al raggiungimento dei legittimi obiettivi sottesi alla raccolta e al trattamento dei dati. Dall'altra parte, con eguale rilievo, i principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale corollario del principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento dell'amministrazione (sentenze nn. 177, 69 del 2018 e 212 del 2017) e, per la parte che qui specificamente interessa, ai dati che essa possiede e controlla. Principi che, nella legislazione interna, tendono ormai a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, nella forma di un diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione, come del resto stabilisce l'art. 1, 1° comma del d.lgs. n. 33 del 2013. Nel diritto europeo, la medesima ispirazione ha condotto il Trattato di Lisbona a inserire il diritto di accedere ai documenti in possesso delle autorità europee tra le "Disposizioni di applicazione generale" del Trattato sul funzionamento dell'Unione, imponendo di considerare il diritto di accesso ad essi quale principio generale del diritto europeo (art. 15, § 3, 1° comma TFUE e art. 42 CDFUE)».

⁽³⁾ Doc web. n. 2243168, *Parere del Garante su uno schema di decreto legislativo concernente il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle PA*, 7 febbraio 2013.

zia nelle sentenze del 20 maggio 2003, del 9 novembre 2010 e del 29 giugno 2010⁽⁴⁾.

Con specifico riferimento ai profili di conformità al diritto alla protezione dei dati personali della pubblicazione di informazioni relative agli emolumenti o salari percepiti da quanti operano nelle pubbliche amministrazioni, il Garante aveva ricordato il principio espresso dalla Corte di giustizia delle Comunità europee secondo cui «le istituzioni, prima di divulgare informazioni riguardanti una persona fisica, devono soppesare l'interesse dell'Unione a garantire la trasparenza delle proprie azioni con la lesione dei diritti riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta», non potendosi postulare «alcuna automatica prevalenza dell'obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali, anche qualora siano coinvolti rilevanti interessi economici».

Come già anticipato, la nuova regolamentazione della protezione dei dati personali non contempla una disciplina differenziata per i trattamenti effettuati per finalità pubbliche (fatte salve le eccezioni concernenti la prevenzione dei reati, la tutela della pubblica sicurezza e la lotta al terrorismo), con una sostanziale irrilevanza della natura soggettiva del titolare del Trattamento.

Il criterio scelto dal legislatore europeo è di tipo oggettivo: non l'identità o la qualifica del titolare, bensì il modo di essere del trattamento e la tipologia di dati trattati.

Questa scelta si rispecchia anche nella norma che elenca le basi giuridiche del trattamento, l'art. 6 GDPR, con la previsione del § 1, lett. e), della liceità del trattamento quando «è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento» formula chiaramente applicabile non solo ai trattamenti effettuati dalle Pubbliche Amministrazioni in senso stretto, ma anche da ogni altro soggetto al quale sono attribuiti compiti di rilievo pubblicistico.

I trattamenti di dati personali in ambito pubblico sono legittimabili anche in base alla necessità di adempiere ad un obbligo legale imposto al titolare del trattamento, quale espressione del principio di legalità [art. 6, lett. c) GDPR].

⁽⁴⁾ CGCE, C-465/00, C-138/01 e C-139/01, riunite; C-92/09 e 93/09, riunite.

Laddove l'amministrare è espressione di discrezionalità, in relazione a quelle attività – ed ai connessi trattamenti – di interesse pubblico, il cui esercizio è costruito in termini di facoltà, si è resa necessaria la previsione di un'apposita base giuridica, quale risulta quella prevista dall'art. 6, § 1, lett. e) GDPR.

Il legislatore europeo si è dimostrato consapevole della particolarità dei trattamenti di dati personali effettuati per finalità pubblicistiche e, sebbene non apprestati, come si diceva, una disciplina differenziata, consente agli Stati membri di prevedere deroghe puntuali in settori delicati.

Nelle pagine che seguono sarà sviluppata un'analisi sull'adeguamento della Pubblica Amministrazione, quale titolare del trattamento dei dati personali, alle prescrizioni del regolamento europeo, concentrando l'attenzione sullo strumento che più di altri consente a posteriori la verifica su detto adeguamento: il registro delle attività di trattamento.

3. — *Il registro delle attività di trattamento ai sensi dell'art. 30 GDPR.*

3.1. — *Il titolare del trattamento e la sua "responsabilizzazione".*

Il Considerando 82 ci ricorda che «Per dimostrare che si conforma al presente regolamento, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento dovrebbe tenere un registro delle attività di trattamento effettuate sotto la sua responsabilità. Sarebbe necessario obbligare tutti i titolari del trattamento e i responsabili del trattamento a cooperare con l'autorità di controllo e a mettere, su richiesta, detti registri a sua disposizione affinché possano servire per controllare detti trattamenti». Il registro è un documento contenente le principali informazioni relative alle operazioni di trattamento svolte dal titolare e, se nominato, dal responsabile del trattamento.

Costituisce uno dei principali elementi di *accountability* del titolare, in quanto strumento idoneo a fornire un quadro aggiornato dei trattamenti in essere all'interno della propria organizzazione, indispensabile per ogni attività di analisi del rischio e di valutazione d'impatto e dunque preliminare rispetto a tali attività.

Il registro è un documento interno, tenuto in forma scritta, anche in formato elettronico e deve essere esibito all'autorità di controllo in caso di verifiche.

Fondamentale è che il registro sia costantemente aggiornato e rechi in modo verificabile sia la data della sua prima istituzione o creazione sia la data dell'ultimo aggiornamento.

Il titolare del trattamento ai sensi dell'art. 4, n. 7 GDPR è «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali».

Nelle amministrazioni pubbliche il titolare deve essere identificato nell'ente nel suo complesso e non in una delle persone fisiche che operano nella relativa struttura e che concorrono, in concreto, ad esprimerne la volontà o che sono legittimati a manifestarla all'esterno.

Non potrà essere titolare del trattamento un soggetto privo di personalità giuridica propria (si v. in proposito il Parere emesso da parte dell'Autorità Garante per la Tutela dei Dati Personali in data 9 dicembre 1997).

Titolare del trattamento è pertanto la persona giuridica, per esempio la Regione, nella persona del suo legale rappresentante, il Presidente della Giunta Regionale: il Garante richiede in effetti che venga individuata una persona fisica che rappresenti l'Ente esternamente.

Il titolare del trattamento è competente per (il rispetto del § 1, cioè dei principi applicabili al trattamento dei dati personali) ed è in grado di comprovare il rispetto di detti principi («responsabilizzazione»)⁽⁵⁾.

Il concetto di responsabilizzazione focalizza l'attenzione sul titolare del trattamento che sarà tenuto a rispondere delle azioni e delle decisioni che gli competono.

Questo dovere di dimostrare la conformità (rendicontazione) si applica prima di tutto ai principi di base che sottendono il regolamento, vale a dire liceità, correttezza e trasparenza; identificazione precisa e circostanziata del tipo e della limitazione delle finalità; minimizzazione dei dati (che devono

⁽⁵⁾ Art. 5, § 2 GDPR.

essere adeguati, pertinenti e limitati); esattezza (compreso l'aggiornamento); limitazione della conservazione; integrità, riservatezza e sicurezza.

Parametri che diventano ancora più vincolanti e applicabili al trattamento di particolari categorie di dati o a trattamenti che possono presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

La creazione e compilazione del registro delle attività di trattamento si traduce, pertanto, in una fase determinante e spesso delicata.

È sicuramente lo strumento più controllato dagli organi preposti perché offre, se correttamente compilato, la rappresentazione puntuale dell'organizzazione dell'Ente, consentendo l'identificazione dei soggetti coinvolti nel trattamento dei dati, le categorie dei dati trattati, per cosa sono utilizzati i dati, chi accede agli stessi, a chi vengono comunicati, per quanto tempo sono conservati e quanto sono sicuri.

Come si anticipava nelle premesse, l'obbligo di tenere un registro delle operazioni di trattamento è strettamente legato al principio di *accountability*.

Il riferimento alle «attività di trattamento svolte sotto la [...] responsabilità [del titolare]» suggerisce che lo stesso registro deve coprire tutte le operazioni di trattamento, come espressamente prevede la versione tedesca del GDPR.

Le operazioni di trattamento che emergono dal registro costituiscono lo scheletro di quello che va definito come un processo dinamico, mai statico, verso la *accountability*.

La puntuale e analitica descrizione delle attività di trattamento di una organizzazione consente, infatti, di valutare i rischi sui diritti e la libertà delle persone in relazione alle informazioni – i dati personali – che le concernono; e soprattutto di attuare misure tecniche e organizzative tali da garantire un livello di sicurezza che sia adeguato al rischio.

Si comprende bene, quindi, come quello che ad una prima lettura può essere percepito come un mero adempimento, troppe volte ancora vissuto come intralcio, diventa al contrario uno strumento di prevenzione e per l'effetto di efficienza dell'ente.

3.2. – *Il ruolo del responsabile della protezione dati: spunti critici su requisiti e designazione.*

Dalle osservazioni sin qui svolte e come formalmente previsto dal regolamento, la creazione del registro delle attività di trattamento competerebbe al titolare.

Nella pratica ad essere chiamato a svolgere tale funzione organizzativa, in stretta cooperazione con il competente staff del titolare o ad essere fortemente coinvolto nello svolgimento di tale compito e della sua supervisione sarà il Responsabile della protezione dei dati personali – RPD (o DPO – *Data Protection Officer*).

Il Responsabile della protezione dei dati dovrà preliminarmente occuparsi di inventariare tutte le attività di trattamento che abbiano ad oggetto dati personali e delle potenziali interconnessioni con altre organizzazioni.

Non è difficile comprendere quanto possa essere complessa questa operazione, in particolar modo se rivolta ad un ente pubblico territoriale di dimensioni considerevoli.

Sulla figura del DPO nella Pubblica Amministrazione il Garante italiano ha fatto delle precisazioni importanti nelle FAQ sul Responsabile della Protezione dei dati in ambito pubblico (in aggiunta a quelle adottate dal Gruppo Art. 29 in Allegato alle Linee guida sul RPD).

Non è rinvenibile nel GDPR una definizione di “*autorità pubblica*” o “*organismo pubblico*” e ne viene rimessa l’individuazione al diritto nazionale applicabile: devono ritenersi tenuti alla designazione di un RPD i soggetti che ricadevano nell’ambito di applicazione degli artt. 18-22 del Codice, che stabilivano le regole generali per i trattamenti effettuati dai soggetti pubblici (ad esempio, le amministrazioni dello Stato, anche con ordinamento autonomo, gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le Regioni e gli enti locali, le università, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le aziende del Servizio sanitario nazionale, le autorità indipendenti ecc.).

Il Garante ha ribadito che, per la migliore realizzazione delle funzioni che gli sono attribuite, il DPO deve possedere i requisiti di terzietà e indipenden-

za e deve essere libero nell'adottare le sue decisioni, svincolato da istruzioni che lo condizionino.

Il ruolo ricoperto dal DPO è molto articolato: esercita attività di supervisione e di consulenza nei confronti del titolare e del responsabile del trattamento dei dati personali; controlla l'osservanza del GDPR e delle disposizioni comunitarie e nazionali in materia di protezione dei dati, e anche l'attribuzione di funzioni e responsabilità al personale di collaborazione.

È chiamato ad esprimere pareri sulla valutazione di impatto sulla protezione dei dati e coopera con l'Autorità Garante.

La complessità delle amministrazioni pubbliche, caratterizzate da un elevato numero di destinatari coinvolti, ma anche dalla eterogeneità degli interessi da contemperare, porta il DPO nella prassi operativa a verificare anche la conformità dei procedimenti amministrativi alle disposizioni riguardanti la protezione dei dati, in stretta collaborazione, come si dirà di seguito, con riferimento specifico alle correlazioni tra attività di trattamento dei dati personali, processi e procedimento amministrativo.

È pacificamente condiviso che per ricoprire detto incarico non si possa rinunciare a specifiche competenze tecnico-informatiche e soprattutto giuridiche.

Sui requisiti che deve possedere il soggetto responsabile della protezione dati, sia esso interno o esterno all'amministrazione, è interessante ripercorrere alcune pronunce dei Tribunali amministrativi regionali.

Il TAR Friuli-Venezia Giulia, con sentenza 13 settembre 2018, n. 287, prende una decisa posizione a favore del profilo eminentemente giuridico del DPO e dell'irrilevanza di certificazioni in merito.

Questa figura professionale di livello elevato non solo deve conoscere in modo approfondito la normativa di settore, ma deve anche possedere delle qualità manageriali ed una buona conoscenza delle nuove tecnologie.

È evidente che per svolgere la sua funzione di consulenza ha necessità di avere una buona competenza di carattere generale, che spazi dal settore normativo a quello organizzativo, ma il possesso di specifiche certificazioni professionali non può costituire uno strumento abilitativo allo svolgimento della funzione.

Si anticipava che tale figura può essere interna alla P.A., quindi un dipendente del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento, oppure un libero professionista esterno, designato con un contratto di servizi.

Le pubbliche amministrazioni, per le quali è previsto proprio l'obbligo della nomina del DPO, si scontrano con la cronica mancanza di fondi e risorse ed è sempre più difficile che la figura del DPO venga esternalizzata.

Le amministrazioni pubbliche si rivolgono spesso a proprie risorse interne presumibilmente di rango elevato (dirigenti o funzionari) per l'assegnazione della funzione di responsabile della protezione dei dati personali, valutando e contribuendo alla sua specifica formazione, imprescindibile in tale settore.

Nell'atto di designazione interna del RPD saranno contenute le motivazioni della scelta di quel particolare soggetto e l'indicazione dei criteri impiegati per effettuarla.

Tanto più consistente è il flusso di informazioni tra privati cittadini e Pubblica Amministrazione, maggiore sarà l'intensità dell'attività esercitata dal Responsabile della protezione dei dati.

Il livello di conoscenza specialistica richiesto dovrà essere proporzionato alla sensibilità, complessità e quantità dei dati sottoposti a trattamento.

È sicuramente utile, se non necessario, che il DPO conosca lo specifico settore di attività e la struttura organizzativa del titolare, che abbia una sufficiente familiarità con le operazioni di trattamento svolte nonché con i sistemi informativi e le esigenze di sicurezza e protezione dati manifestate dal titolare.

Nel caso di un'autorità pubblica o di un organismo pubblico, il DPO dovrebbe possedere anche una conoscenza approfondita delle norme e procedure amministrative applicabili.

La sua capacità di assolvere i propri compiti è legata alle qualità personali e alle conoscenze proprie del DPO, ma dipende anche dalla sua posizione all'interno dell'organismo pubblico.

Una soluzione auspicabile sarebbe quella, del resto suggerita dai garanti europei nelle loro linee guida, di costituire, soprattutto nelle organizzazioni più complesse, un gruppo di lavoro composto da professionisti esperti nei

diversi settori richiesti (giuridico, informatico, manageriale) che possa supportare al meglio il titolare ed il responsabile del trattamento nello svolgimento degli adempimenti richiesti dalla normativa comunitaria.

Ricordiamo che il DPO può essere anche una persona giuridica, come precisato dalle Linee Guida redatte in materia di DPO dall'allora operativo "Gruppo di Lavoro Articolo 29" (WP243, adottate il 13 dicembre 2016 ed emendate in data 5 aprile 2017), in base a un contratto di servizi stipulato con una persona giuridica esterna all'organismo o all'azienda titolare/responsabile del trattamento; in tale caso, le medesime linee guida raccomandano che ci sia un solo soggetto a fungere da contatto principale e "incaricato" per ciascun cliente, risultando utile, in via generale, inserire relative specifiche disposizioni nel contratto di servizi.

Sul punto è intervenuto il TAR Puglia, sezione di Lecce, con la sentenza n.1468/2019, pubblicata il 13 settembre 2019, in materia di procedura di designazione del responsabile della protezione dei dati.

Seppur non condivisibile sotto ogni aspetto, l'interpretazione dei giudici amministrativi ha il merito di mettere al centro dell'attenzione il sistema di *recruitment* dei DPO.

Questa figura, come si è detto nelle pagine precedenti, centrale nell'impianto del GDPR, è sovente svilita nella prassi quotidiana.

Spesso il terreno di maggiore rischio per la garanzia di competenza e autonomia del DPO è proprio la procedura di selezione.

I Garanti europei ed in special modo quello italiano si sono espressi ribadendo quanto siano fondamentali i principi di competenza e di tendenziale esclusività dell'attività prestata del DPO, che vanno commisurati al volume e complessità dell'attività che sono chiamati a svolgere.

La sentenza del TAR Puglia ha annullato l'aggiudicazione di un incarico biennale di DPO a una società a responsabilità limitata che aveva indicato, per lo svolgimento dell'attività, un consulente esterno.

La motivazione del provvedimento ha censurato che la S.r.l. avesse designato all'ufficio di DPO una persona esterna alla società, senza precisare e provare che quest'ultima "*appartenesse*" alla società, letteralmente ritenendo che «Il soggetto che viene designato quale DPO deve appartenere all'or-

ganico della persona giuridica, non essendo sufficiente una mera proposta d'incarico». Secondo i Giudici sarebbe mancata la prova dell'appartenenza.

La pronuncia del Tar si è occupata da vicino del settore pubblico, trattandosi di una selezione bandita da un comune, ma ha espresso un principio che potrebbe estendersi anche nel settore privato.

Secondo il Tar, quindi, la circostanza in cui una società nominata DPO, la quale designi a sua volta un soggetto esterno alle funzioni per lo specifico titolare del trattamento, ovvero l'“*incaricato*”, senza provare l'appartenenza dello stesso, viola il GDPR, secondo l'interpretazione fornita dalle sopracitate Linee Guida, nella parte in cui specificano che «è indispensabile che ciascun soggetto appartenente alla persona giuridica e operante come RPD soddisfi tutti i requisiti applicabili come fissati nella sezione 4 del RGPD».

Da questo punto di vista l'interpretazione del Tar è senza dubbio condivisibile, poiché non è altro che la citazione testuale delle Linee Guida.

Poi, però, il Tar sembra suggerire che il requisito della appartenenza sia soddisfatto solo da un rapporto di lavoro subordinato, mentre un “*incarico professionale*” porrebbe seri dubbi sull'avvenuto rispetto del requisito dell'appartenenza, perché lascerebbe, dice il Tar, «autonomia nell'esplicazione dell'incarico» minando il principio di appartenenza.

In realtà, che il vincolo giuridico tra la persona fisica “*incaricata*” e la società/organizzazione nominata DPO possa essere anche un contratto d'opera intellettuale e, quindi, un rapporto di libera professione è sicuramente possibile e condivisibile.

Lo stesso Garante per la protezione dei dati personali, con una nota di chiarimenti (protocollo n. 16763 del 6 maggio 2020), rivolta ad un'azienda sanitaria locale piemontese, ha sottolineato che, quando la funzione di Data Protection Officer è assegnata ad una persona giuridica, il referente dalla stessa designato a svolgere le attività non deve essere necessariamente un suo dipendente.

La Asl, che aveva bandito una gara per l'affidamento della funzione di DPO, nel corso del procedimento aveva escluso una società partecipante, per aver indicato un avvocato come designato a svolgere le relative funzioni.

Secondo la stazione appaltante, l'art. 37 GDPR sarebbe da interpretare

nel senso che il rapporto intercorrente tra la persona giuridica nominata DPO e la persona fisica designata deve essere necessariamente un rapporto di lavoro subordinato, forse proprio basandosi sulla lettura della sentenza del Tar Puglia, sopra citata.

Il Garante per la protezione dei dati ha assunto un orientamento estensibile a tutte le procedure di gara pubbliche, chiarendo che nel caso di un contratto di servizi tra una persona giuridica e il titolare del trattamento, il soggetto designato a svolgere le funzioni di DPO può essere sia un lavoratore dipendente, vincolato alla persona giuridica con un rapporto di lavoro subordinato, sia un libero professionista/lavoratore autonomo, vincolato alla persona giuridica con un contratto di consulenza. Dalla lettura combinata dell'art. 37, § 6 GDPR, che consente al titolare/responsabile del trattamento di scegliere un DPO "esterno", con il quale stipulare un "contratto di servizi" e delle Linee Guida sui responsabili della protezione dei dati (WP243) – adottate dal Gruppo di lavoro Art. 29 ("WP29") il 13 dicembre 2016 ed emendate il 5 aprile 2017 – emerge che l'incarico di DPO può essere assolto anche da una persona giuridica, purché coloro che siano preposti a questi compiti siano dotati dei requisiti richiesti dal regolamento e purché sia indicata una persona fisica che funga da referente della società presso il titolare/responsabile che lo ha designato.

L'interpretazione data dal TAR Puglia nella sentenza sopra riportata aveva forse concentrato l'attenzione esclusivamente sulle Linee-guida ed il concetto di "appartenenza" della persona fisica alla persona giuridica.

In realtà, a tale concetto il WP29, con le citate Linee Guida, non ha voluto assegnare un significato tecnico-giuridico, proprio per non sconfinare nelle normative nazionali che disciplinano i rapporti di lavoro.

Da un punto di vista linguistico si deve fare un'ulteriore precisazione che spiega in parte questo "incidente" interpretativo: nella versione originale in lingua inglese, le Linee Guida si riferiscono a "*each member of the organisation exercising the functions of a DPO*", che va intesa nel senso di un mero coinvolgimento delle persone fisiche preposte rispetto alla persona giuridica designata.

Sotto un altro punto di vista, invece, è certamente dovuta dalle società

candidate per l'incarico di DPO una informazione esauriente sulla persona fisica che verrà indicata come referente.

Il tema dei requisiti professionali dei DPO è un tema delicato, che in questa sezione era già stato in parte affrontato.

Si sottolinea come sul punto convergono le riflessioni della giurisprudenza italiana e belga (BDPA) nel riaffermare l'importanza di una verifica del grado di conoscenza approfondita della normativa sulla protezione dei dati da parte del singolo designato, anche quando si lavora con un'organizzazione di DPO.

Al ruolo del RPD nella tenuta del registro delle attività di trattamento le Linee-guida sui responsabili della protezione dei dati (Gruppo di lavoro Articolo 29 in materia di protezione dei dati personali) dedicano un intero paragrafo.

Ancor più recente e completo è il Provvedimento del 29 aprile 2021 con il quale il Garante per la protezione dei dati personali ha adottato, ai sensi dell'art. 57, § 1, lett. *b*) e *d*) GDPR, e dell'art. 154-*bis*, 1° comma, lett. *a*) del Codice, il «Documento di indirizzo su designazione, posizione e compiti del Responsabile della protezione dei dati (RPD) in ambito pubblico».

L'Autorità Garante ha ritenuto di dover fornire dei chiarimenti organici agli interrogativi di maggior rilievo sollevati con riferimento alla figura del RPD che opera in ambito pubblico, suggerendo misure adeguate al fine di rafforzarne il ruolo nelle amministrazioni pubbliche, in quanto figura centrale nella realizzazione delle tutele imposte dal regolamento in materia di protezione dei dati personali.

Il DPO viene definito il “*punto di contatto*” con l'Autorità, il “*facilitatore*” che agevola l'accesso da parte dell'Autorità ai documenti e alle informazioni necessarie «per l'adempimento dei compiti attribuiti dall'articolo 57, nonché ai fini dell'esercizio dei poteri di indagine, correttivi, autorizzativi e consultivi di cui all'articolo 58»⁽⁶⁾.

Il documento rappresenta il risultato di molteplici impulsi (reclami, segnalazioni e quesiti) giunti all'attenzione del Garante sulla figura del RPD in ambito pubblico.

⁽⁶⁾ Cfr. Linee Guida WP29, § 4.3, pp. 23-24.

«Sin da prima che il regolamento (UE) 2016/679 iniziasse a dispiegare i suoi effetti (25 maggio 2018), l'Autorità ha dedicato grande attenzione al tema del Responsabile della protezione dei dati (RPD) in ambito pubblico, ritenuto uno snodo fondamentale per l'acquisizione di un corretto approccio al trattamento dei dati personali, soprattutto all'interno di un panorama che vede le pubbliche amministrazioni sempre più sollecitate dalla sfida della c.d. "trasformazione digitale"». Particolarmente interessanti, ai fini del presente lavoro, sono i §§ 8 e 9 del Documento che si occupano rispettivamente del «Coinvolgimento da parte del titolare e svolgimento dei compiti da parte del RPD» e delle «Risorse messe a disposizione dal titolare e costituzione di un gruppo di collaboratori (team) del RPD».

Nelle misure indicate dal Garante, al fine di rendere effettivo il coinvolgimento del RPD ed appropriato lo svolgimento dei compiti da parte di quest'ultimo, l'Autorità ha suggerito alcune buone pratiche; tra queste si segnala la lett. c.2 che annovera tra le proposte [da parte del RPD al titolare] di attività da svolgere per migliorare la gestione dei trattamenti sul piano della conformità alla disciplina di settore e da effettuarsi sia al momento dell'assunzione dell'incarico che, periodicamente, in corso di esecuzione dello stesso, proprio l'attività di supporto per l'adempimento del registro dei trattamenti (art. 30 GDPR).

Ricordiamo che anche nell'*Allegato alle linee-guida sul RPD – indicazioni essenziali* viene ribadito che «In merito al registro dei trattamenti, la sua tenuta è un obbligo che ricade sul titolare o sul responsabile, e non sul RPD. Cionondimeno, niente vieta al titolare o al responsabile del trattamento di affidare al RPD il compito di tenere il registro delle attività di trattamento sotto la responsabilità del titolare o del responsabile stesso. Tale registro va considerato uno degli strumenti che consentono al RPD di adempiere agli obblighi di sorveglianza del rispetto del regolamento, informazione e consulenza nei riguardi del titolare o del responsabile».

Altro tema delicato che trova approfondimento è quello delle risorse necessarie, questione già affrontata nelle Linee Guida del WP29⁽⁷⁾ e che il Garante ripropone fornendo ulteriori osservazioni e suggerimenti.

⁽⁷⁾ Cfr. § 3.2, pp. 14-15.

Il Garante osserva che «Soprattutto nelle grandi amministrazioni i trattamenti effettuati possono essere numerosi, complessi e coinvolgere un'elevata quantità di dati personali, anche delicati: si pensi ai Ministeri o alle altre amministrazioni centrali, oppure alle Regioni o ai Comuni capoluogo. Inoltre, alcuni di questi enti sono dotati di una potestà normativa di rango primario e/o secondario, cui si aggiunge, in alcuni casi anche l'adozione di atti amministrativi di carattere generale, attraverso i quali possono concorrere a disciplinare trattamenti di dati personali. In questi contesti aumenta significativamente il livello di difficoltà nell'esercizio dei compiti richiesti al RPD, sia per quanto concerne il possesso di un livello piuttosto diversificato e approfondito di conoscenze specialistiche, che per quanto concerne il tempo e le energie da dedicare alle tante istanze che emergono in materia di protezione dati. Ciò significa che la persona individuata quale RPD, da sola, difficilmente può essere in grado di assolvere ai propri compiti in maniera efficace e qualitativamente adeguata».

Per tali ragioni, richiamando anche le precedenti FAQ, suggerisce di valutare «in rapporto alle dimensioni e alla complessità dei trattamenti effettuati» «l'opportunità/necessità» di istituire un apposito gruppo di persone (team) a supporto del RPD, al quale destinare le risorse necessarie allo svolgimento dei compiti stabiliti, ritenendo che possa rivelarsi vincente scegliere personale con competenze diversificate, che rivestano profili sia strettamente giuridici e amministrativi che esperti in ambito IT.

Il Garante reputa inoltre opportuno, soprattutto nelle grandi amministrazioni l'individuazione di «specifici referenti del RPD all'interno delle varie articolazioni dell'ente, che potrebbero svolgere un ruolo di supporto e raccordo, sulla base di precise istruzioni del RPD, anche, se del caso, operando quali componenti del suo gruppo di lavoro».

Sul tema della stretta connessione tra organizzazione della amministrazione, mappatura dei processi e delle attività di trattamento si dirà più avanti.

Nel paragrafo successivo verrà analizzata da un punto di vista organizzativo la redazione e l'aggiornamento del registro delle attività di trattamento, alla luce delle considerazioni sin qui esposte ed in particolare dei soggetti che vi sono coinvolti.

3.3. – Creazione e aggiornamento del registro.

Il primo passo è realizzare l'organigramma dell'Ente.

La titolarità del trattamento in capo ad una amministrazione pubblica comporta inevitabili complessità nella fase di realizzazione del registro dei trattamenti.

Definire quali siano i soggetti protagonisti del trattamento dei dati personali, i rispettivi ruoli e le responsabilità delle persone fisiche che operano nell'organizzazione diventa imprescindibile e come vedremo funzionale alla creazione ed aggiornamento di un registro delle attività di trattamento che svolga pienamente la sua funzione.

Il Titolo IV della precedente versione del Codice della Privacy, rubricato "Soggetti che effettuano il trattamento", individuava le figure del titolare, del responsabile e dell'incaricato al trattamento, il quale era definito dall'art. 30 come il soggetto che opera sotto la diretta autorità del titolare o del responsabile, attenendosi alle istruzioni impartite.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 101/2018, l'intero Titolo IV del Codice è stato abrogato.

Il Legislatore ha introdotto l'art. 2-*quaterdecies* relativo all'attribuzione di funzioni e compiti a soggetti designati.

L'art. 2-*quaterdecies* del Codice recita: «Il titolare o il responsabile del trattamento possono prevedere, sotto la propria responsabilità e nell'ambito del proprio assetto organizzativo, che specifici compiti e funzioni connessi al trattamento di dati personali siano attribuiti a persone fisiche, espressamente designate, che operano sotto la loro autorità».

A questo scopo, il 2° comma dello stesso articolo prevede che il titolare o il responsabile del trattamento individuino le modalità più opportune per autorizzare al trattamento le persone che operano sotto la propria autorità diretta.

Pur non prevedendo espressamente la figura dell'*incaricato* del trattamento (cfr. art. 30 Codice), il regolamento non ne esclude la presenza in quanto fa riferimento a «persone autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile»⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Art. 4, n. 10 GDPR.

Nelle proprie FAQ illustrative del GDPR il Garante evidenzia che «Le disposizioni del Codice in materia di incaricati del trattamento sono pienamente compatibili con la struttura e la filosofia del regolamento, in particolare alla luce del principio di “responsabilizzazione” di Titolari e Responsabili del trattamento che prevede l’adozione di misure atte a garantire proattivamente l’osservanza del regolamento nella sua interezza. In questo senso, e anche alla luce degli artt. 28, § 3, lett. *b*), 29, e 32, § 4, in tema di misure tecniche e organizzative di sicurezza, si ritiene che Titolari e Responsabili del trattamento possano mantenere la struttura organizzativa e le modalità di designazione degli incaricati di trattamento così come delineatesi negli anni anche attraverso gli interventi del Garante».

Con l’espressione «persone autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l’Autorità diretta del titolare o del responsabile» il regolamento si riferisce sostanzialmente a dipendenti o collaboratori che agiscono sotto l’autorità del titolare o del responsabile, che abbiano accesso a dati personali e non possano trattarli se non adeguatamente istruiti.

Negli enti pubblici si fa riferimento anche ai “soggetto designati” con riguardo alle persone fisiche alle quali il titolare del trattamento abbia delegato specifici poteri e funzioni in relazione alle operazioni di trattamento di dati personali e che nell’ente pubblico rivestono posizioni intermedie tra il titolare del trattamento e gli autorizzati.

Perché sono importanti questi chiarimenti sui soggetti coinvolti nel trattamento e l’organigramma dell’ente ai fini del registro delle attività di trattamento dei dati personali?

Il registro, come previsto all’art. 30 GDPR, è una delle necessarie attività di *compliance* aziendale e soprattutto costituisce uno dei principali elementi di *accountability* del titolare, in grado di fotografare l’insieme dei trattamenti posti in essere all’interno della organizzazione.

Il regolamento all’art. 30, §§ 1-2 individua gli elementi che devono necessariamente essere contenuti nel registro e che consentono di censire ed analizzare sotto molteplici prospettive i trattamenti effettuati.

Quasi superfluo sottolineare che il registro non può mai essere affrontato con un approccio statico, come se fosse un adempimento *una tantum*.

È il suo costante aggiornamento a renderlo uno strumento efficace di *compliance*, perché offrirà sempre risposte attuali sulle attività realizzate e sulle criticità ad esse collegate.

Il registro deve essere redatto in modo da essere sensibile ad ogni cambiamento che coinvolga modalità e finalità di trattamento, categorie di dati, categorie di interessati, trasferimenti, archiviazione, misure organizzative e di sicurezza; un buon registro sarà in grado di implementare le modifiche sopravvenute e soprattutto di renderne conto all'esterno.

In una organizzazione pubblica come la Regione, la dimensione dell'Ente, la complessità delle articolazioni degli uffici, il numero dei soggetti interessati e il trattamento su larga scala, l'oggetto diversificato delle attività di trattamento richiederanno un maggiore sforzo sia nella fase di redazione che in quella di tenuta attualizzata del registro.

Le modalità, anche innovative, con cui creare il registro delle attività di trattamento saranno oggetto specifico dell'ultimo capitolo, che chiuderà la presente trattazione con uno sguardo sugli scenari futuri della digitalizzazione della P.A.

Si vuole approfondire ora l'attività di raccolta dei dati con i quali rispondere alle richieste del registro: in questa fase possono annidarsi numerose insidie, che rischiano di vanificare lo sforzo profuso nella fase di mappatura della organizzazione e le potenzialità che può dispiegare il registro nella prevenzione del rischio.

Non bisogna commettere l'errore di immaginare la compilazione del registro come un mero lavoro di *data entry* su di un file Excel dove incolonnare tutti i dati previsti aggiungendo semplicemente una colonna con il "nome" del trattamento cui quei dati si riferiscono.

Mai dimenticare che il registro è la prima richiesta di esibizione durante una visita ispettiva del Garante per la protezione dei dati personali, in quanto il nucleo dell'attività ispettiva è proprio l'analisi comparativa del registro con le effettive attività del trattamento svolte dall'organizzazione. Una eccessiva sinteticità del registro dimostra un difetto nella mappatura delle attività, e per l'effetto una scarsa capacità di rendicontazione.

È interessante approfondire le indicazioni del «Manuale RPD – Linee

guida destinate ai Responsabili della protezione dei dati nei settori pubblici e para pubblici per il rispetto del regolamento generale sulla protezione dei dati dell'Unione Europea», elaborato per il programma “T4DATA” finanziato dall'UE.

Nella sezione descrittiva dei compiti organizzativi del DPO viene dato ampio spazio alla creazione del registro delle attività di trattamento dei dati personali (v. Manuale RPD, pp. 170-203).

Può rivelarsi utile, come elemento di collegamento tra il serbatoio di dati relativi alle diverse attività di trattamento e la compilazione del registro, la creazione di una scheda di raccolta dati, avvalendosi del modello di descrizione dettagliata del trattamento di dati personali realizzato dal Manuale e da utilizzare per ciascuna attività di trattamento.

L'analiticità e completezza dei campi contenuti nelle schede consentirà da un lato di costruire o integrare il registro proprio sulla base dell'import delle informazioni ricavate su ogni distinta attività di trattamento e dall'altro renderà possibile e in modo agevole la fase di aggiornamento.

In questa attività “compilativa” sarà necessario coinvolgere il personale e i responsabili del settore che materialmente eseguono le operazioni sui dati personali.

Negli enti a struttura complessa, dove il titolare non potrebbe materialmente adempiere direttamente a quanto prescritto dal GDPR, e non sarebbe sufficiente il solo ausilio del DPO, si ricorre a quella figura del “designato” prima ricordata e descritta.

Il designato, infatti, se collaborativo e consapevole dell'importanza dell'attività di creazione e aggiornamento del registro, si rivela un alleato prezioso, data la sua conoscenza specifica sia del settore nel quale opera all'interno dell'organizzazione, sia dei trattamenti dei dati personali che vi hanno luogo.

3.4. – *Correlazione tra processi/procedimenti amministrativi e attività di trattamento dei dati personali: è possibile un approccio unitario?*

Si è in più occasioni ricordato che ai sensi della normativa europea, il Responsabile della Protezione dei Dati svolge specifici compiti, anche di

supporto, per tutta l'amministrazione essendo chiamato a informare, fornire consulenza e sorvegliare in relazione al rispetto degli obblighi derivanti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali (art. 39 GDPR)⁽⁹⁾.

In questa sezione si vuole guardare il registro delle attività di trattamento da una prospettiva più ampia: il possibile ed auspicabile confronto tra gli Uffici che si occupano di privacy ed anticorruzione.

Nel Piano triennale di prevenzione della corruzione e trasparenza 2021 – 2023 della Regione Umbria, nell'ambito della analisi del contesto, con specifico riferimento al livello interno si dice «L'analisi del contesto interno, come indicato dall'ANAC sempre nel P.N.A. 2019, costituisce una delle fasi in cui si articola il processo di gestione del rischio di corruzione e «riguarda gli aspetti legati all'organizzazione e alla gestione per processi che influenzano la sensibilità della struttura al rischio corruttivo ed è volta a far emergere, da un lato, il sistema delle responsabilità, dall'altro, il livello di complessità dell'amministrazione. Entrambi questi aspetti contestualizzano il sistema di prevenzione della corruzione e sono in grado di incidere sul suo livello di attuazione e di adeguatezza». Gli aspetti fondamentali oggetto dell'analisi del contesto interno sono individuati in: descrizione della struttura organizzativa e mappatura dei processi» e si sottolinea «l'importanza di rappresentare sinteticamente l'articolazione organizzativa dell'amministrazione, evidenziandone la dimensione anche in termini di dotazione di personale; le informazioni e i dati presi a riferimento devono infatti essere funzionali all'individuazione di elementi utili ad esaminare come le caratteristiche organizzative possano influenzare il profilo di rischio dell'amministrazione» e la fondamentale «mappatura dei processi» che consiste nella individuazione ed analisi dei processi organizzativi al fine di esaminare l'intera attività svolta dall'amministrazione per individuare gli ambiti potenzialmente esposti a rischi corruttivi.

È evidente come le due attività preordinate alla attività di gestione del rischio di corruzione coincidano con quelle operazioni di analisi della strut-

⁽⁹⁾ Cfr. art. 37 GDPR e Parte IV, § 7, *I rapporti del RPCT con altri organi dell'amministrazione e con ANAC.*

tura organizzativa dell'ente per l'individuazione delle attività di trattamento dei dati personali sopra descritte e la creazione/aggiornamento del rispettivo registro introdotto dal GDPR, che può essere considerato una base di partenza per l'attività di risk assessment.

Un'attenta riflessione permette di comprendere come il legislatore degli ultimi vent'anni abbia rivolto la sua attenzione alla valutazione e prevenzione dei rischi in vari contesti – rischi di responsabilità delle società, rischi per la salute dei lavoratori, rischi di corruzione, rischi per i dati personali – sganciandosi da un approccio basato su meri adempimenti.

Se si condividono obiettivi e meccanismi preordinati al loro conseguimento, è possibile ottimizzare tempi e risorse, economiche ed umane.

In questa direzione si stanno orientando molti organismi pubblici, al fine di creare sinergie di tipo organizzativo e gestionale.

Nell'Allegato 1 (Indicazioni metodologiche per la gestione dei rischi corruttivi) al Piano Nazionale Anticorruzione per il triennio 2019-2021 si dice che «Una mappatura dei processi adeguata consente all'organizzazione di evidenziare duplicazioni, ridondanze e inefficienze e quindi di poter migliorare l'efficienza allocativa e finanziaria, l'efficacia, la produttività, la qualità dei servizi erogati e di porre le basi per una corretta attuazione del processo di gestione del rischio corruttivo. È, inoltre, indispensabile che la mappatura del rischio sia integrata con i sistemi di gestione spesso già presenti nelle organizzazioni (controllo di gestione, sistema di auditing e sistemi di gestione per la qualità, sistemi di performance management), secondo il principio guida della “*integrazione*”, in modo da generare sinergie di tipo organizzativo e gestionale. Ad esempio, laddove una mappatura dei processi sia stata già realizzata anche per altre finalità (es. revisione organizzativa per processi o sistema di performance management), si suggerisce di considerarla come un punto di partenza, in modo da evitare duplicazioni e favorire sinergie, finalizzandola alla gestione del rischio di corruzione» e che «è opportuno ribadire che i processi individuati dovranno fare riferimento a tutta l'attività svolta dall'organizzazione e non solo a quei processi che sono ritenuti (per ragioni varie, non suffragate da una analisi strutturata) a rischio».

Il PNA 2019-2021 richiama poi il ruolo di consulenza del DPO nel complesso bilanciamento trasparenza/privacy ampiamente descritto nelle pagine precedenti.

Il registro delle attività di trattamento, non vi è dubbio, che possa rappresentare lo strumento chiave per creare sinergie, accelerando e migliorando la qualità dell'analisi del rischio nei vari settori.

Il registro, infatti, rispetta il requisito della completezza, come richiesto dall'allegato al PNA quando parla di analisi di «tutta l'attività svolta dall'organizzazione», sussistendo una buona corrispondenza tra processi e attività di trattamento di dati personali: pur non potendosi parlare di piena sovrapposizione è difficile che i processi non trattino dati personali.

Per dovere di dettaglio si ricorda che «Un processo può essere definito come una sequenza di attività interrelate ed interagenti che trasformano delle risorse in un output destinato ad un soggetto interno o esterno all'amministrazione (utente). Si tratta di un concetto organizzativo che – ai fini dell'analisi del rischio – ha il vantaggio di essere più flessibile, gestibile, completo e concreto nella descrizione delle attività rispetto al procedimento amministrativo»⁽¹⁰⁾ e che più procedimenti, suddivisi in fasi, afferiscono ad un processo⁽¹¹⁾.

Ne deriva che è realizzabile e da incoraggiare l'idea di partire dal registro delle attività di trattamento dei dati personali per sottoporre i processi ad un *risk assessment* che tenga conto sia degli aspetti di protezione dei dati personali sia del rischio di corruzione e degli obblighi di trasparenza.

Allo stesso modo qualora la mappatura dei processi ai fini del controllo su corruzione e trasparenza si riveli antecedente e completa potrà supportare l'attività di aggiornamento del registro dei trattamenti, in una costante e reciproca collaborazione.

⁽¹⁰⁾ Piano Nazionale Anticorruzione per il triennio 2019-2021, Allegato 1 – Indicazioni metodologiche per la gestione dei rischi corruttivi, p. 14.

⁽¹¹⁾ Ad esempio, nell'ambito del servizio di gestione del personale della Regione Umbria sono attualmente individuabili 12 processi e 50 procedimenti amministrativi.

4. — *La sfida della digitalizzazione nel processo di adeguamento al Reg. 2016/679: evoluzione del registro dei trattamenti.*

«I diritti alla riservatezza e alla trasparenza si fronteggiano soprattutto nel nuovo scenario digitale: un ambito nel quale, da un lato, i diritti personali possono essere posti in pericolo dalla indiscriminata circolazione delle informazioni, e, dall'altro, proprio la più ampia circolazione dei dati può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare»⁽¹²⁾.

La diffusione della informatizzazione nelle pubbliche amministrazioni è una conseguenza fisiologica della natura universale dello strumento delle ICT (Information and Communications Technologies) e della sua amplissima diffusione nella società.

Il processo di informatizzazione della Pubblica Amministrazione è inteso, secondo la Comunicazione del 26 settembre 2003 della Commissione Europea, come «l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative ed all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici ed i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche» e deve ispirarsi ai valori della massima trasparenza, efficienza ed inclusività affinché vengano erogati «servizi pubblici end-to-end senza frontiere, il più possibile personalizzati ed intuitivi a tutti i cittadini e a tutte le imprese nell'UE».

Il ricorso alle ICT è indubbio che possa agevolare e rendere più efficiente l'attività dell'amministrazione sia nel *back office* (attività interna della P.A.) che nel *front office* (relazione con il pubblico).

Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione non significa solo miglioramento dell'efficienza dell'azione amministrativa ma si traduce anche in un'occasione di profondo rinnovamento del modo di funzionare della stessa.

In questo contesto anche lo strumento del registro delle attività di trat-

⁽¹²⁾ Cfr. Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 601, con nota di A. AVEARDI, *La Corte costituzionale e gli obblighi di pubblicazione dei redditi dei dirigenti pubblici.*

tamento si trova ad essere travolto dalla forza della informatizzazione, dalle sue potenzialità in termini di calcolo e interoperabilità.

Quando sono state descritte le modalità di redazione del registro si è anticipato che anche in questo campo la digitalizzazione può intervenire agevolando e potenziando il lavoro dell'uomo.

Il titolare del trattamento, coadiuvato dal DPO, può infatti individuare e adottare programmi informatici in grado di svolgere le funzioni del registro.

Esistono Software creati *ad hoc*, veri e propri gestionali, che implementano tutte le informazioni del registro delle attività di trattamento, rendono possibile quel collegamento sopra descritto con processi e procedimenti, e soddisfano tutti i requisiti contenutistici dettati dal regolamento, sublimandone l'efficacia in termini di velocità, interoperabilità e aggiornamento.

La scelta di utilizzare programmi specifici per la gestione del registro non deve mai trascendere dal contributo umano, che dovrà sempre monitorare e apportare i necessari adattamenti, funzionali alla struttura dell'Ente.

Una fase delicata, che può sollevare non pochi problemi per il responsabile della protezione dati, è sia quella della valutazione dell'affidamento del registro a società specializzate, che quella di gestione delle operazioni prodromiche alla migrazione di registri precedentemente gestiti su programmi meno complessi e di compilazione non automatica come i fogli di Excel.

Occorre instaurare uno stretto rapporto con il programmatore che curerà la migrazione dei dati, comprendere nel dettaglio il funzionamento del gestionale, valutarne utilità e rischi, operare se necessario una normalizzazione dell'insieme dei dati che confluiranno nel registro informatizzato. Anche in queste operazioni, la cooperazione di cui si è parlato nel capitolo precedente diventa essenziale.

Una mappatura di processi, procedimenti e attività di trattamento completa ed attuale renderà il registro dei trattamenti uno strumento in grado di creare connessioni, navigare interattivamente tra servizi dell'Ente, verificare la completezza delle informazioni e gestire in modo efficace l'analisi del rischio e la valutazione d'impatto.

Quello che per troppo tempo è stato percepito come l'ennesimo gravame, un ulteriore costo da mettere a bilancio oltretutto un appesantimento bu-

rocratico, oggi può essere accolto con minore diffidenza, maggiore consapevolezza e rivelare proprio nel registro delle attività di trattamento elemento propulsivo dell'efficienza e del buon andamento della P.A.

5. — *Considerazioni conclusive.*

Le PP.AA. soffrono spesso di una cronica e connaturata lentezza nel recepire le novità e non è più tollerabile giustificare le carenze organizzative con semplici questioni di bilancio, accettando l'idea che un adeguamento sostanziale e consapevole si avrà soltanto con l'avvento delle sanzioni previste dal regolamento.

Sono stati condotti diversi studi sul livello di adeguamento della P.A. al GDPR e non si può certo essere soddisfatti dei risultati.

Nel settembre 2018 è stata condotta una indagine a tappeto – “sweep” – a carattere internazionale, dalle Autorità per la protezione dei dati personali appartenenti al Global Privacy Enforcement Network (GPEN)⁽¹³⁾ per verificare il rispetto del principio di responsabilizzazione.

L'indagine internazionale sul rispetto del principio di *accountability* introdotto dal GDPR è stata condotta in 18 Paesi e con riferimento al panorama italiano il Garante privacy osservava che Regioni, Province autonome e società controllate devono ancora impegnarsi per il pieno rispetto del principio di responsabilizzazione e che «Nonostante la maggior parte delle imprese e degli enti pubblici analizzati dalle Autorità per la protezione dei dati personali di 18 Paesi», si legge nel report, «inclusa quella italiana, mostri una buona comprensione dei concetti base del principio di responsabilizzazione

⁽¹³⁾ La Rete globale delle autorità incaricate di dare attuazione alle norme sulla privacy (Global Privacy Enforcement Network, GPEN) è stata creata nel 2010 su raccomandazione dell'OCSE. Mira a promuovere la cooperazione transfrontaliera fra le autorità per la privacy in un contesto sempre più globalizzato, in cui le attività commerciali e gli stessi consumatori necessitano di flussi ininterrotti di dati personali. I membri della Rete collaborano per potenziare la tutela della privacy in questo contesto globale. La rete, che ha natura informale, comprende oltre 60 autorità di 39 paesi.

(*accountability*), permangono carenze significative in merito alla concreta attuazione di politiche e programmi specifici a tutela della *privacy*».

Il Garante per la *privacy* italiano ha analizzato regioni e province autonome, nonché le rispettive società controllate che effettuano rilevanti trattamenti di dati personali per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico, coprendo oltre un quinto delle 356 organizzazioni oggetto di “*sweep*” in tutto il mondo.

L’indagine ha messo in luce un progressivo miglioramento nelle misure a tutela della *privacy* adottate dagli enti pubblici.

«Il nuovo regolamento Ue in materia di *privacy* ha valorizzato in maniera determinante la “funzione sociale” della protezione dei dati personali, attribuendo un ruolo chiave e una più marcata responsabilità ad aziende e pubbliche amministrazioni. I risultati dello *sweep* 2018 confermano che c’è ancora molto da fare – sia in Italia, sia all’estero – affinché i principi a tutela della *privacy* vengano declinati correttamente nelle pratiche quotidiane, nei processi organizzativi e lungo tutta la catena decisionale nel settore pubblico e in quello privato»⁽¹⁴⁾.

Con specifico rinvio a valutazione e monitoraggio dei rischi, l’indagine ha messo in evidenza che la maggior parte dei soggetti analizzati ha creato un registro dei trattamenti effettuati, rilevando tuttavia che un quinto delle Regioni dovrebbe fare uno sforzo maggiore per tenere traccia anche dei dati personali comunicati o trasmessi a terzi.

Uno studio molto recente non ha purtroppo offerto un quadro migliore, consegnando l’immagine di una Pubblica Amministrazione ancora in affanno sulla *privacy*⁽¹⁵⁾: dall’analisi dei provvedimenti pubblicati sul sito del Garante della *privacy* è emerso che «dal 2020 al primo quadrimestre 2021 oltre il 71% delle sanzioni per violazioni della *privacy* è stata irrogata a enti pub-

⁽¹⁴⁾ Dichiarazioni del Presidente A. Soro nel documento «Indagine internazionale sul rispetto della *privacy* – Sweep 2018 Garante *privacy*: Regioni, Province autonome e società controllate devono ancora impegnarsi per il pieno rispetto del principio di responsabilizzazione (*accountability*)».

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. Ciccia Messina, PA in affanno sulla *privacy*: il 71% delle sanzioni per violazioni del GDPR irrogate a enti pubblici, in *federprivacy.org/informazione/societa*.

blici e il 28,8% a soggetti privati. Su un totale di 80 ordinanze-ingiunzioni, 57 sono state indirizzate a pubbliche amministrazioni e 23 a privati. Se quelle imposte a soggetti privati arrivano, in singoli casi, a importi milionari, quelle rivolte agli enti pubblici preoccupano per la loro capillare diffusione, sia tra amministrazioni centrali sia tra enti locali».

In questi giorni si è celebrato il terzo anniversario dalla attuazione del GDPR, operativo dal 25 maggio 2018, e anche se non può dirsi ancora raggiunto l'obiettivo di una unificazione normativa del vecchio continente rispetto alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, l'auspicio è che l'impulso ad una crescente responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni arrivi proprio dai consociati, che riscoprendosi cittadini, nel senso più profondo del termine, partecipino attivamente alla vita pubblica, con un richiamo alla tutela piena dei propri dati personali.

SIMONA SERGIO^(*)

IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

ABSTRACT: This contribution analyzes the discipline of personal data processing carried out in the public domain. The analysis takes into consideration the impact that the reference discipline on the protection of personal data - Regulation (EU) n. 679/2016 and the internal implementation legislation - has had on the national internal system, particularly in how the entry into force of the GDPR has affected the discipline of administrative procedures incident, as is known, on the principles of transparency of public action and, of confidentiality and protection of personal data and on the necessary balancing operations to be carried out, aim to reduce the physiological tension between public power and private rights.

SOMMARIO: 1. Il processo di adeguamento al regolamento (UE) 2016/679. – 2. Il trattamento dei dati personali nelle Pubbliche Amministrazioni. – 3. La base giuridica del trattamento per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico connesso ad esercizio di pubblici poteri. – 4. Il diritto di accesso e la trasparenza nella Pubblica Amministrazione. – 5. Il rapporto tra riservatezza e trasparenza. – 6. L'*accountability* nella Pubblica Amministrazione.

1. — *Il Processo di adeguamento al Regolamento (UE) 2016/679.*

Il Regolamento, com'è noto, insieme alla Direttiva (UE) 2016/680 sulla protezione dei dati nelle attività di prevenzione e repressione dei reati, costituisce il *pacchetto di protezione dei dati personali* con cui il legislatore europeo ha voluto attuare un quadro solido e coerente in materia di *privacy*, affiancandolo da efficaci misure di attuazione volte a rafforzare la certezza giuridica ed operativa tanto per le persone fisiche quanto per gli operatori economici che per le autorità pubbliche.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

Lo schema di decreto legislativo A.G. 22 è adottato in attuazione della delega contenuta nell'art. 13 della legge n. 163 del 2017 (legge di delegazione europea 2016-2017)⁽¹⁾.

A completamento del recepimento del c.d. *pacchetto di protezione dei dati personali*, la stessa legge di delegazione europea (art. 11) ha delegato il Governo a recepire anche la Direttiva 2016/680, relativa al trattamento dei dati personali a fini di prevenzione e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

Nel processo di adeguamento al nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali L'art. 5 dello schema di decreto legislativo interviene sul Titolo IV del Codice, relativo ai trattamenti di dati personali in ambito pubblico (artt. 59-74).

Il Capo I di questo titolo, relativo all'accesso a documenti amministrativi, non subisce rilevanti modifiche. In merito, in base al Regolamento UE l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali può essere considerato di interesse

⁽¹⁾ Lo schema di decreto legislativo A.G. n. 22, è stato adottato in attuazione della delega conferita al Governo dall'art. 13 della legge n. 163 del 2017, ed è volto ad adeguare l'ordinamento italiano alle previsioni del Regolamento (UE) 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. In particolare, la disposizione delega il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge (21 novembre 2017), e dunque entro il 21 maggio 2018, uno o più decreti legislativi al fine di provvedere all'adeguamento del quadro normativo interno al Regolamento (UE) n. 2016/679 così da garantire un sistema armonizzato in materia di *privacy*.

Nell'esercizio della delega il Governo è chiamato a rispettare, oltre ai principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della legge n. 234 del 2012, anche i seguenti: abrogare espressamente le disposizioni del Codice della *privacy*; incompatibili con quelle del regolamento (UE) n. 2016/679; modificare il Codice della *privacy* limitatamente a quanto necessario per dare attuazione alle disposizioni non direttamente applicabili; contenute nel regolamento (UE); coordinare le disposizioni vigenti in materia di protezione dei dati; personali con le disposizioni recate dal regolamento (UE); prevedere la possibilità di affidare al Garante l'adozione di specifici; provvedimenti attuativi e integrativi previsti dal Regolamento; adeguare, nell'ambito delle modifiche al Codice della *privacy*, il sistema sanzionatorio penale e amministrativo vigente alle disposizioni del regolamento (UE) con previsione di sanzioni penali e amministrative efficaci, dissuasive e proporzionate alla gravità della violazione delle disposizioni stesse. Cfr. *Dossier Studi n.18 del 21 maggio 2018* a cura del Servizio Studi della Camera dei Deputati, in *senato.it/service*.

pubblico (Considerando n. 154). Per questa ragione, l'art.86 del Regolamento consente alle autorità pubbliche o agli organismi pubblici o privati che trattano dati personali contenuti in documenti ufficiali in esecuzione di un compito di interesse pubblico, di comunicare tali dati, nel rispetto della disciplina europea e della normativa nazionale di riferimento, al fine di conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il diritto alla protezione dei dati personali.

In particolare, all'art. 59, che rinvia alla l. 7 agosto 1990, n. 241 per la disciplina delle modalità e dei limiti all'accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali, viene sostituito il riferimento ai dati sensibili e giudiziari, con quello alle categorie particolari di dati di cui agli artt. 9 e 10 del Regolamento.

La disposizione viene inoltre integrata da un riferimento all'accesso civico, cioè al diritto di chiunque – ai sensi della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 33 del 2013 – di accedere a dati, documenti e informazioni delle pubbliche amministrazioni senza necessità di dimostrare un interesse legittimo⁽²⁾.

Limitate modificazioni sono apportate anche all'articolo 60 del Codice, che detta disposizioni più puntuali relativamente ai *dati relativi alla salute o alla vita sessuale*. La riforma mantiene il principio vigente, in base al quale l'accesso ai documenti che contengono dati di questo tipo è consentito solo se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con il diritto di accesso è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato o consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale. Le modifiche al testo riguardano infatti: *a)* l'ampliamento dei dati considerati, aggiungendo ai dati relativi alla salute e alla vita sessuale anche i dati genetici e i dati sull'orientamento sessuale, in ossequio alla definizione di dati particolari di cui all'art. 9, § 1, del Regolamento; *b)* l'eliminazione del concetto di libertà inviolabile; si fa riferimento ora alle sole libertà fondamentali⁽³⁾.

⁽²⁾ In particolare, in base all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, l'accesso civico è definito semplice quando si consente a chiunque di richiedere documenti, dati o informazioni che le amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare (1° comma); è definito generalizzato quando si consente a chiunque di richiedere documenti, dati o informazioni ulteriori rispetto a quelli che le amministrazioni sono obbligate a pubblicare (2° comma).

⁽³⁾ Art. 60, d.lgs. n. 196/2003.

Il Capo II, relativo ai *registri pubblici* e agli *albi professionali*, si compone del solo articolo 61, nel quale si attribuisce al Garante il compito di farsi promotore di codici di deontologia. La riforma si limita a ricondurre questa disposizione alle *regole deontologiche* di cui all'art. 2-*quater*, ed a correggere l'attuale riferimento ai dati sensibili e giudiziari con quello ai dati di cui agli artt. 9 e 10 del Regolamento.

Quando i dati inseriti nei registri o albi non presentino particolari esigenze di tutela, potranno essere comunicati a soggetti pubblici o privati o diffusi nel rispetto dell'articolo 2-*ter* del d.lgs. n.196/2003 che sostituisce il riferimento all' art. 19 del Codice Privacy, abrogato dalla riforma (d.lgs. n. 101/2018). L'art. 2-*ter* del Codice riformato riguarda i trattamenti per motivi di interesse pubblico per i quali conferma la necessità di un fondamento legislativo, consentendo peraltro, in presenza di una comunicazione al Garante, la comunicazione dei dati tra soggetti che li trattano per finalità pubbliche, anche a prescindere da tale fondamento normativo. Tale possibilità è offerta, non solo ai soggetti pubblici, come nella vigenza della Direttiva 95/46/CE, ma anche ai privati purché gli stessi trattino i dati per finalità di interesse pubblico. Nell'impostazione del Regolamento è, infatti, irrilevante la natura pubblica o privata del soggetto titolare del trattamento in quanto viene dato specifico rilievo alle finalità per le quali è effettuato il trattamento stesso⁽⁴⁾.

Il Capo III, dedicato ai dati contenuti nei registri dello stato civile, nelle anagrafi e nelle liste elettorali viene abrogato dalla riforma.

In particolare, l'art. 62, che definisce di rilevante interesse pubblico la tenuta dei registri dello Stato civile, dell'anagrafe e delle liste elettorali anche degli italiani all'estero è abrogato, in quanto il suo contenuto è pressoché integralmente ricompreso nell'elencazione dell'art. 2-*sexies*, lett. *b*), relativo al *trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi di interesse pubblico rilevante*⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ *Dossier Studi n. 18 del 21 maggio 2018*, a cura del Servizio Studi della Camera dei Deputati: senato.it/service.

⁽⁵⁾ Con l'entrata in vigore del Regolamento, la categoria dei dati *sensibili*, che è stato uno dei pilastri sui quali si è fondata l'architettura del Codice della *privacy*, è stata ridefinita facendo riferimento alle *categorie particolari di dati personali*. In generale, il trattamento

L'art. 63, relativo alle modalità di consultazione degli atti conservati negli archivi dello stato civile, è abrogato.

La riforma abroga i Capi IV e V del Titolo IV, relativi, rispettivamente, all'elencazione delle *finalità di rilevante interesse pubblico* (artt. 64-73)⁽⁶⁾ ed ai *particolari contrassegni* (art. 74).

2. — *Il trattamento dei dati personali nelle Pubbliche Amministrazioni.*

Dall'analisi appena svolta, relativa il processo di adeguamento della normativa nazionale al Regolamento UE 2016/679, è dunque evidente come il GDPR non preveda sostanziali differenze in considerazione della natura soggettiva del titolare del trattamento, ma si focalizza sulla base giuridica del rapporto-trattamento.

di questi dati – che sostanzialmente sono gli stessi già definiti “*sensibili*” con l’aggiunta dei *dati genetici e biometrici e relativi all’orientamento sessuale* – è vietato, a meno che non trovi fondamento nel consenso esplicito dell’interessato ovvero nella necessità del trattamento stesso per una serie di motivi tassativamente elencati. L’articolo 2-*sexies* del Codice, disciplina il trattamento delle categorie particolari di dati personali *necessario per motivi di interesse pubblico rilevante*, consentendolo solo in presenza di un fondamento normativo che specifichi i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante.

⁽⁶⁾ Quanto alle precedenti ampie elencazioni delle *finalità di interesse pubblico* relative a cittadinanza, immigrazione e condizione dello straniero (art. 64), ai diritti politici e alla pubblicità dell’attività degli organi istituzionali (art. 65), alla materia tributaria e doganale (articolo 66), alle attività di controllo e ispettive (art. 67), ai benefici economici e alle abilitazioni (art. 68), alle onorificenze (art. 69), al volontariato e all’obiezione di coscienza (art. 70), alle attività sanzionatorie e di tutela (art. 71), ai rapporti con enti di culto (art. 72) ed alle altre finalità in ambito amministrativo e sociale (art. 73), sono abrogate in quanto previste dalla più stringata elencazione dell’articolo 2-*sexies* del Codice riformato, in particolare alle lett. *d), e), f), g), h), i), l), m), n), o), p)* ed *r)*.

Con la trasposizione delle finalità di interesse pubblico nell’articolo 2-*sexies* del d.lgs. n. 196/2003 e la contestuale abrogazione degli articoli da 64 a 73, non si include tra le finalità riconosciute di rilevante interesse pubblico *il trattamento dati per la documentazione dell’attività istituzionale di organi pubblici* [ex art. 65, 1° comma, lett. *b)*, Codice *Privacy*], con particolare riferimento alla redazione di verbali e resoconti dell’attività delle assemblee rappresentative e allo svolgimento della funzione di sindacato ispettivo (art. 65, 4° comma, Codice *Privacy*).

Sulla scorta di questa impostazione il Codice Privacy italiano, come novellato dal d.lgs. 101/2018, non prevede una disciplina differenziata per i trattamenti effettuati per finalità pubbliche, salvo le eccezioni costituite dalla necessità di prevenire reati, tutelare la sicurezza nazionale, politica estera e lotta al terrorismo per le quali lo stesso Considerando 16 del Regolamento, rinvia alla disciplina speciale contenuta nella direttiva UE 2016/680.

Ciò trova giustificazione nella circostanza che tutti i rapporti giuridici rientranti nella categoria di “trattamento di dati personali” recano in sé l’elemento della soggezione dell’interessato al potere del titolare. Il criterio seguito dal legislatore europeo è dunque di natura prettamente oggettivo, rilevando non l’identità o la qualifica del titolare quanto piuttosto il modo d’essere del trattamento, incluso certamente la tipologia di dati trattati.

Ciò è reso evidente dall’art. 6 del Regolamento, dedicato alla liceità del trattamento che elenca le condizioni in base alle quali il trattamento può essere considerato lecito [1° comma, lett. a)-f)]. Tale disposizione ancora la liceità del trattamento a due requisiti alternativi: la necessità del trattamento e il consenso dell’interessato [art. 6, § 1, lett. a)]. I casi di necessità sono individuati dallo stesso art. 6 [§ 1, lett. da b) a f)]⁷⁾, tra cui la necessità di eseguire un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento [art. 6, § 1, lett. e)]. Tale previsione è chiaramente applicabile non solo ai trattamenti effettuati

⁷⁾ Il § 2 dell’art. 6 del Regolamento consente inoltre agli Stati di mantenere o introdurre disposizioni più specifiche con riguardo ai trattamenti: necessari per adempiere ad un obbligo legale o necessari per l’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri. Inoltre, il § 3 dell’art. 6 impone agli Stati membri di individuare la base giuridica per determinate categorie di trattamenti: si tratta delle ipotesi in cui il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento [lett. c)] e delle ipotesi in cui il trattamento è necessario per l’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento [lett. e)]. La medesima base giuridica è necessaria anche per la determinazione della finalità del trattamento. Infine, il § 3 dell’art. 6 consente agli Stati, nell’emanazione della suddetta base giuridica, di dettare disposizioni specifiche con riguardo, ad esempio, alla comunicazione dei dati, ai periodi di conservazione e alle operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento.

dalle Pubbliche Amministrazioni in senso stretto, ma anche da ogni altro soggetto al quale sono attribuiti compiti o incombenze, anche contingenti, di rilievo pubblicistico.

Esigenze di rispetto del principio di legalità in senso sostanziale emergono anche nel settore della protezione dei dati personali, come dimostra la puntualizzazione contenuta nel considerando 45, a mente della quale i trattamenti che trovino la propria base giuridica nell'art. 6, § 1, lett. *c)* ed *e)*, del GDPR devono basarsi sul diritto dell'Unione o di uno Stato membro⁽⁸⁾.

L'art. 6, § 1 GDPR, inoltre, esclude che i soggetti pubblici nell'esecuzione dei propri compiti possano trattare dati personali ricorrendo al legittimo interesse come condizione di liceità: con ciò si evidenzia come la base giuridica di cui all'art. 6, § 1, lett. *e)* sia, per siffatti trattamenti, tendenzialmente assorbente rispetto ad ogni altra, in quanto la norma sembra introdurre una presunzione di prevalenza dell'interesse (pubblico) del titolare, esonerando quest'ultimo da ogni ulteriore attività valutativa.

Pertanto, anche i trattamenti effettuati per finalità pubblicistiche da Amministrazioni dello Stato non vanno esenti da operazioni di bilanciamento, posto che in essi si riverbera la tensione irriducibile fra potere pubblico e diritti dei privati: la peculiarità risiede nel fatto che, in tali casi, la ponderazione in esame non viene svolta dal titolare del trattamento, bensì direttamente dal legislatore ed è consacrata nella norma attributiva del potere dell'Amministrazione, in ossequio al principio di legalità sostanziale. Si tratta, dunque, di una riserva di legge relativa rinforzata per contenuto, con la conseguenza che, qualora uno Stato membro, nel proprio ordinamento interno, dovesse individuare con legge un interesse pubblico rilevante, abilitando l'Amministrazione ai relativi trattamenti di dati personali cd. "sensibili", la legge me-

⁽⁸⁾ Sul punto il Considerando 45 GDPR prevede che «dovrebbe altresì spettare al diritto dell'Unione o degli Stati membri stabilire se il titolare del trattamento che esegue un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri debba essere una pubblica autorità altra persona fisica o giuridica di diritto pubblico o, qualora sia nel pubblico interesse, anche per finalità inerenti alla salute, quali la sanità pubblica e la protezione sociale e la gestione dei servizi di assistenza sanitaria, di diritto privato, quale un'associazione professionale».

desima dovrebbe essere dichiarata illegittima nell'ipotesi in cui difetti degli elementi anzidetti⁽⁹⁾.

Il legislatore europeo si mostra, in definitiva, consapevole della particolarità dei trattamenti di dati personali effettuati per finalità pubblicistiche e, sebbene non appresti, come si è detto, una disciplina differenziata, consente agli Stati membri di prevedere deroghe puntuali in settori delicati.

Ciononostante, l'entrata in vigore del GDPR e della normativa di adeguamento ha inciso principalmente sulla disciplina dei procedimenti amministrativi incidenti su profili di riservatezza e protezione dei dati personali, sia da un punto di vista sostanziale, che formale-procedurale. Spetta, in tale contesto, all'interprete, individuati i punti di possibile frizione fra la normativa interna in materia di procedimento amministrativo e quella di derivazione sovranazionale sulla tutela del dato personale, ridefinire un nuovo equilibrio fra la tutela dei diritti dell'interessato, nella sua duplice veste di soggetto passivo di un trattamento di dati personali e di soggetto interessato di un procedimento amministrativo.

3. — *La base giuridica del trattamento per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico connesso ad esercizio pubblici poteri.*

La pubblica amministrazione fonda le sue basi giuridiche per il trattamento dei dati personali *sull'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*⁽¹⁰⁾.

Il GDPR stabilisce che un trattamento di dati personali deve trovare fondamento in una base giuridica. La base giuridica è ciò che autorizza legal-

⁽⁹⁾ C. D'ORAZI (a cura di), *I trattamenti di dati personali effettuati dalla P.A. alla luce del Regolamento UE 679/2016*, in *iusinjinere.it*.

⁽¹⁰⁾ Una disciplina particolare di trattamento, relativa l'attività della Pubblica Amministrazione, è stata introdotta con la direttiva 2016/680 relativa la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle Autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali (attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 51/2018).

mente il trattamento. In assenza di una base legale il trattamento è illecito. Il titolare del trattamento ha l'obbligo di valutare quale sia la base giuridica più idonea tra quelle indicate dall'art. 6 GDPR rispetto al trattamento che intende porre in essere, e questo prima di iniziare il trattamento.

Ogni base giuridica obbedisce a condizioni specifiche ed ha differenti conseguenze sui diritti delle persone. Non esiste una gerarchia tra le diverse basi giuridiche ma la stessa, una volta individuata deve essere indicata nell'informativa rivolta agli utenti ed è utile menzionarla nel registro dei trattamenti. L'art. 6 GDPR enuncia le condizioni in base alle quali il trattamento può dirsi lecito⁽¹¹⁾.

In particolare l'art. 6 disciplina il caso "Interesse pubblico o esercizio di pubblici poteri"⁽¹²⁾: questa base giuridica si applica in particolare per il trattamento effettuato dalle autorità pubbliche necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento (tramite legge statale o dell'Unione). È la norma giuridica (legge, regolamento o decreto) che deve indicare i compiti, e quindi l'interesse pubblico. Può riguardare anche organizzazioni private che svolgono compiti di interesse pubblico⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ [Protezionedatipersonali.it/base-giuridica-del-trattamento](https://www.protezionedatipersonali.it/base-giuridica-del-trattamento).

⁽¹²⁾ Art. 6, § 1 GDPR (Liceità del trattamento): «Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: (C40) a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; (C42, C43) b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; (C44) c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; (C45) d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; (C46) e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; (C45, C46) f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. (C47-C50) La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti»; art. 2-ter, 1° comma Codice Privacy: «La base giuridica prevista dall'articolo 6, paragrafo 3, lettera b), del regolamento è costituita esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento».

⁽¹³⁾ Cfr. Considerando 45 GDPR.

L'inserimento di questa particolare base giuridica non è peraltro, di scarso rilievo, atteso che, in sua assenza, sarebbe stato possibile legittimare i trattamenti di dati personali in ambito pubblico evocando la necessità di adempiere ad un obbligo legale imposto al titolare del trattamento [art. 6, § 1, lett. c)].

In realtà questa considerazione si basa sull'interpretazione, oggi largamente maggioritaria, del principio di legalità "cd" in senso sostanziale, nel senso che il potere dell'Amministrazione, per potersi considerare legittimo, deve essere previsto in astratto da una norma di legge, nonché definito nei suoi presupposti e modalità di esercizio.

Tuttavia, l'attività amministrativa non può essere considerata nella sua interezza come l'oggetto di un obbligo legale, posto che la *discrezionalità* è un connotato essenziale dell'attività amministrativa, e che esistono una serie di attività di interesse pubblico il cui esercizio è costruito dalla norma attributiva del potere come oggetto di una facoltà, e non di un obbligo. Ed è proprio in relazione ad esse ed ai connessi trattamenti di dati personali che, per ragioni di chiarezza e coerenza normativa, si rende necessaria la previsione di un'apposita base giuridica, quale risulta quella prevista dall'art. 6, § 1, lett. e) GDPR, a mente del quale «il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento».

Questa conclusione trova conforto anche in altro dato testuale. In particolare, l'art. 9, § 2, lett. g), con riferimento ai «trattamenti di categorie particolari di dati personali», pone come possibile condizione di liceità i «motivi di interesse pubblico rilevante», a patto che: *i*) siano previsti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri; *ii*) siano proporzionati alla finalità perseguita dal trattamento; *iii*) la norma che li prevede rispetti «l'essenza del diritto alla protezione dei dati personali»; *iv*) siano approntate misure appropriate e specifiche a tutela dell'interessato⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ La regola generale ex art. 9, § 1 GDPR afferma che «è vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento

Si tratta, dunque, di una riserva di legge relativa rinforzata per contenuto, con la conseguenza che, qualora uno Stato membro, nel proprio ordinamento interno, dovesse individuare con legge un interesse pubblico rilevante, abilitando l'Amministrazione ai relativi trattamenti di dati personali c.dd. sensibili, la legge medesima dovrebbe essere dichiarata illegittima nell'ipotesi in cui difetti degli elementi anzidetti⁽¹⁵⁾.

Il legislatore europeo si mostra, altresì, consapevole della particolarità dei trattamenti di dati personali effettuati per finalità pubblicistiche e, sebbene non apprestati, come si è detto, una disciplina differenziata, consente agli Stati membri di prevedere *deroghe* puntuali in settori delicati.

sessuale della persona». L'eccezione a tale divieto, prevista dal successivo § 2, lett. g), dispone che se «il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante» giustificato dal diritto UE o dal diritto interno, proporzionato alla finalità perseguita, conforme alle garanzie di protezione dei dati e nell'ambito di misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali dell'interessato. Pertanto i trattamenti delle categorie particolari di dati personali di cui all'art. 9, § 1 GDPR, necessari per motivi di interesse pubblico rilevante ai sensi del § 2, lett. g) del medesimo articolo, sono ammessi qualora siano previsti dal diritto dell'Unione europea ovvero, nell'ordinamento interno, da disposizioni di legge o, nei casi previsti dalla legge, di Regolamento che specificchino i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare gli interessi e i diritti fondamentali dell'interessato. Fermo quanto previsto dal comma 1, si considera rilevante l'interesse pubblico relativo a trattamenti effettuati da soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri (in tutta una serie di materie puntualmente elencate nell'art. 2-*sexies* del d.lgs. n. 196/2003). A tal riguardo il d.lgs. n. 101/2018, nel processo di adeguamento al GDPR, per porre rimedio all'estrema genericità della nozione di interesse pubblico ivi contenuta ha individuato un elenco di trattamenti che si considerano effettuati per «motivi di interesse pubblico rilevante» (art. 2-*sexies* in relazione all'art. 9 GDPR, concernente i dati che il Codice previgente definiva “dati sensibili”). Regola ed eccezione contenuti nel Regolamento sono stati dunque ripresi a livello interno dall'art. 2-*sexies* del Codice Privacy italiano riformato, che al comma 2 elenca per l'appunto i «*motivi di interesse pubblico rilevante*». Il medesimo meccanismo viene replicato per: il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute, ai sensi del combinato disposto artt. 9, § 4 GDPR e 2-*septies* Codice *privacy*; il trattamento dei dati personali relativi a condanne penali e reati, ai sensi del combinato disposto artt. 10 GDPR e 2-*octies* Codice Privacy.

⁽¹⁵⁾ Si sottolinea come, nell'ipotesi in questione, il giudice comune chiamato ad applicare la norma interna che non preveda gli elementi anzidetti – e quindi contrasti con l'art. 9, § 2, lett. g) GDPR – dovrebbe sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale, e non potrebbe limitarsi a disapplicare la legge interna.

Così, ad esempio, il Considerando 20, dopo aver ribadito che il Regolamento si applica anche ai trattamenti effettuati da Autorità giudiziarie nell'esercizio delle proprie funzioni, stabilisce che, in relazione ad essi, «il diritto dell'Unione o degli Stati membri potrebbe specificare le operazioni e le procedure di trattamento»: ciò, in particolare, anche per evitare ingerenze del Garante privacy in settori e materie riservate ad altro potere dello Stato.

Altra importante precisazione proviene dal Considerando 31⁽¹⁶⁾, il quale, concludendo comunque nel senso che anche le Autorità pubbliche devono rispettare le norme in materia di protezione dei dati personali secondo le finalità del trattamento, esonera talune Amministrazioni, come ad esempio le Autorità fiscali e doganali e le Autorità amministrative indipendenti, dall'essere considerate destinatarie delle norme del Regolamento UE nelle ipotesi in cui gli siano comunicati dati personali per lo svolgimento di attività d'indagine che rientrano nella loro missione istituzionale⁽¹⁷⁾.

È utile mettere in evidenza che proprio nei rapporti tra privato e Pubblica amministrazione è possibile che vengano alla luce potenziali situazioni di conflitto dal momento che, come nella generalità degli ordinamenti a base democratica, la tutela dei dati personali va necessariamente conciliata con il diritto alla libertà di espressione e di informazione nella sua doppia anima di diritto di informare, di comunicare e trasmettere informazioni e diritto ad essere informati ed a ricevere le informazioni⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Considerando 31 GDPR.

⁽¹⁷⁾ Cfr. C. D'ORAZI (a cura di), *I trattamenti di dati personali effettuati dalla P.A. alla luce del Regolamento UE 679/2016*, cit.

⁽¹⁸⁾ La libertà di ricevere informazioni trova un richiamo normativo tanto nella Carta dei diritti dell'Unione quanto nella CEDU. L'art.11 della Carta di Nizza, infatti prevede che «ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare le informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limite di frontiere». Specularmente l'art. 10, 1° comma CEDU: «Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre ad un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive».

Questa ambivalenza della libertà di informazione poggia sulla necessità di garantire una *governance* trasparente dell'agire pubblico e costituisce sia il portato che l'obiettivo di ogni sistema democratico. Per tale ragione la portata del diritto ad essere informati ha subito negli ultimi anni un notevole ampliamento fino ad inglobare al suo interno anche il diritto di accesso ai documenti amministrativi.

4. — *Il diritto di accesso e la trasparenza della Pubblica Amministrazione.*

Norberto Bobbio nel 1980 definiva la democrazia come «governo del potere visibile [...] i cui atti si svolgono in pubblico, sotto il controllo della pubblica opinione»⁽¹⁹⁾.

Già la direttiva 95/46/CE, al Considerando 72 consentiva, nell'applicazione dei principi in essa stabiliti che si tenesse conto del principio dell'accesso del pubblico ai documenti ufficiali.

Anche la Giurisprudenza di poco successiva all'emanazione della Direttiva aveva mostrato la consapevolezza che non si potesse comunque trattare di un'accessibilità integrale, incontrollata e senza limiti e, che d'altro canto non si potesse procedere ad un'utilizzo di questi dati per qualsiasi finalità.

La centralità della questione era stata compresa ampiamente anche dal Gruppo articolo 29 che nel Parere n. 3/1999 aveva affermato: «il legislatore quando auspica che un dato sia reso accessibile al pubblico, non intende però che esso diventi *res nullius*». Il carattere pubblico di un dato personale in definitiva, che deriva da una regolamentazione o dalla volontà dell'interessato, non priva per ciò solo e definitivamente la persona medesima della tutela che le garantisce la legge ai sensi dei principi fondamentali di tutela dell'identità umana⁽²⁰⁾.

In Italia ancor prima dell'emanazione del d.lgs. n. 97/2016 che, come noto, ha introdotto l'istituto dell'*accesso generalizzato*, il problema dell'accesso

⁽¹⁹⁾ N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1980, X, pp. 181-197.

⁽²⁰⁾ Parere Gruppo articolo 29, n. 3/1999.

alle informazioni detenuta dalla Pubblica amministrazione è stato spesso al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale nel tentativo comune di fornire tutte le risposte alle domande sollevate dalla difficile conciliazione tra l'obiettivo di agevolare l'accesso ai dati nel settore pubblico, fondata com'è noto sulla volontà di rafforzare la *trasparenza*⁽²¹⁾ dell'azione amministrativa nei confronti del cittadino, e la protezione dei dati personali come definito e tutelato dall'ordinamento sovranazionale europeo. La prima disciplina in materia di accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni si è avuta con la legge sul procedimento amministrativo l. 241 del 1990, modificata a più riprese per implementare le esigenze di trasparenza amministrativa, da ultimo con l'introduzione dell'istituto dell'accesso generalizzato di cui al d.lgs. n. 97/2016⁽²²⁾.

L'interesse all'informazione e alla trasparenza dell'attività pubblica si realizza, nel nostro ordinamento attraverso l'esercizio del diritto di accesso in tutte le sue declinazioni: *a)* accesso "documentale" (*ex* l. 241/90) collegato alle specifiche esigenze del richiedente e caratterizzato dalla connotazione strumentale agli interessi individuali dell'istante, posto in una posizione differenziata rispetto agli altri cittadini che legittima il diritto di conoscere e di

⁽²¹⁾ La trasparenza amministrativa consiste, nella sua accezione più ampia, nell'assicurare la massima circolazione possibile delle informazioni sia all'interno del sistema amministrativo, sia fra questo ultimo ed il mondo esterno: in base all'art. 1, l. 241/1990: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla Legge nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

La legge sul procedimento amministrativo, pertanto, individua la trasparenza tra i principi generali attinenti alle modalità di svolgimento del rapporto tra pubblica amministrazione e privati-cittadini, insieme ad altri principi quali l'*economicità*, l'*efficacia*, la *pubblicità* ecc. La trasparenza delinea la comprensibilità dell'azione dei soggetti pubblici sotto diversi profili, quali la semplicità e la pubblicità (conoscibilità), in modo da consentire la conoscenza reale dell'attività amministrativa e di effettuare il controllo sulla stessa: treccani.it/enciclopedia/trasparenza-amministrativa.

⁽²²⁾ Il primo significativo nucleo normativo di diritto di accesso è invece rinvenibile nel FOIA (*Freedom of Information Act*) statunitense emanato nel 1966, sottoposto nel tempo a diverse modifiche e seguito nel 1974 dal *Privacy Act* e nel 1996 dall'*E-FOIA (Electronic Freedom Information Act)*.

estrarre copia di un documento amministrativo; *b*) accesso civico c.d. “semplice” (d.lgs. n. 33/2013) imperniato su obblighi di pubblicazione gravanti sulla Pubblica Amministrazione e sulla legittimazione di ogni cittadino a richiederne l’adempimento; *c*) accesso civico “generalizzato” (introdotto dal d.lgs. n. 97 del 2016 che modifica il d.lgs. n. 33/2013) avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione.

L’accesso generalizzato c.d. Foia introduce consistenti modifiche al decreto trasparenza (d.lgs. n. 33/2013) e disciplina una nuova forma di accesso civico cosiddetto generalizzato, che va ad aggiungersi all’accesso civico, già contenuto nel d.lgs. n. 33/2013, e al diritto di accesso documentale di cui alla l. 241/1990⁽²³⁾.

Come precisato anche dall’ANAC⁽²⁴⁾, che in data 28 dicembre 2016 ha adottato apposite Linee Guida⁽²⁵⁾ recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5, 2° comma del d.lgs. n.33/2013, le quali forniscono i primi criteri orientati-

⁽²³⁾ Il Consiglio di Stato nel parere n. 515/2016 (reperibile in giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale) relativo allo schema del decreto n. 97, rileva come questa forma di accesso rappresenti il passaggio dal «bisogno di conoscere, al diritto di conoscere e rappresenta per l’ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana». Esso si differenzia dall’accesso documentale in cui non è consentito un accesso tale da far sì che la pubblica amministrazione sia sottoposta ad un controllo generalizzato; tale nuovo accesso si caratterizza, invece, come uno strumento destinato a favorire «forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche».

⁽²⁴⁾ L’ANAC è un’autorità amministrativa indipendente la cui missione istituzionale è individuata nell’azione di prevenzione della corruzione in tutti gli ambiti dell’attività amministrativa. L’attività di ANAC si esplica attraverso la vigilanza su vari fronti: applicazione della normativa anticorruzione e rispetto degli obblighi di trasparenza, conferimento degli incarichi pubblici, conflitti di interesse dei funzionari, affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici. L’ANAC è organo collegiale composto dal Presidente e da quattro componenti scelti tra esperti di elevata professionalità, anche estranei all’amministrazione, con comprovate competenze in Italia e all’estero, sia nel settore pubblico sia in quello privato, di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione: anticorruzione.it.

⁽²⁵⁾ Cfr. ANAC, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013*, reperibili in gazzettaufficiale.it.

vi per l'applicazione dell'accesso generalizzato, la *ratio* della riforma riposa nella finalità di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, promuovendo la partecipazione del cittadino al dibattito pubblico.

Anche il GDPR sembra volersi far carico delle istanze di maggior trasparenza degli Stati nei confronti dei cittadini e, nell'art. 86⁽²⁶⁾ prende in considerazione una peculiare fattispecie anch'essa necessitante di un bilanciamento con il diritto alla protezione dei dati personali contenuti in documenti ufficiali, detenuti da una pubblica autorità, da un organismo di diritto pubblico o privato, ai fini dello svolgimento di compiti rilevanti per l'interesse pubblico. In relazione a questa tipologia di dati il Regolamento prevede che questi possano essere comunicati da tali soggetti istituzionali laddove ciò si riveli appunto "necessario"; si tratta di dati personali che in quanto contenuti in documenti in possesso di un'autorità pubblica dovrebbero poter essere trattati da tale autorità conformemente a quanto previsto dal diritto dell'Unione e dal diritto degli Stati membri⁽²⁷⁾.

Il dato interessante, a seguito dell'introduzione del GDPR e del d.lgs. n. 97/2016 è l'introduzione di un modello di intesa tra l'ANAC e il Garante della Privacy con cui si introducono inediti meccanismi di *enforcement* che, attraverso strumenti di tutela precontenziosa, la previsione di *disclosure* nei confronti delle autorità pubbliche, contenuti nella previsione dell'accesso generalizzato c.d. Foia, paiono secondo autorevole dottrina voler garantire un trattamento privilegiato e rafforzato all'interesse fisiologicamente antagonista della protezione dei dati personali⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Art. 86 GDPR (*Trattamento e accesso del pubblico ai documenti ufficiali*): «I dati personali contenuti in documenti ufficiali in possesso di un'autorità pubblica o di un organismo pubblico o privato per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico possono essere comunicati da tale autorità o organismo conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti, al fine di conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento».

⁽²⁷⁾ Cfr. Considerando 154 GDPR.

⁽²⁸⁾ Né d'altra parte nella normativa relativa l'accesso generalizzato, a parere della medesima dottrina, vengono indicati gli strumenti per operare quel necessario bilanciamento tra

5. — *Il rapporto tra riservatezza e trasparenza.*

Parlando di attività degli enti pubblici è opportuno affrontare la delicata problematica rappresentata dal possibile conflitto tra due interessi di rango primario che, in quanto tali, devono ritenersi entrambi meritevoli di costante ed adeguata tutela da parte dell'ordinamento giuridico: quello all'informazione, che si realizza attraverso l'esercizio del diritto di accesso alla documentazione amministrativa e riposa sull'esigenza di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa; e quello alla riservatezza dei soggetti terzi, che inerisce alla sfera degli assetti privatistici e si traduce nella necessità di garantire la segretezza dei c.dd. dati sensibili, quali risultano individuati e definiti dal legislatore nella normativa di riferimento, che specificamente contiene la disciplina della protezione dei dati personali.

«Se la trasparenza concerne la metodologia, la regola, il diritto (di accesso) ai dati costituisce la verifica da parte dell'interessato del rispetto di quella metodologia che è alla base delle disposizioni normative. Tale diritto si manifesta nell'esercizio, da parte dell'interessato, o in alcuni casi da parte di terzi di procedure attraverso le quali avere piena contezza dei propri dati personali in un preciso momento [...]. Per quanto concerne l'attività di controllo sui dati personali, è certamente l'accesso ai dati da parte dell'interessato la parte più importante della disciplina europea, se

questi due contrapposti diritti limitandosi, lo stesso decreto, ad un rinvio generale alla normativa in materia di protezione dei dati personali. Il legislatore nazionale, dunque pare non tenere in adeguata considerazione il nuovo impianto predisposto dal GDPR che, si ricorda, afferma a chiare lettere che spetta al diritto nazionale degli Stati membri stabilire le modalità con cui le autorità pubbliche possono comunicare i dati personali contenuti in documenti ufficiali, al fine di conciliare le esigenze di accesso a detti documenti con il diritto alla protezione dei dati personali. Si comprende quindi come l'accesso generalizzato previsto dal d.lgs. n. 97/2016 risulti assistito da meccanismi di *enforcement* piuttosto deboli che mostrano di dare prevalenza all'interesse alla protezione dei dati personali rispetto a quello di accesso ai documenti, attraverso il conferimento al Garante privacy, pur se di intesa con l'Anac, di un ruolo di protagonista. Cfr. B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 62 ss.

non altro perché è l'interessato che ha un interesse diretto e concreto a vedere utilizzati lecitamente i propri dati»⁽²⁹⁾.

La giurisprudenza amministrativa ha elaborato un indirizzo interpretativo che privilegia il diritto di accesso, considerando per converso recessivo l'interesse alla riservatezza dei terzi, quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso sia necessario alla difesa di quell'interesse⁽³⁰⁾. Allo stesso tempo però nella Pubblica Amministrazione l'atteggiamento rispetto al trattamento dei dati e delle banche dati è molto cambiato negli ultimi 20 anni e da mero adempimento si è passati ad una dimensione più proattiva e partecipata, in considerazione della mole e della qualità dei dati, non di rado dati personali che sempre più frequentemente sono trattati dagli uffici attraverso processi legislativi che tengono conto del loro valore economico.

Se dunque fino a qualche tempo fa la P.A. gestiva quasi passivamente grandi quantità di dati personali, oggi quegli stessi dati vuole renderli sempre più disponibili e trasparenti.

La trasparenza è stata, dallo stesso d.lgs. n. 33/2013, intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle PPAA., allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, unitamente all'esigenza di assicurare l'imparzialità della P.A. Tale accessibilità è da intendersi anche attraverso lo strumento della pubblicazione *on line* di dati ed informazioni su siti istituzionali, nonché il loro trattamento secondo modalità che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca del *web* ed il loro riutilizzo (*open data*) nel rispetto dei principi, *ex art.* 5 GDPR, sul trattamento dei dati personali

Ciò determina spesso inevitabili conflitti fra privacy e trasparenza specialmente alla luce di quanto prescritto dal d.lgs. n. 33/2013 che, nel discipli-

⁽²⁹⁾ V. S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016, p. 169 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. Cons. Stato, 20 aprile 2006, n. 2223, in *Urb. e app.*, 2006, p. 947.

nare il riutilizzo dei dati pubblicati, incide e regola necessariamente i rapporti con la normativa europea in materia di protezione dei dati chiarendo che gli obblighi di pubblicazione dei dati personali, diversi dai dati “sensibili” e dai dati giudiziari di cui all’art. 4, 1° comma, lett. *d)* ed *e)*, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, comportano la possibilità di una loro diffusione attraverso siti istituzionali, il loro trattamento secondo sistemi e procedure che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca web ed il loro riutilizzo ai sensi dell’art. 7-*bis* del d.lgs. n. 33/2013 pur nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali.

La pubblicazione nei siti istituzionali di dati relativi a titolari di organi di indirizzo politico o incarichi di diretta collaborazione, nonché a dirigenti titolari degli organi amministrativi è finalizzata alla realizzazione della trasparenza pubblica ed integra una finalità di rilevante interesse pubblico nel rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali.

Il d.lgs. n. 97 del 2016, che ha modificato il d.lgs. 33 del 2013, sottende la massima espressione della *trasparenza amministrativa intesa come “accessibilità totale”* delle informazioni e dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, con la finalità di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all’attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’uso delle risorse pubbliche.

Il citato decreto correttivo ha, in particolare, modificato l’art. 14, avente ad oggetto gli «Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di Governo e i titolari di incarichi dirigenziali». Il 1° comma elenca i dati e le informazioni che, con riferimento ai titolari di incarichi politici, anche se non di carattere elettivo, di livello statale regionale e locale, le amministrazioni hanno l’obbligo di pubblicare sui propri siti. Il comma 1-*bis* estende tali obblighi di pubblicazione, già previsti per i titolari di incarichi politici, anche ai titolari di incarichi dirigenziali a qualsiasi titolo conferiti. Il comma 1-*ter*, invece, impone a ciascun dirigente di comunicare all’amministrazione presso la quale presta servizio gli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica, con conseguente obbligo per l’amministrazione di pubblicare sul proprio sito istituzionale l’ammontare di tali somme.

La legittimità costituzionale di tali obblighi è stata affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 20/2019⁽³¹⁾, che trae origine proprio dall'asserita violazione della normativa europea sulla *privacy* concernente l'obbligo a carico delle Pubbliche Amministrazioni di pubblicare sui loro siti la documentazione attestante i compensi ed i rimborsi ricevuti dai dirigenti pubblici per l'espletamento dei loro incarichi nonché le dichiarazioni relative ai dati reddituali e patrimoniali degli stessi e dei loro congiunti. Il Tar del Lazio, infatti, ha sollevato incidente di costituzionalità nel quale, oltre alla violazione di alcuni parametri costituzionali interni (artt. 2, 3, 13 e 117 Cost.), prospettava quella degli artt. 7, 8, 52 della Carta dei diritti UE, dell'art. 8 CEDU e di varie norme della direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali, ora sostituita dal GDPR.

La Corte costituzionale ha dovuto operare un bilanciamento tra i principi della pubblicità e della trasparenza da un lato e il diritto alla riservatezza dall'altro.

Il giudice delle leggi è stato, infatti, chiamato a verificare se l'obbligo imposto a tutti i dirigenti pubblici di pubblicare le dichiarazioni patrimoniali sia compatibile con la tutela del diritto alla riservatezza.

Da una parte vi è il diritto alla riservatezza dei dati personali, quale manifestazione del diritto all'intangibilità della sfera privata, che attiene alla tutela della vita degli individui nei suoi molteplici aspetti e trova il suo fondamento nella Costituzione italiana (artt. 2, 14 e 15 Cost.) e protezione anche nelle varie norme europee e convenzionali riportate dal giudice remittente.

Dall'altra parte con lo stesso rilievo vi sono i principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale corollario del principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento dell'amministrazione e ai dati che essa possiede e controlla.

Tale conflitto è ancor più rilevante se si pensa al nuovo scenario digitale, che consente a ciascun cittadino di informarsi, ma nel contempo rende possibile anche la indiscriminata circolazione delle informazioni.

⁽³¹⁾ Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, reperibile in *cortecostituzionale.it*.

Ricorda poi il giudice delle leggi (nella citata sentenza costituzionale n. 20/2019) che la stessa Autorità preposta alla lotta al fenomeno della corruzione, l'ANAC, segnala, non diversamente da quella preposta alla tutela dei dati personali che il rischio è quello di generare *opacità per confusione*⁽³²⁾ proprio per l'irragionevole mancata selezione, a monte, delle informazioni più idonee al perseguimento dei legittimi obiettivi perseguiti.

Sono inevitabili, quindi, nella materia della trasparenza amministrativa impatti con la normativa posta a tutela dei dati personali e la stessa Autorità Garante della Privacy ha più volte specificato che se priva di adeguati criteri discretivi, la divulgazione di un patrimonio informativo immenso e sempre crescente (quale quello delle pubbliche amministrazioni) rischia di mettere in piazza spaccati di vita individuale la cui conoscenza è inutile ai fini del controllo sull'esercizio del potere ma, estremamente dannosa per l'interessato.

Con l'adozione di apposite Linee guida⁽³³⁾ il Garante è, infatti, intervenuto proprio per assicurare l'osservanza della disciplina in materia di protezione dei dati personali nell'adempimento degli obblighi di pubblicazione sul web di atti e documenti.

⁽³²⁾ In particolare nell'Audizione sullo schema di decreto legislativo correttivo della disciplina in materia di trasparenza della Pubblica Amministrazione presso le Commissioni congiunte Affari costituzionali del Senato e della Camera dei deputati in data 6 aprile 2016 il Presidente del Garante per la protezione dei dati personali ha affermato che «questa disciplina, che possiede grandi potenzialità quale strumento di partecipazione, di responsabilità e di legittimazione, dovrebbe essere preservata dagli effetti distorsivi di una concezione meramente burocratica e da quella “opacità per confusione” che rischia di caratterizzarla se degenera in un'indiscriminata bulimia di pubblicità. Se priva di adeguati criteri discretivi, la divulgazione di un patrimonio informativo immenso e sempre crescente (quale quello delle pubbliche amministrazioni), rischia, infatti, di mettere in piazza spaccati di vita individuale la cui conoscenza è inutile ai fini del controllo sull'esercizio del potere, ma per l'interessato può essere estremamente dannosa. Un eccesso indiscriminato di pubblicità rischia, peraltro, di occultare informazioni realmente significative con altre del tutto inutili, così ostacolando, anziché agevolare, il controllo diffuso sull'esercizio del potere e degenerando in una orma di sorveglianza massiva».

⁽³³⁾ GARANTE PRIVACY, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati*, reperibile in garanteprivacy.it/home.

Le linee guida hanno lo scopo di individuare le cautele che i soggetti pubblici sono tenuti ad applicare nei casi in cui effettuano attività di diffusione di dati personali sui propri siti web istituzionali per finalità di trasparenza o per altre finalità di pubblicità dell'azione amministrativa.

Critica è la posizione dell'Autorità garante anche con riferimento all'accesso universale ritenuto troppo ampio in quanto non prevede quelle cautele dettate dalla l. 241/1990 per l'accesso ad atti amministrativi contenenti dati sensibili o giudiziari e, soprattutto, la regola del "pari rango" per i dati ipersensibili, secondo cui ove siano coinvolti dati sanitari o sulla vita sessuale, l'accesso è ammesso *solo* per la tutela di una situazione giuridicamente rilevante di rango "almeno pari" o di un "altro" diritto o libertà fondamentale e inviolabile. Secondo l'Autorità, quindi, l'attuale disciplina sulla trasparenza andrebbe rimodulata, prevedendo che ove l'accesso coinvolga dati personali di terzi, esso possa essere effettuato solo previo accertamento della prevalenza dell'interesse perseguito dall'accesso ovvero, previo oscuramento dei dati personali presenti⁽³⁴⁾.

Tale previsione andrebbe poi completata con un generale divieto di comunicazione di dati sensibili o giudiziari nonché di dati personali di minorenni, in osservanza della tutela rafforzata accordata dall'ordinamento interno e dal diritto dell'Unione europea a tali categorie di dati personali.

L'interesse alla riservatezza dei terzi, pertanto, si traduce nella necessità di garantire la segretezza dei dati "sensibili" attraverso una valutazione caso per caso delle situazioni giuridiche che vengono in considerazione al fine di garantire sia l'interesse giuridicamente rilevante, sia la salvaguardia dell'interesse alla riservatezza mediante modalità specifiche. A tal riguardo è pertanto necessario verificare l'effettività e la correttezza dell'accesso al documento amministrativo poiché il diritto alla tutela del dato personale non può essere sacrificato se non a titolo di *extrema ratio*⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ GARANTE PRIVACY, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati*, cit.

⁽³⁵⁾ Va comunque evidenziato che in base alla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'art. 10 CEDU non conferisce in via generale, all'individuo,

6. — *L'accountability nella Pubblica Amministrazione.*

Nel cambio di prospettiva introdotto dal GDPR nella disciplina della privacy, la Pubblica Amministrazione è di certo fra i soggetti chiamati ad uno sforzo di maggiore intensità al fine di assolvere in maniera soddisfacente al parametro della responsabilizzazione del Titolare. Il trattamento dei dati personali nell'ambito dell'esercizio dei pubblici poteri esalta così il concetto di *accountability*, nel proprio esatto significato non solo di etica della responsabilità, ma anche di *rendicontazione*.

La dimensione dell'*accountability* applicabile alla Pubblica Amministrazione inferisce infatti con: *a)* il principio di trasparenza e con la necessaria dialettica tra la tutela del dato personale e quello della *full disclosure* e Foia. Tale principio nella doppia accezione pubblicistico-privatistico impone che le informazioni destinate al pubblico o all'interessato siano facilmente accessibili e di facile comprensione e che sia usato un linguaggio semplice e chiaro. Ciò con particolare riguardo all'informazione da dare agli interessati sull'identità del Titolare e del responsabile del trattamento, sulle finalità del trattamento e su ogni altra informazione utile ad assicurare un trattamento equo e trasparente; con riguardo agli interessati e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano. Le finalità specifiche del trattamento dei dati dovrebbero, inoltre, essere esplicite e legittime e precisate al momento della raccolta. I dati dovrebbero essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario per le finalità del trattamento e se queste finalità non sono ragionevolmente conseguibili con altri mezzi; *b)* l'organizzazione della P.A., ossia con la dimensione organizzativa che il Titolare è chiamato a predisporre insieme alla previsione degli strumenti necessari a garantire il rispetto dell'*accountability*; *c)* la *compliance* intesa come capacità di far rispettare le norme, sia nel senso di finalizzare l'azione pubblica all'obiettivo previsto dalle leggi che

il diritto di accesso alle informazioni in possesso delle autorità pubbliche, né obbliga tali autorità a conferire allo stesso le medesime informazioni. Un tale diritto, o un tale obbligo, può essere infatti ricondotto alla più ampia libertà di espressione tutelata dall'art. 10 CEDU, soltanto in situazioni particolari e a specifiche condizioni.

nel senso di fare osservare le regole di comportamento degli operatori della P.A.

Per coniugare dunque la disciplina dell'accesso ai dati alle informazioni e ai documenti della P.A. con la nuova *ratio* della protezione dei dati personali, occorre effettuare, a monte, quel bilanciamento di interessi ampiamente specificato dal Considerando 154 GDPR: «l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali può essere considerato di interesse pubblico. I dati personali contenuti in documenti conservati da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico dovrebbero poter essere diffusi da detta autorità o organismo se la diffusione è prevista dal diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti. Tali disposizioni legislative dovrebbero conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali e possono quindi prevedere la necessaria conciliazione con il diritto alla protezione dei dati personali, in conformità del presente regolamento».

Detto bilanciamento presuppone che si individui, di volta in volta, la possibile soluzione amministrativa, seguendo i principi che discendono tanto dalla disciplina sulla protezione dei dati personali che quelle sulla trasparenza dell'azione amministrativa applicando agli interessi in gioco i principi di minimizzazione e proporzionalità contenuti nell'art. 5 GDPR.

ALESSANDRO BILLI^(*)

LA NATURA GIURIDICA DEGLI SMART CONTRACT

ABSTRACT: The contribution is aimed at investigating some aspects relating to the innovative tool of *smart contracts*, based on the IT architecture of the so called *blockchain* and, in general, on the set of Distributed Ledger Technologies (DLTs). *Smart contracts*, as self-enforcing agreements, allow to create a negotiation process capable of being carried out without human intervention, in the presence of certain prerequisites (so called algorithms *if-then*). The *smart contract*, once programmed and started, executes the instructions indicated in its code, minimizing the risk of any type of tampering, thanks also to the so called *enforceability*. This legal instrument is perfectly suited to a context in which the parties do not know each other, eliminating the need to establish a relationship of trust, producing the scenario of the so called *trustless trust*.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Smart contract* e “diritto dei privati”. – 3. Elementi differenziali rispetto ad altri istituti di fonte telematica. – 4. Contratti *ex machina*? – 5. Requisiti del contratto e *smart contract* alla luce dell’attuale normativa italiana DLT. – 5.1. La causa del contratto negli *smart contract*. – 5.2. La difficile integrazione tecnolegale: il caso paradigmatico della nullità di uno *smart contract*. – 6. Un nuovo punto di inizio per il diritto dei contratti?

1. — *Premessa.*

Gli ultimi venticinque anni sono stati caratterizzati dalla proliferazione di nuovi mezzi di comunicazione che hanno provocato vivaci dibattiti all’interno del formante legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, attorno a figure nuove che via via hanno fatto la loro comparsa sul terreno dei rapporti commerciali ed economico-sociali in generale.

Anni scanditi dalla regolamentazione di fattispecie dai confini non ancora netti, in rapida e continua evoluzione, ma che a causa della loro diffusione

^(*) Università degli Studi di Perugia.

e problematicità rendevano necessarie soluzioni efficaci in brevissimo tempo, così come altrettanto rapide revisioni nella loro disciplina.

Quanto appena riportato si è registrato, nel corso degli anni, nei casi del contratto telematico⁽¹⁾, del documento informatico⁽²⁾ e della firma digitale⁽³⁾.

Tutte queste fattispecie trovano oggi un quadro legislativo ormai dettagliato e relativamente efficiente, che prende le mosse dalle proprie aree di riferimento nella dottrina preesistente, oppure da normative tecniche generali che restituiscono uno schema definitorio entro il quale operare nel dettaglio.

La situazione attuale, tuttavia, è contraddistinta da un'ulteriore nuova fase del progresso tecnologico caratterizzata dall'avvento e dalla diffusione di nuove tecnologie, che si innestano nel più grande scenario che è stato definito passaggio da "internet dell'informazione" a "internet delle cose"⁽⁴⁾.

Tra gli strumenti innovativi dalla diffusione più marcata, acquisisce particolare rilievo la fattispecie *smart contract* che, tuttavia, pone diversi ordini di quesiti nella prospettiva del cambio di un intero paradigma, attraverso proprie particolari caratteristiche derivanti dall'architettura informatica sottostante, la *blockchain* ed in generale la famiglia delle tecnologie a registro distribuito (DLTs), distinguendosi per la capacità di aprire nuovi interrogativi, per certi versi inediti rispetto a quanto conosciuto finora.

Tra le caratteristiche di maggiore interesse, vi è la possibilità, mediante l'utilizzo di questi strumenti, di realizzare un processo negoziale capace di ese-

⁽¹⁾ Esemplicativa a riguardo è la specifica attenzione attribuita nella prospettiva della tutela del consumatore in riferimento al contratto c.d. *point and click*, dedicata dal legislatore italiano e sovranazionale nel Codice del Consumo e nelle varie discipline di settore, come ad esempio l'art. 3, dir. 65/2002.

⁽²⁾ Definito dall'art. 20 del Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, idoneo, in presenza di determinate caratteristiche come la sottoscrizione attraverso firma elettronica qualificata o firma digitale, a soddisfare il requisito della forma scritta e liberamente valutabile in giudizio.

⁽³⁾ Disciplina oggi regolata dall'art. 1 CAD, che la inquadra come «firma elettronica avanzata».

⁽⁴⁾ Definito anche IoT, acronimo dell'inglese Internet of Things, coniato dall'ingegnere britannico Kevin Ashton nel 1999. Cfr. K. ASHTON, *That 'Internet of Things' Thing*, in *RFID Journal*, 22 luglio 2009.

guirsi in via del tutto autonoma senza intervento umano (che sia delle parti o di un intermediario), facendolo al verificarsi di determinati presupposti (c.d. algoritmi *if-then*) che vengono stabiliti a monte, in sede di programmazione.

L'espressione *smart contract* non rappresenta tuttavia uno strumento ben definito, ma dai contorni ancora sfumati, ben rappresentando quello che gli anglosassoni definiscono *umbrella term*⁽⁵⁾, cioè un costrutto attraverso il quale si indicano una serie di concetti a volte nemmeno necessariamente collegati tra loro⁽⁶⁾.

Cercando di riassumere la definizione tecnico-informatica più aggiornata e condivisa attualmente, al fine di predisporre un'indagine valida sul piano giuridico, questi possono essere definiti quali *self-enforcing agreements*, in altre parole «software auto-eseguibili su piattaforma *blockchain*, senza possibilità alcuna di inadempimento» (secondo il principio *code is law*)⁽⁷⁾.

Lo *smart contract* dunque, una volta programmato ed avviato, esegue le istruzioni indicate nel suo codice, minimizzando il rischio di ogni tipo di manomissione. Non solo l'automazione, ma anche l'*enforceability*, cioè l'esecutività ed il vincolo instauratosi rappresentano elementi chiave dalla portata potenzialmente rivoluzionaria, collocandosi a fianco della trasparenza, la rapidità e l'economicità dell'architettura *blockchain*. Per loro natura dunque, queste fattispecie si adattano perfettamente in un contesto in cui le parti non si conoscono, eliminando la necessità di instaurare un rapporto fiduciario, producendo lo scenario di c.d. *trustless trust*⁽⁸⁾. La loro duttilità permette inoltre di essere suscettibili all'utilizzo quali strumenti utili all'attuazione di vin-

⁽⁵⁾ Tra le molteplici definizioni di *smart contract* che si registrano in letteratura: cfr. M. RASKIN, *The Law and Legality of Smart Contracts*, in *Georgetown Law Technology Review*, Georgetown University, Washington D.C., 2017, n. 305 (reperibile in perma.cc/673G-3ANE). R. DE CARIA, *The Legal Meaning of Smart Contracts*, in *European Review of Private Law*, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn, 2019, 6, pp. 731-752.

⁽⁶⁾ D. CARBONI, *Smart Contract. Caratteristiche tecniche e tecnologiche*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, Milano, 2019, p. 237.

⁽⁷⁾ M.T. GIORDANO, *Il problema degli oracoli*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, cit., p. 255.

⁽⁸⁾ K. WERBACH, *Summary: Blockchain, The Rise of Trustless Trust?*, Wharton PPI B-School for Public Policy Seminar Summaries, University of Pennsylvania, Philadelphia, 2019, n. 3.

coli a carattere giuridico, tematica che fa sorgere il dibattito più grande che si gioca attorno a questa nuova tecnologia: gli *smart contract* sono dei contratti come giuridicamente inteso?

2. — Smart contract e “diritto dei privati”.

Nel crescente dibattito dottrinale italiano non mancano posizioni divergenti circa l'inquadramento legale e le problematiche che una tecnologia così particolare porta con sé: tra chi ritiene che lo *smart contract* non possa afferire alla fase di formazione, ma solo a quella di esecuzione dell'accordo, non integrando nemmeno una fattispecie di contratto atipico *ex art. 1322 c.c.*⁽⁹⁾; chi esclude nettamente la riconducibilità di uno *smart contract* alla disciplina del contratto, utilizzando come fonte anche l'opinione dell'ideatore Nick Szabo⁽¹⁰⁾; chi invece ritiene che sia fuori discussione affermare che uno *smart contract* non sia un contratto, dato che si tratta di un modello che, nonostante le peculiarità, è in grado di regolare alcuni rapporti giuridico-patrimoniali⁽¹¹⁾. Così osservati, gli *smart contract* paiono rappresentare la più attuale concretizzazione dello “scambio senza accordo”, come teorizzato da una elaborazione di fine anni '90⁽¹²⁾, sviluppata studiando l'evoluzione degli scambi commerciali, sempre più tendenti alla “coincidenza di atti unilaterali”, prescindendo dal dialogo tra le parti e rivelando una netta scissione tra *contractus* e *consensus*, potendo ipotizzarsi la presenza di contratti “non consensuali”⁽¹³⁾. Nonostante le critiche coeve e successive provenienti da esponenti della dot-

⁽⁹⁾ Cfr. L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, p. 685.

⁽¹⁰⁾ In questo senso S. CAPACCIOLI, *Smart contracts: traiettoria di un'utopia divenuta attuabile*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, p. 25 ss.

⁽¹¹⁾ P. CUCURRU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 110 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

⁽¹³⁾ Come riportato in T. FAVARO, *Può la tecnologia regolare? Blockchain e «scambio tra pari» di energia rinnovabile*, in *Riv. reg. mercati*, 2019, p. 3.

trina civilistica⁽¹⁴⁾, questa teoria ha il pregio di aver acquisito consapevolezza circa un nuovo utilizzo del codice informatico, che su ordine dell'uomo, sigilla l'accordo (in questo caso, in una struttura *blockchain*, con la tecnologia a registro distribuito che si fa vera e propria garante dell'accordo) e al quale viene deferita l'esecuzione. Altro merito che deve essere riconosciuto è quello di aver evidenziato la crescente prassi della "contrattazione di massa", caratterizzata da "moduli" già predisposti, sebbene non possano ritenersi assenti in assoluto aspetti quali il dialogo, le condizioni definite dalle parti e la negoziazione⁽¹⁵⁾ che in questo caso si spostano eventualmente in una fase precedente alla scrittura del codice sulla catena. Al contrario, il codice informatico si afferma come vero e proprio meccanismo di "controllo" dello scambio tra i privati, un potere di scelta e di autonomia delle parti per certi versi superiori agli strumenti contrattuali tradizionali, permessi in primis dalla disintermediazione. Inoltre, come evidenziato in precedenza, una volta azionato, uno *smart contract* è in grado di "dialogare" ed attivarne ulteriori, dando vita ad un sistema interconnesso di relazioni *technically enforced*⁽¹⁶⁾, cioè rafforzate dal codice, in grado di consentire a singoli individui di innescare transazioni a catena senza la necessità di intermediari. È per questa ragione che alcuni⁽¹⁷⁾ ritengono che tali software siano in grado di poter rappresentare la più vicina concretizzazione di quel "diritto dei privati" che *non emana dallo Stato né immediatamente né mediatamente*, da tempo presente nella dottrina civilistica italiana⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ In particolare G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 525 ss. C.M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.

⁽¹⁵⁾ Così in G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 527.

⁽¹⁶⁾ P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law: The Rule of the Code*, Cambridge, 2018, p. 136.

⁽¹⁷⁾ In questo senso, T. FAVARO, *Può la tecnologia regolare? Blockchain e «scambio tra pari» di energia rinnovabile*, cit., p. 3.

⁽¹⁸⁾ Tra i maggiori autori: W.C. SFORZA, *Il diritto dei privati*, Macerata, 2018 (rist. 1929), p. 14: «Occorre appena avvertire, poi, che la espressione "diritto dei privati" non coincide con la espressione "diritto privato": quest'ultima denota un complesso di volontà statuali miranti a regolare rapporti tra persone private, il diritto dei privati, invece, pur regolando rapporti tra persone private (e, qualche volta, quegli stessi rapporti che sono già regolati

3. — *Elementi differenziali rispetto ad altri istituti di fonte telematica.*

Nel corso dei paragrafi precedenti è stato posto in evidenza come lo *smart contract* si presti ad essere uno strumento tecnologicamente avanzato, versatile, autonomo e non necessitante di intervento umano di intermediazione, nonché adatto ad offrire diverse funzionalità nel contesto di un rapporto contrattuale. Questo può infatti “sigillare” l'accordo, essendo utilizzato come veicolo di scambio delle dichiarazioni delle parti, fino a rappresentare il mezzo di attuazione dell'accordo già concluso in forma tradizionale⁽¹⁹⁾.

Ma v'è di più. Uno *smart contract* è infatti in grado anche di divenire esso stesso la fonte di un vincolo negoziale, chiamato dunque a rappresentare il contratto nella sua accezione più tecnica, e aprendo perciò scenari inesplorati per l'attuale disciplina, sottoposta per certi versi ad una “prova di resistenza” dettata dall'impatto con la tecnologia⁽²⁰⁾. Nonostante una diffusione non ancora capillare e la relativa novità, è già possibile cercare di dare risposta al folto numero di interrogativi che impegneranno gli operatori giuridici nel corso dei prossimi anni.

Per fare questo è necessario preliminarmente individuare la “fisionomia giuridica” del fenomeno *smart contract*, al fine di avvicinarlo per quanto possibile ad istituti recenti, ma già conosciuti e rodati, come i contratti informatici, sorti sulla scia delle prime novità determinate dalla digitalizzazione dei traffici. Altro strumento che viene in ausilio per questa operazione è la disamina empirico-informatica secondo la quale è possibile disegnare la parabola esistenziale di uno *smart contract* basandosi su quattro momenti chiave:

dal diritto privato e anche pubblico), non emana dallo Stato, né immediatamente né mediamente».

⁽¹⁹⁾ In particolare, gli studiosi Durovic e Janssen hanno formulato a riguardo la bipartizione *smart contract off-chain* o *on-chain*, a seconda del processo di formazione dell'accordo. Quest'ultimo caso si verifica nel momento in cui l'accordo sia formato attraverso l'*uploading*, cioè il caricamento dello *smart contract* code all'interno della catena di una determinata *blockchain*. M. DUROVIC, A. JANSSEN, *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2019, 6, p. 760.

⁽²⁰⁾ S.A. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, cit., p. 278.

l'elaborazione del contenuto ad opera delle parti o di una di esse; la trascrizione nella catena *blockchain*; l'esecuzione; l'esaurimento dell'efficacia⁽²¹⁾.

Il primo stadio rappresenta una fase delicatissima, unico momento nel quale è possibile apportare modifiche o correzioni, ove si realizza la scrittura delle linee di codice del programma, che viene dunque scritto in un linguaggio “non umano”, sconosciuto generalmente sia alle parti che ai professionisti legali coinvolti nelle trattative. Vi è già in questa fase un cambiamento importante rispetto ad altre fattispecie simili: non è la tecnologia che si avvicina all'uomo, utilizzandone il linguaggio, ma viceversa. In questo caso si determina un'inversione della normale dinamica nel rapporto tra uomo e computer, che ha visto un percorso diretto all'“umanizzazione” della macchina attraverso l'introduzione di interfacce via via divenute sempre più a misura di utente ed intelleggibili da chiunque, in favore di una “robotizzazione”.

Il secondo stadio si articola invece in una serie di passaggi tecnici che conducono all'importazione dello *smart contract* all'interno di un blocco, contestualmente all'attività di firma realizzata dalle parti⁽²²⁾. Da questo momento in poi la transazione è immutabile e tracciata. Lo *smart contract* quindi entra nella fase di esecuzione automatica, che può avvenire immediatamente o a seguito del verificarsi di un termine o condizione previsti dal codice.

Terminata la terza fase, l'esecuzione, si giunge al momento in cui *functus est munere suo*, lo *smart contract* si disattiva definitivamente, pur rimanendone per sempre traccia sul blocco ove era stato inserito⁽²³⁾.

All'esito di questa analisi empirica può essere tratta una prima conclusione: lo *smart contract*, inteso come fattispecie astratta, non può costituire

⁽²¹⁾ S.A. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, cit., p. 279. Nello specifico viene ripresa l'elaborazione realizzata in C. SILLABER, B. WALTJ, *Life Cycle of Smart Contracts in Blockchain Ecosystems*, in *Datenschutz und Datensicherheit*, Wiesbaden, 2017, 41, p. 498 ss. Gli autori originali in questo caso si focalizzano sul secondo stadio, caratterizzante una “cristallizzazione” delle condizioni e perciò definito da loro come *freezing*, sostituito qui dall'attività di trascrizione nella *blockchain*.

⁽²²⁾ Una delle pratiche attualmente più diffuse è l'utilizzo di un sistema di crittografia a chiave doppia asimmetrica, ma possono essere utilizzati svariati altri metodi.

⁽²³⁾ Per la verità, il redattore potrebbe inserire un particolare tipo di funzione, denominata *kill*, *suicide* o *selfdestruct code*, che elimina lo *smart contract* a seguito della sua esecuzione.

un contratto come delineato dalla lettera della legge, nemmeno in forma atipica⁽²⁴⁾. Questo infatti non possiede un contenuto precettivo prefissato ex ante o comunque ricorrente per prassi commerciale (come accade nel caso di alcuni contratti “socialmente tipici” quali il *leasing* o il *franchising*), ma deve essere invece ritenuto uno strumento di esercizio dell’attività negoziale, che sta alle parti decidere se utilizzare in via esclusiva o unitamente alle altre note modalità di negoziazione⁽²⁵⁾. Uno strumento sofisticato e potente, che si caratterizza non per il suo contenuto, bensì per come questo viene elaborato dal linguaggio informatico. È per questo ordine di ragioni che si registra la distanza tanto dai contratti tradizionali, tanto da quelle fattispecie più moderne, come istituti di fonte telematica, che comunque presentano un’interfaccia di comunicazione uomo-macchina in linguaggio umano. Uno *smart contract* è, almeno allo stato dell’arte attuale, redatto esclusivamente in linguaggio informatico nativo⁽²⁶⁾, da ciò discendendo una serie di caratteristiche peculiari e limiti, come la succitata impossibilità di poter utilizzare questa tecnologia in sostituzione di qualsiasi tipo di accordo, così come l’ineadeguatezza ad incorporare clausole generali del diritto (per esempio buona fede, correttezza⁽²⁷⁾) o norme di natura valoriale che, implicando valutazioni soggettive o l’applicazione di standard, mal si conciliano con le leggi matematiche sulle quali si regge il software⁽²⁸⁾.

Se inoltre le altre forme di contrattazione telematica si pongono come mero *medium* attraverso le quali viene concluso o eseguito un rapporto con-

⁽²⁴⁾ Si fa riferimento particolare agli artt. 1321-22 c.c. Non uno smart contract non regola di per sé un rapporto giuridico patrimoniale, bensì è il suo eventuale contenuto a determinarne la funzione.

⁽²⁵⁾ S.A. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, cit., p. 282.

⁽²⁶⁾ Cfr. A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: “Smart” Contracts As the Beginning of the End of Classic Contract Law*, Mosca, 14 Dicembre 2016, n. 71.

⁽²⁷⁾ A. SASSI, *Buona fede ed equità nel diritto civile e nel diritto commerciale*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, 2007, p. 20 ss.

⁽²⁸⁾ Da questi e altri limiti parte una serie di posizioni critiche riguardo l’opportunità di espandere la diffusione di tale tecnologia. Tra queste riportiamo: M. GIANCASPRO, *Is a ‘smart contract’ really a smart idea? Insights from a legal perspective*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, vol. 33.

trattuale tradizionale, uno *smart contract*, e l'utilizzo della *blockchain*, proiettano l'accordo in una dimensione che neutralizza l'intervento umano. Tale discrepanza ha condotto non pochi osservatori a ritenere che queste caratteristiche conducano verso una completa disintermediazione, con il rapporto totalmente regolato dal codice e dalla macchina. Ciò non può essere ritenuto valido, in quanto più che di completa disintermediazione si dovrebbe parlare di *diversa intermediazione*, contraddistinta da un'anticipazione dell'ancora presente, nonché decisivo, intervento umano nella fase della negoziazione, con gli esperti informatici che traducono in codice le clausole predisposte dalle parti (o meglio dai loro consulenti legali)⁽²⁹⁾. Nonostante sia giusto ritenere che tale strumento serbi in sé potenzialità rilevanti, azzerando il rischio di inadempimento e la sfiducia nel comportamento della controparte, è pur vero che l'automaticità dell'algoritmo *if-then* introduce una significativa rigidità, che comporta sicurezza e stabilità, ma nei fatti disinnesci lo strumento giuridico del "mutuo dissenso" e rende complesso (se non inefficace) un eventuale intervento delle autorità⁽³⁰⁾.

4. — *Contratti ex machina?*

Al netto dell'analisi di caratteristiche come l'auto-esecutività e la vincolatività, alcuni tra gli osservatori più entusiasti sono portati a ritenere che gli *smart contract* possano costituire una "naturale evoluzione" dei contratti giuridici. È stato però già evidenziato in precedenza come questi non siano coincidenti rispetto all'istituto delineato dal c.c., e che seguono regole matematiche indifferenti a giudizi valoriali espressi da norme giuridiche.

È però altresì innegabile che l'utilizzo che le parti fanno di questo stru-

⁽²⁹⁾ Su questo punto: D. ACQUARO, *Smart contract: cosa sono (e come funzionano) le clausole su blockchain*, in *Sole24Ore*, 2019.

⁽³⁰⁾ Su questa difficile commistione tra diritto attuale e smart contract: L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, 6, p. 685. Gli autori propongono una delimitazione dell'applicazione dello smart contract al solo ambito di esecuzione di un accordo concluso in forma tradizionale.

mento possa dar luogo a situazioni giuridicamente rilevanti. Soprattutto nel caso della circolazione di *built-in assets*, cioè di beni digitali costituiti all'interno della stessa rete (qual è il caso di Bitcoin, o più recentemente NFTs), la funzione degli *smart contract* è tanto più vicina a quella che il diritto svolge nel mondo reale, divenendo condizione necessaria e sufficiente a regolare il rapporto (*code as law*). Diversamente, nel caso di *real world asset*, cioè beni fisici, potrà essere necessario invece azionare le tutele previste dall'impianto normativo posto a tutela degli interessi oggetto dell'accordo. Più che di evoluzione è dunque a tale riguardo preferibile parlare di eventuale attrazione di questi strumenti alternativi al contratto nell'alveo del diritto delle obbligazioni. Nell'ottica di una sempre più diffusa attribuzione di caratteri legali che si sta registrando nel formante legislativo di svariati paesi del mondo, Italia compresa, è necessario svolgere un'indagine circa le categorie giuridiche idonee a definirne le applicazioni, cercando di sfuggire ad un'impostazione che rischia di dare eccessiva enfasi all'autoreferenzialità della dimensione digitale.

Un importante contributo sul tema è rappresentato dall'articolo *Contracts Ex Machina*, realizzato dai giuristi americani Kevin Werbach e Nicholas Cornell⁽³¹⁾. Questa impostazione, alquanto moderata, tende ad esaminare gli smart contract attraverso le categorie giuridiche tradizionali, facendo uso ove possibile dell'analogia con altri istituti conosciuti. Nonostante l'indiscussa efficacia di questo approccio, alcune succitate caratteristiche di questa tecnologia non rendono possibile l'utilizzo esclusivo di tale tecnica. Consapevoli di ciò, gli stessi autori giungono alla conclusione che smart contract e diritto dei contratti svolgono funzioni diverse. Mentre i primi si caratterizzano per loro natura di assicurare il compimento delle condotte, il secondo mira piuttosto a fornire tutela in caso di inadempimento. Questa lettura, per quanto fortunata in letteratura, non riesce a rappresentare più di una visione parziale del fenomeno, in quanto appare chiaro che il diritto dei contratti non si occupa solamente della tutela successiva, bensì, specialmente in un sistema di civil law, caratterizza l'intera vita dell'accordo, governando anche la fase pre-contrattuale e predisponendone requisiti essenziali.

⁽³¹⁾ K. WERBACH, N. CORNELL, *Contracts Ex Machina*, in *Duke Law Journal*, 2017, 313, p. 67.

È perciò forse opportuno considerare un approccio più radicale al fenomeno, operando un parallelismo con quanto accaduto secoli or sono con la graduale affermazione della *lex mercatoria*: dapprima evolutasi e diffusasi per mezzo dei traffici commerciali e delle consuetudini, poi recepita, parzialmente modificata e regolata dagli Stati. Su questa scia si pone la visione di chi ritiene necessaria la costituzione di un nuovo ramo del diritto, contrassegnato dall'automazione e dalla disintermediazione, dai confini ancora da tracciare, volto allo studio della *lex cryptographica*⁽³²⁾.

5. — *Requisiti del contratto e smart contract alla luce dell'attuale normativa italiana DLT.*

È stato evidenziato in precedenza come uno smart contract non possa essere definito tout court quale contratto come giuridicamente inteso. Nonostante le divergenti posizioni registrate nella dottrina italiana ed internazionale, è tuttavia indubbio che, qualora questo comprenda determinati elementi, possa rappresentare uno strumento utilizzato per dare esecuzione ad un precedente accordo, fino a costituire l'unico mezzo di oggettivazione delle intenzioni delle parti.

La recente Normativa italiana DLT⁽³³⁾ sposa la definizione di smart contract quale software, ma non fa riferimento alcuno all'eventuale natura di contratto né ai rapporti con la disciplina civilistica, creando non poca confusione nell'interprete.

In cerca di un rimedio interpretativo, parte della dottrina italiana è spinta a sostenere che, allorché soddisfatti i requisiti previsti dal codice civile

⁽³²⁾ Su questa linea, tra gli altri, T. SCHREPEL, *Anarchy, State, and Blockchain Utopia: Rule of Law versus Lex Cryptographia*, Articolo, in *General Principles and Digitalisation*, Londra, 2020.

⁽³³⁾ In termini di inquadramento giuridico della *blockchain* e degli *smart contract*, con l. n. 12/2019 di conversione del d.l. n. 135/2018 (c.d. *decreto semplificazioni*), l'Italia ha disciplinato le Distributed Ledger Technologies ("DLTs"). In particolare, l'art. 8-ter del decreto, in materia di *Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract*.

ex artt. 1321 e 1325⁽³⁴⁾, più ulteriori aspetti come la previa identificazione delle parti, lo smart contract possa essere ritenuto come una nuova forma contrattuale⁽³⁵⁾. Pertanto, nel caso ci si trovi in presenza di due o più parti che concludono un accordo manifestando volontà convergenti, e da tale incontro nasca un assetto di interessi e di prestazioni sotto forma di obblighi, che generi effetti e per questo la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale (ossia suscettibile di valutazione economica), viene a realizzarsi chiaramente quella che è la definizione generale impostata dall'art. 1321 c.c., con tutte le conseguenze del caso⁽³⁶⁾. In altre parole, da questo punto di vista, e nella prospettiva di un sempre maggior interesse alla regolamentazione da parte del legislatore italiano, può risultare non del tutto velleitario impostare un'osservazione dello smart contract sotto la lente della disciplina del negozio giuridico e del contratto in generale come attualmente delineata, operando ove indispensabile una serie di necessari distinguo derivanti dalle peculiarità della fattispecie in esame.

5.1. – *La causa del contratto negli smart contract.*

Tra i requisiti essenziali per il perfezionamento del contratto prescritti dal codice civile, la causa occupa una posizione di particolare importanza. Prevista a pena di nullità, questa è stata oggetto di alcune tra le elaborazioni e dibattiti dottrinali più accesi e fiorenti nel corso dei decenni. Ciò indubbiamente per le sue peculiari caratteristiche, caratterizzandosi per inserire «un atomo pubblicistico» all'interno del contratto. Tanto è decisivo infatti il controllo sulla causa per le parti, in funzione di strumento di verifica dell'i-

⁽³⁴⁾ L'art. 1325 c.c. elenca i requisiti essenziali del contratto, contrapposti a quelli accidentali, che devono sussistere ai fini della validità legale dell'accordo: accordo, causa, oggetto, forma quando prescritta dalla legge a pena di nullità.

⁽³⁵⁾ Opinione esposta da D. CARBONI, M. SIMBULA, *Blockchain e smart contract: le debolezze della nuova regolamentazione italiana*, in *AgendaDigitale.eu*, 30 gennaio 2019. Nell'opinione degli autori si tratterebbe di un nuovo *genus* contrattuale. Come riportato da: R. BATTAGLINI, *La normativa italiana sugli smart contract*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, cit., p. 382.

⁽³⁶⁾ N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, cit., p. 315.

doneità del funzionamento dell'accordo, tanto per l'ordinamento giuridico, quale riscontro circa la liceità, intesa come rispetto della "triade" norma imperativa, ordine pubblico⁽³⁷⁾ e buon costume⁽³⁸⁾. In somma semplificazione, la causa è un concetto giuridico che è stato suscettibile di una serie di mutamenti ed elaborazioni che hanno condotto verso un superamento della visione "astratta" di funzione economico-sociale dell'accordo⁽³⁹⁾, attraverso l'enunciazione pugliattiana di "funzione economico-individuale", dovendosi ritenere oggi come principale elemento di valutazione per il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti in concreto dalle parti⁽⁴⁰⁾. Poiché il nostro

⁽³⁷⁾ L'ordine pubblico è il complesso delle norme fondamentali dello stato. Menzionando l'ordine pubblico accanto alle norme imperative la legge ha voluto ribadire il concetto che l'illiceità vada valutata non solo quando il contratto si pone in contrasto contro una norma espressa, ma anche con i principi generali accolti dall'ordinamento.

⁽³⁸⁾ Il buon costume è una nozione di non facile demarcazione rispetto all'ordine pubblico, pur essendo decisiva ai fini della disciplina da applicare, in quanto solo riguardo la contrarietà con il primo si applica l'art. 2035 c.c., dando luogo al c.d. negozio immorale. L'elaborazione dottrinale ha condotto a delineare la definizione di buon costume come tutto ciò che attiene alla sfera morale, potendo perciò essere ritenuto contrario tutto quello che viene giudicato come scandaloso o immorale dalla società in un determinato momento storico. Per queste ragioni la sua definizione è legata strettamente al contesto sociale e politico, variando nel corso degli anni e dei gruppi sociali. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 14^a ed., Milano, 2019 p. 194 ss. V. anche G.B. FERRI, *Causa e tipo nel negozio giuridico*, Milano, 1968.

⁽³⁹⁾ Cfr. G.B. FERRI, *La causa*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009.

⁽⁴⁰⁾ Elaborazioni riportate tra gli altri in: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., Napoli, 2015, p. 807 ss. In particolare si fa riferimento alle posizioni di autori storici delle teorie soggettiva ed oggettiva, quali Emilio Betti per la formulazione di "causa astratta" e Salvatore Pugliatti per "causa concreta". Anche la teoria soggettiva è stata sottoposta ad una serie di critiche, di cui una delle più classiche è la confusione tra causa e motivi, irrilevanti nella lettera del codice civile. Nella visione dei sostenitori della causa in astratto, si eleverebbero dunque questi a causa dell'accordo.

Sul formante giurisprudenziale, la Cassazione ha seguito per anni la teoria della funzione economico sociale. Una delle prime sentenze che hanno contrassegnato un revirement, avvicinandosi alla visione di autori come Bianca e Gazzoni, fu Cass. 10490/2006, nel quale la Suprema Corte stabilì la nullità per mancanza di causa di un contratto privo di reale giustificazione pratica. Nelle parole della sentenza: «Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un

ordinamento è basato sul principio della libertà delle forme e sulla possibilità di stipulare contratti atipici (cfr. art. 1322, 2° comma, c.c.), la causa risulta un fondamentale strumento di valutazione della sussistenza di *interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, prescritta per l'attribuzione di rilevanza giuridica al contratto⁽⁴¹⁾. A differenza del modello italiano, un'altra importante tradizione giuridica continentale, quella tedesca, si fonda sul principio di astrazione della causa, per il quale l'atto che realizza il trasferimento può anche non soddisfare il requisito causale, rimanendo separato dal contratto che produce solo effetti obbligatori⁽⁴²⁾. Questa distinzione reca con sé una serie di conseguenze di rilievo: in questo ultimo caso l'efficacia degli atti successivi è svincolata dalla validità del contratto ad effetti obbligatori, secondo il principio di separazione⁽⁴³⁾. Tale modello tende a favorire maggiormente i terzi, ed anche lo stesso concetto di causa trova un suo temperamento nell'ordinamento tedesco, sostituito dalla nozione di scopo, *Zweck*⁽⁴⁴⁾.

iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale». La causa diviene dunque sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a perseguire, nella dinamica contrattuale e non della singola volontà. Come riportato da: P. FRANCESCHETTI, *Causa del contratto*, in *Altalex.it*, 7 marzo 2016.

⁽⁴¹⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2015, p. 448.

⁽⁴²⁾ E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, 2, *Artt. 1350-1386 c.c.*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 810 ss.

⁽⁴³⁾ Il principio di separazione viene dedotto dall'art. 433 BGB, che obbliga il venditore a consegnare la cosa al compratore ed a procurargli la proprietà ed il compratore a pagare il prezzo concordato e ad accettare la cosa; in combinazione con l'art. 929, per cui il trasferimento della proprietà si compie mediante consegna. Si distinguono così due negozi: il contratto di compravendita di natura obbligatoria con cui si programma l'effetto reale del passaggio di proprietà e l'atto che produce l'effetto reale del passaggio. Questa separazione permette la produzione dell'effetto reale a prescindere da eventuali patologie o carenze del contratto di compravendita.

⁽⁴⁴⁾ I sistemi di *common law* introducono invece il concetto di *consideration* quale oggetto d'indagine della funzione contrattuale, solo latamente rievocativo del concetto più pregnante di causa presente nell'ordinamento italiano. In chiave comunitaria, nella prospettiva di una sintesi tra i vari ordinamenti, pare oggi prevalere l'elemento finalistico del *sufficient agreement*.

Da ciò deriva la bipartizione tra ordinamenti come quello italiano, basati sul principio causalistico, ed ordinamenti regolati dal principio di astrazione, che funge da eco alla distinzione tra i rimedi, che saranno la nullità del contratto nel primo caso, e la ripetizione dell'indebitato nel secondo.

A livello europeo si è assistito invece ad un'ispirazione pragmatica ed anticoncettualistica, al fine di pervenire ad una soluzione comune e di sintesi tra i vari ordinamenti di *civil e common law*, pur mantenendo fermo l'elemento volontaristico. La soluzione proposta si è manifestata attraverso una razionalizzazione della struttura contrattuale⁽⁴⁵⁾, dettata dalla difficile conciliabilità tra le tradizioni nazionali. Tutto ciò è scaturito nell'indicazione di *sufficient agreement*, contenuta nei *Draft Common Frame of Reference*, proposta di armonizzazione del diritto privato coordinata dalla Commissione Europea⁽⁴⁶⁾. Questa tendenza alla semplificazione della struttura contrattuale provoca un necessario rafforzamento dell'autonomia privata, propendendo più all'osservazione oggettiva dell'assetto di interessi ed alla predisposizione dei rimedi, piuttosto che limite dell'autonomia privata. Nel contesto del *Draft* la causa diviene un elemento solo eventuale e le parti sono libere di concludere un contratto sia *cum* che *sine causa*: in entrambi i casi il rimedio sarà rappresentato dall'arricchimento ingiustificato⁽⁴⁷⁾. Tuttavia appare inesatto ritenere che si sia voluta introdurre un'astrazione totale nel panorama europeo, con la causa che recupera importanza nel contesto dei trasferimenti di proprietà

⁽⁴⁵⁾ C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 30 ss.

⁽⁴⁶⁾ Art. II-4:102. Il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) costituisce il tentativo di realizzare vero e proprio corpus iuris di diritto civile europeo, un insieme coordinato di regole relative alla materia dei contratti, della proprietà e della responsabilità civile, elaborato da una commissione di giuristi europei presieduta da Christian von Bar: lo *Study Group on a European Civil Code* (SGECC). Introdotto da una comunicazione della Commissione Europea dell'11 luglio 2001, i lavori si sono conclusi con la pubblicazione di un report attraverso il quale si è impostata la strutturazione di linee guida volte all'armonizzazione del diritto privato europeo, in particolar modo la disciplina dei contratti, nella prospettiva a lungo termine di realizzare un Codice Civile Europeo.

⁽⁴⁷⁾ E. NAVARRETTA, *Il problema della causa e l'Europa*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, 2, *Artt. 1350-1386 c.c.*, cit., p. 656.

e nel conflitto tra le parti ed i terzi⁽⁴⁸⁾. Anche nel prototipo di codice europeo rimane fermo dunque il dogma della volontà, proposto secoli orsono dalla *Willenstheorie*⁽⁴⁹⁾, che riecheggia in tutte le tradizioni continentali, ma che rischia di essere messo in discussione dall'automatismo di questo nuovo intreccio tra tecnologia e diritto⁽⁵⁰⁾.

Trasferendo infatti il discorso sul piano degli smart contract, c'è chi vi ravvede un certo grado di affinità con il modello tedesco. Ciò in quanto la separazione degli atti si presta a definire il rapporto tra contratto giuridicamente vincolante ad effetti obbligatori ed il *contract code* come negozio che realizza uno o più effetti reali del contratto. Sempre in armonia con il principio di astrazione della causa, una volta perfezionato il primo accordo, gli effetti del *contract code* si verificheranno indipendentemente dalla sorte del *titulus*. Tuttavia, alcune peculiarità di questa tecnologia quali la rigidità del codice, che sposta, come più volte evidenziato, particolare attenzione sulla fase genetica dell'accordo, avvicinano da un punto di vista funzionale questa fattispecie al modello di tipo consensualistico. Poiché le pattuizioni delle parti incluse nel codice sono da considerarsi virtualmente ineludibili, definite perciò *tamper proof*, a prova di manomissione, gli effetti reali, ad esempio nell'ipotesi di un contratto di compravendita, si produrrebbero dunque al momento della manifestazione del consenso, in tal modo riducendo decisamente il delta sostanziale della separazione tra i negozi e producendo una (quasi) compenetrazione tra i due momenti contrattuali. Nondimeno, è stato sottolineato a più livelli come lo strumento smart contract si caratterizzi per essere tanto potente, quanto duttile, rispondente solo e soltanto alle dinamiche del codice sottostante.

⁽⁴⁸⁾ La rilevanza del *causal transfer* è stata avvalorata dai commenti all'art. VIII-2:202, così come nello strumento di tutela dei terzi sub-acquirenti in buona fede disciplinato dall'art. VIII-3:101. A differenza dell'ordinamento italiano, si prevede una disciplina univoca di acquisto a non domino, senza la diversificazione in riferimento alla tipologia di bene.

⁽⁴⁹⁾ Importantissimi riferimenti dottrinali a riguardo risalgono ai tempi della scuola storica del diritto della prima metà del XIX secolo, anticipatrice della pandettistica tedesca: Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1853 (trad. it. M.T. ZANZUCCHI, P.P. ZANZUCCHI, G. PACCHIONI, *Le obbligazioni*, Torino, 1912-1915).

⁽⁵⁰⁾ S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Contrattazione algoritmica. Problemi di profilazione e prospettive operazionali. L'esperienza "pilota" statunitense*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2019, p. 3.

Ciò si ripercuote inevitabilmente sulle sue caratteristiche, che dunque lo faranno avvicinare ad un modello o all'altro sulla base di quanto disposto in sede di programmazione, in particolar modo riguardo i c.dd. *triggering events*, cioè le condizioni stabilite affinché il software si esegua. Se queste rimangono saldamente legate alla validità del *titulus* si potrà affermare l'operatività del principio di causalità dei trasferimenti e dunque l'affinità con il modello italiano. Viceversa, se le condizioni scelte si riferiscono ad elementi esterni, come ad esempio all'input di un oracolo, vi sarà una maggiore affinità con il modello tedesco.

Va tuttavia evidenziato come se a prima vista la struttura degli smart contract appare confermare una separazione tra gli atti, quella che avviene in realtà è una separazione temporale, ben diversa da un atto di assunzione dell'obbligo e di una successiva attuazione. Al momento attuale, è la rigidità del codice a far sì che la causa negli smart contract rimanga un interrogativo, lasciando aperte una serie di questioni contrattuali. Ad ampliare il discorso vi è inoltre il principio della *expressio causae*, sancito da giurisprudenza ormai consolidata, per cui è essenziale che la causa sia enunciata esplicitamente, non essendo sufficiente che le parti la traggano *aliunde*⁽⁵¹⁾.

Altra problematica riguarda la tematica delle disfunzioni sopravvenute del contratto, per le quali la dottrina invita tendenzialmente ad utilizzare il "rimedio generalizzato" della risoluzione⁽⁵²⁾. Ciò risulta non certo di facile attuazione in un contesto automatizzato ed autosufficiente, protetto da strumenti come la crittografia posta a garanzia dell'immutabilità e dell'integrità. Attraverso questa disamina appare dunque disagevole ricondurre la fenomenologia della causa del contratto alla fattispecie smart contract, già prima di operare un'ultima e decisiva distinzione. Nel caso del trasferimento di *built-in asset*, il possesso della chiave privata può essere già considerato equivalente al possesso materiale del bene⁽⁵³⁾, caso ben diverso dal trasferimento di un

⁽⁵¹⁾ F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2010, p. 244.

⁽⁵²⁾ E. NAVARRETTA, *Causa e profilo rimediabile*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, 2, Artt. 1350-1386 c.c., cit., p. 647.

⁽⁵³⁾ Cfr. G. HILEMAN, M. RAUCHS, *Global blockchain benchmarking study*, Cambridge, 2017.

real-world asset, che renderebbe necessaria la traslazione di un documento informatico, “rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”⁽⁵⁴⁾, senza però generare possesso il materiale del bene.

Va perciò concluso che, almeno allo stato attuale della legislazione e della tecnologia, non può essere trovata una perfetta corrispondenza a livello sistemico tra gli istituti del diritto dei contratti e gli smart contract, rendendosi necessario per l’operatore giuridico un lavoro di raccordo che vada oltre l’interpretazione delle norme esistenti.

5.2. – *La difficile integrazione tecnologica: il caso paradigmatico della nullità di uno smart contract.*

Sulla scia delle riflessioni soprariportate si pone l’analisi delle vicende patologiche del contratto concluso tramite smart contract. Il caso paradigmatico in grado di offrire una serie di ricadute e spunti di riflessione per l’intera disciplina generale della patologia e tutela giurisdizionale del contratto è la nullità. Questo vizio costituisce la più gravosa forma di invalidità del negozio, volendo escludere dal novero la totale inesistenza dell’atto⁽⁵⁵⁾. Riassumendo sommariamente i caratteri fondamentali di questo istituto, che può costituire un vizio genetico o sopravvenuto, si rinviene come questo si caratterizzi per la sua insanabilità, l’efficacia *erga omnes* e la legittimazione

⁽⁵⁴⁾ Art. 1, 1° comma, lett. *p*), CAD.

⁽⁵⁵⁾ Nonostante la categoria dell’inesistenza non sia contemplata dal diritto positivo, questa, in rapporto con la nullità, ha provocato uno dei dibattiti storici più accesi nella dottrina civilistica italiana. La sua assenza nel formante legislativo ha suscitato dubbi in ordine alla configurabilità anche soltanto concettuale dell’istituto, il quale tuttavia è ritenuto indispensabile, in talune interpretazioni, al fine di attuare una concreta esigenza del sistema: edificare una categoria idonea a racchiudere gli atti (ovvero i “non-atti”) radicalmente incapaci di produrre qualsivoglia effetto giuridico. Il tema, già conosciuto nel diritto romano, viene riportato in varie opere, delle quali si riportano: S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, p. 41 ss. Tra gli autori fortemente critici: A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 1, *I contratti in generale*, II, Torino, 2006, p. 1454.

assoluta all'impugnazione oltre che la rilevabilità d'ufficio⁽⁵⁶⁾. Non definita dal codice, ma ricostruita dalla dottrina, la nullità si verifica nel caso di violazione di norma imperativa⁽⁵⁷⁾, o per mancanza di uno dei requisiti previsti a norma di legge. Nel primo caso, uno smart contract potrà essere considerato nullo come ogni altro contratto in violazione di norme, le quali verranno individuate attraverso un procedimento interpretativo, ed in seguito i suoi effetti dovranno essere posti nel nulla. Sarà dunque necessario agire presso gli interessati per nullificare tali effetti. Operazione ardua se non irrealizzabile, a partire dall'identificazione dei soggetti.

Tuttavia, può essere lo stesso programma a contenere all'interno del suo codice, predisposto nella fase di scrittura, il suo "antidoto", il quale potrà ben produrre l'estinzione dell'efficacia e la riduzione in pristino dei propri effetti⁽⁵⁸⁾. Chiaramente questo dovrà essere previsto già dal principio, apparendo alquanto improbabile presumere che un soggetto spinto dalla volontà di porre in atto un contratto in violazione di norma imperativa inserirebbe tali clausole in seno al software.

Passando in rassegna l'eventuale mancanza di uno o più requisiti indicati dall'art. 1325 c.c., viene in particolare rilievo la forma, che diviene un elemento essenziale del contratto qualora prevista *ad substantiam*. Il quesito a cui rispondere in questo caso è se possa essere definita tale la scrittura in

⁽⁵⁶⁾ Questo aspetto ha sollevato negli anni dei contrasti in seno alla dottrina, sanati definitivamente attraverso l'intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite. Con sentenza n. 26242/2014 si è finalmente adottata la soluzione favorevole alla rilevabilità d'ufficio, sebbene temperata dalla valorizzazione del principio di collaborazione tra il giudice e le parti del processo. Nello specifico: «il rilievo *ex officio* di una nullità negoziale – sotto qualsiasi profilo ed anche ove sia configurabile una nullità speciale o di protezione – deve ritenersi consentito, sempreché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata "ragione più liquida"».

⁽⁵⁷⁾ Norma imperativa è quella che impone un comando e che non può essere derogata dai privati, essendo posta a tutela di interessi superiori a quelli relativi alla sfera giuridica dei contraenti. Si contrappone alla norma dispositiva, che è quella derogabile e che dispone solo ove i contraenti non dispongano altrimenti. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 388.

⁽⁵⁸⁾ N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, cit., p. 318.

linguaggio informatico di uno smart contract. Questione di non semplice risposta in attesa di una legislazione chiara a riguardo, che taluni risolvono in senso positivo parafrasando quanto disposto dall'art. 20 CAD. La norma, recante disposizioni inerenti alla validità ed efficacia probatoria dei documenti informatici⁽⁵⁹⁾, configura come forma scritta quella «intelligibile, e che consenta la conservazione su un supporto durevole della rappresentazione della volontà delle parti»⁽⁶⁰⁾. Nonostante questa argomentazione, permangono dei dubbi riguardanti l'intelligibilità del linguaggio scelto, in special modo per colui che ritenga necessario adire la giustizia e chi venga chiamato successivamente a ricostruire la volontà delle parti. Rimane tuttavia indubbio come il linguaggio informatico sia caratterizzato da una particolare rigidità che, da un lato rende difficoltosa una precisa traduzione del linguaggio umano, ma che dall'altro reca con sé un sistema codificato, ove ad un elemento corrisponde un singolo significato, e dove non insistono sfumature, usi locali e differenti intendimenti.

L'analisi degli altri elementi essenziali non reca con sé particolari spunti problematici o innovazioni rispetto al tradizionale diritto dei contratti, se non una particolare rigidità che convoglia il contratto, una volta sigillato l'accordo, su dei "binari" prestabiliti che lasciano poco spazio ai dubbi.

Il contratto può essere inoltre nullo solo parzialmente. La nullità di singole clausole non importa ad esempio la nullità dell'intero atto qualora vi sia la sostituzione automatica di queste da parte di norme imperative (art. 1419, 2° comma, c.c.). Traslando questo processo sul terreno degli smart contract, appare evidente che in questo caso la legge ricoprirebbe la funzione di *oracolo*, contraddistinto dalla particolarità di non essere stato previsto dalle parti e coattivo. In questa situazione si ripete la necessità del dialogo del codice con informazioni provenienti dall'esterno. L'unica soluzione ipotizzabile a riguardo è la predisposizione di queste "auto-integrazioni" in fase di scrittura codice,

⁽⁵⁹⁾ Art. 20 CAD. Norma contenuta nella sezione I, rubricata "Documento informatico". In tal caso, l'art 1-*bis* dispone che il documento informatico soddisfi il requisito della forma scritta qualora dotato di firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata.

⁽⁶⁰⁾ Come riportato da: N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, cit., p. 319.

che risulta discutibile in quanto le parti che hanno redatto tali clausole contrarie avrebbero già dovuto conoscere la diversa prescrizione di legge.

Ciononostante, volendo continuare ad ipotizzare tale soluzione, si renderebbe necessario un ulteriore, nonché spinoso, passaggio: la “traduzione” delle disposizioni in codice informatico, con tutte le conseguenti difficoltà.

Complicazioni che sarebbero analoghe a quelle del diverso caso di nullità parziale, in cui è necessario indagare circa la volontà delle parti, al fine di verificare se i contraenti avrebbero concluso l'accordo anche senza quella porzione di contenuto (cfr. art. 1419, 1° comma, c.c.). La fonte primaria di questa procedura interpretativa, operata da un interprete qualificato sul piano giuridico, ma (almeno attualmente) non su quello informatico, qual è il giudice, è rappresentata proprio da quel codice, che come è stato più volte evidenziato, risulta carente su questo piano stante la rigidità e l'automazione che lo contraddistinguono⁽⁶¹⁾.

Il contratto nullo, come enunciato dall'art. 1423 c.c. non può essere di norma convalidato, ma può essere convertito in un diverso contratto del quale contenga i requisiti di sostanza e, se necessario, di forma (cfr. art. 1424 c.c.). Nel caso di uno smart contract ritenuto nullo, lo sguardo si indirizza verso l'esame del codice informatico, ma anche, se presente, del documento sottostante redatto in scrittura “umana”. Tuttavia, sarà indispensabile l'avver previsto una “valvola di apertura” già in sede di programmazione che consenta l'innesto di un negozio di conversione. Anche in questo frangente emerge quella che è la più grande problematica che condiziona gioco-forza l'intera indagine giuridica di tale fattispecie, attraverso gli strumenti attualmente predisposti dal diritto privato italiano: l'autoreferenzialità della dimensione tecnologica nei riguardi del mondo esterno salvo diversa statuizione da parte dell'unica entità su cui si poggia attualmente uno smart contract, cioè il codice informatico. Anche qualora infatti fosse fatta valere una dichiarazione di nullità, l'ambito giudiziale non potrà mai dialogare, almeno allo stato attuale, con lo strumento tecnologico contraddistinto dall'irrevo-

⁽⁶¹⁾ N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, cit., p. 327.

cabilità, se non in forza di una “clausola” di retrattabilità dei propri effetti, che però dovrà essere prevista in sede di scrittura del codice.

La digressione operata in tema di nullità dello smart contract ci è utile ad evidenziare inoltre quelle che sono problematicità che si ripercuotono altresì sull'intera dimensione delle vicende patologiche che possono venire in esistenza nel corso della vita di un negozio giuridico, nonché della difficoltà nell'operare un incisivo intervento giurisdizionale. Spesso infatti, l'intervenuta sentenza del giudice si rivelerebbe di fatto inoffensiva in tutta una serie di casistiche, e altrettanti sono i possibili usi illeciti di tale strumento⁽⁶²⁾. Le ipotesi di negozio annullabile⁽⁶³⁾, rescindibile, risolvibile, talvolta sulla carta ben traducibili in automatismi del tipo *if this-then that*, proprio del codice informatico, così come ulteriori istituti quali il risarcimento del danno o la clausola penale contrattuale, rimangono ancorate al complesso scenario della comunicabilità tra ecosistema giuridico e quello informatico⁽⁶⁴⁾. La possibile, ed al momento forse unica, soluzione in riferimento all'intangibilità, nonché a tale difficoltoso dialogo, può essere trovata attraverso scelte di politica legislativa. Potrebbe auspicabilmente essere resa obbligatoria, ai fini del riconoscimento giuridico della validità di tale strumento, l'introduzione all'interno del software di determinate stringhe in grado di operare, qualora attivate, “l'azione inversa”, in tal modo disegnando una forma contrattuale efficace, rendendo lo smart contract, oltre che naturalmente insu-

⁽⁶²⁾ A tale proposito, tre ricercatori informatici statunitensi si sono occupati di esaminare forme di accordo abusivo, mettendo in guardia contro alcuni possibili utilizzi criminali degli *smart contract*, tra i quali l'esempio classico del “contratto con il killer”. A. JUELS, A. KOSBA, E. SHI, *The Ring of Gyges: Using Smart Contracts for Crime*, Vienna, 2016.

⁽⁶³⁾ A differenza della più grave nullità, il negozio annullabile rimane produttivo di effetti, ma questi possono essere posti nel nulla dall'impugnazione da parte del legittimato dinnanzi al giudice. Allo stesso tempo gli stessi effetti potranno consolidarsi nel caso in cui costui decida di non avvalersi di tale potere. Non disciplinata in via generale nel c.c., bensì regolata da norme specifiche, il Capo XII c.c., art. 1427 ss. regolano le fattispecie di errore, violenza, dolo. La sentenza di accertamento è dunque costitutiva, avente efficacia *ex tunc*. Il negozio annullabile può essere sanato per prescrizione (quinquennale) o convalida. Cfr. R. PARDOLESI, *I rimedi*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, cit., p. 117 ss.

⁽⁶⁴⁾ N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO, *Blockchain e Smart Contract*, cit., p. 335.

scettibile all'inadempimento, anche "impermeabile" a vicende di patologia genetica o sopravvenuta.

6. — *Un nuovo punto di inizio per il diritto dei contratti?*

Concludendo questa disamina, è importante sottolineare come non sia possibile, almeno con gli attuali strumenti giuridici, ipotizzare una concordanza sistemica degli smart contract con la disciplina italiana del contratto. Va tuttavia pari tempo evidenziato come essi si stiano rivelando sempre più importanti strumenti di scambio caratterizzati da innumerevoli applicazioni ed una crescente diffusione.

La "contrattazione algoritmica" infatti, se da un lato poggia le sue fondamenta (ed il suo futuro) sullo sviluppo delle moderne tecnologie, dall'altro trova la sua ragion d'essere in un contesto economico sempre più interconnesso, digitalizzato e globalizzato quale quello che, verosimilmente, contraddistinguerà il prossimo futuro⁽⁶⁵⁾.

Considerato il fatto che questi sono in grado di configurare trasferimenti e possono funzionare indipendentemente dall'intervento umano, tali strumenti trovano la loro collocazione in una dimensione che può essere definita come *a-giuridica*. Per questo non può essere ritenuto che gli smart contract siano necessariamente uno strumento da considerarsi *contra legem*, ma bensì rispondenti ad un corpus di regole parzialmente differente in grado di comportare possibili derive antiggiuridiche.

È per questa ragione che si rende necessario per il giurista ed il legislatore uno studio attento di tale risultato del progresso tecnologico, soprattutto in vista di un'espansione del relativo mercato, al fine di intercettare questa innovazione, costruendole attorno uno "spazio sicuro". Prevedendo un corretto inquadramento giuridico, sarà possibile tenere aperto il campo ad un'innovazione positiva per i rapporti socio-economici, senza allontanarsi

⁽⁶⁵⁾ S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Contrattazione algoritmica. Problemi di profilazione e prospettive operazionali. L'esperienza "pilota" statunitense*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2019, p. 55.

dalla salvaguardia dei principi generali dell'ordinamento. Un lavoro complesso, necessitante di risposte a quesiti in parte nuovi e mai affrontati a livello giuridico sino a questo momento. Al netto delle obiettive difficoltà, possono tuttavia già essere ricavati importanti elementi utili a tracciare una linea di confine.

Dall'esperienza maturata a livello nazionale ed internazionale non può che essere rilevata una preferibile tendenza verso la costruzione di una normativa tanto efficace quanto elastica ed il più possibile futuribile, non eccessivamente ancorata alla tecnologia e alla prassi del momento, supportata ove necessario anche da un'efficace preparazione tecnica, una delle sfide più probanti derivate dall'evoluzione tecnologica, in un contesto di interdisciplinarietà e in ottica transnazionale, vista la naturale parziale insuscettibilità di questi fenomeni ai limiti dei confini nazionali.

Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33 – Pres. Coraggio – Est. Viganò – A.S. e P.F. in proprio e *n.g.* di genitori di P.B.F. (Avv. A. Saitta) – Pres. Cons. Ministri (Avv. gen. Stato).

Filiazione – Accertamento della – Gestazione per altri (nato da) – Genitore intenzionale – Titolo estero – Preclusione dell'efficacia nell'ordinamento interno – Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità, nonché di tutela dell'interesse del minore – Inammissibilità delle questioni – Insufficiente tutela dell'interesse del minore – Sussistenza – Intervento indifferibile del legislatore – Necessità.

Norme impugnate: artt. 12, l. 19 febbraio 2004, n. 40; 64, l. 31 maggio 1995, n. 218; 18, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396.

Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale – sollevate dalla Corte di cassazione, Sez. prima civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo – del combinato disposto degli artt. 12, 6° comma, della l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, 1° comma, lett. g), della l. 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della l. 15 maggio 1997, n. 127), che, secondo l'interpretazione del diritto vivente, precludono, per contrasto con l'ordine pubblico, il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero di accertamento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla gestazione per altri e il genitore d'intenzione, spettando al legislatore, di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da gestazione per altri, tramite l'emanazione di una disciplina che assicuri una piena tutela degli interessi del minore, in modo più aderente alle peculiarità della situazione, che sono assai diverse da quelle dell'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, 1° comma, lett. d), l. 4 maggio 1983, n. 184.

(*Omissis*). 1.- Con ordinanza del 29 aprile 2020, la Corte di cassazione, Sez. prima civile, ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, e all’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE) – questioni di legittimità costituzionale dell’art. 12, comma 6, della l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell’art. 64, comma 1, lett. g), della l. 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell’art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile, a norma dell’art. 2, comma 12, della l. 15 maggio 1997, n. 127), «nella parte in cui non consentono, secondo l’interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l’ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all’inserimento nell’atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d’intenzione non biologico».

1.1.- Secondo quanto espone il giudice a quo, il caso che ha dato origine al giudizio riguarda un bambino nato nel 2015 in Canada da una donna nella quale era stato impiantato un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana (P.F.), unito in matrimonio in Canada – con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili – con altro uomo, pure di cittadinanza italiana (F.B.), con il quale aveva condiviso il progetto genitoriale.

Al momento della nascita del bambino, le autorità canadesi avevano formato un atto di nascita che indicava come genitore il solo P.F., mentre non erano stati menzionati né F.B., né la madre surrogata che aveva partorito il bambino, né la donatrice dell’ovocita. Accogliendo il ricorso dei due uomini, nel 2017 la Corte Suprema della British Columbia aveva dichiarato che entrambi i ricorrenti dovevano essere considerati genitori del bambino, e aveva disposto la corrispondente rettifica dell’atto di nascita in Canada.

I due uomini avevano quindi chiesto all’ufficiale di stato civile italiano di rettificare anche l’atto di nascita del bambino in Italia, sulla base del provvedimento della Corte Suprema della British Columbia. In seguito al rifiuto opposto a tale richiesta,

essi avevano chiesto alla Corte d'appello di Venezia il riconoscimento del provvedimento canadese in Italia ai sensi dell'art. 67 della l. n. 218 del 1995.

Nel 2018 la Corte d'appello di Venezia aveva accolto il ricorso, riconoscendo l'efficacia in Italia del provvedimento.

L'Avvocatura dello Stato aveva tuttavia interposto ricorso per cassazione nell'interesse del Ministero dell'interno e del Sindaco del Comune ove era stato trascritto l'originario atto di nascita del minore.

1.2.- Investita di tale ricorso, la prima sezione civile della Corte di cassazione prende atto che nel frattempo è stata depositata la sentenza delle Sezioni unite civili 8 maggio 2019, n. 12193, la quale ha affermato il principio secondo cui non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore "d'intenzione". Secondo le Sezioni unite, tale riconoscimento troverebbe infatti ostacolo insuperabile nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione.

Tuttavia, la Sezione rimettente dubita della compatibilità di tale principio di diritto, costituente diritto vivente, con una pluralità di parametri costituzionali.

1.3.- Anzitutto, il divieto di riconoscimento in esame violerebbe l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai diritti del minore al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 CEDU), a non subire discriminazioni, a vedere preso in considerazione preminente il proprio interesse, a essere immediatamente registrato alla nascita e ad avere un nome, a conoscere i propri genitori, a essere da loro allevato e a non esserne separato (rispettivamente, artt. 2, 3, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo), al principio della responsabilità comune dei genitori per l'educazione e la cura del figlio (art. 18 della medesima Convenzione), nonché ai diritti riconosciuti dall'art. 24 CDFUE.

La sussistenza di tali violazioni si desumerebbe in particolare, secondo la Corte rimettente, dal parere consultivo della grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, reso su richiesta della Corte di cassazione francese il 10 aprile 2019, con il quale si è affermato, da un lato, che il diritto al rispetto della vita privata del bambino, ai sensi dell'art. 8 CEDU, richiede che il diritto nazionale offra una possibilità

di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore d'intenzione; e, dall'altro, che tale riconoscimento non comporta necessariamente l'obbligo di trascrivere l'atto di nascita straniero nei registri dello stato civile, ben potendo il diritto al rispetto della vita privata del minore essere tutelato anche per altra via, e in particolare mediante l'adozione da parte del genitore d'intenzione, a condizione però che le modalità di adozione previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità di tale procedura, conformemente all'interesse superiore del bambino.

Secondo la Sezione rimettente, l'attuale diritto vivente in Italia non sarebbe adeguato rispetto agli standard di tutela dei diritti del minore stabiliti in sede convenzionale, dal momento che la possibilità del ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari da parte del genitore "d'intenzione", ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *d*), della l. 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), riconosciuta dalle Sezioni unite civili nella richiamata sentenza n. 12193 del 2019, non creerebbe "un vero rapporto di filiazione". Tale forma di adozione porrebbe infatti "il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico"; non creerebbe legami parentali con i congiunti dell'adottante ed escluderebbe il diritto a succedere nei loro confronti; e non garantirebbe, comunque, quella tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione che è richiesta dalla Corte EDU nell'interesse del minore. D'altra parte, l'adozione in casi particolari resterebbe rimessa alla volontà del genitore "d'intenzione", lasciando così aperta la possibilità per quest'ultimo "di sottrarsi all'assunzione di responsabilità già manifestata e legittimata nel paese in cui il minore è nato"; e sarebbe, altresì, condizionata all'assenso all'adozione da parte del genitore biologico, che potrebbe non prestarlo in caso di crisi della coppia.

1.4.- Il diritto vivente cristallizzato dalla pronuncia delle Sezioni unite risulterebbe, altresì, contrastante con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., dai quali si evincerebbero – in materia di filiazione – i principi di uguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità.

Sarebbe infatti violato il diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta costituzionale, nonché il diritto alla stessa identità del minore, senza che tale violazione possa ritenersi giustificata nell'ottica di tutela della madre "surrogata", che non trarrebbe comunque alcun vantaggio dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione tra il bambino e il genitore d'intenzione.

In secondo luogo, il figlio nato da maternità surrogata sarebbe discriminato rispetto a ogni altro bambino, in conseguenza di circostanze delle quali egli non porta alcuna responsabilità.

Sarebbe, altresì, irragionevole consentire di riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello “d’intenzione”, posto che il primo – avendo fornito i propri gameti nella formazione dell’embrione – sarebbe ancor più coinvolto nella pratica procreativa, dalla cui illiceità nel nostro ordinamento deriva l’asserita contrarietà all’ordine pubblico italiano del riconoscimento dello status di genitore del padre “d’intenzione”.

Infine, sarebbe irragionevole precludere al giudice la possibilità di valutare caso per caso l’interesse del minore al riconoscimento del legame con il genitore “d’intenzione”, con ciò sacrificandosi automaticamente la tutela dei diritti del bambino per condannare il comportamento dei genitori (sono citate le sentenze di questa Corte n. 7 del 2013, n. 31 del 2012 e n. 494 del 2002).

2.- È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate inammissibili o infondate.

2.1.- L’inammissibilità discenderebbe: *a)* dall’erronea assunzione a parametro interposto del giudizio di costituzionalità del parere consultivo della Corte EDU, non vincolante e reso in base al Protocollo n. [...] alla CEDU, che non è stato ratificato dall’Italia; *b)* dall’omessa sperimentazione dell’interpretazione conforme: a fronte del novum costituito dal parere della Corte EDU, la Sezione rimettente avrebbe potuto e dovuto investire nuovamente della questione le sezioni unite, ai sensi dell’art. 374, terzo comma, del codice di procedura civile, invece di promuovere l’incidente di costituzionalità.

2.2.- Nel merito, le questioni sarebbero comunque infondate.

2.2.1.- Le conclusioni cui sono pervenute le Sez. unite della Corte di cassazione nella richiamata sentenza n. 12193 del 2019 non sarebbero contraddette dal parere della Corte EDU, che, pur affermando la necessità del riconoscimento del rapporto tra il minore nato all’estero tramite surrogazione di maternità e il genitore d’intenzione, riconosce un margine di apprezzamento degli Stati contraenti sulla scelta delle modalità di tale riconoscimento (trascrizione dell’atto di nascita straniero nei registri di stato civile oppure adozione).

2.2.2.- Per altro verso, l'adozione *ex* art. 44, primo comma, lett. *d*), della l. n. 184 del 1983 non configurerebbe un procedimento più lungo o complesso rispetto al riconoscimento dell'atto o provvedimento straniero e alla sua trascrizione nei registri di stato civile italiani, che presupporrebbe pur sempre l'attivazione di un procedimento giurisdizionale in caso di rifiuto di annotazione da parte dell'ufficiale di stato civile.

2.2.3.- Le norme censurate, nell'interpretazione offertane dalle sezioni unite della Corte di cassazione, sarebbero poi pienamente conformi agli orientamenti espressi da questa Corte nelle sentenze n. 221 del 2019 (che ha ritenuto non contrastante con la Costituzione la preclusione, per le coppie dello stesso sesso, all'accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo) e n. 237 del 2019 (che ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale della "norma che si desume" dagli artt. 250 e 449 del codice civile, 29, comma 2, e 44, comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000, 5 e 8 della l. n. 40 del 2004, censurata nella parte in cui non consentiva, ad avviso del rimettente, la formazione in Italia di un atto di nascita in cui venissero riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso). Nemmeno nella sentenza n. 162 del 2014 – che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa in caso di patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili – questa Corte avrebbe mai messo in discussione la legittimità del divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004.

La stessa sezione prima civile della Corte di cassazione, in una pronuncia coeva all'ordinanza di rimessione (sentenza 22 aprile 2020, n. 8029), si sarebbe conformata ai principi stabiliti dalle Sezioni unite nella sentenza n. 12193 del 2019.

2.2.4.- Alla luce della giurisprudenza di questa Corte, della Corte EDU e della Corte di cassazione, pertanto, le norme censurate dalla Sezione rimettente non lederebbero alcuno dei parametri costituzionali invocati: non l'art. 2, da cui non discenderebbe alcun diritto alla genitorialità, inteso come aspirazione a procreare e a crescere dei figli; non l'art. 3, per l'incomparabilità tra la condizione di sterilità o infertilità delle coppie eterosessuali cui è consentita la procreazione medicalmente assistita, e la condizione di fisiologica infertilità delle coppie omosessuali; non gli artt. 30 e 31 Cost., poiché la tutela dell'interesse del minore non potrebbe essere affidata alla pratica della surrogazione di maternità, offensiva della dignità della

donna e lesiva delle relazioni umane; non, infine, gli artt. 117, primo comma, Cost. e 8 CEDU, alla luce della sentenza della Corte EDU, Grande camera, del 24 gennaio 2017, P. e C. contro Italia, che ha ritenuto insufficiente, per l'accertamento di un legame di "vita familiare", la mera esistenza di un progetto genitoriale, in assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori.

2.2.5.- Non sussisterebbe, infine, alcuna discriminazione in base all'orientamento sessuale, atteso che la surrogazione di maternità è vietata tanto alle coppie eterosessuali, quanto a quelle omosessuali.

2.2.6.- Né indicazioni di segno contrario si potrebbero trarre dagli artt. 12 CEDU e 9 CDFUE, che, nel riconoscere il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, demandano alle legislazioni nazionali il compito di disciplinare tali diritti.

La scelta del legislatore italiano di non equiparare unioni civili e matrimonio, per quanto concerne la filiazione, riposerebbe sull'esigenza di fornire adeguata tutela ai *best interests* del minore e si collocherebbe pienamente nel solco della giurisprudenza costituzionale, che ha da un lato escluso che l'aspirazione al riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione al matrimonio (sentenza n. 138 del 2010), e dall'altro lato ha posto l'accento sull'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità» (sentenza n. 272 del 2017).

2.2.7.- Quanto all'art. 24 CDFUE, parimenti assunto a parametro interposto, non si rinverrebbe nell'ordinanza alcuna "disamina specifica" in relazione a tale profilo.

3.- Si sono costituiti in giudizio F.B. e P.F., "in proprio e in qualità di genitori" del minore P.B.F., chiedendo l'accoglimento delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione ed evidenziando come il riconoscimento degli interessi preminenti del minore, consacrato dalle fonti costituzionali e pattizie, faccia parte «di un patrimonio comune del costituzionalismo contemporaneo, che non può non essere partecipato anche dal nostro ordinamento».

Tali interessi risulterebbero irragionevolmente pregiudicati – con violazione degli artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma, Cost., 8 e 14 CEDU – dalla disciplina censurata, che impedisce al giudice di compiere il bilanciamento più opportuno in ciascun caso concreto a salvaguardare tutti gli interessi in gioco, non essendo «costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga

in modo automatico sugli interessi del minore» (è richiamata la sentenza di questa Corte n. 272 del 2017).

4.- J.E.N., madre gestazionale del minore P.B.F., ha spiegato intervento *ad adiuvandum*, dichiarato inammissibile da questa Corte con ordinanza n. 271 del 2020.

5.- Sono state depositate varie opinioni scritte ai sensi dell'art. 4-*ter* delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale. Con decreto del Presidente della Corte del 2 dicembre 2020, tutte le opinioni sono state ammesse, tranne quella presentata dalla R.I. contro l'Utero in Affitto, in difetto di allegazioni e produzioni documentali atte a dimostrare il possesso dei requisiti di legittimazione richiesti dal comma 1 del richiamato art. 4-*ter*.

5.1.- Con l'opinione presentata l'11 settembre 2020, l'Associazione L.C. per la libertà di ricerca scientifica a.p.s. e l'Associazione R.C.D. a.p.s. auspicano l'accoglimento delle questioni, che non porrebbero in discussione il divieto di maternità surrogata vigente nell'ordinamento italiano, ma riguarderebbero unicamente lo status del minore nato attraverso tale pratica.

La preclusione al riconoscimento dello *status filiationis* costituito all'estero tramite surrogazione di maternità avrebbe effetti punitivi e discriminatori in danno di un soggetto terzo incolpevole, ossia il minore.

Le norme censurate sarebbero inoltre affette da «irrazionalità per inappropriatezza ed inefficacia», poiché il dato sociale dimostrerebbe l'ampia diffusione del fenomeno della genitorialità delle coppie dello stesso sesso e la «valutazione complessiva pubblica» in termini di «normalità, di pregi e di difetti, di positivo e negativo, come per tutte le coppie».

In subordine, le associazioni sollecitano una pronuncia di inammissibilità o infondatezza delle questioni, basata sulla possibilità di interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina censurata.

5.2.- Con l'opinione presentata il 14 settembre 2020, l'A.N. auspica invece la reiezione delle questioni, osservando che l'istituto dell'adozione, disciplinato dalla l. n. 184 del 1983, realizza il diritto del minore ad avere una famiglia, nell'ambito di un procedimento che impone una previa rigorosa verifica dell'idoneità dei genitori affidatari e adottivi e nel quadro di un sistema che prevede severe sanzioni penali a presidio del rispetto delle procedure di adozione.

La maternità surrogata, non imponendo alcuna verifica sull'idoneità degli aspi-

ranti genitori e consentendo una sorta di compravendita del minore, attuata attraverso lo sfruttamento delle madri gestazionali, sarebbe invece fenomeno assimilabile al traffico di minori, come tale meritevole di essere disincentivato e represso.

5.3.- Con l'opinione presentata il 14 settembre 2020, anche l'Associazione A.B., l'Associazione C.P. e l'associazione F.L. ritengono che la repressione penale della maternità surrogata non sia contraria all'interesse del minore, ma intenda, al contrario, tutelarlo, proteggendo la relazione con la madre, che, invece, la surrogazione mira intenzionalmente a interrompere.

L'interesse del minore si realizzerebbe attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando – nel solo caso di abbandono del minore, o di incapacità della famiglia d'origine a garantirne la cura – all'adozione, attuata con le garanzie del procedimento giurisdizionale e previa puntuale verifica dell'idoneità degli aspiranti genitori adottivi, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal dato biologico.

Tali elementi di garanzia per il minore sarebbero assenti nella surrogazione di maternità, la cui legittimazione – tramite il riconoscimento dello *status filiationis* costituito all'estero mediante il ricorso a detta pratica – rischierebbe di indebolire «la capacità del corpo sociale ad apprestare sostegno, tramite gli istituti dell'affidamento e della adozione, a minori che risultano privi di una adeguata famiglia di origine».

5.4.- Con l'opinione presentata il 15 settembre 2020, l'Avvocatura per i diritti L. a.p.s. auspica invece l'accoglimento delle questioni, sottolineando la necessità di distinguere tra divieto di surrogazione di maternità e tutela del nato a seguito del ricorso a tale pratica. Dalla giurisprudenza costituzionale si trarrebbe il principio per cui, «al di là delle scelte che i genitori possono compiere anche in violazione della legge italiana, l'interesse primario da salvaguardare deve rimanere quello del nato al riconoscimento formale del proprio *status filiationis*, elemento costitutivo della sua identità personale protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989, anche dagli artt. 2, 30 e 31 della Costituzione».

Le conclusioni cui sono pervenute le Sez. unite della Corte di cassazione nella sentenza n. 12193 del 2019 si porrebbero in contrasto con la stessa giurisprudenza costituzionale, secondo cui il divieto della gestazione per altri non preclude al giudice di valutare nel singolo caso la sussistenza dell'interesse del minore a mantenere il proprio status nei confronti del genitore che non vanti con esso alcun legame biologico (è citata la sentenza n. 272 del 2017). Ciò tanto più che la l. n. 40 del 2004,

pur vietando la surrogazione di maternità, nulla dispone quanto alle conseguenze per il nato da tale pratica.

Occorrerebbe infine considerare come altri ordinamenti, come quello francese e tedesco, pur vietando la gestazione per altri, apprestino tutela al minore nato dal ricorso a tale pratica, consentendo la trascrizione degli atti di nascita stranieri che indichino una doppia paternità.

6.- Con articolata memoria illustrativa depositata in prossimità dell'udienza pubblica, le parti F.B. e P.F. hanno insistito per l'accoglimento delle questioni.

6.1.- Queste ultime sarebbero pienamente ammissibili: il rimettente non avrebbe potuto disattendere la sentenza n. 12193 del 2019 delle sezioni unite della Corte di cassazione, qualificabile in termini di diritto vivente, ma solo sollevare questione di legittimità costituzionale della disciplina censurata, così come interpretata da detta pronuncia (sono citate le sentenze di questa Corte n. 299 del 2005 e n. 266 del 2006). Né sarebbe configurabile alcun obbligo di rimettere nuovamente le questioni alle Sezioni unite, atteso che l'art. 1 della l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale) «non ammette alcun filtro preventivo fra il giudice a quo e la Corte».

6.2.- Il parere del 10 aprile 2019 della Corte EDU sarebbe stato correttamente preso in considerazione dal rimettente non in quanto parametro interposto o fonte normativa vincolante, ma quale «strumento interpretativo che il giudice nazionale non può ignorare», essendo stato pronunziato all'unanimità dalla Grande camera e costituendo codificazione di un «diritto consolidato» relativo alla Convenzione.

6.3.- La fattispecie in discussione nel giudizio a quo differirebbe sia da quella che veniva in rilievo nella sentenza n. 272 del 2017 di questa Corte (per il significativo collegamento con un ordinamento straniero, stante la cittadinanza canadese del minore P.B.F.), sia da quella oggetto della richiamata sentenza P. e C. della Corte EDU (per la sussistenza di un legame genetico tra uno dei genitori e il bambino), sia, infine, da quella considerata dalla Corte di cassazione, sezione prima civile, nella sentenza 11 novembre 2014, n. 24001 (per la piena conformità della gestazione per altri alla *lex loci*).

6.4.- L'ordine pubblico di cui all'art. 64 della l. n. 218 del 1995 (cui rinvia l'art. 65 della stessa legge, a sua volta richiamato dal successivo art. 66), unico ostacolo al riconoscimento di uno *status filiationis* già stabilito dallo Stato di cittadinanza del

minore, dovrebbe essere interpretato in senso restrittivo; e l'interesse del minore, al pari degli altri valori supremi dell'ordinamento che, con esso, determinano la nozione di ordine pubblico, non potrebbe che essere valutato dal giudice in ciascun caso concreto, conformemente alle indicazioni della sentenza n. 272 del 2017 di questa Corte e del parere consultivo della Corte EDU.

6.5.- Anche il confronto con le esperienze di altri ordinamenti mostrerebbe come il divieto di maternità surrogata non sia d'ostacolo alla possibilità di garantire la continuità dello status familiare dei minori nati in Stati che ammettano tale pratica.

6.6.- Il richiamo all'art. 24 CDFUE operato dal rimettente sarebbe meramente funzionale a dimostrare la sussistenza di un'irragionevole disparità di trattamento, rilevante *ex art. 3 Cost.*: mentre gli *status* familiari costituiti – anche a seguito di gestazione per altri – in uno Stato membro dell'Unione europea (o costituiti in uno Stato terzo e ivi riconosciuti) possono “circolare” negli altri Stati membri, in forza della libertà di circolazione del cittadino dell'Unione, i minori italiani vedrebbero la propria continuità di *status* interrotta «per il sol fatto che entrambi i genitori sono italiani o per il fatto che non hanno risieduto in un altro Stato membro».

6.7.- L'orientamento delle Sez. unite della Corte di cassazione negherebbe al minore la possibilità di conseguire l'«allineamento dello status giuridico con lo stato di fatto», in contrasto con le esigenze di tutela del diritto all'identità personale discendenti dalla stessa giurisprudenza costituzionale (sono citate le sentenze di questa Corte n. 494 del 2002 e n. 120 del 2001). Tale diritto, riconosciuto anche dall'art. 9, primo comma, della Convenzione sui diritti del fanciullo, implicherebbe «anche il riconoscimento della genitorialità così come affermata da altro Stato di cui il minore è cittadino e con il quale possiede un legame qualificato».

6.8.- L'attuale assetto del diritto vivente implicherebbe per il minore nato da maternità surrogata una *capitis deminutio* del tutto analoga, se non più grave, rispetto a quella in danno ai figli cosiddetti incestuosi, rimossa da questa Corte con la sentenza n. 494 del 2002, atteso che il bambino dovrebbe patire le conseguenze sanzionatorie di una condotta posta in essere dai genitori, in nome di «una concezione “totalitaria” della famiglia».

6.9.- Il riconoscimento dello *status filiationis* rispetto al genitore d'intenzione non minerebbe il diritto del minore a conoscere le proprie origini ma, al contrario, lo

rafforzerebbe, in quanto proprio la prospettiva di poter conseguire la trascrizione dell'atto di nascita del minore nato all'estero da maternità surrogata incentiverebbe i genitori a versare nei registri di stato civile italiani la relativa documentazione, così consentendo al figlio di avere accesso alle informazioni relative alla propria nascita.

6.10.- Quanto al ricorso all'adozione in casi particolari, esso non sarebbe conforme alle esigenze di tutela degli interessi del minore, considerati da un lato i limitati effetti di tale istituto e, dall'altro lato, le caratteristiche del procedimento di adozione, attivabile solo su domanda dell'adottante e con l'assenso dell'altro genitore. La procedura di adozione sarebbe inoltre caratterizzata da cadenze temporali particolarmente dilatate, pari a circa cinque anni, non compatibili con le esigenze di celerità evidenziate dalla Corte EDU nel parere del 10 aprile 2019. Del resto, la stessa Corte EDU, nella sentenza 28 giugno 2007, W. e J. contro Lussemburgo, avrebbe ritenuto insufficiente a garantire il rispetto dell'art. 8 CEDU la possibilità, offerta dall'ordinamento lussemburghese, dell'adozione "semplice" (assimilabile all'adozione in casi particolari) di una minore la cui adozione "piena", pronunciata in Perù, non era stata riconosciuta in Lussemburgo.

Al contrario, nel contesto del giudizio sulla riconoscibilità del provvedimento straniero *ex art. 67* della l. n. 218 del 1995, la Corte d'appello potrebbe svolgere con celerità ogni opportuna indagine circa il contesto familiare e il legame tra minore e genitore d'intenzione e prendere altresì in considerazione le modalità di realizzazione della gestazione per altri nell'ordinamento straniero di volta in volta considerato.

6.11.- Sarebbe infine estranea al *thema decidendum* ogni considerazione relativa all'orientamento sessuale dei soggetti che ricorrono alla gestazione per altri, alla luce dell'ininfluenza dell'orientamento sessuale sull'idoneità genitoriale.

Motivi della decisione. 1.– Con l'ordinanza indicata in epigrafe, la Corte di cassazione, Sez. prima civile, ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, lett. g), della l. 31 maggio 1995, n.

218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della l. 15 maggio 1997, n. 127), «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico».

2.- In sostanza, le questioni di legittimità che questa Corte è chiamata a esaminare riguardano lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004.

Più in particolare, è qui in discussione la possibilità di dare effetto nell'ordinamento italiano a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo chi abbia fornito i propri gameti, e dunque il genitore cosiddetto “biologico”; ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale pur senza fornire il proprio apporto genetico, e dunque il cosiddetto genitore “d'intenzione”.

La prima sezione civile della Corte di cassazione dubita della legittimità costituzionale del diritto vivente, risultante dalla sentenza delle Sezioni unite civili 8 maggio 2019, n. 12193, che esclude il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato dichiarato un rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore “d'intenzione” cittadino italiano, in ragione del ritenuto contrasto di tale riconoscimento con il divieto di surrogazione di maternità stabilito dal menzionato art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, qualificabile secondo le Sez. unite come principio di ordine pubblico.

Tale soluzione violerebbe, ad avviso del giudice a quo, tutti i parametri costituzionali e sovranazionali sopra indicati, per le ragioni di cui si è analiticamente dato conto nel Ritenuto in fatto.

Conseguentemente, la prima Sez. civile della Corte di cassazione solleva questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto:

- dell'art. 64, comma 1, lett. g), della l. n. 218 del 1995, che vieta il riconoscimento di sentenze straniere allorché producano effetti contrari all'ordine pubblico;
- dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, che vieta la trascrizione nei registri dello stato civile italiani di atti formati all'estero contrari all'ordine pubblico; e
- dell'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, che prevede sanzioni penali a carico di chiunque «in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità».

3.- Devono essere vagliate preliminarmente le eccezioni di inammissibilità formulate dall'Avvocatura generale dello Stato.

3.1.- Non è fondata, anzitutto, l'eccezione che fa leva sul carattere non vincolante del parere consultivo reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 10 aprile 2019, ampiamente citato nell'ordinanza di rimessione.

Il giudice rimettente, pur richiamando tale parere, invoca infatti correttamente – quale parametro interposto in un giudizio di legittimità costituzionale fondato, tra l'altro, sull'art. 117, primo comma, Cost. – l'art. 8 CEDU, che riconosce il diritto alla vita privata e familiare del minore: diritto sul quale si imperniano le argomentazioni sviluppate nell'ordinanza di rimessione.

D'altra parte, non v'è dubbio che il parere consultivo reso dalla Corte EDU su richiesta della Corte di cassazione francese non sia vincolante, come espressamente stabilisce l'art. 5 del Protocollo n. [...] alla CEDU: né per lo Stato cui appartiene la giurisdizione richiedente, né a fortiori per gli altri Stati, tanto meno per quelli – come l'Italia – che non hanno ratificato il protocollo in questione. Cionondimeno, tale parere è confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte EDU (sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia; decisione 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia).

3.2.- Infondata è altresì l'ulteriore eccezione di inammissibilità impernata sull'omessa sperimentazione da parte del Collegio rimettente di un'interpretazione conforme alla CEDU alla luce del citato parere consultivo; interpretazione, peraltro, che secondo l'Avvocatura generale dello Stato avrebbe dovuto essere rimessa nuovamente alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, terzo comma, del codice di procedura civile, dal momento che la richiamata sentenza n. 12193 del 2019 non avrebbe potuto tenere conto di tale parere, sopravvenuto alla decisione.

La Sezione rimettente ha plausibilmente motivato nel senso dell'impraticabili-

tà di una interpretazione conforme, proprio in ragione dell'intervenuta pronuncia delle Sezioni unite, che ha formato il diritto vivente che il giudice a quo sospetta di contrarietà alla Costituzione. Ciò deve ritenersi sufficiente ai fini dell'ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale (*ex plurimis*, da ultime, sentenze n. 75 del 2019, n. 39 del 2018, n. 259 e n. 122 del 2017).

D'altra parte, l'obbligo per una sezione semplice della Corte di cassazione di astenersi dal decidere in contrasto con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite attiene al piano dell'interpretazione della legge, non a quello della verifica della compatibilità della legge (così come interpretata dalle Sezioni unite) con la Costituzione; verifica, questa, che l'ordinamento italiano affida a ogni autorità giurisdizionale durante qualsiasi giudizio, consentendo a tale autorità di promuovere direttamente questione di legittimità costituzionale innanzi a questa Corte, senza dover sollecitare allo scopo altra istanza superiore di giudizio (art. 1 della l. cost. 9 febbraio 1948, recante "Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale"; art. 23 della l. 11 marzo 1953, n. 87, recante "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale").

4.- Deve invece essere dichiarata, d'ufficio, l'inammissibilità della questione formulata dal giudice a quo in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 24 CDFUE, non avendo la Sezione rimettente motivato sulla sua riconducibilità all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea ai sensi dell'art. 51 CDFUE, ciò che condiziona la stessa applicabilità delle norme della Carta (*ex multis*, sentenze n. 190 del 2020, n. 279 del 2019, n. 37 del 2019). Il che non esclude, naturalmente, che le norme della Carta possano essere comunque tenute in considerazione come criteri interpretativi degli altri parametri, costituzionali e internazionali, invocati dal giudice rimettente (come è accaduto, ad esempio, nelle sentenze n. 102 del 2020 e 272 del 2017 per l'appunto in relazione all'art. 24 CDFUE).

5.- Quanto alle restanti questioni sottoposte alla Corte, anche esse debbono essere dichiarate inammissibili, per le ragioni di seguito esposte.

5.1.- Il diritto vivente censurato dal giudice a quo si impernia sulla qualificazione, operata dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione, del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6, della l. n.

40 del 2004 come «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali», tra cui segnatamente la dignità umana della gestante.

Questa Corte si è recentemente espressa in termini analoghi, osservando che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenza n. 272 del 2017). A tale prospettiva si affianca l'ulteriore considerazione – su cui pongono l'accento anche l'Avvocatura generale dello Stato e una parte degli *amici curiae* – che gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita.

Tali preoccupazioni stanno verosimilmente alla base della condanna di «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009-INI) (paragrafo 82).

5.2.- Le questioni ora sottoposte a questa Corte sono però focalizzate sugli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale, come nel caso che ha dato origine al giudizio a quo, ovvero eterosessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge; e che ha quindi portato in Italia il bambino, per poi qui prendersene quotidianamente cura.

Più precisamente, si tratta di fornire una risposta all'interrogativo se il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite civili, alla luce della complessità della vicenda, sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali invocate dal giudice a quo.

5.3.- Questa Corte ha recentemente avuto modo di rammentare (sentenza n. 102 del 2020) che il principio secondo cui in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” (*best interests*) o dell’“interesse superiore” (*intérêt supérieur*) del minore, secondo le formule utilizzate nelle rispettive versioni ufficiali in lingua inglese e francese, fu espresso anzitutto

nella Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959. Di qui tale principio è confluito – tra l'altro – nell'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo e nell'art. 24, comma 2, CDFUE. Tale principio è stato altresì considerato dalla giurisprudenza della Corte EDU come specifica declinazione del diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 CEDU (*ex multis*, Grande camera, sentenza 26 novembre 2013, X contro Lettonia, paragrafo 96).

Il principio in parola è stato felicemente riformulato da una risalente sentenza di questa Corte, con riferimento all'art. 30 Cost., come necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”» (sentenza n. 11 del 1981); ed è stato ricondotto da plurime pronunce di questa Corte altresì all'ambito di tutela dell'art. 31 Cost. (sentenze n. 272 del 2017, n. 76 del 2017, n. 17 del 2017 e n. 239 del 2014).

5.4.- I parametri costituzionali e sovranazionali (questi ultimi rilevanti nell'ordinamento italiano per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.) invocati dall'ordinanza di rimessione convergono, dunque, attorno al principio della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore. Principio che deve essere ora declinato in relazione alle peculiarità delle situazioni all'esame.

Non v'è dubbio, in proposito, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio a quo, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata.

E ciò, quanto meno, da una duplice prospettiva.

Anzitutto, questi legami sono parte integrante della stessa identità del bambino (Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, M. contro Francia, paragrafo 96), che vive e cresce in una determinata famiglia, o comunque – per ciò che concerne le unioni civili – nell'ambito di una determinata comunità di affetti, essa stessa dotata di riconoscimento giuridico, e certamente riconducibile al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 221 del 2019). Sicché indiscutibile è l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche

giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso – dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari –; ma anche, e prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte. E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l’orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull’idoneità all’assunzione di responsabilità genitoriale (sentenza n. 221 del 2019; Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sezione prima civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601).

Sotto un secondo e non meno importante profilo, non è qui in discussione un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discussione è unicamente l’interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l’ordinamento considera inscindibilmente legati all’esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano *ad libitum* sottrarsi (per una analoga sottolineatura, si veda la sentenza n. 347 del 1998, che – seppur nel diverso contesto della fecondazione eterologa – già evocava i diritti del minore «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»).

Proprio per queste ragioni, del resto, l’ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU afferma la necessità, al metro dell’art. 8 CEDU, che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del “legame di filiazione” (*lien de filiation*) con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura (sentenza M. contro Francia, paragrafo 100; sentenza D. contro Francia, paragrafo 64).

Né l’interesse del minore potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore “biologico”, come è accaduto nel caso dal quale è scaturito il giudizio a quo, in cui l’originario atto di nascita canadese, che designava come genitore il solo P.F., era stato trascritto nei registri di stato civile italiani. Laddove, infatti, il minore viva e cresca nell’ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto

del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata.

5.5.- È peraltro vero che l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco.

La frequente sottolineatura della “preminenza” di tale interesse ne segnala bensì l'importanza, e lo speciale “peso” in qualsiasi bilanciamento; ma anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sentenza n. 85 del 2013).

Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo di cui si fanno carico le sezioni unite civili della Corte di cassazione, allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti.

5.6.- Di tale bilanciamento tra gli interessi del bambino e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale – bilanciamento alla cui necessità alludeva anche la già menzionata sentenza n. 272 del 2017 di questa Corte – si è, del resto, fatta carico anche la giurisprudenza della Corte EDU, poc'anzi citata.

Dal complesso delle pronunce rese sul tema dalla Corte di Strasburgo, si evince che – anche a fronte della grande varietà di approccio degli Stati parte rispetto alla pratica della maternità surrogata – ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento in materia; ferma restando, però, la rammentata necessità di riconoscimento del “legame di filiazione” con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura.

La Corte EDU riconosce, in particolare, che gli Stati parte possano non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo *status* di padre o di madre al “genitore d’intenzione”; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi.

Tuttavia, la stessa Corte EDU ritiene comunque necessario che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il “genitore d’intenzione”, al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati (Corte EDU, decisione 12 dicembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia, paragrafo 42; sentenza D. contro Francia, paragrafo 67); lasciando poi alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all’adozione del minore.

Rispetto, peraltro, a quest’ultima soluzione, la Corte EDU sottolinea come essa possa ritenersi sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria “filiazione” tra adottante e adottato (Corte EDU, sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia, paragrafo 66), e “a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l’effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all’interesse superiore del bambino” (ibidem, paragrafo 51).

5.7.- Il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU – espresso da una giurisprudenza ormai consolidata – appare corrispondente anche all’insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana, parimenti invocati dal giudice a quo.

Essi per un verso non ostano alla soluzione, cui le sezioni unite civili della Cassazione sono pervenute, della non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori dell’originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il “padre d’intenzione”; ma per altro verso impongono che, in tal caso, sia comunque assicurata tutela all’interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale.

Una tale tutela dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedi-

mento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino.

Ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata.

Proprio questo rischio, d'altronde, questa Corte ha inteso evitare allorché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che vietava il riconoscimento dei figli nati da incesto, precludendo loro l'acquisizione di un pieno *status filiationis* in ragione soltanto della condotta penalmente illecita dei loro genitori (sentenza n. 494 del 2002), e allorché – più recentemente – ha dichiarato pure costituzionalmente illegittima l'automatica applicazione della sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale in capo al genitore autore di un grave delitto commesso a danno del figlio, in ragione della possibilità che tale automatismo – finalizzato anche a lanciare un messaggio di deterrenza nei confronti dei potenziali autori di reati – finisse per risolversi in un pregiudizio per gli stessi interessi del minore (sentenza n. 102 del 2020).

5.8.- Come correttamente sottolinea l'ordinanza di rimessione, il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), della l. 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), ritenuto esperibile nei casi all'esame dalla stessa sentenza n. 12193 del 2019 delle Sez. unite civili, costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati.

L'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, pur a fronte della novella dell'art. 74 codice civile, operata dall'art. 1, comma 1, della l. 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), che riconosce la generale idoneità dell'adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell'adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della l. n. 184 del 1983 all'art. 330 codice civile – se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle,

nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 della l. n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

Al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc'anzi ricapitolati attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lett. *d*), della l. n. 184 del 1983.

5.9.- Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco.

Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistemica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore.

P.Q.M. La Corte costituzionale. Dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, 6° comma, l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, 1° comma, lett. *g*), l. 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), e dell'art. 18, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, 12° comma, l. 15 maggio 1997, n. 127), sollevate – in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione

europea dei diritti dell'uomo (CEDU), agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) – dalla Corte di cassazione, Sez. prima civile, con l'ordinanza indicata in epigrafe. (*Omissis*).

Gestazione per altri e accertamento di stato

[ANDREA SASSI^(*)]

SOMMARIO: 1. Quadro generale. – 2. Effettività della tutela e orientamenti sovranazionali. – 3. Funzione dell'adozione e posizione del nato. – 4. Spunti propositivi. – 5. Soluzioni indifferibili e applicazioni immediate.

1. Con la sentenza in commento la Corte costituzionale fornisce un ulteriore contributo alla complicata questione del riconoscimento dei diritti del nato da gestazione per altri verso il genitore d'intenzione, riconoscimento necessariamente legato all'accertamento e alla costituzione dello stato di figlio.

Tuttavia, l'intervento della Consulta non aiuta a fare chiarezza, complicando ulteriormente il quadro tracciato dalle Sezioni unite della Cassazione in una recente pronuncia, peraltro apparsa subito debole sotto il duplice profilo delle soluzioni giuridiche adottate e delle conseguenze pratiche derivanti sul piano dell'effettività della tutela⁽¹⁾. In essa si afferma, da un lato il diritto del figlio al pieno riconoscimento dello stato verso il genitore che abbia trasmesso gameti, a prescindere dal ricorso alla gestazione per altri, con conseguente trascrizione del relativo certificato di nascita straniero, sul presupposto della discendenza ingenua; dall'altro, in mancanza di diversi

(*) Università degli Studi di Perugia, *Scientific coordinator*.

(1) Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in questa *Rivista*, 2019, p. 441, con nota di A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nascita da gestazione per altri e diritto allo status*.

strumenti giuridici, la possibilità di ricorrere, ai fini della costituzione dello *status* verso il genitore intenzionale, alla adozione in casi particolari, disciplinata dagli artt. 44 ss., l. adozione, definita come “clausola di chiusura del sistema”, posta a presidio di quelle situazioni che non consentono un riconoscimento pieno del rapporto filiale. Situazioni nell’ambito delle quali si colloca l’accertamento dello *status* del nato da gestazione per altri, stante il divieto di cui all’art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, e la conseguente contrarietà dell’atto formato all’estero ai principi di ordine pubblico internazionale⁽²⁾.

In sostanza, nell’ottica delle Sezioni unite, il nato da gestazione per altri è destinatario di una tutela differenziata: *a)* nel caso in cui esista un legame biologico nei confronti del genitore o dei genitori verso i quali si chiede l’accertamento di stato, il principio di discendenza ingenita prevale sul divieto al ricorso alla gestazione per altri di cui al citato art. 12, l. n. 40/2004; di conseguenza si avrà: *a1)* costituzione dello stato di figlio matrimoniale se i fornitori di gameti sono uniti in matrimonio, *a2)* non matrimoniale verso entrambi, qualora questi non siano uniti in matrimonio, ovvero verso il solo che abbia trasmesso i propri geni; *b)* nell’ipotesi in cui il legame biologico manchi e il genitore sia quindi intenzionale, l’applicazione del richiamato divieto impedisce sempre l’accertamento contestuale alla nascita dello stato

⁽²⁾ Cfr. ancora Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit. Sulla nozione di ordine pubblico c.d. internazionale cfr., tra gli altri, V. BARBA, *Note minime sull’ordine pubblico internazionale*, in *Articolo29.it*; ID., *L’ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. cin.*, 2018, p. 403 ss.; F. CAROCCIA, *Ordine pubblico: la gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, p. 9 ss.; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 15 ss. e, in merito all’argomento che ci occupa, p. 94 ss. Con specifico riferimento ai rapporti familiari e alla filiazione, G. LIBERATI BUCCIANI, *Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali*, Napoli, 2021, p. 348 ss.; e, più specificamente, S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021, p. 155 ss., spec. p. 183 ss.; cfr., inoltre, R. CLERICI, *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione. Adozione. Alimenti*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, Torino, 2011, p. 663 ss.; in relazione alla maternità surrogata, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, spec. p. 127 ss.; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gestazione per altri*, in questa *Rivista*, 2018, p. 67 ss.; IDD., *Nascita da gestazione per altri e diritto allo status*, cit., spec. p. 498 ss.; e IDD., *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal*, 2019, p. 377 ss., cui ci permettiamo di rinviare.

di figlio, con necessità di ricorso all'adozione in casi particolari, in presenza dei presupposti per questa previsti.

2. Nel quadro ora delineato, la sentenza in esame, sulla scia di una recente pronuncia che costituisce l'arresto fondamentale nella materia⁽³⁾, ribadisce la ragionevolezza dell'opzione legislativa contraria alla gestazione per altri, ritenuta gravemente offensiva della dignità della donna, ma sottolinea, nella prospettiva del nato, l'inadeguatezza dello strumento dell'adozione in casi particolari, che non è in grado di attribuire una tutela effettiva né completa verso il genitore intenzionale, demandando al legislatore il compito – definito indifferibile – di prevedere, attraverso gli opportuni interventi, idonei strumenti giuridici.

Ciò anche in attuazione dei principi affermati dalla Corte EDU, secondo cui: *a)* il diritto al rispetto della vita privata del bambino (art. 8 CEDU) impone agli Stati di offrire la possibilità di riconoscere il legame di filiazione tra il bambino nato da gestazione per altri e il genitore intenzionale (nel caso di specie, la madre), con il quale non esiste nessun legame genetico, indicato come genitore legale nell'atto di nascita formato all'estero, in conformità a quell'ordinamento; *b)* ciò non richiede necessariamente la trascrizione dell'atto nei registri di stato civile, e si può ottenere per altra via, come l'adozione da parte del genitore intenzionale, *a condizione che le modalità di questa garantiscano l'effettività e la celerità della sua realizzazione*, secondo l'interesse superiore del bambino (corsivo nostro)⁽⁴⁾.

Queste considerazioni, del resto, hanno costituito il fondamento di due importanti pronunce delle supreme Corti francese e tedesca. Nella prima, la Cour de cassation ha affermato la valenza nell'ordinamento francese dell'atto di nascita formato all'estero e, quindi, il riconoscimento dell'accertamen-

⁽³⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in questa *Rivista*, 2017, p. 263, con nota di A. SASSI, *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato*; v. anche Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *Foro it.*, 2021, I, c. 27, con osservazioni di R. ROMBOLI, e note di C. BONA, *La filiazione omosessuale tra "rivoluzione arcobaleno" e diritto "postmoderno"*, e S. STEFANELLI, *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*.

⁽⁴⁾ Corte EDU, par. 10 aprile 2019, rich. n. P16-2018-001, in *Ilfamiliarista.it*, 4/2019.

to diretto della filiazione verso il genitore intenzionale anche in presenza di gestazione per altri, unico strumento atto a garantire l'interesse del bambino ad una tutela effettiva e immediata⁽⁵⁾.

Parimenti, e in maniera ancora più puntuale, la Corte federale tedesca si è espressa proprio con riguardo alla compatibilità con l'ordine pubblico della trascrizione dell'atto di nascita all'estero attraverso gestazione per altri⁽⁶⁾. Sebbene, ai sensi del § 1591 BGB madre è automaticamente colei che ha partorito – a differenza dell'ordinamento italiano, che esclude l'automatico accertamento della maternità e ammette, all'art. 269 c.c., la prova della maternità non solo attraverso il parto, ma anche con qualsiasi altro mezzo, compreso l'esame del d.n.a.⁽⁷⁾ – la Corte tedesca sottolinea che «oltre ai drit-

⁽⁵⁾ Cass. civ., 1^{ere} Ch., 4 ottobre 2019, n. 648, in *courdecassation.fr*, orientamento confermato da Cass. civ., 1^{ere} Ch., 18 dicembre 2019, n. 1111, *ivi*, e da Cass. civ., 1^{ere} Ch., 18 dicembre 2019, n. 1112, *ivi*, che con riguardo a nascita da gestazione per altri in coppia omoaffettiva maschile, ha ordinato la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero anche nei confronti dal padre intenzionale non legato biologicamente al nato, in quanto non contrario all'ordine pubblico, «à condition toutefois que l'acte étranger soit régulier, exempt de fraude et conforme au droit de l'Etat dans lequel il a été établi».

⁽⁶⁾ BHG, 5 settembre 2018, XII-ZB 224/17, in *Articolo29.it*, con nota di A. SCHUSTER, *La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA*.

⁽⁷⁾ Si rinvia ad A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, spec. pp. 248 ss. e 391 ss.; per la giurisprudenza, v. almeno Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Vita notarile*, 2017, p. 131, con nota di S. DI GESU, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*; in *Dir. fam.*, 2017, p. 297, con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*; su cui S. STEFANELLI, *Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 83 ss.; I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *Genius*, 1/2017, p. 70 ss. Il provvedimento della S.C. supera definitivamente la tesi secondo cui è soltanto la partoriente la madre giuridica del nato, correttamente affermando che la riferibilità del parto (art. 269, 3° comma, c.c.) costituisce soltanto uno dei mezzi di prova della maternità – che può essere data con ogni mezzo, al pari di quella della paternità (art. 269, 2° comma, c.c.) – e non un principio fondamentale dell'ordinamento; assunto ribadito in motivazione da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Articolo29.it*, con nota di S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei*

ti della madre surrogata, così come dei genitori intenzionali o committenti, devono essere considerati anche i diritti fondamentali e umani del bambino nato all'esito della gestazione per altri. Questi includono il diritto del bambino di stabilire una relazione giuridica genitore-figlio». Ribadito che non è possibile costringere alla responsabilità genitoriale la gestante, perché ciò è escluso dal suo ordinamento nazionale, e in ogni caso in quanto costei ha avviato e condotto a termine la gestazione per altri e non per sé, il riconoscimento pieno dello stato di figlio verso il genitore d'intenzione viene così fondato: «poiché la protezione è posta a vantaggio del bambino quale soggetto giuridico autonomo, questa non può differenziarsi in ragione delle modalità procreative, sulle quali il bambino non esercita alcuna influenza»⁽⁸⁾.

3. Il rilievo della Consulta sull'inidoneità dello strumento dell'adozione in casi particolari a fornire al nato un'adeguata tutela giuridica è pienamente condivisibile.

Abbiamo più volte sottolineato⁽⁹⁾ come l'adozione, così come costruita dal sistema, non costituisce una forma di protezione effettiva e completa per una serie di ragioni: *a)* condiziona necessariamente la costituzione dello stato di figlio alla domanda del genitore intenzionale (art. 45 – in linea con i precedenti artt. 22 e 29-*bis* – l. adozione), il quale, non essendo in alcun modo obbligato, potrebbe nel frattempo aver cambiato idea, magari perché il nato presenta problematiche fisiche e/o psichiche, ovvero abbia reciso i legami affettivi con l'altro partecipante al progetto procreativo; *b)* fa dipendere la pronuncia sul titolo costitutivo dello *status* dall'assenso dell'altro genitore, esercente la responsabilità (art. 46, l. cit.), così esponendo ulteriormente il minore alle conseguenze di un'eventuale crisi della

che non ha partorito; in *Guida dir.*, 28/2017, p. 54, con nota di M. FINOCCHIARO, *Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*.

⁽⁸⁾ BHG, 5 settembre 2018, XII-ZB 224/17, cit.

⁽⁹⁾ Oltre a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 302 ss., v., in particolare, A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gestazione per altri*, cit., p. 67 ss.; IDD., *Nascita da gestazione per altri e diritto allo status*, cit., p. 481 ss.; e IDD., *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, cit., p. 377 ss.

coppia; *c*) dipende, anche nei tempi, dallo svolgimento del procedimento di adozione e dal conseguente accertamento giudiziale della realizzazione dell'interesse del minore e dell'idoneità affettivo-educativa dell'adottante (art. 57, l. cit.); *d*) non costituisce il vincolo di parentela con la famiglia dell'adottante, in ragione del richiamo operato dall'art. 55, l. cit. alla disciplina dell'adozione di maggiorenni⁽¹⁰⁾.

Del resto, l'istituto dell'adozione di minore nasce per scopi diversi, essendo volta a consentire il riconoscimento giuridico di un legame affettivo instauratosi successivamente alla nascita con un soggetto estraneo al progetto procreativo, che non ha alcun obbligo né morale, né giuridico verso il nato e che, di conseguenza, dev'essere oggetto di attenta valutazione in ordine alle attitudini genitoriali. Essa, infatti, si colloca tra i titoli costitutivi dello stato posteriori alla nascita e alla redazione del relativo atto da parte dell'ufficiale dello stato civile⁽¹¹⁾, e mal si concilia con la fattispecie in esame che attiene alla precedente fase della formazione dell'atto. Inoltre, anche sul piano della funzione processuale esistono vari problemi di compatibilità, in quanto la sentenza che dichiara l'adozione costituisce un accertamento di grado massimo con efficacia *erga omnes*⁽¹²⁾, inidoneo – al contrario di quello previsto dagli artt. 95 ss., d.P.R. n. 396/2000 – al controllo sull'operato dell'ufficiale dello stato civile che redige l'atto di nasci-

⁽¹⁰⁾ Sul punto, ampiamente, A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nascita da gestazione per altri e diritto allo status*, cit., spec. p. 505 ss. Trib. min. Emilia-Romagna, 26 luglio 2021 (su cui A. SCHUSTER, *L'adozione – non più mite? – davanti alla Corte costituzionale: dubbi di inammissibilità*, in *questionegiustizia.it*) ha sollevato questioni di legittimità costituzionale del citato art. 55, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, 2° comma, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU. Tuttavia, lo stesso Trib., con precedente provvedimento, aveva ritenuto l'art. 55 tacitamente abrogato dalla l. n. 219/2012, estendendo al minore adottato il legame di fratellanza: Trib. min. Emilia-Romagna, 3 luglio 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 78, con nota di M. CINQUE, *Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?*

⁽¹¹⁾ Sul tema si rinvia ad A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 35 ss.

⁽¹²⁾ V. ancora A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 279 ss. e 296 s.

ta, la cui completezza e definitività ne costituiscono anzi il presupposto, come testimonia il ricorso all'annotazione a margine dell'atto stesso (art. 49, d.P.R. citato).

Il riferimento all'istituto dell'adozione – nell'ottica delle Sezioni unite, ma anche della Consulta – sembra più orientato a presidio dell'ordine pubblico discrezionale⁽¹³⁾, piuttosto che a tutela del nato, con conseguente sovvertimento dei valori fondamentali. Di ciò, del resto, si è reso conto lo stesso giudice delle leggi nella sentenza in commento, laddove, nel rimettere la soluzione del problema al legislatore, osserva: «Al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc'anzi ricapitolati attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983.».

⁽¹³⁾ Abbiamo avuto modo di rilevare come la nozione di ordine pubblico internazionale comprenda generalmente anche le norme inderogabili in cui al bene della vita da esse protetto viene attribuita una tutela rafforzata, anche di rilevanza penale, tutela che connota un interesse pubblico sotteso ed è espressione della tradizione giuridica domestica (*ordine pubblico discrezionale*); tuttavia, l'applicazione delle regole inderogabili di diritto interno non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione e nella C.d.f.U.E., che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (*ordine pubblico costituzionale*). In sostanza, nel caso che ci occupa, risulta evidente che i diritti del nato riconducibili all'ordine pubblico costituzionale non possono essere condizionati dalla circostanza che la gestazione sia avvenuta con modalità contrarie all'ordine pubblico discrezionale (come affermato anche dalla Corte federale tedesca: v. *retro*, § 2). In termini più espliciti, la prima tipologia di ordine pubblico, prevalente su quella derivante da discrezionalità legislativa, impone di ritenere che un'eventuale limitazione dei contenuti dello stato di figlio (e quindi dei diritti fondamentali ad esso connessi) possa avvenire soltanto nell'interesse del minore, del resto in linea con il disposto dell'art. 24 C.d.f.U.E., secondo cui in tutti gli atti relativi al minore stesso, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, il suo interesse superiore deve essere considerato preminente. Cfr. A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gestazione per altri*, cit., p. 69 ss., spec. pp. 73-75.

4. Ma come potrebbe essere regolata un'adozione del nato da gestazione per altri?

È evidente che il legislatore, con uno specifico intervento, è chiamato a superare le criticità evidenziate nel precedente paragrafo nei punti da *a)* a *d)*. Tra questi, una posizione preminente assume il ricorso ad una sentenza quale titolo costitutivo dello stato, che comporta di necessità: *a)* un procedimento inevitabilmente lungo volto all'accertamento dei presupposti (in primis, interesse del minore e idoneità genitoriale dell'adottante) e, quindi, *b)* un'efficacia preclusiva di grado massimo del predetto titolo.

In altri termini, dall'applicazione dell'istituto dell'adozione, deriva la mancanza dei requisiti di "effettività" e "celerità" della tutela, ritenuti dalla sentenza in commento e dalla Corte EDU⁽¹⁴⁾ presupposti imprescindibili per realizzare il diritto alla genitorialità del nato, ma, soprattutto, la definitività dell'accertamento della filiazione verso il genitore d'intenzione, che diviene incontestabile anche da parte del figlio, il quale, viceversa, potrebbe avere successivamente un proprio interesse alla rimozione dello stato inveridico, come avviene nel caso di ricorso alla p.m.a. di tipo eterologo con accertamento diretto della filiazione contestuale alla nascita, ove la improponibilità dell'azione ablativa concerne soltanto il genitore che abbia prestato consenso esplicito o implicito (artt. 6 e 9, l. n. 40/2004).

Pertanto – se di "adozione" si vuole discutere (in linea con le indicazioni della Consulta contenute nella parte finale del provvedimento in esame) – va a nostro avviso rispettato il principio fondamentale dei gradi di accertamento⁽¹⁵⁾. In sostanza, per garantire "effettività" e "celerità" della tutela e, al tempo stesso, rivedibilità delle situazioni soggettive in tempi successivi nell'interesse anche identitario del figlio, occorre tendenzialmente evitare il ricorso ad un titolo costitutivo di grado massimo e prevedere l'intervento del giudice soltanto in funzione di controllo e di completamento della fattispecie sostanziale. Inoltre, è evidente che il genitore d'intenzione, in virtù

⁽¹⁴⁾ Par. 10 aprile 2019, rich. n. P16-2018-001, cit.

⁽¹⁵⁾ Su cui appaiono definitive le pagine di A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013, p. 251 ss.; cfr. anche A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 221 ss.

della partecipazione al progetto procreativo, non può essere considerato alla stregua di un “normale” adottante⁽¹⁶⁾, a meno di non voler trattare allo stesso modo fattispecie difformi, con conseguente disparità di trattamento; tanto più che nella quasi totalità dei casi il problema sorge in sede di trascrizione di atto formato all'estero, in cui il soggetto è già contemplato quale genitore.

Ciò posto, le situazioni che possono riscontrarsi nella pratica sono due e presentano tratti affatto differenti: *a)* il genitore d'intenzione desidera costituire il rapporto filiale con il nato, volendo assumere la relativa responsabilità ovvero avendola già assunta secondo l'ordinamento dello stato estero in cui l'atto di nascita si è formato; *b)* il genitore d'intenzione, per qualche ragione, non intende instaurare con il nato alcun legame giuridico, con conseguente necessità di una maggiore tutela nei confronti di quest'ultimo.

Sub a) il modello che ci sembra maggiormente coerente alla fattispecie, per la realizzazione degli interessi fondamentali, è quello contemplato nell'art. 250 c.c. a proposito del riconoscimento⁽¹⁷⁾, con taluni aggiustamenti, essendo pensato per la discendenza ingenita. In particolare, appare utile prevedere comunque un controllo del giudice, che possa adeguatamente esaminare la fattispecie concreta a prescindere dalla eventuale opposizione del genitore biologico che abbia instaurato o stia instaurando legami giuridici con il nato. Ciò consentirebbe una valutazione degli interessi in giuoco al momento dell'accertamento, senza tuttavia cristallizzare la posizione in modo definitivo. L'efficacia della “dichiarazione di adozione”, che potrà essere effettuata con le modalità e nelle forme previste dagli artt. 250, 1° comma e 254 c.c., rimarrebbe quindi subordinata all'autorizzazione del giudice.

Viceversa, *sub b)* la situazione è più complicata, poiché, in difetto di volontà da parte del genitore intenzionale di richiedere l'“adozione”, occorre prevedere un meccanismo vincolante a tutela del nato, che, ricordiamo, non può instaurare rapporti giuridici né con il donatore o la donatrice di gameti,

⁽¹⁶⁾ Che, come detto (*retro*, § 3), non ha obblighi né morali né giuridici verso il nato e assume la posizione successivamente alla nascita e alla redazione del successivo atto di stato civile e, per tale ragione, è soggetto a stringente valutazione di idoneità genitoriale.

⁽¹⁷⁾ Sul quale A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 252 ss.

né con la gestante⁽¹⁸⁾. Ed è innegabile che detto meccanismo debba fondarsi su un provvedimento giurisdizionale che, questa volta, inevitabilmente deve costituire un accertamento di grado massimo (idoneo a passare in cosa giudicata), in linea con quanto avviene in tutte le azioni di stato a contenuto acquisitivo. E qui il modello potrebbe essere a nostro avviso quello degli artt. 269 ss. (dichiarazione giudiziale di paternità e maternità)⁽¹⁹⁾, dovendosi accertare la partecipazione dell'“adottante” al progetto procreativo e non la sua idoneità affettivo-genitoriale come avviene nel caso di adozione, idoneità che, successivamente, potrà essere sempre valutata in relazione all'esercizio della responsabilità genitoriale.

La relativa normativa, che deve tenere conto anche delle peculiarità della genitorialità omoaffettiva, potrebbe essere collocata nel codice civile, in luogo di quella abrogata concernente la legittimazione, prima dell'adozione di maggiorenni.

5. Nonostante il monito al legislatore da parte della Consulta, che nella sentenza in esame parla di «ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore», dubitiamo che la disciplina legale venga adeguata e, comunque, venga adeguata in tempi brevi. Nel frattempo, gli operatori del diritto si trovano dinanzi a situazioni che necessitano di protezione immediata.

Appare evidente che, allo stato, soltanto attraverso la trascrizione dell'atto di nascita nei registri di stato civile venga assicurata al nato quella tutela realmente “effettiva” e “celere”, realizzandosi un accertamento di grado intermedio fondato sulla dichiarazione di nascita o su manifestazioni di volontà precedenti (art. 44, d.P.R. citato; art. 6, l. n. 40/2004), sempre soggetto a

⁽¹⁸⁾ Sul punto, S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., spec. p. 194 ss.; cfr. anche A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 15 ss. e 46 ss.

V. anche *retro*, § 2, a proposito delle osservazioni della Corte federale tedesca: BHG, 5 settembre 2018, XII-ZB 224/17, cit.

⁽¹⁹⁾ Su cui si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 379 ss.

possibilità di controllo e modificazione attraverso un titolo di grado poizore, rappresentato dalla sentenza del giudice e dalla relativa annotazione a margine dell'atto di nascita. E ciò, a nostro avviso, è possibile anche nell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale.

Il modello da seguire potrebbe essere quello già esplorato dalla Cassazione in materia di rettificazione del sesso di persona coniugata, che, anteriormente alla introduzione della disciplina sulle unioni civili (l. 20 maggio 2016, n. 76), è stata ritenuta non caducante del matrimonio in precedenza contratto, determinandosi altrimenti una situazione incompatibile con la protezione dei diritti delle persone coinvolte e del nucleo affettivo costituito⁽²⁰⁾. Sebbene i presupposti formali per l'emanazione del provvedimento civile siano diversi, essendosi la Consulta ora orientata verso una sentenza di inammissibilità con accertamento di incostituzionalità, in luogo di una pronuncia additiva di principio⁽²¹⁾, nella sostanza, le fattispecie presentano caratteri analoghi: esiste anche nel caso in esame un vuoto normativo produttivo di effetti costituzionalmente incompatibili con la difesa del minore e sia il vuoto normativo che l'incompatibilità sono stati accertati dalla sentenza in esame, avendo il giudice delle leggi indicato il nucleo dei diritti da proteggere.

Consegue che, almeno nell'inerzia del legislatore, l'ordine pubblico che abbiamo definito discrezionale, perché dipendente appunto dalla discrezionalità legislativa domestica (sebbene compatibile con i dettami costituziona-

⁽²⁰⁾ Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2385; in *Giur. it.*, 2015, p. 1812, con nota di B. AGOSTINELLI, *Sopravvenuta identità di sesso e sopravvivenza del matrimonio (sub condizione)*; sulla scia di Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2674; in *Fam. e dir.*, 2014, p. 861, con nota di V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*.

⁽²¹⁾ Su tali aspetti, di recente, v. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, spec. p. 325 ss.; L. CASSETTI, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in L. CASSETTI, A.S. BRUNO (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, Torino, 2019, spec. p. 14 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 242 ss.

li), deve soccombere dinanzi al rispetto dei principi di ordine pubblico costituzionale posti a presidio di diritti fondamentali, tanto più prevalenti in caso di minori che hanno il diritto di divenire “figli” di coloro che partecipano al progetto procreativo (art. 30 Cost. e 24 C.d.f.U.E.)⁽²²⁾. Dall’applicazione del

⁽²²⁾ Cfr. *retro*, § 3. Abbiamo più volte sottolineato come il diritto alla genitorialità nella prospettiva del figlio vada qualificato come fondamentale e consenta la piena realizzazione del sistema di protezione della persona fisica previsto dall’ordinamento, sistema che nelle varie legislazioni evolute trova attuazione secondo tre livelli, a seconda dell’accertamento compiuto in merito all’esistenza della persona stessa e dei suoi rapporti con altri soggetti cui è legata da discendenza biologica, intenzionale o affettiva. Così, esiste: *a*) una tutela di base legata alla nascita come fatto giuridico e, quindi, al venire ad esistenza da parte del nuovo soggetto, che, in quanto tale, gode dello statuto della persona umana previsto dalle convenzioni internazionali e dalle Costituzioni dei vari Stati, nonché dalle fonti primarie di quei sistemi che realizzano l’integrazione regionale, come quello dell’Unione Europea; *b*) una tutela legata all’accertamento della nascita e all’iscrizione del nato nei registri dello stato civile di un dato Paese, di modo che l’evento nascita sia noto nell’ambito di quel sistema e il soggetto possa accedere agli strumenti sociali predisposti per chi vi risiede; *c*) una tutela legata all’accertamento della discendenza, a seguito del quale il nato diviene giuridicamente figlio di uno o due soggetti determinati, verso i quali egli ha i diritti derivanti dall’esistenza del relativo *status*.

In sostanza, se è vero che i diritti fondamentali si acquisiscono con la nascita e possono essere fatti valere nei confronti di chiunque, taluni di essi, che assumono rilevanza nel diritto civile, possono trovare attuazione soltanto attraverso rapporti giuridici da questo disciplinati: in particolare, i diritti fondamentali del figlio, solennemente proclamati dalle fonti primarie, per esplicarsi hanno bisogno dell’individuazione dei soggetti obbligati e della conseguente costituzione del rapporto giuridico, senza le quali essi rimangono mere enunciazioni di principio; così, è certo che il figlio ha diritto di essere mantenuto, istruito ed educato dal genitore, ma, senza la sua individuazione e la costituzione del rapporto giuridico tramite l’accertamento di *status*, non vi può essere titolarità in senso tecnico e il diritto fondamentale non può trovare attuazione. È il diverso atteggiarsi in ambito civile delle “permanenze”, cioè di quelle costanti etiche insuperabili che segnano tutta la storia del diritto e che, derivando dalla relazione inscindibile tra strumenti interpretativi e diritti fondamentali espressi dai principi, costituiscono la coincidenza tra i diritti civili permanenti e le diverse culture etiche, costanti poi trasfuse sotto forma di situazioni giuridiche soggettive nelle fonti primarie del diritto dell’Unione Europea e nelle Costituzioni degli Stati membri (l’individuazione della categoria fondamentale delle “permanenze” si deve ad Antonio Palazzo: cfr., in particolare, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 2 ss., spec. pp. 3 ss. e 117 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell’interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 1 ss., spec. p. 19 ss.; A. PALAZZO, *Permanenze del diritto civile*, in questa *Rivista*, 2006-2009, p. 479 ss.; ID., *Permanencias*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (co-

principio di ordine pubblico debbono dunque derivare effetti differenziati a seconda della rilevanza degli interessi in giuoco.

In definitiva, in attesa che il legislatore individui lo strumento idoneo a rispettare i parametri indicati dal giudice delle leggi e dalla Corte EDU, la soluzione più corretta, essendo al momento la sola atta a garantire i diritti del minore tutelati dalla Costituzione e dalla C.d.f.U.E., è a nostro avviso quella di applicare l'accertamento diretto della filiazione anche verso il genitore di intenzione che risulti dall'atto di nascita formato legalmente all'estero, con conseguente integrale recepimento del predetto atto nei registri dello stato civile.

ord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 502 ss.). Deriva che, prima dell'accertamento della filiazione può configurarsi soltanto un diritto alla genitorialità, cioè a dire un diritto ad acquisire lo *status* di figlio o, comunque, a farlo accertare e valere, ma non esistono le singole situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti, mancando il soggetto obbligato (su tali aspetti si rinvia a A. SASSI, *Tutele crescenti della persona e status familiari in Italia e nell'Unione Europea*, in *Urbe et ius*, 14 (2015), spec. 62 s. (consultabile anche in *urbeetius.org*); A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 47 ss., 221 ss. e 548 ss.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, 12 gennaio 2021, *L.B. c. Ungheria* (ric. n. 36345/2016).

Rispetto della vita privata e familiare – Pubblicazione in internet da parte dell'Amministrazione statale di dati personali relativi ad evasori fiscali – Margine di apprezzamento dello Stato in materia di strategia economica e sociale – Interesse pubblico alla disponibilità e all'accessibilità delle informazioni – Sussistenza – Violazione del diritto – Esclusione.

Violazione denunciata: art. 8, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848.

La pubblicazione in internet – ad opera del fisco ungherese – di un elenco di evasori fiscali non costituisce violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8 CEDU, essendo tale ingerenza nella "vita privata" giustificata e proporzionale in una "società democratica".

(*Omissis*). *Introduction.* 1. The application, lodged under Articles 8 and 13 of the Convention, concerns the publication of the applicant's personal data on the website of the National Tax and Customs Authority for his failure to fulfil his tax obligations.

The Facts. 2. The applicant was born in 1966 and lives in Budapest. The applicant was represented by Mr D. B. Kiss, a lawyer practising in Budapest.

3. The Government were represented by their Agent at the Ministry of Justice, Mr Z. Tallódi.

4. The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

5. On 27 January 2016 the National Tax and Customs Authority (hereinafter "the Tax Authority") published the applicant's personal data, including his name and home address, on the list of tax defaulters on its website. This measure was provided

for by section 55(3) of Act no. XCII of 2003 on Tax Administration, which required the Tax Authority to publish a list of taxpayers (*nagy összegű adóhiánnyal rendelkező adózók közzétételi listája*) in respect of whom a final decision of the Tax Authority had assessed that they had tax arrears (*adóhiány*) in excess of 10 million Hungarian forints (HUF) for the previous quarter; the published information included their names, addresses, tax identification numbers and the amount of tax arrears.

6. On 16 February 2016 an online media outlet produced an interactive map called “the national map of tax defaulters”. The applicant’s home address, along with the addresses of other tax defaulters, was indicated with a red dot, and if a person clicked on the dot the applicant’s personal information (name and home address) appeared, thus the data was available to all readers.

7. Subsequently, the applicant appeared on a list of “major tax evaders” (who owed a large amount of tax, *nagy összegű adótorozással rendelkező adózók közzétételi listája*) that was also made available on the Tax Authority’s website pursuant to section 55(5) of Act no. XCII of 2003 on Tax Administration, which provided for the publication of a list of persons who had owed a tax debt (*adótorozás*) to the Tax Authority exceeding HUF 10 million for a period longer than 180 days.

8. As indicated by the case-file material, the applicant’s data is no longer available on the Tax Authority’s website.

Relevant Legal Framework And Practice

9. Act no. XCII of 2003 on Tax Administration (hereinafter “the Tax Administration Act”), as in force at the material time, in so far as relevant, provided as follows:

Section 55

«[...] (3) Within 30 days following the end of the quarter, the tax authority shall publish on its website, on the list of major tax defaulters (*nagy összegű adóhiánnyal rendelkező adózók közzétételi listája*), the names, places of residence, commercial premises, places of business and tax identification numbers of taxpayers in respect of whom a final decision has assessed that they have tax arrears (*adóhiány*) in excess of 10 million Hungarian forints – in the case of private individuals – or in excess of 100 million Hungarian forints – in the case of other taxpayers – for the previous quarter, along with the amount of tax arrears and the legal consequences of the taxpayer failing to fulfil his or her payment obligation prescribed in the respective

final decision by the deadline also prescribed in that decision. For the purposes of this subsection, a decision of the tax authority may not be considered final if the time limit for judicial review has not yet expired, or if court proceedings initiated by the taxpayer for a review of the decision have not been concluded. [...].

(5) Within thirty days following the end of the quarter, and on a quarterly basis, the tax authority shall publish on its website, on the list of major tax evaders (who owe a large amount of tax, *nagy összegű adó tartozással rendelkező adózók közzétételi listája*), the names (corporate names), home addresses, registered offices, places of business and tax identification numbers of those taxpayers who have owed tax debts (*adó tartozás*) to the tax authority exceeding 100 million Hungarian forints in total, minus any overpayment, or 10 million Hungarian forints in total in the case of private individuals, for a period longer than 180 consecutive days. [...].

10. The explanatory note to section 55(5) of the Tax Administration Act contained the following: «With a view to strengthening the clarity and reliability of economic relations and encouraging law-abiding conduct by the taxpayer, for years the tax authority has followed the practice of publishing the data of tax defaulters who have fallen behind in paying a significant amount of tax which has been established in a final decision. Since significant debts may originate not only from tax arrears revealed during a tax inspection, and [...] regular non-payment may constitute extremely important information about a taxpayer's solvency for contractual parties, the Act also makes it possible to publish the data of taxpayers who have owed a large debt for a long time».

11. Act CXII of 2011 on the right to informational self-determination and freedom of information (hereinafter “the Data Protection Act”), as in force at the material time, provided as follows:

5. Legal basis for data processing

Section 5 «(1) Personal data may be processed under the following circumstances: (a) when the data subject has given his or her consent; or (b) when processing is ordered in the public interest by an Act of Parliament or by a local authority as authorised by an Act of Parliament (hereinafter referred to as ‘mandatory processing’)».

13. Rights of data subjects

Section 14

«The data subject may request from the data controller: (a) information on his

personal data which are being processed; (b) the rectification of his personal data; and (c) with the exception of mandatory processing, the erasure or blocking of his personal data».

Section 17

«(2) Personal data shall be erased if: (a) it is processed unlawfully; (b) the data subject requests this in accordance with subsection (c) of section 14; (c) it is incomplete or inaccurate and cannot be lawfully rectified, provided that erasure is not prohibited by a statutory provision of an Act; (d) the processing no longer has any purpose, or the legal time-limit for storage has expired; or (e) a court or the Data Protection Authority orders erasure. [...]».

12. Decision no. 26/2004 (VII.7) AB of the Constitutional Court concerned the publication of a list of taxpayers who failed to comply with certain registration requirements. It contained the following relevant passages:

«As to section 55(4) of the Tax Administration Act [Act no. XCII of 2003], it can be established that in order to protect persons who duly pay their taxes, this provision obliges tax authorities to continuously publish the data of those who, through their unlawful conduct, might cause damage to others who enter into business relations with them.

Persons who carry out activities without the necessary registration, or sham companies, cannot issue bills, invoices or any other replacement invoice that another taxpayer could make use of. Thus, through [the] publication [of data], the tax authority contributes to isolating those who are engaged in such activities, and to whitening the economy.

The rule which obliges tax authorities to publish the available identifying data of those taxpayers who do not fulfil their obligations related to registration does not in itself infringe the right to protection of personal data (Article 59 § 1 of the Constitution). Section 2(5) of Act no. LXIII of 1992 on the Protection of Personal Data and the Public Accessibility of Data of Public Interest (hereinafter “the Data Protection Act”) provides that data subject to disclosure in the public interest means any data, other than public-interest data, that by law are to be published or disclosed for the benefit of the general public. Pursuant to section 3(4) of the Data Protection Act, an Act of Parliament can order the publication of personal data in the public interest in relation to a certain type of data».

13. A circular of the National Authority for Data Protection and Freedom of Information of 21 February 2012 reads as follows:

«The public interest is best served if the names of local persons who owe tax are published in the manner which is common in the local area, for example on the noticeboard of the mayor's office. The personal data of local persons who owe tax should be removed from websites, since their online publication renders them accessible around the globe, which goes beyond the aim of the legislature.

The National Authority for Data Protection and Freedom of Information has been informed that public notaries in a number of local governments have published or intend to publish in the near future the names and addresses of local private individuals who have local or vehicle tax debts and the amount of unpaid tax which they owe, grouped according to the type of tax owed. Act no. XCII of 2003 on the Rules of Taxation provided a legal basis for local tax authorities to publish on the tenth day following the date when a debt was due the names and addresses of persons whose local or vehicle tax debts exceeded 100 million Hungarian forints and the amount of unpaid tax which they owed; [such information] was to be published in a manner which was common in the local area. The Rules of Taxation Act prescribes the precondition for publishing the data, and how [such data should be published].

According to the President of the National Authority for Data Protection and Freedom of Information, the publication of the data on the website of the local government is not in compliance with the legislative provisions. With any publication in relation to the activities of the local tax authority, it has to be borne in mind that tax income in the budget of the local government concerns the community of the local electorate, and publication – according to the aim of the legislature – should only take place in the manner which is common in the local area. Publication in a manner which is common in the local area means that it is the community of the local electorate that is being informed about the published data, for example via the noticeboard of the mayor's office. The purpose of the legislative amendment was to influence the life of the local community. [Publication via the] Internet is not publication in a manner which is common in the local area, since data published on the World Wide Web can be accessed around the world. Such publication goes beyond what the legislature intended in respect of the local community.

The President of the National Authority for Data Protection and Freedom of

Information calls on local tax authorities to remove the data of private individuals from their websites and refrain from such publications in the future. Moreover, it calls public notaries' attention to the plausible solution of providing private individuals with a grace period for the repayment of their tax debts, if need be by means of a tax rollover».

14. For the relevant international legal material, see the Court's judgment in *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland* ([GC], no. 931/13, §§ 55, 59-62, 67-68, and 73-74, 27 June 2017).

15. The relevant parts of the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (hereinafter "the Data Protection Convention"), which entered into force on 1 February 1998 in respect of Hungary and is currently being updated, read as follows:

Article 2 – Definitions «For the purposes of this Convention: 'personal data' means any information relating to an identified or identifiable individual ('data subject')».

Article 5 – Quality of data «Personal data undergoing automatic processing shall be: a. obtained and processed fairly and lawfully; b. stored for specified and legitimate purposes and not used in a way incompatible with those purposes; c. adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are stored; d. accurate and, where necessary, kept up to date; e. preserved in a form which permits identification of the data subjects for no longer than is required for the purpose for which those data are stored».

Article 9 – Exceptions and restrictions «1. No exception to the provisions of Articles 5, 6 and 8 of this Convention shall be allowed except within the limits defined in this article. 2. Derogation from the provisions of Articles 5, 6 and 8 of this Convention shall be allowed when such derogation is provided for by the law of the Party and constitutes a necessary measure in a democratic society in the interests of: a. protecting State security, public safety, the monetary interests of the State or the suppression of criminal offences; b. protecting the data subject or the rights and freedoms of others».

THE LAW

I. PRELIMINARY REMARKS

16. The Court notes at the outset that the case at issue does not concern the re-

publication of the applicant's personal data by an online news outlet in the form of a "tax defaulters' map" (see paragraph 6 above), or the subsequent accessibility of the applicant's personal data through links in the list of results displayed by online search engines, but merely the publication of such data on the website of the Tax Authority. The Court acknowledges that it is primarily because of the subsequent republication of the tax defaulters' list and because of search engines that the information on the applicant could easily be found by Internet users. Nevertheless, the Tax Authority's actions and its responsibility as regards the initial publication of the information are essentially different from the dissemination of that information by online media outlets or search engines, and this latter aspect (the wider dissemination of that information) does not form part of the present case.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

17. The applicant complained that the publication of his personal data on the Tax Authority's website for his failure to comply with his tax obligations had infringed his right to private life as provided for in Article 8 of the Convention, which reads as follows: «1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

A. Admissibility

1 *Applicability of Article 8*

18. Although this has not been disputed by the Government, the Court considers it necessary to address whether, in the circumstances of the present case, the right to privacy under Article 8 of the Convention is engaged in connection with the publication of the applicant's name, home address and tax identification number on the tax defaulters' list and the list of major tax evaders.

19. The Court firstly reiterates that in the particular context of data protection, it has on a number of occasions referred to the Data Protection Convention (see, for example, *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, § 65, ECHR 2000-II). It must be held that within the meaning of Article 2 of the Data Protection Conven-

tion, an applicant's name, home address and tax identification number – as information relating to an identified or identifiable natural person – constitute “personal data” (see paragraph 15 above).

20. In determining whether the personal data published by the Tax Authority related to the applicant's enjoyment of his right to respect for private life, the Court will have due regard to the specific context (see *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 67, ECHR 2008).

21. The Court also reiterates that the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition (*ibid.*, § 66, and *Vukota-Bojić v. Switzerland*, no. 61838/10, § 52, 18 October 2016). It is well established in the Court's case-law that private life also includes activities of a professional or business nature (see *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B) or the right to live privately, away from unwanted attention [see *Smirnova v. Russia*, nos. 46133/99 and 48183/99, § 95, ECHR 2003 IX (extracts)]. The concept can embrace multiple aspects of a person's identity, including a person's name. It also covers personal information which individuals can legitimately expect should not be published without their consent (see *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012).

22. It follows from well-established case-law that where there has been compilation of data on a particular individual, processing or use of personal data or publication of the material concerned in a manner or degree beyond that normally foreseeable, private life considerations arise. The protection of personal data is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention. The domestic law must afford appropriate safeguards to prevent any such use of personal data as may be inconsistent with the guarantees of this Article. Article 8 of the Convention thus provides for the right to a form of informational self-determination, allowing individuals to rely on their right to privacy as regards data which, albeit neutral, are collected, processed and disseminated collectively and in such a form or manner that their Article 8 rights may be engaged (see *SatakunnanMarkkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland* [GC], no. 931/13, §§ 136-37, 27 June 2017, with further references). As the Court held in that judgment, providing details of the taxable earned and unearned income of individuals, as well as their taxable net assets, clearly concerned their private life (*ibid.* § 138).

23. The Court notes that in the present case the Tax Authority published personal data in connection with the applicant's failure to contribute to public revenue, which could arguably be considered conduct that may be recorded or reported in a public manner (see *P.G. and J.H. v. United Kingdom*, no. 44787/98, § 57, ECHR 2001-IX). Nonetheless, in the light of the consideration that such data provided information on the applicant's economic situation, and on the basis of the Court's case-law under Article 8, the Court considers that the data published by the Tax Authority related to the applicant's private life [see *Lundvall v. Sweden*, no. 10473/83, Commission decision of 1 December 1985, Decisions and Reports (DR) 45, p. 131]. In this context, it is of no relevance whether the published data concerned unpaid tax on activities of a professional nature.

24. Furthermore, it has not been disputed that the measure involved the publication of the applicant's home address, which, in line with the Court's case-law, constitutes personal data and personal information entailing the protection of the right to private life (see *Alkaya v. Turkey*, no. 42811/06, § 30, 9 October 2012).

25. Having regard to the foregoing, the Court finds that Article 8 is applicable in the present case.

1. *The Government's objection regarding non-exhaustion of domestic remedies*

26. The Government argued that the applicant could have requested from the data controller the erasure of his personal data under section 14(c) of the Data Protection Act (see paragraph 11 above). In their view, in the event of his request being refused, he could have challenged the decision of the data controller before the courts or before the Data Protection Authority. They concluded by stating that the applicant had failed to exhaust the domestic remedies available under domestic law.

27. The applicant submitted that the Government had failed to show that a request based on section 14(c) of the Data Protection Act would have been an effective remedy. He argued that the erasure of personal data on the basis of this provision could only be requested if processing had been unlawful, whereas in his case the publication of his personal data had been prescribed by the Tax Administration Act. Thus, the legal avenue suggested by the Government could not remedy his situation.

28. The Court reiterates that the rule of exhaustion of domestic remedies referred to in Article 35 § 1 of the Convention requires applicants first to use the remedies provided by the national legal system, thus exempting States from an-

swering before the European Court for their acts before they have had an opportunity to put matters right through their own legal system. The rule is based on the assumption that the domestic legislative system provides an effective remedy in respect of an alleged breach. The burden of proof is on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that an effective remedy was available both in theory and practice at the relevant time, that is to say that the remedy was accessible, was capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offered reasonable prospects of success. However, once this burden of proof has been satisfied, it falls to the applicant to establish that the remedy advanced by the Government was in fact exhausted or was for some reason inadequate and ineffective in the particular circumstances of the case, or that there existed special circumstances absolving him or her from the requirement (see *Tiba v. Romania*, no. 36188/09, § 21, 13 December 2016, with further references).

29. Turning to the present case, the Court notes that section 17 of the Data Protection Act, as in force at the material time, provided for the erasure of personal data upon a data subject lodging a request under section 14(c) of the same Act. In terms of section 14(c), a request could be made in relation to data which were not subject to mandatory processing. Mandatory processing was defined in section 5(1)(b) as processing ordered in the public interest by an Act of Parliament or by a local authority exercising powers conferred upon it by an Act of Parliament (see paragraph 11 above).

30. Since the publication of the applicant's personal data was based on section 55(3) and (5) of the Tax Administration Act (see paragraph 9 above) and was thus mandatory, a request for erasure was not applicable in his situation. Under the Data Protection Act, there was no prospect of the applicant having his personal data deleted from the tax defaulters' list. The Court also notes that the Government have not supplied any comparable examples from domestic jurisprudence suggesting that a person in the applicant's situation would have had any prospect of success in challenging the publication of personal data under section 14(c) of the Data Protection Act. The Court therefore does not accept that it would have served any purpose for the applicant to lodge a request for the erasure of his personal data.

31. The Court therefore finds that the remedy relied on by the Government cannot be regarded as effective in the particular circumstances of the applicant's

case. In conclusion, the Court dismisses the Government's objection as to the applicant's failure to exhaust domestic remedies.

32. The Court further notes that this complaint is neither manifestly ill-founded nor inadmissible on any other grounds listed in Article 35 of the Convention. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. *The parties' observations*

(a) The applicant

33. In the applicant's submission, the publication of his name on the tax defaulters' list could not be regarded as necessary in a democratic society.

34. The applicant submitted that the main reason behind the publication of his personal data on the tax defaulters' list had been public shaming, which could not be held to be a legitimate aim under Article 8 of the Convention. He made the point that listing tax defaulters in that way deprived them of their dignity. He did not dispute that the stated aim of the legislature had been to deter people from avoiding their tax liability, but he argued that the means chosen was clearly unfit for attaining that objective. Even though his data had become known to the public, it was unlikely that third parties could influence his compliance with the tax regime.

35. As regards the aim of protecting business partners, the applicant argued that failure to pay tax did not necessarily correspond to unreliability in business. He thus contested the Government's argument that such a list was an appropriate method of informing business partners about his non-compliance with tax regulations.

36. Concerning the proportionality of the measure, the applicant submitted that even accepting that the interference with his right to privacy had served a legitimate aim, it had clearly been disproportionate. He invited the Court to have regard to the fact that his personal data had been published online, which had made the data at issue more accessible. Owing to the fact that the publication had appeared on the Tax Authority's website, his personal data had been made accessible around the world to third parties for whom such information had been completely irrelevant. He referred to the circular of the President of the National Authority for Data Protection and Freedom of Information (see paragraph 13 above) in arguing that the method chosen to publish tax defaulters' personal data should correspond to the group of people for whom such information was relevant.

37. Lastly, he argued that even if the information had subsequently been removed from the website of the Tax Authority, it had still been accessible to the public through the list of results displayed by online search engines.

(b) The Government

38. The Government submitted that the interference had been prescribed by law, namely section 55(3) and (5) of the Tax Administration Act.

39. They argued that the interference had pursued the legitimate aim of protecting the economic well-being of the country and the rights of others, that is, the interests of tax defaulters' business partners. They pointed out that the aim of the regulation was to secure the State funds necessary to carry out State tasks, and to enforce the principle of equal burden sharing. It also intended to inform actual and potential business partners about the liquidity of other economic actors. Therefore, it contributed to the proper functioning of the market economy.

40. The Government emphasised that the measure was proportionate to those stated objectives, since it only concerned taxpayers whose tax debts exceeded HUF 10 million (approximately 30,000 euros), and only if those tax debts had been established by a final decision. In addition, the personal data of the tax defaulters were immediately deleted once they had settled the debts which they owed to the revenue.

41. In the Government's opinion, the measure was also proportionate, since publishing information on tax defaulters on the Internet was the most appropriate means of achieving the objective pursued, particularly in relation to providing easily accessible information for potential business partners. As regards the applicant's argument that the online publication of the tax defaulters' list had led to the republication of his personal data by online media outlets and Internet search engines, the Government pointed out that the applicant could have asked those data processors to delete his personal data or remove the relevant links.

2. *The Court's assessment*

(a) Whether there was an interference

42. It is established case-law that the release or use by a public authority of information relating to a person's private life amounts to an interference with Article 8 § 1 of the Convention (see *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 48, Series A no. 116, and *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 46, ECHR 2000-V).

43. In the present case, because the information in question became available to third parties, the publication on the Tax Authority's website of data naming the applicant as a tax defaulter (see paragraph 5 above) and subsequently a major tax evader (see paragraph 7 above), and detailing the precise amount of his tax arrears and tax debts, his tax identification number and his home address, constituted an interference with his private life within the meaning of Article 8. In examining whether the interference was justified in the light of paragraph 2 of Article 8, the Court has to assess whether the authorities acted "in accordance with the law", pursuant to one or more legitimate aims, and whether the impugned measure was "necessary in a democratic society" (see *Šantare and Labazņikovs v. Latvia*, no. 34148/07, § 52, 31 March 2016).

(b) In accordance with the law

44. The applicant did not deny that the contested publication of information had had a legal basis in section 55(3) and (5) of the Tax Administration Act (see paragraph 11 above), and the Court sees no reason to call this into question.

(c) Legitimate aim

45. According to the Government, the aim underpinning the Hungarian legislative policy of making the taxation data of major tax defaulters available was the need to protect the economic well-being of the country and the rights of others (see paragraph 39 above). The applicant contested that argument, and was of the view that the aim of the legislation was public shaming (see paragraph 34 above).

46. The Court is ready to accept that the impugned measures aimed to improve discipline as regards tax payment, and thereby protect the economic well-being of the country. Furthermore, it is apparent from the explanatory note of the Tax Act that the aim of the disclosure provided for by section 55(5) is to protect the particular interests of third parties in relation to persons who owe tax (see paragraph 10 above) by providing them with an insight into those persons' financial situation. It is therefore legitimate for the State to invoke the need to protect the rights and freedoms of others within the meaning of the second paragraph of Article 8.

(d) Necessary in a democratic society

(i) *General principles*

47. An interference will be considered "necessary in a democratic society" for the achievement of a legitimate aim if it answers a "pressing social need" and, in

particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued and if the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient” (see *S. and Marper*, cited above, § 101).

48. The Court’s case-law indicates that in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it. The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation (see *A.-M.V. v. Finland*, no. 53251/13, § 82, 23 March 2017). The central question as regards such measures is not whether less restrictive rules should have been adopted or, indeed, whether the State could prove that, without the prohibition, the legitimate aim would not be achieved. Rather the core issue is whether, in adopting the general measure and striking the balance it did, the legislature acted within the margin of appreciation afforded to it (see, *mutatis mutandis*, *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], no. 48876/08, § 110, ECHR 2013 (extracts)). Other factors to be taken into account in assessing the compatibility of a legislative scheme involving the imposition of restrictive measures in the absence of an individualised assessment of an individual’s conduct is the severity of the measure involved and whether the legislative scheme is sufficiently narrowly tailored to address the pressing social need it seeks to address in a proportionate manner (see *Polyakh and Others v. Ukraine*, nos. 58812/15 and 4 others, § 293, 17 October 2019, with further references). The application of the general measure to the facts of the case remains illustrative of its impact in practice, and is thus material to its proportionality (see, for example, *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 36, Series A no. 98).

49. A wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy (see *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic* [GC], nos. 28859/11 and 28473/12, § 179, 15 November 2016). Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature’s policy choice unless it is “manifestly without reasonable foundation” (see, among other authorities, *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 52, ECHR 2006-VI, and *Dickson v. the*

United Kingdom [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V). There will also usually be a wide margin accorded if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 94, ECHR 2011).

50. On the other hand, the Court also has regard to the essential role played by personal data protection in safeguarding the right to respect for private life as guaranteed by Article 8 (see *G.S.B. v. Switzerland*, no. 28601/11, § 90, 22 December 2015). The Court's case-law indicates that the protection afforded to personal data depends on a number of factors, including the nature of the relevant Convention right, its importance to the person in question, and the nature and purpose of the interference. According to the judgment in *S. and Marper* (cited above, § 102), the margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (see *S.H. and Others*, cited above, § 94).

(ii) Application to the present case

51. In the present case, the Court must consider whether the State can be said to have struck a fair balance between the applicant's interest in protecting his right to privacy, and the interest of the community as a whole and third parties, as invoked by the Government.

52. In its assessment, the Court will have due regard to the specific context in which the information at issue was made public. The Court finds it important that the impugned measure was implemented in the framework of the State's general tax policy. It is relevant to note at this point the instrumental role of taxes in financing State apparatus, but also in implementing the economic and social policy of the State in a broader sense. The Court acknowledges the difficulties in establishing whether the publication of tax defaulters' data actually tackled tax evasion and revenue losses. The Government argued that it did (see paragraph 39 above), and the applicant disagreed (see paragraph 34 above). The Court does not find it unreasonable that the State considers it necessary to protect its general economic interest in collecting public revenue by means of public scrutiny aimed at deterring persons from defaulting on their tax obligations.

53. In addition to the economic interests of the country as a whole in a func-

tioning tax system, the Government also referred to the protection of the economic interests of private individuals, that is, potential business partners (see paragraph 39 above). The Court sees no reason to call into question the idea that any person wishing to establish economic relations with others has a specific interest in obtaining information relating to another person's compliance with his or her tax obligations, and ultimately his or her suitability to do business with, particularly when tax avoidance persists for an extended period of time. Since access to such information also has an impact on fair trading and the functioning of the economy, the Court is ready to accept that the disclosure of the list of persons who owed a large amount of tax had an information value for the public on a matter of general interest. Such publication did not concern a purely private matter (see, *mutatis mutandis*, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, § 194, 8 November 2016) or an issue merely satisfying public curiosity (see *Von Hannover v. Germany (no. 2)* [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 110, ECHR 2012).

54. Based on the above, and bearing in mind the margin of appreciation allowed to States as regards general measures of economic and social strategy, the Court finds that the legislature's choice to make public the identity of persons who fail to respect their tax obligations, in order to improve payment discipline and protect the business interests of third parties, and thereby contribute to the general economy, is not manifestly without reasonable foundation (see the case-law quoted in paragraph 49 above).

55. However, the applicant also took issue with the rationale underlying the legislative choices made as regards the scope of the personal data published and the manner of publication on the Internet. The question thus remains as to whether the impact of the publication in the present case outweighed the above-described justifications for the general measure. In this connection, the Court must have regard to the essential role played by personal data protection in safeguarding the right to respect for private life as guaranteed by Article 8 and the fundamental principles of data protection (see paragraphs 15 and 50 above).

56. The Court notes at the outset that the Tax Administration Act, which was the basis of the impugned measure, provided for the publication of the personal details of major tax defaulters and major tax evaders. Publication under section 55(3) and section 55(5) of the Tax Administration Act was only authorised in re-

spect of those private individuals whose tax arrears and tax debts exceeded HUF 10 million, which, given the economic realities of contemporary Hungary, cannot be held to be an insignificant amount (see paragraph 9 above). Furthermore, the publication of the personal data of major tax evaders under section 55(5) of the Tax Administration Act was subject to the condition that the affected persons had failed to fulfil their tax obligations over an extended period of time, namely 180 days. The legislation thus drew a distinction between taxpayers, based on relevant criteria. The Court therefore accepts that the measure was circumscribed to address the risk of distortion of the tax system, and the legislature limited any negative effect of such publication to those whose conduct was the most detrimental to revenue (see the case-law quoted in paragraph 48 above).

57. The Court also observes that, as alleged by the Government (see paragraph 40 above) and not contested by the applicant, the personal data of a person who owed a large amount of tax were removed from the Tax Authority's website and the information in question was no longer made available to the general public once the person concerned had paid his or her due taxes. Consequently, the Court is satisfied that the identification of data subjects on the Tax Authority's website was possible for no longer than was necessary for the purposes of publication.

58. The Court notes that the disputed publication concerned the applicant's name, home address, tax identification number and the amount of unpaid tax which he owed. While these data cannot be considered intimate details linked to the applicant's identity, they still provided quite comprehensive information about him. Furthermore, despite the fact that the applicant's home address might have been publicly available in any event (for example, from telephone directories), his interest in the protection of his right to respect for his private life was still engaged by the disclosure of his home address along with the other information. Furthermore, it is important to emphasise at this point that the publication of personal data, including a home address, can have significant effects or even serious repercussions on a person's private life (see, *mutatis mutandis*, *Alkaya*, cited above, §§ 29 and 39).

59. In the circumstances of the present case, the Court accepts that the list of tax defaulters and tax evaders would have been pointless if it had not allowed for the identification of the taxpayers in question. While it is true that a name is one of

the most common means of identifying someone, in the present context, it is clear that the communication of a taxpayer's first name and surname only would not have made it possible to distinguish him or her from other individuals. The publication of those personal data would not have been sufficient to fulfil the publication's purpose of facilitating public scrutiny of tax evasion. Moreover, a list restricted to taxpayers' names would have been likely to provide inaccurate information and entail ramifications for persons bearing the same name.

60. Therefore, the Court does not call into question the legislature's view that, in the circumstances, a combination of identifiers was necessary to ensure the accuracy and efficacy of the scheme. The legislature cannot be criticised for the fact that in order to provide accurate information on tax evaders, it chose a person's home address as additional identifying information. Besides, the applicant did not suggest, and the Court does not find, that the publication of any identifying data other than those at issue would have been manifestly less onerous, or would have constituted a less intrusive interference with his right to respect for his private life.

61. The Court further notes the applicant's argument that the information about him was published on the Internet and made available to an unnecessarily large audience, potentially worldwide (see paragraph 36 above).

62. It is important to emphasise at this point the Court's well-established case-law holding that the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press (see, *inter alia*, *Egill Einarsson v. Iceland*, no. 24703/15, § 46, 7 November 2017).

63. In the present case, it must be acknowledged that the publication of information concerning unpaid taxes subjects a taxpayer to public scrutiny, scrutiny which increases in proportion to the extent of the publicity. Uploading the applicant's personal data to the Tax Authority's website made those data accessible to anyone who connected to the Internet, including people in another country.

64. On the other hand, the Court finds force in the Government's argument that widespread public access to the data concerned was necessary for the efficacy of the scheme (see paragraph 41 above). While recognising the importance of the rights of a person who has been the subject of content available on the Internet, these rights must also be balanced against the public's right to be informed (see

M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 104, 28 June 2018). In the present case, the purpose and the principal effect of publication were to inform the public, and the main reason for making such data available on the Internet was to make the information easily available and accessible to those concerned, irrespective of their place of residence.

65. The Court finds that the applicant's reliance in this regard on the circular issued by the National Authority for Data Protection and Freedom of Information (see paragraph 36 above) is to no avail. That document was issued in respect of persons who owned unpaid local tax to the local government, and was of relevance to only the local community (see paragraph 13 above). However, in the present case, the publication was intended to provide the general public with an insight into the state of tax defaulters' debt. It corresponded to everyone's interest in knowing who owed money to the central revenue and the whole community.

66. It is also clear that the reach and thus potential impact of a statement released online with a small readership is certainly not the same as that of a statement published on mainstream or highly visited web pages (see *Savva Terentyev v. Russia*, no. 10692/09, § 79, 28 August 2018; contrast *Delfi AS v. Estonia* [GC], no. 64569/09, § 117, ECHR 2015).

67. In the present case, the fact alone that access to the list was not restricted did not necessarily mean that the list drew much public attention: amongst other things, an individual seeking the information had to take the initial step of going to the Tax Authority's website, proceeding to the tax defaulters' or tax evaders' list, and then looking up the desired information.

68. Furthermore, the Court has doubts as to whether the list of tax defaulters and tax evaders, appearing in Hungarian on the website of the Tax Authority, would have attracted public attention – worldwide – from persons other than those concerned. On the contrary, more than any other form of publication, publication by means of a portal designated for tax matters ensured that such information was distributed in a manner reasonably calculated to reach those with a particular interest in it, while avoiding disclosure to those who had no such interest.

69. The Court also finds it relevant that the Tax Authority's website did not provide the public with a means of shaming the applicant, for example, a way of posting comments underneath the lists in question.

70. Finally, the Court cannot but note that although the applicant referred to the general public-shaming effect of appearing on the list (see paragraph 34 above), his submissions contained no evidence or reference to personal circumstances indicating that the publication of his personal data on the tax defaulters' and tax evaders' list had led to any concrete repercussions on his private life. In the Court's view, in the circumstances of the present case, making the information in question public could not be considered a serious intrusion into the applicant's personal sphere. It does not appear that making his personal data public placed a substantially greater burden on his private life than was necessary to further the State's legitimate interest.

71. Given the specific context in which the information at issue was published, the fact that the publication was designed to secure the availability and accessibility of information in the public interest, and the limited effect of the publication on the applicant's daily life, the Court considers that the publication fell within the respondent State's margin of appreciation.

72. It follows that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

73. The applicant alleged that no effective remedy was available in domestic law enabling him to assert before the domestic courts his complaint concerning the publication of his personal data. He relied on Article 13 of the Convention, which provides: «Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity».

74. The Court reiterates that Article 13 does not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State's laws as such to be challenged before a national authority on the ground of being contrary to the Convention [see *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 94, ECHR 2013 (extracts)].

75. In essence, the applicant's complaint related to provisions in the applicable legal regime providing for the publication of personal data, namely section 55(3) and (5) of the Tax Administration Act (see paragraph 9 above). It cannot be considered that Article 13 of the Convention required the provision of a remedy to challenge that regime.

76. Consequently, this complaint is manifestly ill-founded and as such must be declared inadmissible in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares*, unanimously, the complaint concerning Article 8 of the Convention admissible, and the remainder of the application inadmissible;

2. *Holds*, by five votes to two, that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 12 January 2021, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court. (*Omissis*).

Note minime sul difficile equilibrio tra interesse fiscale e diritto alla privacy del contribuente

[SIMONE FRANCESCO COCIANI^(*)]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pronuncia dei Giudici di Strasburgo. – 3. L'opinione dissenziente. – 4. La proporzionalità, come criterio di bilanciamento, nella giurisprudenza comunitaria, internazionale e domestica. Brevi richiami. – 5. Sulla (discutibile) proporzionalità della misura consistente nella pubblicazione in rete della lista dei contribuenti infedeli. – 6. Sul bilanciamento tra l'interesse dell'amministrazione finanziaria al corretto adempimento degli obblighi tributari da parte del contribuente e la tutela dei dati personali di quest'ultimo. – 7. Conclusioni.

1. Il rapporto tra autorità fiscale e contribuente, come noto, è sempre alla ricerca di un punto di equilibrio che consenta di assicurare l'attuazione dell'interesse fiscale da un lato e, allo stesso tempo, la tutela dei diritti del contribuente dall'altro.

Ebbene, tra tali diritti del contribuente occorre senz'altro considerare il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. E difatti il diritto in parola risulta

^(*) Università degli Studi di Perugia.

affermato al primo paragrafo dell'art. 8 del Trattato EDU che, invero, al secondo paragrafo individua delle “cause di giustificazione” alle possibili ingerenze dell'autorità pubblica rispetto al diritto di ognuno alla tutela della propria vita privata e familiare⁽¹⁾.

Nel contesto appena accennato, la recente sentenza della Corte EDU 12 gennaio 2021 sul caso *L.B. contro Ungheria* (n. 36345/2016), con cui la Corte di Strasburgo ha statuito che la pubblicazione in internet – ad opera del fisco ungherese – di un elenco di evasori fiscali non costituisce violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, a sua volta tutelato dall'art. 8 del Trattato EDU, merita senz'altro di essere segnalata⁽²⁾.

Difatti, anche al di là del contenuto della pronuncia in sé che – diciamo subito – suscita perplessità, invero già sollevate dalla congiunta opinione dissenziente dei giudici *Ravarani* e *Schukking*, è certamente opportuno tenere presente che la pubblicazione di qualsivoglia informazione personale in rete pone il tema della tutela della privacy, ovvero della tutela della c.d. “vita privata”, sia essa personale o familiare.

E ancora, in termini più generali per quanto concerne la nostra materia, è appena il caso di tenere a mente che, sempre più frequentemente, il legislatore è chiamato ad attuare una difficile opera di bilanciamento tra l'interesse fiscale, che si attua pure attraverso il contrasto all'evasione tributaria, e la tutela della persona del contribuente.

Sul punto, è sufficiente porre mente alle questioni che oggi si pongono,

⁽¹⁾ Come altrettanto noto, il secondo paragrafo dell'art. 8 del Trattato EDU afferma che: «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

⁽²⁾ Per un primo commento alla stessa sentenza si vedano: G. CHIARIZIA, *La pubblicazione della lista di evasori (caso L.B. c. Ungheria): il fine giustifica sempre i mezzi?*, in *Giust. insieme*, 6 maggio 2021; A. TOMO, *Liste evasori e CEDU: riflessioni in merito alla (dubbia) proporzionalità delle misure di public shame*, in *Riv. telem. dir. trib.*, 17 settembre 2021; A. PURPURA, *Protection of Taxpayers' Personal Data and National Tax Interest. A Misstep by the European Court of Human Rights?*, in *Intertax*, 2021, vol. 49, issue 12, p. 1044 ss.

non più solamente riguardo alla tutela del segreto bancario⁽³⁾, ma, anche, in relazione all'archiviazione e, soprattutto, all'elaborazione, attraverso sempre più sofisticati sistemi di intelligenza artificiale, dei dati (ivi compresi quelli di natura personale) che è possibile estrarre dalle fatture elettroniche o, più genericamente, dalle numerose banche dati di cui il fisco dispone e ciò, come sembra, anche senza ricorrere alla preventiva (e vincolante) autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali, da taluni ritenuta non necessaria allorché l'amministrazione fiscale sia chiamata a curare un interesse pubblico⁽⁴⁾.

È dunque senz'altro opportuno soffermarsi sui limiti che il fisco incontra nell'esercizio dell'attività amministrativa (che pure può impingere il diritto del contribuente al rispetto della propria vita privata e familiare) la cui cura è allo stesso affidata.

A tale riguardo, però, è necessario non perdere di vista che all'amministrazione finanziaria è affidato il compito di assicurare l'*attuazione* del c.d. "interesse fiscale", come noto volto all'acquisizione dei mezzi preordinati al finanziamento della collettività organizzata, ovvero, come di recente ha ricordato la stessa Corte costituzionale italiana, preordinato al finanziamento del *sistema dei diritti* costituzionali, sociali e civili⁽⁵⁾.

A quest'ultimo proposito, come già osservato, seppure il diritto alla riservatezza non goda di una esplicita copertura costituzionale, ormai, secondo l'odierna sensibilità, esso risulta inteso come un elemento irrinunciabile del corredo dei valori della sfera dell'individuo, al punto tale da rilevare rispetto alla dimensione normativa della dignità dell'individuo medesimo⁽⁶⁾. Talché il diritto alla riservatezza ben può assumere la consistenza di un valore della sfera individuale, come tale suscettibile di porsi in conflitto con l'interesse

⁽³⁾ Su cui si veda Corte cost., 18 febbraio 1992, n. 51, in *Riv. dir. trib.*, 1992, II, p. 561 ss., con nota di G. FALSITTA, *Epicedio per il segreto bancario nei confronti del fisco*.

⁽⁴⁾ Al riguardo, in termini generali, si veda G. PALUMBO, *Fisco e Privacy. Il difficile equilibrio tra lotta all'evasione e tutela dei dati personali*, Pisa, 2021, *passim*.

⁽⁵⁾ Cfr. Corte cost., 23 dicembre 2019, n. 288, in *cortecostituzionale.it*.

⁽⁶⁾ Cfr. P. BORIA, *La privacy dei contribuenti e la dichiarazione tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, I, p. 184, ove ulteriori riferimenti.

fiscale e, dunque, esso ben può essere riconosciuto come elemento normativo della trama assiologica dei rapporti tributari⁽⁷⁾.

2. Come accennato, la Corte EDU, con la sentenza in questa sede annotata, a maggioranza, ha ritenuto conforme all'art. 8 del Trattato una disposizione della legge ungherese⁽⁸⁾ che prevede la pubblicazione, sul sito internet dell'amministrazione finanziaria di quel paese, di un elenco di contribuenti che non avevano versato i tributi erariali in misura superiore ad un certo ammontare⁽⁹⁾, con la conseguente esposizione ad un pubblico indistinto dei dati reddituali e anagrafici di ciascun contribuente infedele, ivi compreso l'indirizzo di residenza.

Peraltro, tale lista di evasori fiscali, in seguito alla sua pubblicazione sul sito internet dell'autorità fiscale ungherese, era stata successivamente ripubblicata da parte di un sito internet privato che, addirittura, aveva realizzato una mappa geografica interattiva dei contribuenti infedeli, rilanciando così i dati personali degli stessi⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Su cui, ancora, P. BORIA, *La privacy dei contribuenti e la dichiarazione tributaria*, cit., p. 186.

⁽⁸⁾ Cfr. art. 55(5) del *Tax Administration Act*.

⁽⁹⁾ Invero corrispondente a dieci milioni di fiorini ungheresi, pari a circa 30.000 Euro, per le persone fisiche e a cento milioni di fiorini ungheresi, pari a circa 300.000 Euro, per le persone giuridiche. È appena il caso di osservare che la disposizione ungherese appena citata non pare molto dissimile da quella di cui al "nostro" art. 69 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, laddove si prevede la pubblicazione degli elenchi dei contribuenti il cui reddito imponibile è stato accertato per un ammontare superiore ad Euro 5.164,57 e al 20 per cento del reddito dichiarato e, in ogni caso, ove il maggior reddito imponibile supera Euro 25.822,84. Tuttavia, la stessa norma interna ora citata, diversamente da quella ungherese, espressamente prevede che gli elenchi nominativi siano distribuiti agli uffici territorialmente competenti, con ciò rivelando una primigenia finalità procedurale. Sul carattere *essenzialmente procedurale* dell'art. 69 del d.P.R. n. 600/1973, così come volto a facilitare l'attività di controllo e verifica delle autorità fiscali, si veda P. BORIA, *La privacy dei contribuenti e la dichiarazione tributaria*, cit., p. 202 s.

⁽¹⁰⁾ È appena il caso di segnalare che il comma 6-*bis* dell'art. 69 del d.P.R. n. 600/1973, in precedenza richiamato, sempreché il fatto non costituisca reato, espressamente prevede la punibilità, con la sanzione amministrativa da Euro 5.000 ad Euro 30.000 (a determinate condizioni ulteriormente aumentabile fino al triplo), di chiunque effettui la comunicazione o la diffusione, totale o parziale, con qualsiasi mezzo, degli elenchi in discorso o dei dati personali negli stessi contenuti.

Il ricorrente, nell'eccepire la presunta violazione degli artt. 8 e 13 del Trattato EDU, sottolineava che, proprio a seguito della pubblicazione dei suoi dati personali sul sito internet dell'amministrazione finanziaria ungherese, gli stessi dati erano stati poi ripubblicati in un sito internet privato, con ciò realizzando una lesione della sua propria dignità personale, per di più con gravi ripercussioni sulla di lui vita privata, anche per effetto dell'esposizione dell'indirizzo della propria residenza a possibili atti delinquenti.

A parere del ricorrente, in ogni caso, la pubblicazione dei dati personali degli evasori fiscali finiva per esporre gli stessi ad una sorta di moderna gogna mediatica (*public shame*), incompatibile con i caratteri distintivi di una moderna società democratica.

E ancora, nonostante la normativa oggetto di scrutinio avesse il dichiarato intento di tutelare gli interessi di eventuali controparti commerciali, l'insussistenza di una relazione biunivoca tra l'essere evasore fiscale e l'essere inadempiente alle obbligazioni contrattuali evidenziava la violazione del principio di proporzionalità della misura. Violazione, questa, evidentemente riscontrabile in ragione della visibilità dei dati personali del contribuente da parte di chiunque e non solo da parte delle relative controparti commerciali.

La Corte EDU, dal canto suo, premetteva che oggetto del giudizio era la sola pubblicazione dei dati degli evasori fiscali da parte dell'amministrazione finanziaria ungherese, non potendosi il Giudice di Strasburgo occupare della disseminazione dei dati personali ad opera di un *media outlet*, ovvero della loro acquisizione da parte di un motore di ricerca.

Gli stessi Giudici di Strasburgo, poi, nel riconoscere che la disposizione nazionale censurata dava luogo ad un'intromissione nella vita privata del contribuente ai sensi dell'art. 8 del Trattato EDU, ne giustificava tuttavia la conformità alla Convenzione in ragione della sua attitudine alla promozione della fedeltà fiscale e, quindi, in ragione dell'idoneità della disposizione medesima a concorrere alla tutela del benessere e dell'ordine economico del paese, nonché alla protezione dei diritti e delle libertà altrui, conformemente a quanto disposto dal secondo comma del predetto art. 8 del Trattato.

Fin qui lo svolgimento del processo.

Quanto alla pronuncia in questa sede annotata, è appena il caso di sot-

tolineare che, a parere della Corte, una norma che spetta al singolo Stato adottare nell'esercizio della propria discrezionalità, al fine di perseguire un interesse pubblico, ancorché dia luogo ad un'ingerenza nella vita privata dei cittadini, laddove – come ritenuto nel caso in esame – essa risulti proporzionata rispetto al raggiungimento di tale fine, è da ritenersi conforme al Trattato.

Più in particolare, secondo i Giudici di Strasburgo, pur non essendo facile accertare se la pubblicazione di una lista di contribuenti infedeli costituisca o meno un idoneo mezzo di contrasto all'evasione fiscale, una simile iniziativa costituisce comunque uno strumento potenzialmente adeguato a tutelare gli interessi economici dello stato; sicché tanto basta per considerare la misura in discorso non manifestamente sproporzionata⁽¹⁾.

Sotto quest'ultimo aspetto, secondo i medesimi Giudici, la proporzionalità della misura può essere altresì riconosciuta allorché si tenga conto che la stessa disciplina censurata prevede l'immediata cancellazione, dalla lista, dei dati del contribuente che abbia nel frattempo regolarizzato la propria posizione con il fisco.

Diversamente, la potenzialmente indefinita accessibilità dei dati a chiunque, anche non direttamente interessato a conoscere della fedeltà fiscale del singolo, in conseguenza proprio della modalità di pubblicazione degli stessi dati attraverso la rete internet, consente – sempre secondo la Corte – di riconoscere l'efficacia e l'adeguatezza della misura di *public shame* e, ciò, anche tenuto conto della completezza dei dati resi pubblici, giacché l'indicazione della residenza consente altresì di escludere casi di omonimia.

3. Come accennato, la decisione è stata assunta a maggioranza e i giudici dissenzienti, *Ravarani* e *Schukking*, hanno anzitutto osservato la non necessità della pubblicazione dell'indirizzo privato del singolo contribuente infedele. Più in particolare, a parere di costoro, l'indicazione dell'indirizzo

⁽¹⁾ E ciò – sempre a parere della Corte – anche tenuto conto della non immediata reperibilità della lista degli evasori all'interno del sito internet dell'amministrazione finanziaria, da ciò potendosi desumere la concreta esposizione dei dati dei contribuenti solo a coloro i quali abbiano un effettivo interesse alla relativa acquisizione.

privato di residenza non risulterebbe utile ad identificare l'evasore per il terzo che non abbia già rapporti con il contribuente infedele. Diversamente, per il terzo già interessato a conoscere della fedeltà fiscale di un singolo contribuente (con cui abbia già rapporti economici), la pubblicazione del di lui indirizzo di residenza risulterebbe certamente ultronea, essendo sufficiente la sola indicazione del nominativo. La previsione in discorso, pertanto, risulterebbe altresì contraria alla disciplina comunitaria laddove questa afferma il principio di minimizzazione dei dati oggetto di trattamento [cfr. art. 5, par. 1, lett. c) GDPR] e, come è evidente, esporrebbe altresì il contribuente (e i suoi familiari e/o conviventi) al rischio di essere oggetto di possibili atti criminosi.

Ancora, sempre a parere dei medesimi giudici in disaccordo, lo stesso mezzo di pubblicazione dell'elenco dei contribuenti infedeli – attraverso internet – risulterebbe suscettibile di dar luogo ad un effetto moltiplicativo potenzialmente immenso, a nulla rilevando la (successiva) cancellazione dei dati – dal (solo) sito internet dell'amministrazione finanziaria ungherese – nel caso di ravvedimento del contribuente.

In conclusione, secondo i giudici dissenzienti, a fronte di una tutt'altro che dimostrata adeguatezza della disciplina scrutinata a costituire – anche solo in termini potenziali – un valido presidio degli interessi economici dello stato, risulterebbe comunque evidente (ed attuale) l'intrusione nella vita privata del contribuente, ancorché infedele. Sicché la relativa disciplina normativa si mostrerebbe del tutto irrispettosa del principio di proporzionalità e, conseguentemente, costituirebbe violazione dell'art. 8 del Trattato EDU.

4. Come emerge dalla lettura della sentenza e della relativa *dissenting opinion*, di cui sopra si è dato brevemente conto, il criterio della proporzionalità della misura, rispetto al perseguimento dell'obiettivo che, a sua volta, è strumentale alla realizzazione interesse la cui cura è affidata all'amministrazione, assume una rilevanza centrale per individuare il corretto punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e i diritti fondamentali della persona.

Al riguardo, piuttosto costante è la giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'esigere che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizza-

re gli obiettivi di interesse generale perseguiti, purché senza eccedere i limiti costituiti da ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi stessi, dunque nel rispetto del principio di (stretta) proporzionalità, peraltro da verificarsi in concreto⁽¹²⁾. Più in particolare, la Corte osserva che la conservazione dei dati del privato deve rispondere a criteri oggettivi rispetto agli obiettivi perseguiti e, in ogni caso, tale conservazione impone l'utilizzo di misure tecniche e organizzative appropriate al fine di consentire di prevenire abusi e alterazioni all'integrità e alla riservatezza dei dati stessi⁽¹³⁾.

Analogamente, la stessa giurisprudenza della Corte EDU sottolinea la necessità di evitare abusi nell'intromissione nella vita privata dei singoli (ai sensi dell'art. 8 del Trattato EDU)⁽¹⁴⁾.

In ordine al bilanciamento tra interesse fiscale e diritti del contribuente in tema di privacy, è ora certamente opportuno dar conto della pronuncia della nostra Corte di legittimità in occasione della diffusione, in rete, dei dati delle dichiarazioni tributarie dei contribuenti per l'anno d'imposta 2005⁽¹⁵⁾.

Al riguardo, si ricorderà che con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate in data 5 marzo 2008, prot. n. 197587/2007 (pubblicato il 21 marzo 2008), fu disposta la pubblicazione degli elenchi dei contribuenti, ai sensi dell'art. 69 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e dell'art. 66-*bis* del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, in apposita sezione del sito internet dell'A-

⁽¹²⁾ Cfr. CGUE, sentenze: *Afton Chemical*, C-343/09; *Volker e Markus Schecke e Eijfert, Nelson e a.*, C-581/10 e C-629/10; *Sky Oesterreich*, C-283/11; *Schaible*, C-101/12; *Tele 2 e Watson*, C-203/15 e C-698/15.

⁽¹³⁾ Cfr. CGUE, sentenza 27 settembre 2017, C-73/16, ove la precisazione che i dati trattati debbono essere adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali il trattamento stesso è previsto; i medesimi dati debbono poi essere aggiornati e debbono essere prese tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare i dati inesatti o incompleti; infine i dati debbono essere conservati in modo tale da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali essi sono stati rilevati e successivamente trattati. Al riguardo si veda altresì CGUE, sentenza 13 maggio 2014, *Google Spain*, C-131/12.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Corte EDU, sentenze: 1° luglio 2008, *Liberty e altri c. Regno Unito*, n. 58243/00; 4 maggio 2000, *Rotaru c. Romania*, n. 28341/95; 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, nn. 30562/04 e 30566/04.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass., 11 giugno 2008, n. 15075, in *cortecostituzionale.it*.

genza delle Entrate, in relazione agli uffici competenti per territorio. Gli elenchi riguardavano sia le persone fisiche che le società e gli enti, commerciali e non commerciali. Per quanto concerne le prime, l'elenco conteneva i seguenti elementi: *i)* cognome nome e data di nascita del contribuente; *ii)* categoria prevalente di reddito; *iii)* attività esercitata, se soggetto esercente imprese commerciali, arti e professioni; *iv)* reddito imponibile; *v)* imposta netta; *vi)* reddito dell'attività d'impresa o di lavoro autonomo; *vii)* volume d'affari.

Ebbene, come pure si ricorderà, il Garante per la privacy censurò la pubblicazione *on line* di tali dati, anche in considerazione della circostanza in base alla quale i contribuenti, in sede di presentazione della dichiarazione tributaria, erano stati avvertiti che i relativi dati sarebbero poi stati fatti oggetto di pubblicazione in base alla normativa di riferimento che, all'epoca, non contemplava la pubblicazione via internet. La stessa Autorità garante impedì quindi ogni ulteriore divulgazione dei dati comminando una sanzione.

Il Tribunale di Roma, al quale era nel frattempo ricorso l'amministrazione finanziaria contro il provvedimento del Garante, affermò l'illegittimità della pubblicazione via internet dei dati dei contribuenti, modalità questa ritenuta assai più invasiva rispetto alla pubblicazione dell'elenco cartaceo presso i singoli comuni di residenza, come pure censurò la mancata preventiva informazione degli interessati in ordine al trattamento dei relativi dati personali, in violazione dell'art. 13 del codice della privacy, e, del pari, censurò l'omessa preventiva consultazione della stessa Autorità garante per la protezione dei dati personali.

Lo stesso Tribunale di Roma ritenne altresì irrilevante ai fini del decidere la nel frattempo intervenuta emanazione del d.l. n. 112 del 2008, poi convertito in l. n. 113 del 2008, con il quale all'art. 42 si prevedeva la pubblicazione degli elenchi anche via internet.

La questione approdò così in Cassazione che, per parte sua, affermò che la pubblicazione degli elenchi in questione doveva rispettare precisi criteri territoriali e temporali. In particolare, quanto ai primi, il deposito degli elenchi, accessibili a chiunque, avrebbe dovuto essere fatto solo presso i comuni interessati, nonché presso gli uffici fiscali territorialmente competenti.

Quanto ai secondi, gli elenchi, formati su base annuale, avrebbero dovuto essere accessibili solo per un anno.

Dalla relativa pronuncia, così come sopra richiamata, risulta chiaramente come la corte di legittimità si sia preoccupata di equamente contemperare le esigenze di trasparenza e di controllo, anche da parte dei consociati, con le cautele volte ad evitare una diffusione incontrollata e potenzialmente illimitata dei dati personali contenuti negli elenchi *de quibus*, come tale in grado di arrecare danni al singolo contribuente⁽¹⁶⁾.

5. Quanto alla misura di *public shame* di cui ora si discute, è possibile osservare questa si risolve in una conseguenza sfavorevole che l'ordinamento prevede al verificarsi di una determinata violazione, dunque secondo lo schema tipico della sanzione, seppur impropria⁽¹⁷⁾.

Difatti, la misura in parola – consistente nella pubblicazione dei dati dei contribuenti rispetto a fatti di evasione già verificatasi –, sembra semmai perseguire lo scopo di contrastare l'evasione fiscale in una prospettiva *ex post*.

Peraltro, quanto alla respiscenza che “spintaneamente” potrebbe essere indotta nel contribuente per effetto della avvenuta pubblicazione dei di lui dati in rete, seppur tale da imporre all'amministrazione finanziaria di espungere il nominativo e i dati del contribuente ravvedutosi dalla lista pubblicata, essa non sembra comunque tale da assicurare un vero e proprio diritto all'oblio, ben potendo essere stati i relativi dati personali già “catturati” e “rilanciati”, seppur ad opera di altro operatore diverso dall'amministrazione finanziaria ungherese.

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. PALUMBO, *Fisco e Privacy*, cit., p. 24 ss.

⁽¹⁷⁾ In tal senso, N. DWENGER, L. TREBER, *Shaming for tax enforcement: evidence from a new policy*, in *Hohnheim Discussion Papers in Business, Economics and Social Sciences*, 2018, 21, pp. 1-46. Sulla riconducibilità della misura in esame alla più ampia categoria delle c.dd. “sanzioni improprie”, ovvero “atipiche”, di recente, si veda anche A. TOMO, *Liste evasori e CEDU: riflessioni in merito alla (dubbia) proporzionalità delle misure di public shame*, cit., p. 13 ss., ove ulteriori riferimenti.

Si rende quindi necessario verificare il rispetto del criterio di proporzionalità della misura, alla luce della possibile natura sanzionatoria della stessa⁽¹⁸⁾, sia isolatamente considerata⁽¹⁹⁾, sia considerando la misura in discorso quale ulteriore risposta affittiva che si aggiunge alle sanzioni tipiche, già previste dall'ordinamento a seguito della constatazione di fatti di evasione.

Sicché, con riferimento alla proporzionalità della misura in sé considerata, pare che i Giudici di Strasburgo non abbiano tenuto in adeguata considerazione, soprattutto, la modalità di diffusione – attraverso la rete – della lista dei contribuenti infedeli. Tale modalità, infatti, si presta ad un uso potenzialmente incontrollato e illimitato dei dati personali pubblicati, per di più – come si è appena osservato – con la possibilità di vedere “rilanciati” tali dati più volte, anche in ragione dell'uso che di tali dati è possibile fare da parte dei c.dd. “motori di ricerca” e dei “*media outlet*”.

Quanto invece alla proporzionalità della misura in relazione alle altre sanzioni tipiche, la Corte non sembra aver adeguatamente ponderato la complessiva risposta punitiva dell'ordinamento ungherese rispetto ai fatti di evasione tributaria accertati. Difatti, la sanzione impropria *de qua*, consistente nella pubblicazione dei dati personali del contribuente infedele, si aggiunge alle sanzioni amministrative tributarie e a quelle penali tributarie “tipiche” ordinariamente previste da quell'ordinamento e, a prescindere da eventuali riflessi critici pure rispetto al principio del *ne bis in idem*⁽²⁰⁾, gli effetti di tale cumulo di sanzioni sembrano comunque in grado di evidenziare delle (ulteriori) criticità nell'ambito del giudizio di proporzionalità in discorso.

⁽¹⁸⁾ Sulla necessità che anche le sanzioni atipiche debbano rispettare le garanzie sostanziali e procedurali previste per le sanzioni tipiche si veda L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni atipiche: esperienza italiana e quadro europeo*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2014, 2, p. 72, come pure R. ALFANO, *Sanzioni amministrative tributarie e tutela del contribuente*, Napoli, 2020, p. 321. Più in generale sul tema si veda, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena, Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, *passim*.

⁽¹⁹⁾ Al riguardo si vedano pure J. KOKOTT, P. PISTONE, R. MILLER, *Diritto internazionale pubblico e tributario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, 2, p. 484.

⁽²⁰⁾ Su cui A. TOMO, *Liste evasori e CEDU: riflessioni in merito alla (dubbia) proporzionalità delle misure di public shame*, cit., p. 13 ss.

6. Volendo ora ricostruire la misura in discorso, piuttosto che alla stregua di una sanzione (seppur impropria), giacché essa sembrerebbe porsi in contrasto con il più volte richiamato principio di proporzionalità, alla stregua di una misura finalizzata ad assicurare il corretto adempimento degli obblighi tributari, è possibile svolgere le considerazioni che seguono.

Anzitutto, la sentenza della Corte EDU, come pure la *dissenting opinion* posta a corredo della stessa, evidenzia chiaramente la dialettica che caratterizza il rapporto tra interesse fiscale (nel caso di specie incarnato dall'esigenza di contrasto all'evasione tributaria), da un lato, e i diritti fondamentali del contribuente (ivi compreso il diritto alla tutela dei propri dati personali), dall'altro.

Al riguardo, tale rapporto è stato tradizionalmente indagato nella sua dimensione prevalentemente sostanziale (o, se si preferisce, "patrimoniale"), partendo – in una prospettiva domestica – dal principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost.

La stessa relazione è stata poi fatta oggetto di studi che, in una dimensione procedimentale, hanno consentito di distinguere l'interesse fiscale "ordinamentale", proprio della collettività (ovvero dello stato-persona), in quanto appunto finalizzato al perseguimento dell'interesse generale alla corretta attuazione del sistema tributario, dall'interesse fiscale dello stato-apparato, come tale indirizzato a (meglio) realizzare gli obiettivi assegnati dallo svolgimento delle funzioni collettive⁽²¹⁾.

Ora, la sempre maggior diffusione delle moderne tecnologie dell'informazione, indirizzate anche alla trasmissione e trattamento dei dati personali, unitamente al ricorso a tecniche di contrasto rispetto all'evasione e all'elusione fiscale fondate sul riconoscimento e, come in questo caso, sulla pubblicazione generalizzata, del grado di fedeltà fiscale del singolo contribuente (ovvero dell'ammontare dei tributi pagati in relazione all'ammontare dei profitti conseguiti, anche *per country*), come pure il sempre più frequente ricorso all'acquisizione di dati e informazioni provenienti da amministrazioni fiscali

⁽²¹⁾ Per riferimenti al riguardo, da ultimo, si veda P. BORIA, *Il potere tributario. Politica e tributi nel corso dei secoli*, Bologna, 2021, p. 581 ss., ove ulteriori riferimenti.

di stati diversi (anche al di fuori di ipotesi di scambio, più o meno automatico), evidentemente pongono la questione – che stavolta rileva principalmente in una dimensione procedimentale – della tutela del diritto del contribuente al corretto trattamento e diffusione (ovvero non diffusione) dei propri dati personali (ivi compresi quelli reddituali). Diritto, questo, che ha ormai assunto la qualifica di “fondamentale” e che – nella sua dialettica con l’interesse fiscale – non sembra trovare la sua propria sede di confronto nella dimensione sostanziale sopra richiamata, dovendosi essa ricercare altrove, a partire dai principi che affermano le garanzie dei diritti fondamentali alla riservatezza e alla protezione dei dati personali, così come espressi, specie per quanto in questa sede interessa, oltre che nella nostra Carta costituzionale, nell’art. 8 del Trattato EDU e negli artt. 7 e 8 della CDFUE.

Ebbene andando ad esaminare il caso oggetto della pronuncia qui esaminata, è possibile osservare che l’attività dell’amministrazione finanziaria ungherese si è risolta nella pubblicazione – sul sito internet della stessa – dei dati reddituali e personali di taluni contribuenti, per i quali la stessa amministrazione risulta aver precedentemente accertato una significativa evasione d’imposta.

Pare quindi che la svolta attività amministrativa del fisco ungherese, nel caso di specie, sia solo indirettamente rivolta alla cura dell’interesse fiscale ordinamentale alla stessa affidato (ovvero alla corretta attuazione amministrativa della norma tributaria), consistendo piuttosto nello svolgimento di un’attività amministrativa (a sua volta risolvendosi nella pubblicazione di dati personali) che presuppone la previa constatazione di violazioni da parte di taluni contribuenti rispetto ai quali, al momento in cui si provvede alla pubblicazione della lista, l’evasione d’imposta è stata appunto già contestata e, conseguentemente, i maggiori tributi dovuti sono stati già liquidati.

Ne consegue che l’attività di pubblicazione dell’elenco dei contribuenti (accertati essere) evasori potrebbe sortire un duplice effetto. Da un lato, nei confronti dei contribuenti accertati come “evasori”, essa potrebbe indurre costoro a ravvedersi, al fine di evitare il *public shame* derivante dalla pubblicazione della lista. Dall’altro, nei confronti dei contribuenti “altri” (non tacciati di evasione), essa potrebbe, tutt’al più, costituire un monito, alla stregua di una qualsiasi misura deterrente.

In entrambi i casi, la misura potrebbe sortire l'effetto, più o meno diretto, di favorire l'innalzamento del grado di fedeltà fiscale di tutti i contribuenti (sia quelli che sono stati accertati sia quelli che non lo sono).

Ora, limitando l'analisi agli effetti che la misura in discorso determina in capo ai soli contribuenti accertati, poiché la stessa misura nei confronti dei contribuenti "altri" (ovvero non accertati) sembra provocare effetti suscettibili di essere apprezzati in una prospettiva prevalentemente economica (in termini cioè di analisi economica del diritto), ovvero meramente sociologica, è allora possibile osservare che la normativa ungherese scrutinata – prevedendo l'espunzione dalla lista degli evasori di quei contribuenti che, all'esito della pubblicazione dei loro nominativi, abbiano in seguito regolarizzato la propria posizione fiscale – finisce per agevolare l'amministrazione finanziaria nella sua attività di riscossione delle imposte già accertate, il tutto in condizioni di maggior agio e speditezza.

Ne consegue che la descritta attività amministrativa (consistente nella pubblicazione dell'elenco degli evasori) è solo indirettamente correlata alla cura dell'interesse fiscale ordinamentale, rispondendo in realtà alla funzione di rendere più agevole e spedita l'attività di riscossione delle imposte accertate come evase.

Talché l'attività *de qua*, così come in concreto affidata alla cura dell'amministrazione finanziaria ungherese, ove non si ritenga rispondere alle funzioni, affittiva e deterrente, proprie della sanzione, non costituisce diretta espressione dell'interesse fiscale ordinamentale, ma, tutt'al più, esprime un interesse secondario (alla più agevole e spedita riscossione dei tributi accertati), attinente al riconoscimento della funzione dell'apparato amministrativo, siccome volto a concorrere al migliore funzionamento della collettività organizzata.

Ebbene, un tale interesse, evidentemente, non può che risultare recessivo rispetto ai diritti fondamentali di libertà e dignità della persona tra cui, senz'altro, è dato annoverare il rispetto della vita privata e del domicilio.

7. Conclusivamente, in termini generali, l'esercizio della funzione tributaria (e, in particolare, la natura dell'attività di controllo e di rilevazione dei dati necessari alla determinazione dei tributi da porre a carico di ciascun contri-

buente), si pone, inevitabilmente, in tensione rispetto ai diritti di libertà del privato, tuttavia, per i diritti fondamentali della persona – specie quelli a contenuto patrimoniale o, comunque, apprezzabili in una dimensione *lato sensu* economica – la relativa limitazione, per le ragioni connesse all’attuazione dei tributi, si configura alla stregua di un intervento normativo eccezionale, tendenzialmente inestensibile.

Più in particolare, quanto al diritto alla riservatezza, deve però osservarsi che, da tempo, si è delineato un orientamento (giurisprudenziale e normativo) che parrebbe predicare la naturale subordinazione di tale diritto alle esigenze della fiscalità (e la sentenza in questa sede annotata sembra iscriversi proprio nel solco di tale orientamento), talché la limitazione del diritto in parola risulterebbe ormai la regola e non l’eccezione⁽²²⁾.

Tuttavia, a bene vedere, nel caso oggetto della decisione qui annotata, tale condizione di subordinazione (dei diritti personali di libertà del singolo rispetto alle esigenze della fiscalità), pare non sussistere.

Difatti, abbiamo appena rilevato che la compressione dei diritti personali del singolo – nel caso della normativa ungherese in questa sede scrutinata – non trova giustificazione né in esigenze di corretta e razionale attuazione del riparto dei carichi pubblici, né in esigenze di vero e proprio contrasto all’evasione tributaria⁽²³⁾, al contrario, tale compressione si pone a valle dell’esercizio della funzione di controllo e di attuazione amministrativa del tributo, come pure di quella di contrasto – in una prospettiva *ex ante* – all’evasione tributaria⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Cfr. A. FEDELE, *Concorso alle spese pubbliche e diritti individuali*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, I, p. 45.

⁽²³⁾ Tanto è vero che la misura in discorso è stata dalla Corte giustificata sulla base della attribuita generale funzione di concorrere alla tutela del benessere e dell’ordine economico del paese.

⁽²⁴⁾ Nel senso che, essendo oggetto di pubblicazione un elenco nominativo di “evasori”, al momento della pubblicazione la violazione della normativa fiscale si è già realizzata e la successiva espunzione della lista degli evasori che abbiano poi regolarizzato la propria posizione sembra più rivolta a rimuovere gli effetti dell’evasione (agevolando il recupero delle imposte evase), piuttosto che ad evitare, *ex ante*, che questa si verifichi.

Talché alla misura in discorso potrebbe attribuirsi una funzione punitiva, costituendo essa la negativa conseguenza derivante dalla realizzazione di un illecito; difatti la stessa, in quanto tale, è suscettibile di essere “condonata” (attraverso la espunzione dalla lista degli evasori) a seguito del ravvedimento del contribuente.

Tuttavia, da questo punto di vista, poiché una simile ricostruzione della pubblicazione in parola, alla stregua di una misura (sostanzialmente) “punitiva”, porta con sé la necessità di valutarne la proporzionalità, anche alla luce della cumulabilità di essa rispetto alle altre sanzioni (amministrative e penali) conseguenti alla contestata evasione tributaria, e poiché da tale valutazione sono emersi più di un sospetto di (in)compatibilità sotto il profilo costituzionale, convenzionale e, ove applicabile, del diritto comunitario, è possibile prospettare una diversa ricostruzione della natura della misura in discorso.

In quest’ottica, valorizzato lo scopo della pubblicazione in parola nella sua attitudine ad aumentare il grado di adempimento dei contribuenti accertati, i cui nomi sono stati pubblicati, così indirettamente favorendo il perseguimento dell’interesse fiscale, appunto per il tramite di una più agevole e spedita acquisizione dei tributi accertati, si dovrebbe allora riconoscere che la stessa misura risponde piuttosto alla funzionalità degli apparati pubblici preposti alla cura dell’interesse fiscale, alla stregua di uno dei numerosi *privilegia fisci* che punteggiano l’ordinamento.

Ne consegue che i diritti fondamentali di libertà, anche in quanto costituzionalmente ovvero convenzionalmente tutelati, specie se direttamente rivolti alla tutela della dignità della persona, non possono che confermarsi come tendenzialmente preminenti rispetto a tale *interesse dell’apparato pubblico*, dal canto suo essenzialmente preposto alla sicura e regolare percezione delle entrate tributarie, espressione quindi, tutt’al più, dell’interesse al “buon andamento” dell’amministrazione stessa⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ Al riguardo, si vedano le considerazioni svolte da A. FEDELE, *Concorso alle spese pubbliche e diritti individuali*, cit., p. 46 ss., ove appunto la precisazione che le molteplici manifestazioni del diritto alla riservatezza, ove direttamente rapportate alla dignità e onorabilità della persona, a prescindere da interessi economici o patrimoniali, dovrebbero confermare la tendenziale preminenza del diritto individuale rispetto all’interesse fiscale.

In definitiva, tornando al tema, più generale, dei rapporti tra interesse fiscale e diritti (anche fondamentali) del contribuente, tra cui è possibile annoverare il diritto alla privacy, è necessario distinguere l'interesse ordinamentale (senz'altro primario per la stessa esistenza della collettività organizzata e, dunque, per assicurare l'effettività dell'intero "sistema dei diritti" sociali e civili), dall'interesse dell'apparato pubblico.

Talché il diritto alla riservatezza, seppur destinato a recedere di fronte ai valori primari dell'ordinamento (tra cui va senz'altro compreso l'interesse fiscale), risulta invece preminente in tutte le situazioni giuridiche in cui manchi il contrasto con tali valori primari⁽²⁶⁾ e, quindi, anche quando il contrasto riguardi l'interesse dell'amministrazione finanziaria alla ordinata e spedita percezione dei tributi.

E difatti il carattere antropocentrico della società, in quanto collettività organizzata formata da uomini e per gli uomini, esige che la libertà, l'identità e la dignità del singolo individuo (*rectius*: della persona) siano collocate in una posizione di preminenza, tanto rispetto all'apparato amministrativo, quanto rispetto alle moderne tecnologie e alla stessa intelligenza artificiale che, proprio perché poste al servizio del potere (*rectius*: dell'amministrazione finanziaria), sono chiamate a svolgere una funzione meramente strumentale, volta appunto alla realizzazione di un interesse dell'apparato pubblico, dal canto suo indirizzato al perseguimento degli obiettivi generali allo stesso assegnati per il tramite dello svolgimento delle funzioni collettive.

⁽²⁶⁾ Cfr. P. BORIA, *La privacy dei contribuenti e la dichiarazione tributaria*, cit., p. 186.

Il titolo di avvocato “specialista”

[GIANCARLO SAVI^(*)]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Natura e spessore del titolo di avvocato “specialista”. – 3. I settori di specializzazione ed i percorsi formativi. – 4. Differenze con i titoli di specializzazione “accademici” dei dottori in giurisprudenza. La specializzazione dei magistrati. – 5. L’autonomo percorso del riconoscimento della specializzazione forense per titoli di “comprovata esperienza”. – 6. Qualche cenno sul funzionamento delle Scuole di specializzazione forense. – 7. La revoca del titolo di avvocato “specialista”. – 8. La spendita abusiva del titolo di avvocato “specialista”. – 9. Conclusioni e prospettive.

1. Atteso da tempo, sulla Gazzetta ufficiale del 12 dicembre 2020 è stato pubblicato il d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163, atto normativo che ha integrato e reso definitivo il regolamento già adottato con il d.m. Giustizia 12 agosto 2015, n. 144⁽¹⁾, siccome parzialmente annullato in sede giurisdizionale amministrativa⁽²⁾.

L’atto è frutto di una lunga istruttoria, pareri ed indagini conoscitive.

La correzione ed integrazione di questa disciplina, ha di nuovo sollecitato l’Avvocatura italiana a confrontarsi, *si licet*, “con il nuovo che avanza”⁽³⁾,

^(*) Avvocato del Foro di Macerata. Direttore della Scuola di alta formazione specialistica in “Diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni” dell’Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia – Università di Roma Tre – Consiglio Nazionale Forense.

⁽¹⁾ Il provvedimento, nel risultante tenore testuale coordinato, viene riportato in calce, onde poter utilmente e meglio fruire di queste notazioni di prima riflessione.

⁽²⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28 novembre 2017, n. 5575, in *Foro amm.*, 2017, p. 2245.

⁽³⁾ Basti rammentare che sino a tempi recenti, l’art. 91, del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, così testualmente disponeva: «*Alle professioni di avvocato e di procuratore non si applicano le norme che disciplinano la qualifica di specialista nei vari settori di esercizio professionale*». Già da questo confronto, emerge la straordinaria innovazione che il legislatore del 2012 ha inteso imprimere; per la verità, preceduto dall’iniziativa del Consiglio nazionale forense, che nel 2010 tentò di percorrere la stessa via in autonomia, ma senza successo: v., Tar Lazio, Sez. I, 9 giugno 2011, n. 5151, in *Foro it.*, 2011, III, c. 409, che ritenne un tale potere di autodichia

sommuovendo rumorosamente le molte sensibilità culturali di quanti sono artefici primi delle dinamiche che conducono alla retta tutela di ogni posizione soggettiva di diritto ed interesse, giuridicamente rilevante.

Com'era prevedibile sono subito riapparse le più disparate posizioni, oscillanti tra un sentire soddisfatto che segnando il traguardo raggiunto ne esalta l'opportunità e quello contrario che ne esalta le criticità.

Prima di addentrarci nella disamina dei punti nodali della disciplina pare opportuno evidenziare subito la fonte primaria da cui trae origine questa potestà regolamentare, radicata nell'art. 9, l. 31 dicembre 2012, n. 247⁽⁴⁾.

Altra notazione preliminare riguarda la tecnica di normazione regola-

carente di base legale, dichiarando nullo quel primigenio atto regolamentare per il riconoscimento del titolo di avvocato specialista.

⁽⁴⁾ Art. 9. *Specializzazioni*. 1. È riconosciuta agli avvocati la possibilità di ottenere e indicare il titolo di specialista secondo modalità che sono stabilite, nel rispetto delle previsioni del presente articolo, con regolamento adottato dal Ministro della giustizia previo parere del CNF, ai sensi dell'articolo 1. / 2. Il titolo di specialista si può conseguire all'esito positivo di percorsi formativi almeno biennali o per comprovata esperienza nel settore di specializzazione. / 3. I percorsi formativi, le cui modalità di svolgimento sono stabilite dal regolamento di cui al comma 1, sono organizzati presso le facoltà di giurisprudenza, con le quali il CNF e i consigli degli ordini territoriali possono stipulare convenzioni per corsi di alta formazione per il conseguimento del titolo di specialista. All'attuazione del presente comma le università provvedono nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. / 4. Il conseguimento del titolo di specialista per comprovata esperienza professionale maturata nel settore oggetto di specializzazione è riservato agli avvocati che abbiano maturato un'anzianità di iscrizione all'albo degli avvocati, ininterrottamente e senza sospensioni, di almeno otto anni e che dimostrino di avere esercitato in modo assiduo, prevalente e continuativo attività professionale in uno dei settori di specializzazione negli ultimi cinque anni. / 5. L'attribuzione del titolo di specialista sulla base della valutazione della partecipazione ai corsi relativi ai percorsi formativi nonché dei titoli ai fini della valutazione della comprovata esperienza professionale spetta in via esclusiva al CNF. Il regolamento di cui al comma 1 stabilisce i parametri e i criteri sulla base dei quali valutare l'esercizio assiduo, prevalente e continuativo di attività professionale in uno dei settori di specializzazione. / 6. Il titolo di specialista può essere revocato esclusivamente dal CNF nei casi previsti dal regolamento di cui al comma 1. / 7. Il conseguimento del titolo di specialista non comporta riserva di attività professionale. / 8. Gli avvocati docenti universitari di ruolo in materie giuridiche e coloro che, alla data di entrata in vigore della presente legge, abbiano conseguito titoli specialistici universitari possono indicare il relativo titolo con le opportune specificazioni.

mentare posta in essere nella specie; quanti attendevano l'atto normativo in parola, ragionevolmente reputavano che con esso venisse esaustivamente disciplinato ogni aspetto riservato di norma all'esplicazione della fonte secondaria.

Diversamente, e proprio in relazione all'aspetto saliente dei percorsi formativi che l'avvocato dovrà seguire ed utilmente concludere, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento in commento, e cioè quanto ai programmi dei singoli corsi (che vengono promossi con l'intesa di più "anime", in convenzione, attraverso un comitato scientifico ed un comitato di gestione), la norma secondaria rinvia all'intervento dirimente di una Commissione costituita presso lo stesso Ministero della giustizia⁽⁵⁾, che dovrà elaborare *«le linee generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione specialistica, tenendo conto delle migliori prassi in materia»*; con la perentoria precisazione secondo cui, *«I corsi di specializzazione non possono avere inizio se non è stata verificata la conformità dei relativi programmi didattici a quanto disposto dal presente regolamento e alle linee generali elaborate a norma del comma 2. La verifica di cui al presente comma è svolta dal Ministero della giustizia, tenuto conto delle proposte della commissione permanente di cui al comma 2.»*.

In una parola, la fonte secondaria rimanda ad altra fonte *sub* secondaria, proprio quanto al contenuto sostanziale maggiormente caratterizzante l'impegno di studio, approfondimento e confronto, per l'avvocato che intenda elevare le proprie conoscenze scientifiche e capacità professionali in prospettiva di una qualificazione "specialistica"; cosicché l'effettiva fonte normativa del più prezioso contenuto è riposta nelle mani di questa Commissione permanente; e non è neppure l'ultima parola per l'effettivo avvio concreto dei corsi, rimanendo comunque il Ministro della giustizia sovrano nella verifica del programma proposto nel singolo caso, autorizzandone o non autorizzandone l'avvio.

Demandare l'intervento centrale, certamente complesso e delicato, ad una Commissione ministeriale composta di sei membri, che peraltro do-

⁽⁵⁾ Composta di due magistrati ordinari nominati dallo stesso Ministero, due avvocati nominati dal Consiglio nazionale forense e due professori universitari nominati dal Ministero dell'università e della ricerca.

vrebbero essere individuati tra coloro che sono disponibili ad un simile diuturno impegno, evidentemente mossi soltanto da marcata idealità, stante il fatto che il ruolo è onorifico, senza oneri per le finanze pubbliche e con capacità professionali così rilevanti ed estese (le linee guida riguardano ben trentanove diverse specialità, dell'intero scibile giuridico), lascia perplesso anche il prudente interprete.

Ad ogni modo, verranno stilati degli elenchi di personalità da cui attingere la nomina dei componenti di questo organo che finirà al centro delle dinamiche autorizzatorie dei corsi, e si potrà eventualmente correggerne l'impianto, ad esempio strutturando più commissioni, almeno distinguendole per competenza in sintonia con le principali branche del diritto.

Merita comunque di essere sottolineato il metodo seguito: anche in questo caso si ripresenta chiaramente la problematica della reale fonte normativa; in effetti l'autorità chiamata a regolamentare il comando primario, non vi attende esaustivamente, ma lo delega a sua volta, attraverso la creazione di ulteriori organi che chiama a formarla in concreto, disegnando piuttosto un procedimento amministrativo.

Come da tempo noto, il proliferare di organi chiamati a formare l'effettivo comando giuridico realizzato nei fatti, come in un fenomeno a cascata, oltre a rendere il nostro ordinamento giuridico positivo in pratica sterminato, segna un procedere sostanzialmente ad ostacoli di dubbia ragionevolezza, finendo per esporre al pericolo dell'incertezza l'intero impianto.

Questo metodo inoltre finisce per comprimere ogni miglior intenzione volgente alla stella polare dell'efficienza, come dell'autonomia propria di ogni elaborazione di studio ed approfondimento, e finisce per mettere in pericolo la stessa effettiva applicazione della norma primaria, che corre il rischio di essere svilita proprio nel momento della sua concreta realizzazione; questa minuziosa normazione per segmenti autonomi (se non atomizzati), rimessa in mani di una pluralità di soggetti, sino ad intersecarsi e confondersi con la mera attività amministrativa, rischia di perdersi in eccessive questioni e sottigliezze, evocando la nota decadenza dei bizantinismi.

Questo quanto puntualmente accaduto: le poche Scuole di alta formazione specialistica forense che erano state attivate sotto il regime del d.m. Giu-

stizia n. 144/2015, seppur secondo regime transitorio⁽⁶⁾, che erano giunte a bandire il terzo o quarto biennio, con l'entrata in vigore del regolamento in parola hanno dovuto revocare l'iniziativa, curandosi soltanto di portare a compimento i corsi in atto, siccome rientranti come vedremo meglio *infra*, nella c.d. disciplina transitoria; tali corsi che in genere erano programmati con inizio nel mese di gennaio 2021, dovranno perciò attendere prima le linee guida della Commissione ministeriale, una volta nominata, procedere alla stipulazione delle convenzioni, formare i nuovi organi scientifici e gestori, i quali formuleranno il programma ed il bando pubblico per l'ammissione dei candidati, sottoponendo il tutto al potere autorizzatorio finale del Ministero della giustizia.

Con una buona dose di ottimismo se ne riparlerà almeno a distanza di diversi mesi⁽⁷⁾, con pericolo di inciampi seri come in ogni attività amministrativa così complessa, e nella specie la giurisdizione amministrativa è stata già chiamata ad intervenire in più frangenti.

La pazienza è una delle sette virtù che non manca al ceto forense, ma altra cosa è la frustrazione che da lungo tempo aleggia e sempre sul versante delle disfunzioni che affronta nell'esercizio della propria funzione in concreto e nel quotidiano.

2. Il quadro normativo che è stato delineato fa emergere l'espressione di un dato caratterizzante la formazione della qualità specialistica che indica la via del più alto livello del sapere peculiare di settore del professionista già esercente l'attività di avvocato, a ciò abilitato dall'esame di Stato di cui agli artt. 33, 5° comma, della nostra carta fondamentale, 46 e 22, 1° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

⁽⁶⁾ Per lodevole iniziativa di alcune Associazioni forensi specialistiche maggiormente rappresentative a livello nazionale (come tali riconosciute periodicamente secondo un complesso procedimento), in convenzione con il Consiglio nazionale forense, che in genere agisce attraverso la propria Scuola superiore dell'avvocatura, ed un ambito dipartimentale di giurisprudenza od equivalente struttura di una delle Università legalmente istituite.

⁽⁷⁾ La stessa entrata in vigore del Regolamento, differita di sessanta giorni – cioè al 10 febbraio 2021 –, è elemento significativo.

Il legislatore aveva già espresso, in maniera davvero inequivoca, l'esigenza che la professione dell'avvocato risponda ad un notevolissimo livello qualitativo, invero ben indicato ad iniziare dal tenore dell'impegno solenne⁽⁸⁾ che conclude il procedimento di iscrizione all'Albo, dall'obbligo di curare costantemente la propria formazione⁽⁹⁾, e dal vincolo al rispetto dei canoni deontologici che costellano il concreto operare anche sotto il profilo del dovere di competenza; e dal dovere di competenza al riconoscimento delle specializzazioni, il passo persino fisiologico.

Con la previsione dell'ulteriore affinamento delle competenze che incarnano il titolo di specialista di settore, lo spessore che il legislatore esige obiettivamente si innalza, alla ricerca di ulteriore impegno e risultato⁽¹⁰⁾; l'obiettivo sociale perseguito dalla norma primaria risiede di tutta evidenza nell'interesse ad una prestazione di qualità consona, attraverso accurata e sistematica acquisizione di maggiori capacità professionali, mettendo al contempo il nostro ordinamento positivo in linea con la similare regolamentazione diffusamente introdotta in ambito UE⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ Art. 8, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

⁽⁹⁾ Art. 11, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

⁽¹⁰⁾ La stessa espressione qualificativa utilizzata – “specialista” –, al di là della possibile disquisizione linguistica sull'eleganza o meno di una tale trasposizione rispetto a quanto originatosi in particolari settori tecnici o scientifici, è indizio di un certo peso; l'etimologia di significato nel nostro contesto ci conduce al peculiare valore dell'affinamento di speciali capacità, che si allontanano dalla norma, dalla consuetudine, in senso migliorativo e maggiore, evocando il sinonimo di chi eccelle (cfr. *Dizionario della lingua italiana Treccani*, Roma, 2017); la similitudine prossima sembra potersi rinvenire con le specialità dei dottori in medicina e chirurgia.

⁽¹¹⁾ Le fonti europee garantiscono l'interesse sociale fondamentale, poiché la difesa effettiva esige un difensore competente, curandosi ovviamente anche della libertà, dell'autonomia e della piena indipendenza da ogni potere dell'avvocato (cfr., artt. 1, 6, 13, 17, 18 e 53 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; e gli artt. 15, 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). Cfr., peraltro, l'art. 1 del codice deontologico forense. A ben riflettere, il diritto di ciascun avvocato a raggiungere la più alta soglia di competenza professionale, può dirsi insito nella natura stessa del ruolo (evocato in Costituzione nonostante si tratti di una libera professione; cfr. in punto, G. COLAVITTI, *La specialità costituzionale della professione forense e la libertà professionale dell'avvocato*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 397 ss.). La conferma di esattezza di tanto, nell'ottica

Solo per limitarci a tre esempi, tra i tanti possibili: *a)* i docenti chiamati ad intervenire nei corsi formativi di specialità (secondo equilibrata chiamata di avvocati, magistrati e professori universitari) debbono aver maturate le più alte qualifiche soggettive nel rispettivo ambito di appartenenza; *b)* la formazione è segnata dalla costante frequenza su arco temporale almeno biennale, in un contesto numericamente limitato, in presenza, e dal superamento di verifiche stringenti a conclusione del primo anno per poter accedere al successivo anno di corso ed alla sua conclusione per l'utile conseguimento del titolo, mediante prova d'esame scritta e orale, avanti a commissioni esterne formate secondo titoli anche qui di massimo livello (pari a quelli del corpo docente); *c)* il mantenimento del titolo è condizionato dal proseguimento di importante obbligo formativo su base annuale, mediante il conseguimento di "crediti formativi specialistici", con rilevante impegno orario dedicato alla cura ed all'aggiornamento della stessa formazione, che costituisce pertanto un percorso ininterrotto.

Se di tanto non si può dubitare, il titolo di "specialista" non sembra seguire le c.dd. logiche mercantili, che si sono di recente affacciate anche nell'esercizio professionale del ministero difensivo, né sembra potersi prefigurare una prospettiva specialistica di massa.

È probabile che tra i "moventi" delle specializzazioni forensi vi sia sotteso il tentativo di alcuni settori del ceto professionale di conseguire un effetto riflesso in sostanza "deviante", con sviamento della sua autentica funzione, che inerisce il contenimento del numero eccessivo di professionisti iscritti negli Albi, attraverso tale "distinzione"; seguendo la stessa linea tendenziale emersa in relazione all'abilitazione per l'esercizio del patrocinio presso le corti superiori, oggi conseguibile solo per severo esame di Stato specifico, da chi ha maturato una anzianità professionale di almeno cinque anni ovvero otto anni con frequenza ed utile superamento di peculiare corso formativo presso la Scuola superiore dell'avvocatura, evoluzione non a caso impressa dalla stessa l. 31 dicembre 2012, n. 247 (art. 22).

precipua del professionista del diritto "avvocato", deriva dallo stesso utilizzo del verbo "riconoscere" (art. 9, 1° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247), obiettivamente significativo di una realtà preesistente in concreto, non "istituita" dalla stessa legge.

Appare invece fisiologico che tali percorsi siano destinati a minoranze numeriche, secondo logica di forte motivazione soggettiva del professionista, che effettivamente sente l'esigenza di approfondire e conseguire maggiori capacità operative in un determinato settore, cui è evidentemente dedito in prevalenza o vorrà dedicarsi.

La chiave di volta interpretativa invero appare dettata già nella norma primaria che il regolamento ha inteso attuare, secondo cui, «*il conseguimento del titolo di specialista non comporta riserva di attività professionale*»⁽¹²⁾.

La lungimiranza del legislatore risponde a ragionevolezza nel momento in cui evidentemente non trascura di considerare che anche l'avvocato privo del titolo di "specialista" può ben rendere prestazioni di rango eccellente; e non è certo scontato che sul campo l'avvocato "specialista" adempia meglio od assicuri risultati concreti migliori solo per il fatto di aver conseguito il titolo; la previsione perciò si pone sul piano della ragionevolezza probabilistica, fondata sulla presunzione di prestazioni dell'avvocato qualitativamente conformate, in virtù dello sforzo che ha posto in essere con l'approfondimento e la cura costante nel tempo del proprio sapere, che di norma comporta appunto maggiori capacità professionali.

Nessuna differenziazione ricorre allora tra l'avvocato iscritto all'Albo e quello legittimato ad aggiungersi all'elenco che nell'ambito dello stesso Albo indica quanti hanno anche conseguito il titolo di "specialista" in una determinata materia⁽¹³⁾.

Non si tratta perciò di un diverso *status* abilitativo del professionista: l'unico elemento che segna distinzione è la possibilità di rendere pubblico questo ulteriore percorso formativo, utilmente conseguito, affinché evidentemente

⁽¹²⁾ La riserva di attività dell'avvocato è sancita nell'art. 2, 5° e 6° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

⁽¹³⁾ Non più di due di cui ai settori elencati nel 1° comma, dell'art. 3, del Regolamento in commento, e/o non più di tre rientranti nei settori civile, penale ed amministrativo, di cui al 3°, 4° e 5° comma, stesso art. 3. Invero, si reputa che nell'elenco degli avvocati specialisti in parola possa legittimamente indicarsi la specialità in una di queste macroaree settoriali, con la sola dizione, civile, penale, amministrativo, mentre i sottosettori (gli indirizzi) in concreto posseduti saranno specificati solo a richiesta dell'iscritto all'Albo, che abbia interesse all'ulteriore specificazione (v. l'art. 5, stesso Regolamento).

la scelta della committenza possa dirigersi con maggior consapevolezza verso l'opera del professionista che in astratto appare meglio "attrezzato" in un determinato settore di questioni e controversie giuridiche.

Nulla di più!

Ponendo peraltro avvertenza ai pericoli sottesi alla logica pubblicitaria propria del moderno "consumo", nella specie dei c.dd. "servizi legali", che mal si confà all'opera del patrocinio e della difesa; difatti, la storia ci ha consegnato l'immagine millenaria di "un uomo che si erge a difesa di un altro uomo", nella quale ognuno intravede motivazione profonda, secondo tratti intrisi nel senso etico, su cui affonda le radici anche la rilevanza costituzionale della funzione, come il suo novero tra i diritti inviolabili dell'uomo. Assesstandoci all'epoca corrente, oggi è comunque un postulato obiettivamente condiviso quello secondo cui il contratto che ha per oggetto la prestazione d'opera intellettuale forense non è un rapporto meramente privatistico, ma rileva nell'esercizio della giurisdizione: l'avvocato è parte del servizio pubblico di Giustizia.

Arduo il tentativo di condensare questo *officium*, per tentare di definirlo, anche per chi conosce profondamente e vive questo peculiare ruolo sociale; tuttavia, alcune indicazioni si stagliano nitidamente: la passione, l'ispirazione solidale e la fiducia, la sete di sapere, la ricerca inesauribile e per converso la consapevolezza dell'ignoranza, la forza ed il metodo dei comportamenti, la coscienza del ruolo sociale e la fedeltà ai valori e principi espressi dalla carta costituzionale e delle altre fonti sovraordinate, la lungimiranza ed il senso di responsabilità (invero di grande spessore), l'umiltà del dubbio ed il coraggio lucido di confrontarsi, l'inesauribile sacrificio e la dedizione, il senso di rispetto delle istituzioni come dell'altro e, per ciò stesso, l'autorevolezza.

Come si coglie già a piene mani è il "sapere", nel senso più ampio e nobile dei significati attribuiti alla stessa parola, al centro di questa professionalità dalla straordinaria rilevanza pubblica.

In questo senso, anche la norma regolamentare sembra corrispondere all'indicazione di una tale via maestra; nessuna riserva o protezione dell'attività e perciò stesso, nessun profitto economico diretto, ma la severità di approfondire ed affinare nello specifico il livello della preparazione scientifica.

Questo passaggio non è di semplice descrizione, attenendo anche ai mutamenti epocali recenti.

Come noto, i dottori in giurisprudenza del nostro Paese, limitandoci all'esperienza storica Repubblicana fondata sulla carta costituzionale del 1948, ha visto molte generazioni di laureati cui è stato brillantemente trasmesso un sapere secondo le categorie dogmatiche del diritto e delle sue fonti, di matrice diciamo romanistica – per mera agevolezza definitoria –, nelle diverse partizioni di settore, che consentiva l'agevole soluzione del caso specifico, con discrezionalità applicativa guidata dal principio di legalità.

La situazione è considerevolmente mutata sotto l'influenza delle norme sovraordinate ed in particolare di quelle che ci derivano dall'appartenenza all'U.E., disomogenee alle nostre tradizionali categorie, rispondenti a principi generali su cui basare la soluzione casistica, ma con una discrezionalità ampia, in sostanza con rovesciamento della piramide, alla cui base v'è la regola del caso concreto piuttosto che quella positiva.

La prova lapalissiana di quanto andiamo discorrendo la si ritrova a piene mani nei nostri repertori giurisprudenziali.

Basta analizzare una qualsiasi sentenza della Suprema Corte di legittimità sino a tempi recenti, per ritrovare, appunto nelle mani di giuristi (intendendo per tali ovviamente tutti gli artefici di tali dinamiche, cioè avvocati e magistrati), formati solidamente per categorie e schemi dogmatici, praticati e tradotti in concreto per esperienza lunga e raffinata, secondo carriere ancora rigorosamente ispirate all'effettivo scrutinio di merito sul campo, una preparazione professionale di tale spessore da consentire la soluzione di ogni questione secondo schemi consolidati e ragionevolmente prevedibili.

Se si mettono a confronto questi profili professionali, fatti evidenti dalle motivazioni dei provvedimenti, in genere estremamente accurate, con le ultimissime generazioni di giuristi che svolgono quelle stesse funzioni, attraverso l'analisi di qualsiasi sentenza, ci si avvede dell'enorme dilatazione della discrezionalità di applicazione concreta delle norme giuridiche positive.

In sostanza, si è prodotta, probabilmente nostro malgrado, una sorta di incomunicabilità tra le generazioni, emergendo sempre più la legge del caso

concreto⁽¹⁴⁾, piuttosto che la norma generale verificata nella singola fattispecie secondo la dinamica della sua ricostruzione e prova in concreto, con “disagio” diffuso proprio del c.d. “consumatore dei servizi legali”.

Oggi difatti, più di ieri, anzi enormemente più di ieri, i risultati decisori in sede giurisdizionale non sono razionalmente prevedibili come in passato, affidati anche a repentini mutamenti ermeneutici⁽¹⁵⁾, con frequenti ribaltamenti tra un grado e l'altro, secondo percentuali statistiche significative; la sede giurisdizionale viene consequenzialmente percepita dal c.d. “consumatore” come una sorta di “torre di Babele” lontana, frutto di elaborazioni astruse, come estranea al sentire sociale autentico, di cui invece dovrebbe essere espressione; si affaccia peraltro in maniera sempre più evidente la rilevanza del pensiero personale del giudice o della maggioranza che si forma nei collegi, ove la fonte normativa risulta riletta addirittura secondo opzioni ideologiche, anche di aperta contestazione del comando legislativo nel suo ontologico significato.

Questi pochi tratti descrittivi del più ampio contesto del sistema Giustizia attuale, di cui non può proprio sottacersi lo stato di profonda crisi⁽¹⁶⁾, appare

⁽¹⁴⁾ Del quale è bene tener presenti anche i tratti ideologici, come incuranti dello squilibrio manifesto che si è prodotto tra i poteri dello Stato secondo l'impianto dato dal costituente, per l'estendersi di quello giudiziario; una elaborazione dottrinarica di questa impostazione si rinviene, tra altri, in P. GROSSI, *A proposito de “il diritto giurisprudenziale”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 1 ss.

⁽¹⁵⁾ Tra gli innumerevoli esempi recenti, può menzionarsi l'alternativa vicenda afferente l'art. 5, 6° comma, l. div.: dopo circa un trentennio di inossidabile indirizzo, un nuovo approccio è stato impresso da Cass., sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504, riportata in tutte le principali Riviste di settore con diffusi commenti; innovazione che ha poi dato luogo alla composizione espressa da Cass., Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, anch'essa diffusamente pubblicata; cfr., tra altre, il numero monografico di *Fam. dir.*, 2018, n. 11, *L'assegno di divorzio dopo la decisione delle Sezioni Unite tra continuità e cambiamento*, con notazioni di C.M. BIANCA, V. CARBONE, M. DOGLIOTTI, E. QUADRI, M. SESTA, G. SERVETTI, F. DANOVÌ, E. AL MUREDEN, A. FUSARO, C. RIMINI, P. PITTARO. Sia consentito rinviare anche a G. SAVI, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 425; nonché l'anteriore, ID., *Il riconoscimento dell'assegno divorzile: dal parametro del “tenore di vita” dei con-sorti alla verifica dell'autosufficienza personale del richiedente?*, *ivi*, 2017, p. 599.

⁽¹⁶⁾ Concetto d'altronde lucidamente espresso, invero con severe parole e nell'ennesima occasione, anche nella relazione svolta all'inaugurazione dell'anno giudiziario del 16 genna-

opportuno tenerlo ben presente anche e proprio in proposito del tema delle specialità forensi, qui in commento.

Difatti, questa articolata e complessa realtà vede comunque portata ad ulteriore sviluppo concreto l'indicazione del legislatore tesa alla prospettiva di soddisfazione della preparazione professionale – da curare con costante impegno di approfondimento e studio – per specifici settori, che sembrano oramai allontanarsi gli uni dagli altri, anche all'interno delle tradizionali tre categorie, diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo, nei cui ambiti tradizionalmente molti limitavano e limitano l'attività, salvi i settori c.dd. interdisciplinari⁽¹⁷⁾.

Queste riflessioni, come già appare intuitivo, ci possono portare assai lontani, e persino ad un ripensamento globale della stessa laurea magistrale in giurisprudenza, probabilmente da riservare nel numero unicamente a coloro che, per evidenti inclinazioni, capacità e merito, sono destinati all'esercizio effettivo delle c.dd. professioni legali, secondo piani di studio da rimodulare (verosimilmente con saggio ritorno all'antico, cioè con solidi sbarramenti sui fondamentali del primo approccio sistematico allo studio, prima di poter passare alle materie che si dipartono e sviluppano).

3. Il Regolamento disegna tredici settori di specializzazione, diciamo principali, con decisivi riflessi sulla strutturazione dei corsi formativi.

io 2021, dal primo presidente della Corte di Cassazione, P. Curzio. Simile la preoccupazione che viene espressa, seppur sotto altra luce, da quanti descrivono un forte declino dei diritti; cfr., da ultimo, G. DI COSIMO, *La parabola dei diritti*, Torino, 2020.

⁽¹⁷⁾ Tra questi, secondo l'elenco contenuto all'art. 3, 1° comma, del d.m. Giustizia in commento, sembra spiccare vistosamente il “*diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni*” (lett. *m*), che non a caso corrisponde alle sparute ipotesi di concreta istituzione delle Scuole di alta formazione specialistica forense, nell'immediatezza, sotto il regime transitorio, secondo la prima versione del d.m. Giustizia 12 agosto 2015, n. 144, oggi definitivamente integrato e modificato con il d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163, in commento. L'esempio maggiormente emerso è quello della Scuola promossa dall'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia, d'intesa con il Consiglio nazionale forense ed in convenzione con il dipartimento di giurisprudenza dell'Università Roma Tre, giunto addirittura al suo quarto biennio, come emerge dal bando e dal programma pubblicato su *osservatoriodirittofamiglia.it*.

Per i primi tre, corrispondenti alle tradizionali “macroaree” del civile, del penale e dell’amministrativo, sono previsti sotto “indirizzi” di specializzazione, undici per il civile, sette per il penale e otto per l’amministrativo, risolvendo uno dei punti critici che erano stati severamente rilevati in sede giurisdizionale, in esito all’impugnativa della versione primigenia del d.m. Giustizia n. 144/2015.

Si è sopra già evidenziato il limite numerico alle specializzazioni conseguibili, sia attraverso i percorsi formativi *ad hoc* che attraverso l’alternativa della comprovata esperienza; questo limite apre a riflessioni razionalmente perplesse, non potendosi escludere in via di principio il ricorrere del merito “geniale”, d’altronde neppure sconosciuto al nostro ordinamento positivo; si pensi, a titolo esemplificativo, all’ipotesi sancita nell’art. 106, 3° comma, della carta costituzionale, dell’avvocato chiamato all’ufficio di consigliere di cassazione per “meriti insigni”⁽¹⁸⁾.

Ma non sarebbe neppure l’unica perplessità: diciamo che qualche specialità sembra disarmonica (ad esempio, il diritto dell’Unione Europea, che in realtà al pari del diritto costituzionale, dovrebbe ritenersi comune a tutto lo scibile giuridico, essendo sotteso in primo luogo quale fonte normativa, mentre non sembrano potersi profilare spazi di autonomia sul versante dell’esercizio professionale dedicato, tanto più che anche l’eventuale elemento delle Corti adite non rileva come settore di specializzazione), mentre forse altri settori mancano all’appello (tra altre, viene dato di pensare alle nuove competenze richieste sul versante delle varie forme di mediazione,

⁽¹⁸⁾ Da ultimo, in esito al bando (posti disponibili per gli anni 2015-2017), il Consiglio superiore della magistratura ha nominato otto consiglieri per meriti insigni (di cui tre professori universitari ordinari e cinque avvocati abilitati al patrocinio presso le corti superiori); il numero di domande proposte ammissibili alla valutazione di merito era risultato pari a quattro per i primi ed a quarantanove per i secondi, ma tra questi ultimi quindici profili professionali sono risultati rivestire compiutamente gli eccezionali requisiti richiesti dalla norma costituzionale, superando il vaglio istruttorio di idonea conformità al requisito del “*merito insigne*” (cfr. l’atto deliberativo, che comprende il documento istruttorio, sul sito del C.S.M., *csm.it*, assunto all’unanimità, nella seduta della terza commissione, sull’O.d.G. del 5 ottobre 2017, n. 281, p. 71 ss.).

conciliazione e negoziazione assistita⁽¹⁹⁾, oppure alle materie rientranti nella giurisdizione dei Tribunali militari, di alcune particolarissime materie di competenza del Giudice amministrativo o dei Tribunali delle Acque Pubbliche, seppur queste ultime trovino una probabile ragione nel trascurabile peso numerico dei professionisti dedicati).

Tutto è ovviamente perfezionabile, e lo stesso Regolamento mostra esatta consapevolezza di tanto, nel momento in cui all'art. 4 risulta opportunamente formulata un'ampia riserva di aggiornamento e modificazione dell'elenco (mettendo al riparo l'atto normativo da eventuali impugnazioni per ciò solo), seguendo ovviamente la stessa procedura di formazione normativa prefigurata dall'art. 1, 3° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

In realtà, l'elenco delle specializzazioni sembra discostarsi notevolmente dal riscontro riflesso attraverso il panorama delle Associazioni tra avvocati accomunati dalla dedizione ad un certo settore; come poi si vedrà *infra*, molti dei settori individuati non hanno mai visto una spontanea formazione associativa tra professionisti accomunati dall'esigenza di condividere l'affinamento di questioni e temi tipici di quegli ambiti di attività, o soltanto di essi. D'altronde, l'elenco ufficiale delle Associazioni forensi specialistiche maggiormente rappresentative sul territorio nazionale, il cui riconoscimento da parte del Consiglio nazionale forense viene rigorosamente revisionato ogni tre anni, è elemento di riscontro obiettivo, vedendo all'appello soltanto i settori specialistici tipici più diffusi (oltre alle tre macroaree, particolarmente significativi sono ad esempio i campi della famiglia, del lavoro, del tributario, etc.) statisticamente riscontrabili in connessione al numero degli affari che si presentano sia in sede giudiziale che stragiudiziale.

L'elemento che desta una certa preoccupazione è costituito dal fatto che un elenco così nutrito – trentanove diverse specialità –, non solo non colga nel segno di quanto ricercano realmente gli avvocati per sé stessi, ma possa

⁽¹⁹⁾ Evidentemente non ritenute per ciò solo caratterizzanti una distinta specializzazione (che sembra seguire la stessa opzione che ha portato ad escludere la specializzazione forense basata sul criterio di competenza delle Corti), rispetto ai settori di elezione individuati, ove possono essere praticate; in genere e prevalentemente nell'ambito civilistico, secondo i suoi vari settori od indirizzi.

comportare il rischio di una eccessiva frammentazione, ponendoci di fronte all'interrogativo se risulti davvero positivo un profilo professionale di "microspecializzazione".

Ma anche alcune materie sono state volutamente distinte su una "linea di confine" che nel concreto vivente non esiste; un esempio su tutti: il "*diritto successorio*"⁽²⁰⁾ (dizione non esattamente condivisibile), quale sottosettore del civile, e distinto dal "*diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni*", non risponde ad una qualche realtà di esercizio professionale tipico e neppure a razionalità; l'avvocato che è dedito a tali materie tratta senz'altro entrambi i settori, siccome intrinsecamente connessi e reciprocamente interdipendenti.

Tra altre perplessità, anche il sistema dei percorsi formativi delineato appare in qualche modo non esente da alcuni rilievi; tutte le trentanove specialità sono accomunate dallo stesso impegno di studio ed approfondimento, quando appare evidente che tra un settore e l'altro corrono differenziazioni tali da far emergere il fattore tempo o inadeguato, o sovrabbondante; si pensi ai settori interdisciplinari (emblematico è il "*diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni*"), ove l'affinamento delle capacità professionali interseca praticamente con tutti i settori; mentre al contrario alcuni settori od indirizzi si riferiscono ad attività di autentica "nicchia".

Altra singolarità riguarda gli indirizzi sottostanti alle tre macroaree civile, penale e amministrativo; ebbene, in questi sottoindirizzi (che si possono conseguire sino al massimo di tre) il percorso formativo specialistico prevede un primo anno dedicato alla "parte generale", evidentemente comune a tutti gli indirizzi; la specialità vera e propria si concentrerebbe perciò soltanto nel secondo anno; questa indicazione del Regolamento in commento lascia davvero perplessi se solo si considera che possono iscriversi ai corsi solo avvocati già abilitati, i quali si presume, per ontologica evidenza, già possiedano la parte generale di quelle tre fondamentali diramazioni del nostro ordinamento positivo, non foss'altro che per il lungo ed articolato studio magistrale alle spalle ed il superamento dello stesso esame di Stato abilitativo.

⁽²⁰⁾ Art. 3, 3° comma, lett. a), Regolamento in commento.

4. Proseguendo il nostro percorso analitico, i fugaci cenni appena ripercorsi, mettono in luce intanto l'occasione persa dal legislatore, che non ha ritenuto, come risulta invece necessario e comunque estremamente opportuno, coordinare le specializzazioni forensi con quelle accademiche, e neppure di coordinare l'esigenza di formazione specialistica dell'avvocatura con la pari esigenza di formazione specialistica dei magistrati; questi ultimi difatti, dopo l'assunzione della funzione, vedono solo percorsi formativi occasionali, nel senso di formazione dedicata ai più disparati argomenti cui gli organi giudicanti e quelli requirenti vengono periodicamente ammessi a frequentare eventi seminari, su domanda, presso la Scuola superiore della magistratura, che non è strutturata secondo programmazione di corsi sistematici di settore.

L'ordinamento universitario, limitando la nostra attenzione alla laurea magistrale in giurisprudenza, presenta Scuole specialistiche post-laurea⁽²¹⁾, Master di secondo livello e Dottorati di ricerca.

Si tratta di titoli accademici interamente normati nell'ambito dell'istruzione universitaria e della ricerca scientifica, in genere essenziali per la carriera accademica, comunque rilevanti quali titoli anche nelle carriere più elevate dell'amministrazione pubblica, ovvero quali titoli del *curriculum* personale di quanti operano nei più disparati settori di rilevanza nell'ambito giuridico; tra questi titoli è infine da segnalare la recente peculiare istituzione delle Scuole di specializzazione per le professioni legali, specificamente dedicate alla preparazione dell'esame di abilitazione alla professione di avvocato, all'esame del concorso per l'accesso ai ruoli della magistratura ed all'esame per il concorso notarile, seppur tale limitatissima finalità – comportante unicamente un accesso privilegiato alle prove d'esame od un minor periodo di praticantato –, ne segna di tutta evidenza il livello istituzionale di primissimo approccio pratico, assai lontano da quello di cui qui si discute; importante

⁽²¹⁾ A titolo esemplificativo, tra altre, risultano particolarmente significative le esperienze della Scuola di specializzazione in diritto civile, istituita presso l'Università di Camerino (durata triennale), quella della Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica, istituita presso l'Università di Bologna (durata biennale), e quella della Scuola di specializzazione in diritto penale e criminologia, già istituita presso l'Università La Sapienza di Roma (durata biennale), oggi cessata.

però il segno di una condivisione sin dal momento formativo delle principali professionalità giuridiche.

Risulta però già ad un tale così sommario approccio riepilogativo, come tutti questi ambiti abbiano una comunanza ontologica, accentuando sì ognuno un aspetto od una specifica esigenza formativa, ma su basi obiettivamente accomunate.

Quel che ai nostri fini rileva (trascurando in questa sede la posizione degli avvocati al contempo professori universitari di ruolo⁽²²⁾) è il fatto che anche la norma regolamentare in commento esprime la precisazione secondo cui, l'avvocato che abbia conseguito anche tali titoli accademici, può legittimamente farne uso, ma senza che nell'Albo possa prevedersi una sezione ad essi dedicata.

Una volta ammesso il legittimo utilizzo anche di tali titoli, la maggiore differenza di condizione pubblica risiede nel sistema di diffusione del dato qualitativo del singolo, che non può contare sull'ufficializzazione desumibile dall'Albo istituzionale, ma solo su canali pubblicitari diciamo "privatistici".

Resta sullo sfondo una questione che solo la concreta realtà rivelerà nei suoi esatti termini, diciamo, semplificando rozzamente, "mercantili".

Nonostante i peculiari tratti del ruolo professionale sopra delineati, ogni singolo avvocato, come in ogni attività umana che comporta impegno di energie ed una organizzazione stabile, giocoforza risponde anche al criterio dell'utile risultato economico, non foss'altro che per effetto del generale canone di autoresponsabilità di ognuno per sé stesso.

Il dato diciamo dubbioso è riflesso dal contesto sociale in cui il singolo avvocato si trova ad operare nel concreto, o meglio sarebbe a dire, nella realtà sociale di cui è egli stesso espressione; optare o meno per il conseguimento di un titolo specialistico indubbiamente comporta segnare in qualche modo il proprio profilo professionale pubblico, anche solo ad indicarne blandamente questa o quella sensibilità per un settore piuttosto che per un altro; ovviamente, ove venga ufficializzato con la richiesta di inserimento

⁽²²⁾ Risolta dallo stesso art. 9, 8° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247, riportato testualmente in nt. 4. In tema, cfr., da ultimo, Consiglio Nazionale Forense, sentenza 17 luglio 2020, n. 122, in *altalex.com*.

nell'apposita sezione dell'Albo circondariale di iscrizione, opzione certamente non obbligatoria.

Da tanto però possono conseguire ricadute economiche, secondo il noto e basilare principio della domanda di questa prestazione forense, piuttosto che di quella.

Con ciò si vuol evidenziare che il singolo avvocato potrebbe avere precipuo interesse ad approfondire la propria capacità professionale in un determinato settore, ma non avere interesse a renderlo noto, onde mantenere anche una capacità operativa diciamo, ancora con rozza sommarizzazione, "generalista", per non chiudersi alla possibilità di svolgere prestazioni *routinarie* di bassa o media difficoltà, ovvero comunque di poter utilmente operare secondo evenienze, accettando anche incarichi su più versanti del sapere giuridico, magari ad alta redditività, pur sempre fermi i doveri deontologici, tra cui quello di adeguata competenza rispetto all'incarico accettato.

Qui saranno i dati statistici e reddituali della categoria⁽²³⁾ a disvelare, in prosieguo di tempo, l'effettivo impatto di questa riforma, una volta entrata a regime.

Certo un esempio su tutti rende evidente la questione: in una piccola realtà locale, magari con spiccata vocazione in un certo settore imprenditoriale o pubblico, la condizione economica del singolo avvocato è ben diversa da quella di chi opera in un contesto metropolitano.

Il miglioramento della condizione economica del singolo avvocato, perseguito attraverso l'approfondimento della propria capacità professionale, non risponde certo ad automatismi, tanto meno possono profilarsi più o meno scontati.

Sotto altro profilo, gli stessi dati statistici, renderanno possibile analizzare

⁽²³⁾ Come noto è la Cassa nazionale di previdenza forense che meglio analizza ciclicamente l'andamento dei risultati economici prodotti dall'Avvocatura italiana, distinguendo minuziosamente la condizione di questo o quel segmento professionale, per l'evidente riflesso costituito dall'obbligo previdenziale, con risultati invero fortemente disomogenei, per aree, per età, per genere, etc.; dati rinvenibili annualmente sulla propria Rivista, *La Cassa Forense*, come sul sito istituzionale, *cassaforense.it*.

se abbia o meno ragion d'essere il potenziale pregiudizio paventato da quanti avanzano tenace opposizione all'introduzione delle specializzazioni forensi, temendone l'incidenza sulle dinamiche "concorrenziali" tra gli iscritti all'Albo, cioè sulle ricadute reddituali in parola.

Tutto ciò poi accomuna il ceto forense alla struttura giudiziaria.

La specialità del sapere non può difatti che riguardare tutti gli artefici delle dinamiche di tutela dei diritti e degli interessi.

In realtà, l'apparato organizzativo dell'Amministrazione giudiziaria vede già partizioni tendenzialmente specialistiche: basti riflettere sulla suddivisione in sezioni (civili e penali, con ulteriore suddivisione tra loro per materie, lavoro e tributaria) della Corte di Cassazione, ovvero sulla distinta giurisdizione amministrativa (anch'essa "sezionalizzata") e contabile, per avvedersene con tutta evidenza; simile partizione specialistica ricorrere presso le Corti di merito di maggiori dimensioni, che rispondono giocoforza al dato numerico degli affari annuali che risultano iscritti nei ruoli.

Da considerare peraltro che anche nei Tribunali di modeste dimensioni sono tabellati magistrati con funzione specifica (lavoro e previdenziale, fallimentare, su tutti), oltre alla suddivisione tra il civile ed il penale.

Il problema più grave si presenta per l'ampiezza di queste due macroaree, all'interno delle quali sono peraltro già strutturate peculiari competenze (si pensi alla sezione agraria od alla funzione G.i.p./G.u.p.).

Il Consiglio superiore della magistratura, ben consapevole della problematica di sistema, non ha mancato di richiamare i capi degli uffici ad averne riguardo, privilegiando una tendenziale specializzazione nel momento della formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari⁽²⁴⁾.

Come si vede, alla riforma in direzione specialistica dell'avvocatura, non

⁽²⁴⁾ Emblematico su tale versante il postulato da cui nuove, solo per limitarci ad uno degli esempi di maggior pregnanza, la Circolare 25 gennaio 2017, sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2017/2019, in *csn.it*, relativamente all'assetto della giustizia familiare e minorile da attuarsi all'insegna della specializzazione; peraltro, in tale direzione, involgente una delle specializzazioni a più alto tasso di complessità ed interdisciplinarietà, stanno anche importanti progetti legislativi all'esame del Parlamento, sull'istituzione del c.d. tribunale della famiglia, riforma che non ha ancora raggiunto il giusto approdo, nonostante l'evidenza oramai segnalata unanimemente.

può non seguire univocamente la conforme strutturazione degli organi giudiziari locali di primo grado, ivi compreso il giudice di pace.

Questo tema evoca una chiara esigenza di riforma anche delle dimensioni circondariali dei tribunali, in modo che si possa rinvenire su tutto il territorio nazionale una omogenea struttura tendenzialmente “specialistica”, o se si vuole non “generalista”, nel senso sostanzialmente esasperante sinora emerso in molte sedi, di dimensioni eccessivamente ridotte; risulta così davvero necessario che ogni tribunale possa contare almeno su una duplice sezione civile ed una duplice sezione penale, oltre a tutte le altre funzioni già tabellate *ad hoc*, cui si auspica venga presto aggiunta la c.d. sezione famiglia.

Si è suggerito ancora da parte del Consiglio superiore della magistratura, che l'efficienza minima di un tribunale non possa prescindere dall'assegnazione di un numero di magistrati, individuato in 21/22 unità, che la prospettata sezione famiglia dovrebbe portare a 25 unità; è su questa dimensione che dovrebbe stagiarsi una ridisegnata mappa territoriale che, uscendo finalmente dai retaggi medioevali, possa ragionevolmente rispondere al criterio guida dell'efficienza, dando ascolto al “grido di dolore” che da lungo tempo sale da tutto il Paese; peraltro, in presenza massiva di istanze di condanna dello Stato per denegata giustizia, o per le troppe “ingiustizie” acclamate.

5. L'art. 8 del Regolamento in commento, disegna un percorso alternativo per l'avvocato già in condizione di *comprovata esperienza*, fatta evidente dagli affari trattati nella materia (senza tener conto di quelli ripetitivi e tenendo invece conto di quelli di maggior pregnanza), su arco temporale corrispondente all'ultimo lustro, nonché di ogni altro titolo che militi nella medesima direzione.

Il possibile riconoscimento di questa autonoma valenza soggettiva appare non solo opportuna ma estremamente significativa; qui non è il positivo esito di un percorso formativo apposito, ma il risultato conseguito sul campo, in conformità peraltro alla concreta evidenza di figure professionali di indubbio valore che raggiungono traguardi unanimemente riconosciuti; queste professionalità non potevano trascurarsi sino al punto di farle in

buona sostanza come regredire “sui banchi di scuola”, quando la maestria emerge già acquisita compiutamente.

La verifica di una tale condizione è affidata ad una Commissione costituita presso il Consiglio nazionale forense, composta anche qui da insigni componenti individuati prevalentemente dal Ministero della giustizia⁽²⁵⁾; in verità la Commissione sarà composta unicamente da avvocati (in numero prevalente) e professori universitari di massima qualificazione. Qualche sorpresa ricorre per il fatto che, a differenza delle Commissioni di esame intermedio e finale per l’utile conclusione dei percorsi formativi nelle Scuole di specialità⁽²⁶⁾, non è previsto alcun componente con la qualifica di “magistrato”, nonostante il criterio diciamo “polifonico” risultasse sotteso all’intero sistema⁽²⁷⁾, già con la formazione del corpo docente, con significato di evidente opportunità scientifica e di utile estensione dell’esperienza in tutti i ruoli.

Come sopra cennato, peraltro, una riforma organica ed armonica del sistema specialistico, che si auspica in un futuro non lontano accomuni realmente le Università e le Accademie in genere, come gli altri artefici della ricerca ed il Foro, inteso quest’ultimo come comprensivo delle sue immancabili figure di spicco, non potrà che veder “travasati” i saperi proprio ed anche tra avvocati e magistrati; ed il rilievo non potrà che valere in reciproco tra queste tre componenti.

L’atto normativo in commento sul punto sembra andare in una direzione parzialmente diversa; sfugge il senso di questa apparente contraddizione, che peraltro il Ministero della giustizia può nei fatti sanare, individuando nelle nomine di prevalente propria competenza almeno un componente magistrato tra i non pochi impegnati anche come docenti nei vari percorsi formativi di tale livello.

Merita di essere evidenziato il peculiare accertamento della comprovata esperienza in parola, affidato ad un “colloquio” – ineludibile, come ha cura di precisare il tenore normativo – avanti alla Commissione appena menzionata,

⁽²⁵⁾ Art. 6, 4° comma, nel testo definitivo di cui al d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

⁽²⁶⁾ Art. 7, 8° e 13° comma, Regolamento in commento.

⁽²⁷⁾ V., l’art. 7, 12° comma, lett. *b*), Regolamento.

nel corso del quale non si procede all'esame obiettivo dell'astratto scibile acquisito dal singolo che domanda un tale riconoscimento, bensì alla "discussione" dei titoli presentati; o meglio, così pare di poter desumere, l'accertamento dell'adeguatezza dell'esperienza maturata nel corso dell'attività professionale e formativa, viene veicolata dalla discussione sui titoli presentati.

Se ben si riflette, non si tratta di una novità, costituendo un metodo già emerso nel nostro ordinamento positivo, a partire dalla discussione della tesi di laurea, sino al conferimento delle cattedre, menzionando anche il ricordo diciamo "mitico" della libera docenza universitaria.

Come appare indubbio, i titoli si debbono riferire sia alla concreta attività professionale posta in essere in una casistica numericamente rilevante o comunque di incisivo spessore, che alla formazione conseguita; non risulterà allora evenienza eccezionale la sussistenza di incarichi di docenza, di relazioni o interventi in seminari e convegni, di lezioni, di pubblicazioni scientifiche, come il conseguimento di attestati conclusivi di corsi formativi, tra i quali spiccano proprio quelli rilasciati dalle Scuole di specialità forense istituite sotto il vigore dell'originario d.m. Giustizia n. 144/2015, che hanno operato in regime transitorio, oggi pienamente recuperabili⁽²⁸⁾, esattamente in conformità ai cinque anni precedenti all'emanazione del Regolamento in commento.

Comunque, questo percorso alternativo della "*comprovata esperienza*" presenta delicate questioni.

L'avvocato che domanderà tale riconoscimento deve risultare iscritto all'Albo circondariale ed aver esercitato ininterrottamente l'attività professionale per un tempo pari ad almeno otto anni, dei quali gli ultimi cinque, «*in modo assiduo, prevalente e continuativo in uno dei settori di specializzazione*» enucleati dal Regolamento⁽²⁹⁾.

Nella dizione della norma non sembra rinvenirsi alcuna contraddizione, poiché non rileva soltanto l'esperienza specialistica in sé e per sé, per un

⁽²⁸⁾ Ai sensi dell'art. 14, Regolamento.

⁽²⁹⁾ Art. 8, 1° comma, lett. b), nel testo definitivo di cui al d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

periodo di almeno cinque anni, ma anche un più ampio arco temporale che contribuisce obiettivamente a configurare la stessa nozione di “esperienza”, in termini obiettivi persino ovvi (la norma si cura di precisare che deve sussistere congiuntamente il doppio requisito), tanto più che assume un peso di straordinaria rilevanza anche il profilo della rettitudine deontologica, come vedremo *infra*.

L'opzione normativa appare comunque obiettivamente in linea con la norma primaria e con il canone della ragionevolezza; non va trascurato poi che l'art. 22, della l. 31 dicembre 2012, n. 247, per il conseguimento dell'abilitazione al patrocinio innanzi alle Corti Superiori, si orienta in termini assimilabili se non sovrapponibili.

Il Regolamento non si preoccupa di profili professionali di avvocati magari più giovani, in equivoca posizione marginale (che il “mercato” sta purtroppo evidenziando, soprattutto nei centri metropolitani), in rapporto di sostanziale dipendenza nei fatti da un avvocato o da più avvocati organizzati in studi di grandi dimensioni od addirittura strutturati in associazione o società professionali, che operano senza la spendita del proprio nome ed in genere senza neppure un qualche contatto con la parte che conferisce il mandato. L'intero sistema appare però chiaramente disegnato sul profilo individuale di ogni avvocato, persino nelle forme societarie, ragione per cui se l'attività esercitata non comporta la spendita del nome, ma si sostanzia come un'attività collaborativa nei soli fatti, trattasi di “esperienza” talmente anomala⁽³⁰⁾ e di ardua verifica affidabile, scissa da ogni criterio di responsabilità e rispondente ad opzioni soggettive, che non può avere rilevanza ai peculiari fini qui in commento; ciò non toglie che resta aperta la strada del conseguimento del titolo attraverso i detti corsi formativi e comunque il rientro nel ruolo dell'esercizio personale diretto dell'attività, quale unica forma ammessa dall'ordinamento, che regola il rapporto di prestazione professionale forense (anche nell'accezione derogatoria dello svolgimento della funzione quale dipendente da Enti pubblici).

⁽³⁰⁾ Di chi sarebbe in realtà l'esperienza, del collaboratore sostanzialmente “subordinato” o dell'avvocato che ne assume la paternità?

Nella norma si rinviene la dizione «*incarichi professionali fiduciari rilevanti per quantità e qualità [...]»*, risultanti da «*documentazione giudiziale o stragiudiziale*»; anche qui non sembra rinvenirsi particolare antinomia o una ipotetica discriminazione nella qualificazione “*fiduciaria*”; prescindendo dal possibile distinguo per il fatto che la norma si riferisce anche ad eventuale attività stragiudiziale, in ogni caso anch’essa da documentare, questa espressione sembra a prima vista richiamare la caratteristica saliente che di norma connota il rapporto che corre tra chi conferisce l’incarico e l’avvocato, come noto retto sul presupposto di reciproca fiducia⁽³¹⁾; in questo senso quell’espressione risulterebbe persino ridondante; il suo significato appare allora chiaro in diversa direzione, volendo significare che deve trattarsi di incarichi conferiti dalla parte rappresentata e non per nomina officiosa o secondo criteri di assolvimento ad un *munus* di categoria (quale ad esempio svolgere il ruolo di tutore o di curatore speciale, ovvero quello di difensore per incarico officioso).

Prosegue la norma, qualificando numericamente su base annua gli incarichi (almeno dieci), ammonendo però che non rileva la trattazione di «*affari che hanno ad oggetto medesime questioni giuridiche e necessitano di un’analoga attività difensiva*».

Al secondo comma, si indirizza la Commissione di valutazione⁽³²⁾ alla verifica intanto della “*congruenza*” dei titoli presentati e degli incarichi documentati con il settore di specialità per il quale si domanda il riconoscimento del titolo, e poi, evidentemente in loro difetto, a valutare se possa derogarsi al numero minimo di incarichi, qualitativamente diversificati, in virtù della loro «*natura e della particolare rilevanza [...] e delle specifiche caratteristiche del settore e dell’indirizzo di specializzazione*».

⁽³¹⁾ Cfr., in primo luogo, l’art. 11 del codice deontologico forense. Utile poi riflettere sulla nomina del difensore nel processo penale, che distingue quella di fiducia da quella officiosa (artt. 96 e 97 c.p.p.); mentre il patrocinio e l’assistenza nel processo civile di norma è espressione di affidamento della parte, risultando del tutto residuali le ipotesi di investimento del ruolo da parte dell’Ufficio. D’uopo precisare che la natura fiduciaria non è esclusa dall’ammissione al beneficio dell’onere del patrocinio a carico dell’Erario.

⁽³²⁾ Costituita, come visto, secondo il disposto dell’art. 6, 4° comma, nel testo definitivo di cui al d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

Come si vede sussiste importante discrezionalità, in ragione del fatto che gli incarichi possono risultare della più varia natura ed impegno.

Quel che appare dirimente è il fatto che la positiva valutazione deve comunque rinvenirsi in un'effettiva esperienza maturata rispetto alla materia racchiusa nel settore specialistico o nell'indirizzo specialistico in cui sono stati suddivisi i principali settori (civile, penale, amministrativo); questa estensione però può emergere con chiarezza anche attraverso lo svolgimento di peculiari attività mostrate dal candidato, che non rispondano sufficientemente al *cliché* numerico, variabile nel contenuto e nel tipo di attività che ha richiesto, come la norma detta d'ordinario.

Potendo la medesima valutazione fondarsi validamente anche a prescindere dai rigidi parametri appena evidenziati, assume un peso la motivazione dell'eventuale deroga che la Commissione è chiamata ad esprimere; con ciò si vuol dire che l'istanza avanzata dal candidato, il quale reputi di poter invocare legittimamente quella deroga, fondandola sulla documentazione di incarichi particolarmente incisivi o significativi, dovrà risultare adeguatamente motivata anche ove si concluda per la sua reiezione, seppur quest'ultimo responso risulti già inclinato per l'insufficienza numerica secondo il normale quadro di elementi valutativi richiesti.

Trattasi di discrezionalità di grande rilievo.

Questo tratto induce anche a riflettere sulla particolare responsabilità della Commissione di valutazione, che può trovarsi ad esprimere un giudizio rispetto a profili professionali di lungo corso che potrebbero (e l'ipotesi non sembra neppure prospettabile come evenienza rara) impersonare un bagaglio culturale e di capacità professionali superiori a quelle personali dei singoli componenti la Commissione.

Con il che emerge l'estrema delicatezza del sistema disegnato e l'autore-sponsabilità cui sono chiamati gli organi preposti.

Si vuole anche dire che il Consiglio nazionale forense, come i Consigli dell'ordine circondariale, rispondono ad un sistema di nomina che ne comporta la selezione secondo regola elettiva⁽³³⁾ e con il vincolo ad un ricambio

⁽³³⁾ Invero, il sistema elettivo del Consiglio nazionale forense si distingue rispetto a

della rappresentanza veloce nel tempo, mentre non è certa la coincidente ricorrenza anche dell'elemento di eccellenza qualitativa del singolo professionista che risulta eletto; peraltro, l'odierno sistema risulta fortemente equilibrato nei numeri tra le generazioni, per effetto del massivo incremento degli Albi registrato negli ultimi anni, con conseguente peso elettorale incontrastato proprio dei "meno esperti", fenomeno davvero evidente nella formazione dei Consigli territoriali.

Questo fenomeno è già emerso nell'operato delle commissioni d'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense, troppe volte smentite nel loro operato e nei giudizi di merito, da parte della competente autorità giurisdizionale amministrativa, a volte secondo vizi rilevanti persino sul piano della mera legittimità.

Con la valutazione in commento potrebbe persino accadere che un candidato al titolo di specialista, vieppiù se di lunga e consolidata esperienza, possa risultare valutato in concreto persino del proprio *ex* tirocinante, divenuto nel frattempo avvocato o professore universitario, rispetto al quale è stato invero Maestro; è pur vero che antica massima di saggezza ci ricorda che il buon Maestro viene sempre superato dall'allievo, ma l'esempio non può non far riflettere, adeguatamente, senza ipocrisie; neppure di senso opposto però: il candidato non può trascurare di considerare come ogni profilo professionale è opportunamente soggetto a valutazioni periodiche anche stringenti (si pensi ai criteri adottati per i professori universitari di ruolo, persino ove già ordinari, od alle valutazioni progressive dei magistrati).

Si dirà è la casuale fisiologia di ogni "esame", ma lo stesso esempio induce l'interprete anche ad una particolare prudenza, attenzione e senso di responsabilità istituzionale, già a monte, con la formazione delle rose dei

quello dei Consigli dell'ordine territoriali: la nomina dei consiglieri nazionali risponde ad un sistema c.d. di secondo livello, siccome è l'unione dei Consigli distrettuali ad esprimere la nomina. Nonostante sempre di una "elezione" si tratti l'esperienza insegna come improbabile la selezione di profili professionali, diciamo di trascurabile autorevolezza, che vanno a comporre il consesso nazionale; ciò non di meno, emerge che il requisito soggettivo di particolare competenza professionale o specialistica non è dirimente e perciò può ricorrere solo secondo casualità individuale.

possibili commissari, che debbono perciò risultare personalità di indubbia autorevolezza.

Ciò è tanto vero che nel Regolamento si rinviene una singolare norma, secondo cui, dopo la discussione dei titoli proposti e prima della comunicazione dell'eventuale giudizio negativo, l'interessato deve essere nuovamente “sentito”.

Difatti, l'art. 6, 5° comma, così testualmente si esprime: «*Il Consiglio nazionale forense non può rigettare la domanda senza prima aver sentito l'istante*».

Appare indubbio che questo atto si colloca in un momento successivo al “colloquio” regolato nel comma precedente ed al giudizio negativo espresso dalla Commissione di valutazione.

Volendo darne una interpretazione che faccia coincidere il colloquio con questo obbligo di sentire il candidato prima di rigettarne la domanda, emergerebbe anche una sciatteria normativa di tale manifesta gravità da escludere subito e radicalmente l'ipotesi ermeneutica in parola.

6. Il Consiglio nazionale forense o il Consiglio dell'ordine circondariale, organizzano i corsi formativi di specialità stipulando convenzioni con le articolazioni universitarie di giurisprudenza⁽³⁴⁾; queste convenzioni prevedono una struttura organizzativa composta di un Comitato scientifico – sei membri di cui tre di nomina universitaria –, e di un Comitato di gestione – composto invece di cinque membri di cui uno con funzioni di direttore e coordinatore –.

Invero, il Consiglio nazionale può anche convenzionarsi d'intesa con le Associazioni specialistiche forensi maggiormente rappresentative, riconosciute come tali ai sensi dell'art. 35, 1° comma, lett. s), l. 31 dicembre 2012, n. 247⁽³⁵⁾.

Si rimarca l'evidente significato di quel “*può*” agire d'intesa, espresso nel detto art. 7, 3° comma, secondo capoverso, del Regolamento.

⁽³⁴⁾ Art. 7, 3° comma, Regolamento in commento.

⁽³⁵⁾ L'art. 35 in parola detta i compiti istituzionali del Consiglio nazionale forense e sul punto così dispone: «*s) istituisce e disciplina con apposito regolamento l'elenco delle associazioni specialistiche maggiormente rappresentative, nel rispetto della diffusione territoriale, dell'ordinamento democratico delle stesse nonché dell'offerta formativa sulla materia di competenza, assicurandone la gratuità*».

Questo snodo merita particolare attenzione almeno sotto tre profili.

A) Nella fonte normativa attuata dal Regolamento⁽³⁶⁾ non si fa menzione di tali Associazioni forensi; tuttavia, non appare prospettabile un potenziale vizio per eccesso di delega, nel momento in cui queste strutture associative spontaneamente costituite tra avvocati⁽³⁷⁾ accomunati dall'interesse precipuo in un determinato specifico settore di attività professionale, sono razionali articolazioni dello stesso ceto professionale, siccome sostanzialmente governate dal suo organo di vertice, il Consiglio nazionale stesso. Davvero severi i requisiti ed i vincoli che condizionano l'attività associativa in parola, attraverso una complessa procedura di riconoscimento, sul versante numerico e di diffusione dell'attività sul territorio nazionale, sulle garanzie interne di funzionamento democratico, ispirato a sostanziale gratuità e sulla qualità proprio dell'offerta formativa, con periodica verifica della persistente ricorrenza dei requisiti che ne legittimano il riconoscimento a livello nazionale. In concreto, l'attuale panorama vede l'emergere di attività associative di par-

⁽³⁶⁾ Art. 9, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

⁽³⁷⁾ Risulta netto l'approdo ermeneutico sancito in punto dallo specifico arresto di Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2021, n. 4008, in banca dati *Pluris*, che ha escluso qualsivoglia possibilità di composizione mista delle Associazioni specialistiche maggiormente rappresentative, come invero ammetteva la previsione dell'art. 3, lett. *b*), del Regolamento n. 1/2013, adottato dal Consiglio nazionale forense in data 11 aprile 2013, sia pure per la quota massima di $\frac{1}{3}$ degli associati (norma appunto dichiarata illegittima); in sostanza, la peculiarità dello statuto dei sodalizi in questione esige in principio una composizione "pura", quale inalienabile legittimazione degli avvocati iscritti all'Albo, i soli che costituiscono l'ordine forense. I criteri guida sono stati enucleati secondo i cardini del dovere di indipendenza, autonomia e terzietà del libero Foro. Il Collegio, pur mostrando consapevolezza in ordine alla necessità e comunque all'utilità che in molti settori giuridici l'analisi scientifica debba condursi – nell'organizzazione dei corsi – in chiave interdisciplinare, mette in luce che a monte è l'aspetto funzionale di tali Associazioni che si deve innanzitutto conformare a quei doveri; funzione che verrebbe messa a rischio dalla presenza strutturale di soggetti appartenenti a categorie professionali diverse (seppur appunto contigue o interdisciplinari), o addirittura di enti di qualunque natura, ovvero di privati, siccome soggetti portatori di interessi anche solo potenzialmente in conflitto. L'assunto allora si lega esattamente a quanto dispone la norma di legge primaria, agli artt. 29 e 35, l. 31 dicembre 2012, n. 247, nel riferirsi alle associazioni specialistiche in parola, con significato che conferma univocamente i profili di quanto si è sviluppato nel testo e come *infra*.

ticolare valore anche sul versante scientifico con contributi di tutto rilievo; pubblicazioni, riviste, siti di aggiornamento costante, divenuti veri e propri centri di riferimento degli avvocati nell'elaborazione culturale del settore di competenza in cui operano, con diffusione più o meno capillare su tutto il territorio nazionale; l'organizzazione di eventi formativi periodici e l'istituzione di vere e proprie Scuole formative interne strutturate già in tempi risalenti rispetto alla riforma in parola⁽³⁸⁾.

B) La norma si riferisce unicamente alle associazioni "specialistiche" e non alle c.dd. "generaliste" che svolgono attività associativa di più vasto respiro su ogni questione di interesse del ceto forense, ivi compresi i risvolti sostanzialmente assimilabili alle istanze "sindacali" della categoria, non delimitato ad uno specifico settore di competenza professionale, che è invece l'oggetto specifico statutario delle Associazioni specialistiche.

C) Mentre per il Consiglio nazionale forense convenzionarsi anche con una Associazione specialistica è mera facoltà, tanto più che si è dotato da tempo della Scuola superiore dell'avvocatura, per i Consigli dell'ordine circondariale è imprescindibile, facendo emergere l'esigenza di chiamare a raccolta appropriate energie rispetto allo scopo, che in sede locale non

⁽³⁸⁾ L'esempio dell'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia ne costituisce oggi evidente archetipo, solo considerando: il numero dei soci avvocati, superiore a 2.500; la sua capillare diffusione in tutti i distretti giudiziari, su ben 94 circondari di tribunale; la presenza risalente di una Scuola interna, la cui attività è proseguita in regime transitorio secondo la normativa in commento per tre bienni – pari ad oltre 240 ore complessive ognuno –, utilmente frequentata ad oggi da oltre 400 avvocati, di cui il terzo biennio non ancora concluso all'entrata in vigore del Regolamento in commento; Scuola che ha chiamato a raccolta un corpo docente di centinaia di studiosi ed artefici delle concrete dinamiche nelle varie sedi di tutela, accogliendo il contributo e l'apporto di più sedi universitarie, mettendo a confronto praticamente tutte le scuole di pensiero, come le Corti di giustizia ed il Foro più qualificato; la pubblicazione di una Rivista trimestrale, *L'Osservatorio sul diritto di famiglia – Diritto e processo*, che ha ottenuto il riconoscimento del valore scientifico da parte dell'ANVUR; la gestione di un sito *internet*, *osservatoriofamiglia.it* e l'edizione di una *newsletter* settimanale, con *spot* di aggiornamento infrasettimanale, divenuti vero e proprio punto di riferimento nell'elaborazione e la repertoriazione del settore; la banca dati accumulatasi, particolarmente attenta anche alla giurisprudenza di merito ed alle prassi, non è di minor utilità rispetto ai migliori prodotti editoriali. Inoltre, l'elaborazione culturale vede da tempo una sinergica coesione integrativa con l'*European association for family and succession law*.

sono ritenute scontate; tanto ciò è vero che nel regime transitorio regolato dall'originario d.m. Giustizia n. 144/2015, per la parte rimasta in vigore, non risulta essere stato organizzato ed avviato alcun corso di specialità forense dai Consigli territoriali; inoltre, già nelle sedi di formazione continua ordinaria degli avvocati, secondo l'obbligo fissato nell'art. 11, l. 31 dicembre 2012, n. 247, è emerso il ruolo predominante se non esclusivo dell'iniziativa delle stesse Associazioni specialistiche, o comunque il loro contributo determinante.

Si potrebbe adombrare il dubbio secondo cui allora l'eventuale iniziativa dei Consigli dell'ordine territoriali, a differenza di quella del Consiglio nazionale forense, pur di rilevanza pubblica, risulta come subordinata al consenso di una Associazione di diritto privato, fondata essenzialmente sulla libera adesione del singolo avvocato.

Questa ipotesi ermeneutica non sembra però fondata.

Il ruolo strutturazione delle Associazioni specialistiche forensi maggiormente rappresentative sul territorio nazionale, risulta già ben presente e peculiarmente regolato dalla norma di legge primaria; difatti, l'art. 35, l. 31 dicembre 2012, n. 247, oltre alla lett. s), sopra evocata, presenta anche il più ampio disposto consultivo di cui alla lett. l), che consente di desumerne una precisa collocazione che si eleva dal mero connotato privatistico al momento stesso che interviene il riconoscimento, sostanzialmente integrativo della stessa organizzazione del Consiglio nazionale forense.

Questa norma risulta del seguente tenore: «l) *consulta le associazioni specialistiche di cui alla lettera s), al fine di rendere il parere di cui all'articolo 9, comma 1;*».

Il ruolo è quindi chiaramente "istituzionalizzato" a pieno titolo ed allo specifico fine specialistico, quale parte integrante del livello di vertice dell'Avvocatura italiana, e non a livello locale, ben diverso comunque dall'ipotizzata mera rilevanza privatistica⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Il Consiglio nazionale forense ha approvato il Regolamento sulle Associazioni specialistiche maggiormente rappresentative con atto in data 11 aprile 2013, n. 1, in conformità alla riforma dell'Ordinamento forense del 2012, mentre il Regolamento sulle Associazioni forensi c.dd. "generaliste" è stato approvato con atto in data 16 luglio 2014, n. 4, entrambi rinvenibili sul sito istituzionale *consigli nazionalforense.it*.

Semmai emerge una problematica del tutto opposta, che nei fatti conferma il convincimento in parola. Rispetto alle trentanove specialità elencate nel Regolamento risulta già acclarato che molte non vedono la presenza sul territorio nazionale e con i requisiti che il Consiglio nazionale forense ha dettato, di alcuna Associazione di avvocati dediti al settore od all'indirizzo.

Questo dato di realtà è stato tenuto ben presente in quanto è il Consiglio nazionale forense che in questi settori od indirizzi deve attivarsi direttamente (disponendo peraltro della Scuola superiore dell'avvocatura), non essendo lo stesso organo di vertice neppure tenuto a convenzionarsi con le Associazioni specialistiche ridette, cosicché questa prospettazione appare la sola percorribile ove non ne esistano.

La conclusione che allora può trarsi sul ruolo dei Consigli dell'ordine è in direzione di un peso *in re ipsa* limitato all'ambito di operatività locale, coincidente con il Circondario del tribunale, che obiettivamente non agevola quel vasto respiro che esige la specializzazione forense; da considerare poi che solo alcune città vedono la presenza di strutture universitarie di giurisprudenza; anche la previsione del numero di iscrizioni minime per l'avvio dei corsi⁽⁴⁰⁾ e le consono risorse economiche da ripartire tra gli iscritti, sono elementi che rilevano in senso dirimente; questo profilo giustifica univocamente l'opportunità dell'intesa con le Associazioni specialistiche anche in funzione di veicolazione; salvo realtà metropolitane, gli Ordini forensi non versano pertanto nelle migliori condizioni concrete atte a promuovere i corsi in parola.

Passando alla strutturazione dei percorsi formativi, il ruolo sinergico del Comitato scientifico attiene peculiarmente alla programmazione ed alla individuazione delle docenze più appropriate sui singoli argomenti e temi del corso, che propone al Comitato di gestione.

V'è però un elemento caratterizzante l'attività del Comitato di gestione che appare particolarmente significativo, proprio a conferma della genuina ispirazione delle Scuole di specialità forense.

⁽⁴⁰⁾ La naturale platea su base nazionale risulta confermata dalla previsione di plurime sedi locali, in collegamento con lo strumento della videoconferenza interattiva; v. l'art. 7, 10° comma, Regolamento in commento.

Il movente “culturale” si staglia ancora con limpidezza, animato unicamente dalla consapevolezza di indispensabile approfondimento e studio nei singoli settori; questa conclusione deriva dal fatto che l'intero costruito organizzativo si basa sulla regola secondo cui i costi organizzativi e gestori di tali attività non gravano in alcun modo sulle finanze pubbliche; difatti, la ripartizione dei costi da sostenere per l'organizzazione dei corsi, complessivamente intesi, gravano sugli stessi professionisti che ne beneficiano, senza possibilità di solo adombrare utilità o profitti per alcuno degli Enti convenzionati, mettendo in luce anche il profilo etico di più alto spessore e socialmente meritorio, cioè secondo stretta autoresponsabilità di categoria, diciamo senza secondi fini di sorta.

Un elemento univocamente significativo merita poi di essere segnalato: i corsi, oltre a svolgersi in presenza su una sede centrale, possono anche essere seguiti a distanza con modalità telematiche; in tal caso, il Comitato di gestione garantisce la presenza nella sede esterna di un *tutor*, anche per il rilevamento delle presenze in unica sede locale, e di un sistema audiovisivo che consenta ai discenti di interloquire con il docente in tempo reale. Ebbene, il costo di iscrizione per la frequenza deve risultare identico a quello sostenuto dai partecipanti nella sede del corso; questo elemento sta a significare che si è voluto opportunamente garantire una sede di riferimento centrale, ineliminabile per il buon esito dei corsi stessi, stante l'ovvia quanto necessaria interattività tra il corpo docente ed i partecipi, che altrimenti verrebbe messa in pericolo da sistemi telematici a distanza, ove con tale modalità risultassero di costo inferiore; in ogni caso, il corso non può essere utilmente frequentato isolatamente dal singolo avvocato collegato in via telematica.

7. Intanto, giova segnalare come lo stesso ottenimento del titolo è inibito a coloro cui è stata comminata, nei tre anni precedenti la presentazione della domanda, una sanzione disciplinare definitiva diversa dall'avvertimento, conseguente ad un comportamento realizzato in violazione del dovere di competenza o di aggiornamento professionale; ed a coloro che nei due anni precedenti hanno subito la revoca del titolo di specialista anteriormente conseguito.

La revoca del titolo è regolata dall'art. 12.

Vi provvede il Consiglio nazionale forense: *a)* nel caso di irrogazione di una sanzione disciplinare definitiva, diversa dall'avvertimento, conseguente ad un comportamento realizzato in violazione del dovere di competenza o di aggiornamento professionale; *b)* nel caso di mancato adempimento degli obblighi di formazione continua ovvero dell'obbligo di deposito nei termini della dichiarazione e della documentazione di cui all'articolo 9, 1° comma⁽⁴¹⁾

Questo obbligo di costante formazione ed aggiornamento professionale di settore od indirizzo, per poter mantenere il titolo di “specialista” nel tempo, risulta particolarmente stringente ed impegnativo, seguendo peraltro il doppio binario descritto per il suo conseguimento; difatti, con scansione triennale deve ricorrere la partecipazione – che la norma qualifica “*proficua e continuativa*” – a scuole o corsi di alta formazione nello specifico settore di specializzazione, pari ad un numero di crediti formativi non inferiore a settantacinque e, comunque, a venticinque per ciascun anno⁽⁴²⁾; ma anche dimostrando di avere esercitato, nel triennio di riferimento, in modo assiduo, prevalente e continuativo attività del settore od indirizzo titolato⁽⁴³⁾, mediante la produzione di documentazione, giudiziale o stragiudiziale, comprovante incarichi professionali fiduciari rilevanti per quantità e qualità, almeno pari a dieci per anno (con riproposizione dello stesso criterio secondo cui non si tiene conto degli affari che hanno ad oggetto medesime questioni giuridiche e necessitano di un'analogia attività difensiva, come le eccezionali deroghe sopra esaminate⁽⁴⁴⁾).

Inoltre, ed è questa l'ipotesi che desta peculiare attenzione, il Consiglio nazionale forense, di propria iniziativa o su segnalazione del Consiglio dell'ordine di appartenenza o di terzi – dizione che sembra doversi intendere

⁽⁴¹⁾ Adempimento degli obblighi di formazione specialistica a norma degli artt. 10 e 11, Regolamento in commento, per la valida conservazione nel tempo del titolo.

⁽⁴²⁾ Non sembrano potersi proprio ipotizzare deroghe, quale prefigurate per l'obbligo di formazione continua ordinaria dell'avvocato, esonerato per ragioni di età, o in ragione della funzione, o di particolari qualità, come elencate nell'art. 11, 2° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

⁽⁴³⁾ Art. 11, Regolamento in commento.

⁽⁴⁴⁾ Previste dall'art. 8, 2° comma, Regolamento in calce.

come chiunque – può dar corso al procedimento per la revoca del titolo di avvocato specialista, nei casi di «grave e comprovata carenza delle specifiche competenze del settore di specializzazione», emersa in concreto.

In sostanza, è la prova sul campo che deve aver mostrato severa contraddizione del titolo posseduto⁽⁴⁵⁾, minandolo a tal punto da legittimarne la radicale sanzione revocatoria; si intravede in questa evenienza l'emergere di fattispecie di errore ed inadeguatezza nello svolgimento della prestazione professionale che evidenziano una oggettiva distanza rispetto alla media qualità che connota l'obbligazione di mezzi esigibile dall'avvocato "specialista" in quel settore od indirizzo di attività; nonostante l'accento cada sulla gravità e sulla prova evidente, pare allora ricorrere una certa sovrapposizione con le fattispecie di responsabilità per danni, dovendo l'attenzione scendere sull'elemento della diligenza professionale posta in discussione; come noto, il sinallagma nel contratto di prestazione professionale forense esige già d'ordinario perizia e diligenza qualificata, secondo la regola generale *ex art. 1176, 2° comma, c.c.*, il cui riferimento è alla media qualitativa propria della prestazione nell'ambito di competenza⁽⁴⁶⁾, e non può sfuggire pertanto l'aggravamento dell'impegno professionale derivante dalla particolare competenza "specialistica"; peraltro, si delinea meglio la legittimazione alla segnalazione (ad opera di terzi), evidenziando che in concreto sarà rivestita principalmente da chi abbia patito una prestazione specialistica così "viziata", seppur i portatori di interesse concreto possono risultare molteplici (si pensi, tra i possibili esempi, alle parti del rapporto attinto dall'attività espletata, intese come tali anche le c.dd. parti in senso sostanziale, all'organo requirente nei casi in cui promuove l'azione o

⁽⁴⁵⁾ Sembra potersi escludere che il titolo di specialità conseguito, mai fatto oggetto di spendita nel relativo elenco dell'Albo di iscrizione circondariale, possa essere revocato, non essendosi concretizzata la sua efficacia esterna, che si perfeziona con la pubblicazione, appunto su espressa richiesta dell'avvocato; cosicché, l'eventuale opzione rinunciataria nei fatti alla valenza esterna del titolo, trascina con sé la ragione motiva sottostante che ne legittimerebbe la revoca.

⁽⁴⁶⁾ Cfr., tra innumerevoli precedenti, Cass., 6 luglio 2020, n. 13875; Cass., 6 maggio 2020, n. 8494; Cass., 19 luglio 2019, n. 19520; Cass., 22 novembre 2018, n. 30169; Cass., 28 febbraio 2014, n. 4790; Cass., 6 agosto 2010, n. 18360; Cass., 20 luglio 2004, n. 14597; tutte in banca dati *Pluris*.

interviene, all'organo giudicante, al Consiglio dell'ordine di appartenenza, sino all'intero possibile contesto connesso, quale potrebbe risultare la compagnia assicurativa garante la responsabilità civile dell'avvocato⁽⁴⁷⁾.

Possiamo allora trarne la sintesi: alla dimostrazione delle migliori capacità professionali acquisite e del merito assoluto necessario per l'ottenimento del titolo di avvocato "specialista", non può che corrispondere la sua revoca ove l'attività prestata in concreto – nonostante il titolo riconosciuto – faccia emergere la sopravvenuta inadeguatezza.

Il procedimento di revoca, teso ad acclarare tale evidenza, prevede la garanzia per l'interessato di essere preventivamente sentito, quale forma procedimentale persino ovvia; il Consiglio qui è organo giudicante in virtù della particolare evidenza delle carenze emerse, altrimenti risultando irrazionale la differenza con il conferimento del titolo affidato a Commissioni particolarmente titolate nel settore o nell'indirizzo.

La revoca del titolo comporta la cancellazione dall'elenco dell'Albo di iscrizione.

La norma si conclude con la previsione secondo cui, fermo quanto previsto dall'art. 6, 2° comma, lett. *c*), la revoca del titolo non impedisce di conseguirlo nuovamente.

8. A tenore degli artt. 10 della l. 31 dicembre 2012, n. 247, 17, 35 e 36⁽⁴⁸⁾ del codice deontologico forense, la spendita di un titolo non rispondente

⁽⁴⁷⁾ Come noto, a tenore dell'art. 12, l. 31 dicembre 2012, n. 247, l'avvocato è soggetto all'obbligo di assicurare la propria responsabilità civile professionale (oltre all'assicurazione sugli infortuni, successivamente limitato), secondo massimali minimi di copertura del rischio stabiliti ogni cinque anni dal Ministero della giustizia, sentito il Consiglio nazionale forense, e la violazione rileva disciplinarmente; l'obbligo è rafforzato incisivamente dal dovere di renderlo noto sia all'Ordine di appartenenza come al cliente. Le riflessioni condotte in questo ambito costituiscono occasione di un rilievo che appare persino scontato; come sopra evidenziato, verso l'avvocato "specialista" la prestazione professionale esigibile presuppone una diligenza ed accuratezza media di settore certamente conforme, con il che il rischio assicurato si profila giocoforza di maggior incidenza, con conforme ricaduta di oneri.

⁽⁴⁸⁾ L'art. 17 è norma integrante i principi generali (univocamente significativi gli artt. 12, 14 e 15), mentre, rispettivamente, l'art. 35 sanziona il dovere di corretta informazione e l'art. 36 sanziona l'uso di titoli professionali inesistenti (univocamente significativo l'art. 26).

a verità (oltre che a trasparente correttezza, inequivocità, e scevro da ingannevolezze o suggestioni, espressioni tutte ben chiare e atte ad impedire qualsivoglia arguzia comunicativa), integra illecito disciplinare; ci si interroga se questo illecito può intendersi specificamente rilevante ai fini del conseguimento, del mantenimento e della revoca del titolo: se si ha riguardo alla sostanza sottesa, appare ben più grave di quelli sopra enumerati.

Ad ogni modo, giova calare l'attenzione sul fatto che l'odierno art. 2 del Regolamento in commento, ha visto l'abrogazione dell'originario terzo comma («*Commette illecito disciplinare l'avvocato che spende il titolo di specialista senza averlo conseguito*»).

Del tutto evidente che l'illecito non è privo di copertura normativa a fronte delle previsioni enumerate appena sopra; anzi, con la previsione del Regolamento sulla revoca del titolo, sotto il versante deontologico, in sostanza risulta rafforzata la linea di fondo tesa alla trasparenza.

Tuttavia, giova osservare la ragione motiva per cui si reputa condivisibile tale opzione dell'impianto regolamentare; difatti, risponde a razionalità normativa che tutti i possibili illeciti deontologici trovino previsione e disciplina nella sede appropriata e non sparsa confusamente nelle fonti di vario grado ed in ogni dove, cioè in via occasionale ed atomizzata.

9. Questa analisi del Regolamento consente di apprezzare nella giusta luce i suoi tratti positivi, nella prospettiva di categoria più nobile e consona al ruolo: elevare la conoscenza e con ciò la capacità e la consapevolezza dell'avvocato.

Con lo sguardo rivolto al futuro, oltre a questa preoccupazione per un concreto impulso ispirato dal canone dell'efficienza, nonostante le difficoltà di prima applicazione che ci attendono all'orizzonte, non v'è dubbio che la riuscita dei corsi, come l'accertamento della comprovata esperienza, sotto il profilo qualitativo, è ora nelle mani del Ministero della giustizia, del Consiglio nazionale forense, delle strutture universitarie che accederanno alle convenzioni, e delle Associazioni specialistiche nei singoli settori di attività.

Il ruolo che si prospetta per i Consigli dell'ordine locali risente invece della limitazione operativa in concreto svolta, seppure il potere di iniziati-

va appare integro ed auspicabile, quantomeno nelle realtà ove risulta concretamente praticabile. Probabilmente è stata trascurata l'ipotesi di unione delle energie distrettuali rispetto al singolo circondario, nulla però impedisce che gli Ordini ricompresi in dato distretto giudiziario si “consorzino”, soprattutto nelle realtà regionali di minor densità di popolazione o con bassa incidenza numerica degli iscritti agli Albi, convenzionandosi con almeno un ambito universitario di giurisprudenza ed una Associazione specialistica.

Solo attraverso un approccio di sereno accertamento e rispetto del merito, effettivo e che regga poi alla verifica sul campo in favore di quanti domanderanno più alte prestazioni professionali, potrà realmente dirsi realizzata l'autentica specializzazione del singolo avvocato.

Come ben si comprende nulla può darsi per scontato.

Una riflessione su tutte: la prospettiva realizzata non sembra poter tollerare “indulgenze” o “paternalismi” di categoria.

La severità della regola secondo cui la prestazione professionale richiesta ad uno “specialista” in un dato settore vede rimodulato anche il livello qualitativo della normale diligenza esigibile nell'adempimento dell'obbligazione⁽⁴⁹⁾, in senso crescente, necessariamente evoca verifiche anche a valle dell'effettiva capacità conforme al titolo conseguito; la casistica che emergerà in proposito sarà l'autentica cartina al tornasole sulla riuscita o meno della stessa idea di specializzazione e dei percorsi che consentono l'utilizzazione del titolo, il cui mantenimento nel tempo è allora esattamente normato in senso stringente⁽⁵⁰⁾.

La concretezza delle aule di Giustizia costituirà allora la vera e propria prova che il sapere del singolo avvocato ha raggiunto effettivamente il segno di livello specialistico, come all'auspicio dei nostri giorni, ma frutto di millenaria esperienza.

⁽⁴⁹⁾ Canone sul quale, come abbiamo visto, si adagia l'eventuale responsabilità per dannosa prestazione del patrocinio e dell'assistenza. Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. III, 15 gennaio 2001, n. 499, in banca dati *Pluris*.

⁽⁵⁰⁾ Artt. 10, 11 e 12, Regolamento in commento.

DECRETO MINISTERIALE 12 agosto 2015, n. 144. (1)
Regolamento recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista, a norma dell'articolo 9 della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

(1) Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 15 settembre 2015, n. 214.

IL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA

Visto l'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2012, n. 247;
Visto l'articolo 9, comma 1, della legge 31 dicembre 2012, n. 247;
Acquisito il parere del Consiglio nazionale forense, espresso il 22 luglio 2014;
Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 28 agosto 2014;
Acquisiti i pareri delle Commissioni parlamentari competenti;
Visto l'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400;
Vista la comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri effettuata con note del 2 aprile, del 4 maggio e del 22 luglio 2015;

ADOTTA

il seguente regolamento:

Titolo I
Disposizioni generali

Art. 1. *Oggetto del regolamento*

1. Il presente regolamento disciplina le modalità per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista.

Art. 2. *Avvocato specialista*

1. Ai fini del presente decreto è avvocato specialista l'avvocato che ha acquisito il titolo in uno dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3.
2. Il titolo di avvocato specialista è conferito dal Consiglio nazionale forense in ragione del percorso formativo previsto dall'articolo 7 o della

comprovata esperienza professionale maturata dal singolo avvocato a norma dell'articolo 8.

[3. Commette illecito disciplinare l'avvocato che spende il titolo di specialista senza averlo conseguito. (2)]

(2) Comma soppresso dall' art. 1, 1° comma, lett. a), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

Art. 3. Settori di specializzazione (3)

1. L'avvocato può conseguire il titolo di specialista in non più di due dei seguenti settori di specializzazione:

- a) diritto civile;
- b) diritto penale;
- c) diritto amministrativo;
- d) diritto del lavoro e della previdenza sociale;
- e) diritto tributario, doganale e della fiscalità internazionale;
- f) diritto internazionale;
- g) diritto dell'Unione europea;
- h) diritto dei trasporti e della navigazione;
- i) diritto della concorrenza;
- l) diritto dell'informazione, della comunicazione digitale e della protezione dei dati personali;
- m) diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni;
- n) tutela dei diritti umani e protezione internazionale;
- o) diritto dello sport.

2. Nei settori di cui alle lettere a), b) e c) il titolo di specialista si acquisisce a seguito della frequenza con profitto dei percorsi formativi ovvero dell'accertamento della comprovata esperienza relativamente ad almeno uno degli indirizzi di specializzazione indicati nei commi 3, 4 e 5, in conformità alle disposizioni del presente regolamento.

3. Al settore del diritto civile afferiscono i seguenti indirizzi:

- a) diritto successorio;
- b) diritti reali, condominio e locazioni;
- c) diritto dei contratti;

- d) diritto della responsabilità civile, della responsabilità professionale e delle assicurazioni;
- e) diritto agrario;
- f) diritto commerciale e societario;
- g) diritto industriale, della proprietà intellettuale e dell'innovazione tecnologica;
- h) diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza;
- i) diritto dell'esecuzione forzata;
- l) diritto bancario e dei mercati finanziari;
- m) diritto dei consumatori.

4. Al settore del diritto penale afferiscono i seguenti indirizzi:

- a) diritto penale della persona;
- b) diritto penale della pubblica amministrazione;
- c) diritto penale dell'ambiente, dell'urbanistica e dell'edilizia;
- d) diritto penale dell'economia e dell'impresa;
- e) diritto penale della criminalità organizzata e delle misure di prevenzione;
- f) diritto dell'esecuzione penale;
- g) diritto penale dell'informazione, di internet e delle nuove tecnologie.

5. Al settore del diritto amministrativo afferiscono i seguenti indirizzi:

- a) diritto del pubblico impiego e della responsabilità amministrativa;
- b) diritto urbanistico, dell'edilizia e dei beni culturali;
- c) diritto dell'ambiente e dell'energia;
- d) diritto sanitario;
- e) diritto dell'istruzione;
- f) diritto dei contratti pubblici e dei servizi di interesse economico generale;
- g) diritto delle autonomie territoriali e del contenzioso elettorale;
- h) contabilità pubblica e contenzioso finanziario-statistico.

(3) Articolo così sostituito dall'art. 1, 1° comma 1, lett. b), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

Art. 4. *Aggiornamento dell'elenco delle specializzazioni*

1. L'elenco dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3 può essere mo-

dificato ed aggiornato con decreto del Ministro della giustizia, adottato con le forme di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

Art. 5. *Elenchi degli avvocati specialisti*

1. I consigli dell'ordine formano e aggiornano, a norma dell'articolo 15, comma 1, lett. c) della legge 31 dicembre 2012, n. 247, gli elenchi degli avvocati specialisti sulla base dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3 e li rendono accessibili al pubblico anche tramite consultazione telematica. L'avvocato specialista può chiedere che nell'elenco siano specificati l'indirizzo o gli indirizzi di cui all'articolo 3, comma 2, sino a un massimo di tre per ciascun settore (4).

(4) Comma così modificato dall'art. 1, 1° comma, lett. c), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

Titolo II

Conseguimento del titolo

Art. 6. *Disposizioni comuni*

1. Per conseguire il titolo di avvocato specialista in uno dei settori di specializzazione previsti dall'articolo 3, l'interessato deve presentare domanda presso il consiglio dell'ordine d'appartenenza che, verificata la regolarità della documentazione, la trasmette al Consiglio nazionale forense.

2. Può presentare domanda l'avvocato che:

a) negli ultimi cinque anni ha frequentato con esito positivo i corsi di specializzazione di cui all'articolo 7, oppure ha maturato una comprovata esperienza nel settore di specializzazione ai sensi dell'articolo 8;

b) non ha riportato, nei tre anni precedenti la presentazione della domanda, una sanzione disciplinare definitiva, diversa dall'avvertimento, conseguente ad un comportamento realizzato in violazione del dovere di competenza o di aggiornamento professionale;

c) non ha subito, nei due anni precedenti la presentazione della domanda, la revoca del titolo di specialista.

3. Al fine dell'osservanza del limite di cui all'articolo 3 la domanda può contenere la rinuncia al titolo di specialista già conseguito.

4. Nel caso di domanda fondata sulla comprovata esperienza il Consiglio nazionale forense convoca l'istante per sottoporlo ad un colloquio per l'esposizione e la discussione dei titoli presentati e della documentazione prodotta a dimostrazione della comprovata esperienza nei relativi settori e indirizzi di specializzazione a norma degli articoli 8 e 11. Il colloquio ha luogo davanti a una commissione di valutazione composta da tre avvocati iscritti all'albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori e da due professori universitari di ruolo in materie giuridiche in possesso di documentata qualificazione nel settore di specializzazione oggetto delle domande sottoposte a valutazione nella singola seduta. Il Consiglio nazionale forense nomina un componente avvocato, i restanti componenti sono nominati con decreto del Ministro della giustizia. In previsione della seduta della commissione, il Consiglio nazionale forense e il Ministro della giustizia individuano i componenti in possesso della necessaria qualificazione nell'ambito di un elenco tenuto presso il Ministero della giustizia comprendente tutti i settori di specializzazione. L'inserimento nell'elenco è disposto per gli avvocati su designazione del Consiglio nazionale forense e, per i professori di ruolo, su designazione del dipartimento di afferenza. Gli avvocati e i professori universitari rimangono iscritti nell'elenco per un periodo di quattro anni. La commissione di valutazione è presieduta da uno dei membri nominati dal Ministro della giustizia e delibera a maggioranza dei componenti una proposta motivata di attribuzione del titolo o di rigetto della domanda. Il colloquio è diretto ad accertare l'adeguatezza dell'esperienza maturata nel corso dell'attività professionale e formativa nel settore di specializzazione in conformità ai requisiti e ai criteri di cui all'articolo 8 (5).

5. Il Consiglio nazionale forense non può rigettare la domanda senza prima avere sentito l'istante.

6. Il Consiglio nazionale forense comunica il conferimento del titolo all'istante ed al consiglio dell'ordine di appartenenza, ai fini dell'iscrizione negli elenchi di cui all'articolo 5.

7. Il titolo di specialista si intende conseguito con l'iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 5.

(5) Comma così modificato dall'art. 1, 1° comma, lett. *d*), nn. 1) e 2), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

Art. 7. Percorsi formativi

1. I percorsi formativi consistono in corsi di specializzazione organizzati dai Dipartimenti o dalle strutture di raccordo di cui all'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 30 dicembre 2010, n. 240 degli ambiti di giurisprudenza delle università legalmente riconosciute e inserite nell'apposito elenco del Ministero dell'università e ricerca. I corsi di specializzazione non possono avere inizio se non è stata verificata la conformità dei relativi programmi didattici a quanto disposto dal presente regolamento e alle linee generali elaborate a norma del comma 2. La verifica di cui al presente comma è svolta dal Ministero della giustizia, tenuto conto delle proposte della commissione permanente di cui al comma 2.

2. Presso il Ministero della giustizia è istituita una commissione permanente composta da sei componenti, di cui due magistrati ordinari nominati dal predetto Ministero, due avvocati nominati dal Consiglio nazionale forense e due professori universitari in materie giuridiche di prima e seconda fascia, anche a tempo definito, nominati dal Ministero dell'università e della ricerca. La commissione elabora le linee generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione specialistica, tenendo conto delle migliori prassi in materia. La partecipazione alla commissione permanente non comporta alcuna indennità o retribuzione a carico dello stato, salvo il rimborso spese. L'incarico di componente della commissione ha durata quadriennale. La commissione è presieduta da uno dei componenti nominati dal Ministero della giustizia; delibera a maggioranza dei componenti e, in caso di parità, prevale il voto del presidente.

3. Ai fini della organizzazione dei corsi, il Consiglio nazionale forense o i consigli dell'ordine degli avvocati stipulano con le articolazioni di cui al comma 1 apposite convenzioni per assicurare il conseguimento di una formazione specialistica orientata all'esercizio della professione nel settore e

nell'indirizzo di specializzazione. Il Consiglio nazionale forense può stipulare le convenzioni anche d'intesa con le associazioni specialistiche maggiormente rappresentative di cui all'articolo 35, comma 1, lettera s), della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (6).

4. I consigli dell'ordine stipulano le predette convenzioni d'intesa con le associazioni specialistiche maggiormente rappresentative di cui all'articolo 35, comma 1, lettera s), della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

5. Le convenzioni di cui ai commi 3 e 4 prevedono l'istituzione di un comitato scientifico composto da sei membri di cui tre nominati da una delle articolazioni di cui al comma 1, uno dei quali con funzioni di coordinatore. Gli altri tre membri sono nominati da uno degli enti o delle associazioni di cui ai commi 3 e 4.

Il comitato scientifico delibera a maggioranza dei componenti e, in caso di parità, prevale il voto del coordinatore.

6. Le convenzioni di cui ai commi 3 e 4 prevedono, altresì, l'istituzione di un comitato di gestione composto da cinque membri di cui tre nominati da uno degli enti o delle associazioni di cui ai commi 3 e 4, uno dei quali con funzioni di direttore e coordinatore. Il comitato di gestione delibera a maggioranza dei componenti.

7. Il comitato scientifico individua il programma dettagliato del corso di formazione specialistica, tenendo conto delle linee generali elaborate a norma del comma 2, con l'indicazione, da proporre al comitato di gestione, delle materie, delle ore destinate a ciascuna di esse, degli argomenti da trattare e dei docenti.

8. I docenti devono essere individuati esclusivamente tra i professori universitari di ruolo, ricercatori universitari, avvocati di comprovata esperienza professionale abilitati al patrocinio avanti le giurisdizioni superiori, magistrati che abbiano conseguito almeno la seconda valutazione, e, per particolari esigenze e per le sole materie non giuridiche, il cui carico non potrà superare un quinto del totale, esperti di comprovata esperienza professionale almeno decennale nello specifico settore di interesse.

9. Il comitato di gestione nomina i docenti tra quelli proposti dal comitato scientifico, cura l'organizzazione esecutiva dei corsi, e assume tutte le determinazioni necessarie per il loro corretto svolgimento.

10. Le convenzioni di cui ai commi 3 e 4 possono prevedere che le lezioni in cui si articolano i corsi avvengano a distanza con modalità telematiche. In tal caso il comitato di gestione garantisce la presenza nella sede esterna di un tutor, anche per il rilevamento delle presenze, e di un sistema audiovisivo che consente ai discenti di interloquire con il docente in tempo reale. Il costo di iscrizione per la frequenza a distanza deve essere uguale a quello sostenuto dai partecipanti nella sede del corso.

11. Il comitato di gestione, d'intesa con il comitato scientifico, determina la quota di iscrizione al corso in modo da garantire esclusivamente l'integrale copertura delle spese di funzionamento e docenza nonché delle spese di organizzazione e gestione, ivi incluse quelle relative al comitato di gestione e al comitato scientifico.

12. L'organizzazione dei corsi deve aver luogo in conformità ai seguenti criteri:

- a) durata almeno biennale e didattica non inferiore a 200 ore;
- b) composizione mista ed adeguata qualificazione del corpo docente;
- c) didattica frontale non inferiore a 100 ore;
- d) obbligo di frequenza nella misura minima dell'ottanta per cento della durata del corso;
- e) previsione di almeno una prova, scritta e orale, al termine di ciascun anno di corso, volta ad accertare l'adeguato livello di preparazione del candidato.

12-bis. Il corso, di durata complessiva almeno biennale, relativo ad uno dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a), b) e c), prevede una parte generale e una parte speciale di durata non inferiore a un anno destinata alla specializzazione in uno degli indirizzi afferenti al settore (7).

13. La prova di cui al comma 12, lettera e), è valutata da una commissione nominata dal comitato scientifico e composta per almeno due terzi da membri che, sebbene rientranti nelle categorie di cui al comma 8, non devono appartenere al corpo docente del corso.

(6) Comma così modificato dall'art. 1, 1° comma, lett. e), n. 1), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

(7) Comma inserito dall'art. 1, 1° comma, lett. e), n. 2), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

Art. 8. *Comprovata esperienza*

1. Il titolo di avvocato specialista può essere conseguito anche dimostrando la sussistenza congiunta dei seguenti requisiti:

a) di avere maturato un'anzianità di iscrizione all'albo degli avvocati ininterrotta e senza sospensioni di almeno otto anni;

b) di avere esercitato negli ultimi cinque anni in modo assiduo, prevalente e continuativo attività di avvocato in uno dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3, mediante la produzione di documentazione, giudiziale o stragiudiziale, comprovante che l'avvocato ha trattato nel quinquennio incarichi professionali fiduciari rilevanti per quantità e qualità, almeno pari a dieci per anno. Ai fini della presente lettera non si tiene conto degli affari che hanno ad oggetto medesime questioni giuridiche e necessitano di un'analogha attività difensiva (8).

2. Nell'accertamento dei requisiti di cui al presente articolo, la commissione di cui all'articolo 6, comma 4, valuta la congruenza dei titoli presentati e degli incarichi documentati con il settore e, se necessario, con l'indirizzo di specializzazione indicati dal richiedente. Anche in deroga al previsto numero minimo di incarichi per anno, la commissione tiene conto della natura e della particolare rilevanza degli incarichi documentati e delle specifiche caratteristiche del settore e dell'indirizzo di specializzazione (9).

(8) Lettera così modificata dall'art. 1, 1° comma, lett. f), n. 1), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

(9) Comma aggiunto dall'art. 1, 1° comma, lett. f), n. 2), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

Titolo III **Mantenimento del titolo**

Art. 9. *Disposizioni comuni*

1. L'avvocato specialista, ogni tre anni dall'iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 5, dichiara e documenta al consiglio dell'ordine d'appartenenza l'adempiimento degli obblighi di formazione permanente nel settore di specializzazione, a norma degli articoli 10 ed 11.

2. Il consiglio dell'ordine di appartenenza:

- a) cura la tempestiva trasmissione al Consiglio nazionale forense della dichiarazione e della documentazione, esprimendo parere non vincolante sul mantenimento del titolo di specialista;
- b) ovvero comunica al Consiglio nazionale forense il mancato deposito della dichiarazione e della documentazione.

Art. 10. *Aggiornamento professionale specialistico*

1. Il Consiglio nazionale forense e i consigli dell'ordine, d'intesa con le associazioni forensi specialistiche maggiormente rappresentative di cui all'articolo 35, comma 1, lettera s), della legge 31 dicembre 2012, n. 247, promuovono l'organizzazione di corsi di formazione continua nelle materie specialistiche.

2. Ai fini del mantenimento del titolo di specialista l'avvocato deve dimostrare di avere partecipato in modo proficuo e continuativo a scuole o corsi di alta formazione nello specifico settore di specializzazione per un numero di crediti non inferiore a 75 nel triennio di riferimento e, comunque, a 25 per ciascun anno.

Art. 11. *Esercizio continuativo della professione nel settore di specializzazione*

1. Il titolo di avvocato specialista può essere mantenuto anche dimostrando di avere esercitato nel triennio di riferimento in modo assiduo, prevalente e continuativo attività di avvocato in uno dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3, mediante la produzione di documentazione, giudiziale o stragiudiziale, comprovante che l'avvocato ha trattato nel triennio incarichi professionali fiduciari rilevanti per quantità e qualità, almeno pari a dieci per anno. Ai fini del presente articolo non si tiene conto degli affari che hanno ad oggetto medesime questioni giuridiche e necessitano di un'analoga attività difensiva. Nella valutazione dei requisiti di cui al presente articolo, si applica quanto previsto dall'articolo 8, comma 2 (10).

(10) Comma così modificato dall'art. 1, 1° comma, lett. g), nn. 1) e 2), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.

Titolo IV

Revoca del titolo

Art. 12. *Revoca del titolo*

1. Il titolo di avvocato specialista è revocato dal Consiglio nazionale forense, a seguito di comunicazione del Consiglio dell'Ordine, nei seguenti casi:

- a) irrogazione di sanzione disciplinare definitiva, diversa dall'avvertimento, conseguente ad un comportamento realizzato in violazione del dovere di competenza o di aggiornamento professionale;
- b) mancato adempimento degli obblighi di formazione continua ovvero dell'obbligo di deposito nei termini della dichiarazione e della documentazione di cui all'articolo 9, comma 1.

2. Il Consiglio nazionale forense, di propria iniziativa o su segnalazione del consiglio dell'ordine o di terzi può dar corso al procedimento per la revoca del titolo di avvocato specialista nei casi di grave e comprovata carenza delle specifiche competenze del settore di specializzazione.

3. Prima di provvedere alla revoca del titolo il Consiglio nazionale forense deve sentire l'interessato.

4. La revoca del titolo è comunicata al consiglio dell'ordine per la cancellazione dall'elenco di cui all'articolo 5 ed ha effetto dalla notificazione del relativo provvedimento all'interessato a cura del medesimo consiglio dell'ordine.

5. Fermo quanto previsto dall'articolo 6, comma 2, lettera c), la revoca del titolo non impedisce di conseguirlo nuovamente.

Titolo V

Disposizioni transitorie e finali

Art. 13. *Funzioni del Consiglio nazionale forense*

1. Le funzioni affidate dal presente regolamento al Consiglio nazionale forense possono essere delegate ad apposito comitato, costituito da cinque componenti del Consiglio, designati dal Consiglio stesso.

2. Il comitato elegge il presidente e può delegare uno o più componenti per lo svolgimento delle funzioni istruttorie.

Art. 14. *Disposizione transitoria*

1. L'avvocato che ha conseguito nei cinque anni precedenti l'entrata in vigore del presente regolamento un attestato di frequenza di un corso almeno biennale di alta formazione specialistica conforme ai criteri previsti dall'articolo 7, comma 12, organizzato da una delle articolazioni di cui al comma 1 del medesimo articolo, ovvero dal Consiglio nazionale forense, dai consigli dell'ordine degli avvocati o dalle associazioni specialistiche maggiormente rappresentative di cui all'articolo 35, comma 1, lettera s), della legge 31 dicembre 2012, n. 247, può chiedere al Consiglio nazionale forense il conferimento del titolo di avvocato specialista previo superamento di una prova scritta e orale. All'organizzazione e alla valutazione della prova cui al periodo precedente provvede una commissione composta da docenti rientranti nelle categorie di cui all'articolo 7, comma 8, nominati dal Consiglio nazionale forense (11).

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche a coloro che hanno conseguito un attestato di frequenza di un corso avente i requisiti previsti dal predetto comma iniziato prima della data di entrata in vigore del presente regolamento e alla stessa data non ancora concluso.

(11) Sull'applicabilità della disposizione di cui al presente comma vedi l'art. 2, 1° e 2° comma, d.m. 1° ottobre 2020, n. 163.

Art. 15. *Clausola di invarianza finanziaria*

1. Dalle disposizioni del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Art. 16. *Entrata in vigore*

1. Il presente regolamento entra in vigore decorsi sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e farlo osservare.

Data Protection and Covid 19: Individual Rights and Public Interests in the time of Coronavirus

[KOSTANZA TOMAINO^(*)]

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Data protection Regulations. – 2.1 Processing data concerning health in the health context. – 3. Processing data in COVID-19 emergency. – 4. Conclusion.

1. In recent months, COVID-19 emergency has generated a series of conflicts between individual rights and public interests also in personal data protection rules. An example among the many is represented by the various problems related to the immune app. This conflicts born from the fact that today the collection and use of data, particularly the ones concerning health, are crucial tools for the law enforcement action against the pandemic.

And if privacy restrictions due to public health protection motifs are allowed by the GDPR, along with the Data Protection Code, in accordance with the proportionality, precaution and temporariness criteria, it is precisely in the framework of these principles that the provisions and above all the exceptions to the data protection system are read.

The problematic issue concerns the identification of the level at which the limitation of rights is allowed for the health protection.

In other words, how far can the conflict created between privacy and public health can go?⁽¹⁾.

While it is crucial to make clear that data protection can in no way be an obstacle to save human lives, it is equally crucial to reaffirm that the exercise

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ GRUPPO DI LAVORO ISS BIOETICA COVID-19. *Protezione dei dati personali nell'emergenza COVID-19*, ver. 28 maggio 2020, Roma, Istituto Superiore di Sanità, 2020 (Rapporto ISS COVID-19 n. 42/2020).

of human rights, and notably the rights to privacy and to data protection are still applicable. In fact, in these times of pandemic crisis, it's important that we don't forget that data protection and privacy laws still apply.

As recently said by President of Italian data protection authority, data protection is *«diritto inquieto perché in costante dialettica con una tecnica mai eguale a se stessa, ma anche con i molteplici interessi, individuali e collettivi, che di volta in volta ne lambiscono i confini. Se, dunque, la sua funzione sociale è la forza più grande della protezione dati, mai come oggi essa si rivela indispensabile, rappresentando il punto di equilibrio tra libertà e tecnica, tra persona e società, il presupposto della tenuta della democrazia anche in circostanze eccezionali»*⁽²⁾.

Now, it is more significant than ever to place privacy and data protection at the center of public issues⁽³⁾.

Data protection principles always allow for balancing the interests at stake. General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 sets forth high standards for the protection of personal data which are compatible and reconcilable with other fundamental rights and relevant public interests.

Instead, now is the time to break this line of thinking and promote the idea that it's not "public health or privacy", it's "public health and privacy"⁽⁴⁾.

The principles enshrined in several international and national instruments cannot be suspended but only restricted in a lawful manner, and so for a defined limited duration.

This paper analyses the impact of pandemic may have on protection of the fundamental rights involved and the necessity of correct balance of rights in compliance with European legislation on personal data protection, in the attempt to provide some possible solutions for the processing of personal data during the emergency.

⁽²⁾ A. SORO, *Tracciamento contagi coronavirus, ecco i criteri da seguire*, in *garanteprivacy.it*.

⁽³⁾ COUNCIL OF EUROPE, *Joint Statement on the right to data protection in the context of the COVID-19 pandemic* by Alessandra Pierucci, Chair of the Committee of Convention 108 and Jean-Philippe Walter, Data Protection Commissioner of the Council of Europe Strasbourg, 30 March 2020.

⁽⁴⁾ P. BALBONI (2020), *«Public health and privacy» vs «Public health or privacy» in the time of the covid-19 pandemic*. Available: maastrichtuniversity.nl/blog/2020.

In this prospective, emerges the importance of the relationship between science and law for the protection of fundamental rights, in which law finds itself having to follow scientific progress, regulating and orienting the new scientific and medical technologies in accordance with the universal values and criteria that consider the human being at the center of the technological revolution⁽⁵⁾.

2. To understand the legal issues behind the collection and utilization, and more general the processing, of personal data in an emergency context, it is necessary to first analyze the legal framework with particular reference to the underlying ethical and biolegal principles.

As it's well known, the right to the protection of personal data is a fundamental individual right in accordance with the art. 8 of EU Charter⁽⁶⁾ and art. 16 of TFUE⁽⁷⁾ as well as with the Convention of Straburgo (hereinafter referred to as "Convention 108")⁽⁸⁾.

At present, it's regulated, in particular, by Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27th April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on

⁽⁵⁾ A. BOMPIANI, A. LORETTI BEGHÈ, L. MARINI, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino, 2001, p. 44.

⁽⁶⁾ Art 8, Charter of fundamental rights of the European Union «*Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.*».

⁽⁷⁾ Art. 16, Treaty on the functioning of the European Union «*Everyone has the right to the protection of personal data concerning them. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall lay down the rules relating to the protection of individuals with regard to the processing of personal data by Union institutions, bodies, offices and agencies, and by the Member States when carrying out activities which fall within the scope of Union law, and the rules relating to the free movement of such data. Compliance with these rules shall be subject to the control of independent authorities. The rules adopted on the basis of this Article shall be without prejudice to the specific rules laid down in Article 39 of the Treaty on European Union.*».

⁽⁸⁾ COUNCIL OF EUROPE, *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, Strasbourg, 28 January 1981, n. 108.

the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) as well as by various other Italian and International regulatory acts and by Code of personal data protection as supplemented and amended by Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101 on provisions to adjust national with General Data Protection Regulation (EU).

For the purposes of this Regulation “*personal data*” means any information relating to an identified or identifiable natural person *data subject*; an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person⁽⁹⁾.

The art. 5 foresees principles relating to processing of personal data.

These are: (a) lawfulness, fairness and transparency – *personal data shall be processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject*; (b) purpose limitation – *personal data shall be collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes; further processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes shall, in accordance with Article 89(1), not be considered to be incompatible with the initial purposes*; (c) data minimisation – *personal data shall be adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed*; (d) accuracy – *personal data accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that personal data that are inaccurate, having regard to the purposes for which they are processed, are erased or rectified without delay*; (e) storage limitation – *personal data shall be kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed; personal data may be stored for longer periods insofar as the personal data will be processed solely for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) subject to implementation of the appropriate technical and organisational measures required by this Regulation in order to safeguard the rights*

⁽⁹⁾ See art. 4, § 1 of GDPR.

and freedoms of the data subject; (f) integrity and confidentiality – personal data shall be processed in a manner that ensures appropriate security of the personal data, including protection against unauthorised or unlawful processing and against accidental loss, destruction or damage, using appropriate technical or organisational measures; (g) accountability – the controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with principles mentioned above⁽¹⁰⁾.

Concerning to lawfulness of processing, the regulation states any processing of personal data must be based on a valid legal basis. The legal basis of a processing operation is in a way the justification of the existence of the processing operation.

The lawful bases for processing are set out in Article 6 of the GDPR. At least one of these must apply whenever you process personal data: (a) Consent: the individual has given clear consent for you to process their personal data for a specific purpose. (b) Contract: the processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract. (c) Legal obligation: the processing is necessary to comply with the law. (d) Vital interests: the processing is necessary to protect someone's life. (e) Public task: the processing is necessary to perform a task in the public interest or in the exercise of official functions, and the task or function has a clear basis in law. (f) Legitimate interests: the processing is necessary to legitimate interests or the legitimate interests of a third party, unless there is a good reason to protect the individual's personal data which overrides those legitimate interests.

Regarding the processing of special categories of personal data – among which are included data concerning health – in general shall be prohibited (art. 9, § 1 GDPR) unless there are one of the conditions indicated in § 2 of same article.

⁽¹⁰⁾ Art. 24, § 1 GDPR «Taking into account the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risks of varying likelihood and severity for the rights and freedoms of natural persons, the controller shall implement appropriate technical and organisational measures to ensure and to be able to demonstrate that processing is performed in accordance with this Regulation. Those measures shall be reviewed and updated where necessary».

2.1. The general prohibition of processing special categories of data, including health data, allows for some exceptions, which make the processing of such data lawful.

The conditions for processing special category data are an *explicit consent* of data subject(a)⁽¹¹⁾; processing is necessary for the purposes of carrying out the obligations and exercising specific rights of the controller or of the data subject in the field of *employment and social security and social protection law* in so far as it is authorised by Union or Member State law or a collective agreement pursuant to Member State law providing for appropriate safeguards for the fundamental rights and the interests of the data subject (b); *vital interests* where the data subject is physically or legally incapable of giving consent (c); *not-for-profit bodies* when processing is carried out in the course of its legitimate activities with appropriate safeguards by a foundation, association or any other not-for-profit body with a political, philosophical, religious or trade union aim and on condition that the processing relates solely to the members or to former members of the body or to persons who have regular contact with it in connection with its purposes and that the personal data are not disclosed outside that body without the consent of the data subject (d); *made public by the data subject* (e); in case of *legal claims or judicial acts* (f); with a basis in law the purposes referred to *reasons of substantial public interest* (g); *health or social care* (h); *public health* (i); *archiving – research and statistics* (j).

⁽¹¹⁾ According to art. 7 GDPR, «Where processing is based on consent, the controller shall be able to demonstrate that the data subject has consented to processing of his or her personal data. If the data subject's consent is given in the context of a written declaration which also concerns other matters, the request for consent shall be presented in a manner which is clearly distinguishable from the other matters, in an intelligible and easily accessible form, using clear and plain language. Any part of such a declaration which constitutes an infringement of this Regulation shall not be binding. The data subject shall have the right to withdraw his or her consent at any time. The withdrawal of consent shall not affect the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal. Prior to giving consent, the data subject shall be informed thereof. It shall be as easy to withdraw as to give consent. When assessing whether consent is freely given, utmost account shall be taken of whether, inter alia, the performance of a contract, including the provision of a service, is conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of that contract».

It is therefore evident that the exceptions of these conditions are referred to g) *Reasons of substantial public interest* on the basis of Union or Member State law which shall be proportionate to the aim pursued, respect the essence of the right to data protection and provide for suitable and specific measures to safeguard the fundamental rights and the interests of the data subject; h) *Health or social care* for the purposes of preventive or occupational medicine, for the assessment of the working capacity of the employee, medical diagnosis, the provision of health or social care or treatment or the management of health or social care systems and services on the basis of Union or Member State law or pursuant to contract with a health professional; i) *Public health* such as protecting against serious cross-border threats to health or ensuring high standards of quality and safety of health care and of medicinal products or medical devices, on the basis of Union or Member State law which provides for suitable and specific measures to safeguard the rights and freedoms of the data subject, in particular professional secrecy⁽¹²⁾.

Essential processing for specific purposes related to health care and carried out by a health professional subject to the obligation of professional secrecy (or other person subject to the obligation of secrecy), do not require the consent of the data subject.

According to principle of transparency [art. 5, § 1, lett. a)] the controller shall take appropriate measures to provide any information and communication under relating to processing to the data subject in a concise, transparent, intelligible and easily accessible form, using clear and plain language,

⁽¹²⁾ See also Recital n. 54: «The processing of special categories of personal data may be necessary for reasons of public interest in the areas of public health without consent of the data subject. Such processing should be subject to suitable and specific measures so as to protect the rights and freedoms of natural persons. In that context, ‘public health’ should be interpreted as defined in Regulation (EC) No 1338/2008 of the European Parliament and of the Council (1), namely all elements related to health, namely health status, including morbidity and disability, the determinants having an effect on that health status, health care needs, resources allocated to health care, the provision of, and universal access to, health care as well as health care expenditure and financing, and the causes of mortality. Such processing of data concerning health for reasons of public interest should not result in personal data being processed for other purposes by third parties such as employers or insurance and banking companies».

in particular for any information addressed specifically to a child. The information shall be provided in writing, or by other means, including, where appropriate, by electronic means. When requested by the data subject, the information may be provided orally, provided that the identity of the data subject is proven by other means.

When the storage period is not provided under specific rules, in addition to these information, the controller shall, at the time when personal data are obtained, provide the data subject with the information necessary to ensure fair and transparent processing the period for which the personal data will be stored, or if that is not possible, the criteria used to determine that period.

For public bodies, the records of processing activities and the designation of a Data Protection Officer also and especially in the case of large-scale processing are mandatory.

As indicated by guidelines on Data Protection Officers adopted on 13 December 2016 as last revised and adopted on 5 April 2017, data processing of patients within a private hospital, nursing home or any extended care unit has also to be considered as large-scale data processing⁽¹³⁾.

3. In the health emergency situation, such as the current one, the data processing activity falls within the hypothesis under art. 9, § 2, lett. *i*) of the GDPR, which, as seen in the previous paragraph, allows exceptions to the general prohibition of processing particular categories of data when *processing is necessary for reasons of public interest in the area of public health, such as protecting against serious cross-border threats to health or ensuring high standards of quality and safety of health care and of medicinal products or medical devices, on the basis of Union or Member State law which provides for suitable and specific measures to safeguard the rights and freedoms of the data subject, in particular professional secrecy.*

In addition, it is important to specify that, as in other matters, the management of personal data has been the subject of several regulatory measures that

⁽¹³⁾ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs')*, Brussels, on 13 December 2016 as last revised and adopted on 5 April 2017, in *De Jure*.

has led to the adoption of emergency measures that have either established revisions of former determinations, or provided de novo rules or guidelines for other circumstances in this continuously evolving scenario. In particular, as far as this is concerned, it is worth nothing that ruling the *ordinanza* by the Chief of Civil Protection Department (O.C.D.P.C.) n. 630, on February 3, 2020, in conformity with the indications from the Data Protection Authority⁽¹⁴⁾, has established that *«nell'ambito dell'attuazione delle attività di protezione civile connesse allo svolgimento delle attività di cui alla presente ordinanza, allo scopo di assicurare la più efficace gestione dei flussi e dell'interscambio di dati personali, i soggetti operanti nel Servizio nazionale di protezione civile di cui agli articoli 4 e 13 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, nonché quelli individuati ai sensi dell'art. 1 della presente ordinanza, possono realizzare trattamenti, ivi compresa la comunicazione tra loro, dei dati personali, anche relativi agli articoli 9 e 10 del regolamento del Parlamento europeo 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE, necessari per l'espletamento della funzione di protezione civile al ricorrere dei casi di cui agli articoli 23, comma 1 e 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, fino al 30 luglio 2020. La comunicazione dei dati personali a soggetti pubblici e privati, diversi da quelli di cui al comma 1, nonché la diffusione dei dati personali diversi da quelli di cui agli articoli 9 e 10 del regolamento del Parlamento europeo 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE è effettuata, nei casi in cui essa risulti indispensabile, ai fini dello svolgimento delle attività di cui alla presente ordinanza. 3. Il trattamento dei dati di cui ai commi 1 e 2 è effettuato nel rispetto dei principi di cui all'art. 5 del citato regolamento n. 2016/679/UE, adottando misure appropriate a tutela dei diritti e delle libertà degli interessati. 4. In relazione al contesto emergenziale in atto, nonché avuto riguardo all'esigenza di contemperare la funzione di soccorso con quella afferente alla salvaguardia della riservatezza degli interessati, i soggetti di cui al comma 1 conferiscono le autorizzazioni di cui all'art. 2-quaterdecies, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, con modalità semplificate, ed anche oralmente»⁽¹⁵⁾.*

⁽¹⁴⁾ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, Provvedimento n. 15 del 2020, *Parere sulla bozza di ordinanza recante disposizioni urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, 2 febbraio 2020.

⁽¹⁵⁾ Art. 5, O.C.D.P.C. n. 630, 3 February 2020, *Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, G.U. n. 32, 8 February 2020.

Subsequently, this ruling has been first included in the art. 14 of the DL 4/2020 and then, after abrogation of the DL 14/2020 by the art. 1, co. 2, L. 27/2020 - converted to DL 18/2020, with some modifications - in the art. 17-bis of DL 18/2020 known as “decreto cura Italia”.

Therefore, the art. 17 of the DL 18/2020 (as converted in the L. 27/2020) contains specific measures regarding the management of personal data (effective until the end of the present emergency state). In particular, it rules that «1. Fino al termine dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica e, in particolare, per garantire la protezione dall'emergenza sanitaria a carattere transfrontaliero determinata dalla diffusione del COVID-19 mediante adeguate misure di profilassi, nonché per assicurare la diagnosi e l'assistenza sanitaria dei contagiati ovvero la gestione emergenziale del Servizio sanitario nazionale, nel rispetto dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere g), h), e i), e dell'articolo 10 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, nonché dell'articolo 2-sexies, comma 2, lettere t) e u), del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, i soggetti operanti nel Servizio nazionale della protezione civile, di cui agli articoli 4 e 13 del codice di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, e i soggetti attuatori di cui all'articolo 1 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, nonché gli uffici del Ministero della salute e dell'Istituto superiore di sanità, le strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e i soggetti deputati a monitorare e a garantire l'esecuzione delle misure disposte ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, anche allo scopo di assicurare la più efficace gestione dei flussi e dell'interscambio di dati personali, possono effettuare trattamenti, ivi inclusa la comunicazione tra loro, dei dati personali, anche relativi agli articoli 9 e 10 del regolamento (UE) 2016/679, che risultino necessari all'espletamento delle funzioni ad essi attribuite nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19. 2. La comunicazione dei dati personali a soggetti pubblici e privati, diversi da quelli di cui al comma 1, nonché la diffusione dei dati personali diversi da quelli di cui agli articoli 9 e 10 del citato regolamento (UE) 2016/679, sono effettuate nei casi in cui risultino indispensabili ai fini dello svolgimento delle attività connesse alla gestione dell'emergenza sanitaria in atto. 3. I trattamenti di dati personali di cui ai commi 1 e 2 sono effettuati nel rispetto dei principi di cui all'articolo 5 del citato regolamento (UE) 2016/679, adottando mi-

sure appropriate a tutela dei diritti e delle libertà degli interessati. 4. Avuto riguardo alla necessità di contemperare le esigenze di gestione dell'emergenza sanitaria in atto con quella afferente alla salvaguardia della riservatezza degli interessati, i soggetti di cui al comma 1 possono conferire le autorizzazioni di cui all'articolo 2-quaterdecies del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, con modalità semplificate, anche oralmente. 5. Nel contesto emergenziale in atto, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, lettera e), del citato regolamento (UE) 2016/679, fermo restando quanto disposto dall'articolo 82 del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, i soggetti di cui al comma 1 del presente articolo possono omettere l'informativa di cui all'articolo 13 del medesimo regolamento o fornire un'informativa semplificata, previa comunicazione orale agli interessati dalla limitazione. 6. Al termine dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, i soggetti di cui al comma 1 adottano misure idonee a ricondurre i trattamenti di dati personali effettuati nel contesto dell'emergenza all'ambito delle ordinarie competenze e delle regole che disciplinano i trattamenti di dati personali».

Therefore, it is evident that, as far as the health control is concerned, the healthy units and health workers, like the prefectures and municipalities, are not allowed to disclose the names of positive subjects or of those in fiduciary isolation, whether or not the ultimate end is to restrain spreading of the epidemics. In this regard, the Italian Data Protection Authority has stated that «*All health professionals may collect the information they consider necessary as part of the care of their patients, including information linked to the presence of symptoms due to COVID-19. This is without prejudice to the detection and collection of information on Coronavirus symptoms and of the information on the recent movements of each individual, which rest with healthcare professionals and the civil protection system, respectively, being the bodies responsible for ensuring compliance with the public health rules that were recently adopted. [...] the public healthcare professional is required to trace back the close contacts of an individual tested positive to COVID-19 in order to determine the most appropriate containment measures*»⁽¹⁶⁾.

The same measure has contributed to the definition of urgent guidelines in the management of research activity and clinical experimentation during

⁽¹⁶⁾ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *FAQs – Data processing in health care in the context of the health emergency*, available: garanteprivacy.it.

health emergency by ruling that *«ferme restando le disposizioni vigenti in materia di sperimentazione clinica dei medicinali e dei dispositivi medici, al fine di migliorare la capacità di coordinamento e di analisi delle evidenze scientifiche disponibili, è affidata ad AIFA, la possibilità di accedere a tutti i dati degli studi sperimentali e degli usi compassionevoli di cui al comma 2. 2. I dati delle sperimentazioni di cui al comma 1 riguardano esclusivamente gli studi sperimentali e gli usi compassionevoli dei medicinali, per pazienti con COVID-19. I protocolli di studio sono preliminarmente valutati dalla Commissione tecnico scientifica (CTS) dell'AIFA, che ne comunica gli esiti anche al Comitato tecnico scientifico dell'Unità di crisi del Dipartimento della Protezione civile»*⁽¹⁷⁾.

The Italian Data Protection Authority has also provided conclusive statements in this specific context. In particular *«Sponsors and testing centres may process personal data, also concerning the health of COVID-19 patients, to carry out clinical trials of medicinal products (such as investigational clinical studies on medicinal products, phase I, II, III and IV, observational studies on medicinal products and compassionate therapeutic use programmes), insofar as they are strictly necessary to combat and study the ongoing pandemic, on the basis of the data subjects' consent or by relying on another legal basis pursuant to Article 9 (2) of the Regulation, in accordance with Union or national law, for reasons of significant public interest, for reasons of public interest in the area of public health and for the purposes of scientific research (Article 9 (2), letters (a), (g), (i) and (j) of the Regulation). When, on account of particular and substantiated reasons, informing the data subjects proves impossible or involves a disproportionate effort or is likely to seriously impair the achievement of the objectives of the research, and it is therefore not possible to acquire the data subjects' consent for the processing of their personal data, the controllers are required, where possible, to obtain such consent, after providing the appropriate information, from the persons who have legal authority over those data subjects, or from a close relative, a member of their family, a cohabitee or, in the absence thereof, the manager of the facility where the data subject is staying. This is based on an analogy with the provisions of point 4.11.2 of the requirements relating to the processing of genetic data. Where, for specific and substantiated reasons, it is not possible to obtain informed consent for the processing of personal data, also from third parties, or*

⁽¹⁷⁾ Art. 17 DL 17 March 2020, n. 18 as converted in the L. 24 aprile 2020, n. 27, *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, G.U. n. 253, 13 October 2020.

where doing so risks seriously undermining the successful outcome of the research – e.g. when processing data relating to deceased patients or patients in intensive care units –, the data controllers intending to process personal data exclusively in connection with clinical trials and the compassionate use of medicinal products for human use with a view to the treatment and prevention of COVID-19 are not required, under the legislation relating to the current emergency situation, to submit their research project and the associated impact assessment for the prior consultation of the Garante as referred to in Section 110 of the Italian data protection Code»⁽¹⁸⁾.

It is worth mentioning that the European Data Protection Board has adopted on April 21st 2020 the Guidelines 03/2020 related to the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak. These guidelines clearly state that the GDPR has already ruled about the treatment of health data for scientific research purposes, and this ruling is applicable even in the actual pandemic context. The document also states that it is nevertheless necessary to respect the principles declared in the art. 5 of the GDPR, i.e., art. 6 ruling on the lawfulness, and art. 9 dealing about particular categories of data as well as the entire part V of GDPR relative to the data transfer process. In particular, the art. 45 rules that transfer of the data is allowed in conditions in which the Commission has decided that the third-party country, or parts thereof, or an International agency warrant a strong enough level of protection.

Likewise, at workplaces specific measures have been released by the competent authorities: among others, it has been established that employers meet all the necessary requirements publicly issued so as to restrain viral diffusion. Also, as related to working by employers, a number of regulatory measures and subsequent guidance documents were adopted in the first place by the competent authorities in order to set out urgent measures for the containment and management of the epidemiological emergency. Accordingly, it has been determined that an employer whose activities are not suspended is required to comply with the measures for the containment and management

⁽¹⁸⁾ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *FAQs – Data processing in clinical trials and medical research in the context of the COVID-19 health emergency*, available: [garanteprivacy.it](https://www.garanteprivacy.it).

of the epidemiological emergency as described in the in the *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro tra Governo e parti sociali del 14 marzo 2020 così come integrato il 24 aprile 2020*⁽¹⁹⁾. In particular, the aforementioned document envisages measurement of the body temperature of employees for access to the premises of the organisation as part of the measures to combat the spread of the virus, which also apply to users, visitors and customers as well as to suppliers – where a separate access mode has not been envisaged for the latter. Since the measurement of the body temperature in real time, when associated with the data subject's identity, is an instance of processing of personal data (Article 4(1), No (2), of Regulation (EU) 2016/679), it is not permitted to record the data relating to the body temperature found; conversely, it is permitted to record the fact that the threshold set out in the law is exceeded, and recording is also permitted whenever it is necessary to document the reasons for refusing access to the workplace - in compliance with the principle of 'data minimisation' (Article 5(1)(c) of the Regulation). By contrast, where the body temperature is checked in customers (for example, in large department stores) or occasional visitors, it is not, as a rule, necessary to record the information on ground of refusal access even if the temperature is above the threshold indicated in the emergency legislation. Under the legislation on the protection of health and safety at work, the employee has a specific obligation to inform the employer of any situation of danger to health and safety at the workplace⁽²⁰⁾. In this connection, it has

⁽¹⁹⁾ All. 12, d.P.C.M. 13 ottobre 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»*, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», G.U. n. 253, 13 October 2020.

⁽²⁰⁾ See in particular art. 20 T.U.S.L., G.U. n. 180, 5 August 2009: «Ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro. I lavoratori devono in particolare: a) contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro;

been specified that a civil servant and persons who work in whatever capacity in the public administration are bound to report that they come from or have been in contact with persons coming from a risk area. Within this framework, the employer may invite employees to do so, where necessary, through dedicated channels. Among the measures to prevent and contain transmission employers are required to act based on the existing regulatory framework, that is the prohibition to access the workplace applying to those who have been in contact with COVID-19-positive individuals over the past 14 days or come from risk areas according to WHO indications. To this end, also in the light of the provisions adopted subsequently for the containment of transmission, a declaration regarding the above circumstances may also be requested from third parties such as visitors and users. In any case, only the necessary, adequate and relevant data will have to be collected in relation to the prevention of the transmission without requesting additional information about the COVID-19-positive person, the specific places visited or other details relating to that person's private sphere.

b) osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale; c) utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e le miscele pericolose, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza; d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione; e) segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere c) e d), nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità e fatto salvo l'obbligo di cui alla lettera f) per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza; f) non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo; g) non compiere di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di loro competenza ovvero che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori; h) partecipare ai programmi di formazione e di addestramento organizzati dal datore di lavoro; i) sottoporsi ai controlli sanitari previsti dal presente decreto legislativo o comunque disposti dal medico competente. I lavoratori di aziende che svolgono attività in regime di appalto o subappalto, devono esporre apposita tessera di riconoscimento, corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro. Tale obbligo grava anche in capo ai lavoratori autonomi che esercitano direttamente la propria attività nel medesimo luogo di lavoro, i quali sono tenuti a provvedervi per proprio conto».

With specific reference to the utilization of the personal information regarding contact tracing, this issued has been regulated by a subsequent regulatory action, i.e. by a decree (“decreto-legge” 30 aprile 2020, n. 28). This action consists of the creation of a national COVID alert system network, which is usually referred to as contact tracing, stating that «*Al solo fine di allertare le persone che siano entrate in contatto stretto con soggetti risultati positivi e tutelarne la salute attraverso le previste misure di prevenzione nell’ambito delle misure di sanità pubblica legate all’emergenza COVID-19, è istituita una piattaforma unica nazionale per la gestione del sistema di allerta dei soggetti che, a tal fine, hanno installato, su base volontaria, un’apposita applicazione sui dispositivi di telefonia mobile. Il Ministero della salute, in qualità di titolare del trattamento, si coordina, sentito il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, anche ai sensi dell’articolo 28 del Regolamento (UE) 2016/679, con i soggetti operanti nel Servizio nazionale della protezione civile, di cui agli articoli 4 e 13 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, e con i soggetti attuatori di cui all’articolo 1 dell’ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, nonché con l’Istituto superiore di sanità e, anche per il tramite del Sistema Tessera Sanitaria, con le strutture pubbliche e private accreditate che operano nell’ambito del Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle relative competenze istituzionali in materia sanitaria connessa all’emergenza epidemiologica da COVID 19, per gli ulteriori adempimenti necessari alla gestione del sistema di allerta e per l’adozione di correlate misure di sanità pubblica e di cura. Le modalità operative del sistema di allerta tramite la piattaforma informatica di cui al presente comma sono complementari alle ordinarie modalità in uso nell’ambito del Servizio sanitario nazionale. Il Ministro della salute e il Ministro per gli affari regionali e le autonomie informano periodicamente la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano sullo stato di avanzamento del progetto»⁽²¹⁾.*

⁽²¹⁾ Art. 6, § 1, d.l. 30 April 2020, n. 28 as converted in the 25 June 2020, n. 70 (*Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l’introduzione del sistema di allerta Covid-19*), G.U. n. 162, 29 June 2020.

4. As per what epitomized above, it is clear that, in the face of the data collection system, individual privacy is preserved as detailed in the GDPR. This is due to the fact that, subregulatory measures should not be in conflict with higher order rights. In summary, the final scenario is that, although public health measures are a reason for derogation to the benefit of large scale communities, the primary objective of preserving privacy has not been derogated in general. This has been reached by a series of soft-law⁽²²⁾ measures that do not result in mandatory actions, yet suggest ways to combine opposing needs such as those posed by public health issues and individual rights as related to preservation of a person's health related information⁽²³⁾.

On the basis of the above-mentioned premises, it is clear that right and science are tightly interconnected. The language of science has to be clear and capable of decoding scientific discoveries and issues to legal professions. In so doing, the language of science needs to adopt elements of precision and accuracy of the legal language whereas the right needs to adopt a more general view of the different issues being examined.

To contrast the episodes of discrimination and hunting for COVID-19 infectors, reminiscent of the episodes of the plague in Milan as described by Manzoni⁽²⁴⁾, neither fear nor the indiscriminate processing of personal data are required but low and respect of the fundamental rights. In there, we can find the solution that legitimizes the use of new technologies to prevent and oppose the pandemic according with the principles of minimisation and limitation.

Infact, the EDPB also underlined that that one should not have to choose between an efficient response to the current crisis and the protection of our fundamental rights: we can achieve both, and moreover data protection principles can play a very important role in the fight against

⁽²²⁾ For a definition see: R.J. DUPUY, *The Protection of the Environment and International Law*, Hagu Academy, Leiden, 1975, pp. 623-627.

⁽²³⁾ B. PASTORE, *Soft Law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e dir.*, 2003, p. 5 ss.

⁽²⁴⁾ F.P. MICOZZI, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza Coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, in *BioLaw Journal*, Special Issue n. 1, 2020, p. 624.

the virus. European data protection law allows for the responsible use of personal data for health management purposes, while also ensuring that individual rights and freedoms are not eroded in the process⁽²⁵⁾.

On 7 April 2020 the Council of Europe has sent an information document to provided governments with a toolkit for dealing with the present unprecedented and massive scale sanitary crisis in a way that respects the fundamental values of democracy, rule of law and human rights⁽²⁶⁾. In particular in this document it remembered that the respect for the rule of law and democratic principles in times of emergency: principle of legality, limited duration of the regime of the state of emergency and of the emergency measures, principle of necessity, the distribution of powers and checks on the executive action during the state of emergency regime, relevant human rights standards (right to life, right of right of access to health care and privacy and data protection). In particular, about data protection it said that *the new technologies of access to – and the processing of – personal data have the potential to contain and remedy the pandemic. Monitoring, tracking and anticipating are crucial steps of an epidemic surveillance. With the multiplication and over-abundance of available sophisticated digital technologies and tools (geolocation data, artificial intelligence, facial recognition, social media applications) such pandemic surveillance could be facilitated.*

At the same time, the intrusive potential of modern technologies must not be left unchecked and unbalanced against the need for respect for private life. Data protection principles and the Council of Europe Convention 108 (and its modernised version, referred to as “Convention 108+”²⁸) have always allowed a balancing of high protective standards and public interests, including public health. The Convention allows for exceptions to ordinary data-protection rules, for a limited period of time and with appropriate safeguards (eg anonymisation) and an effective oversight framework to make sure that these data are collected, analysed, stored and shared in legitimate and responsible ways. Large-scale processing of personal data by means of artificial intelligence should only be

⁽²⁵⁾ EDPB, *Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak*, Adopted on 21 April 2020.

⁽²⁶⁾ COE, Information Documents SG/Inf(2020)11, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, 7 April 2020.

performed when the scientific evidence convincingly shows that the potential public health benefits override the benefits of alternative, less intrusive solutions.

In conclusion, ideally, the processing of personal data to counteract the pandemic should balance the achievement of human benefits with the protection of fundamental human rights, such as equality, respect for human dignity and equal opportunities.

Individualismo dello status

[ALESSIA SPERANDIO^(*)]

SOMMARIO: 1. Il concetto di *status*: dal diritto romano ai giorni nostri. – 2. Le linee guida del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di bambino in tema di rappresentanza del minore. – 3. Il *favor veritatis* nelle azioni di stato: la prevalenza del *favor stabilitatis*. La *vis* pervasiva della scienza. – 4. Il bilanciamento tra scienza e legge: il rapido evolversi delle metodiche genetico-forensi. – 5. Lo *status* quale concetto ontologicamente relazionale.

1. Sin dal periodo romano⁽¹⁾ il termine *status* veniva utilizzato come voce verbale sostantivata, indicando la situazione stabile e permanente di un individuo relazionato ad un gruppo, non un concetto astrattamente considerato. L'uomo infatti trovava legittimazione in quanto appartenente ad una comunità, ossia *uti socius*.

Una parte della dottrina è portata a ricondurre al concetto di *status* la nascita della disuguaglianza, derivante dalla differenziazione riconnessa alla categorizzazione per *status*, che, al contrario, non esisteva come idea nello stato di natura.

Ciononostante, debitore della medesima concezione organicistica risulta essere anche l'uso del concetto di *status* nel Medioevo. L'individuo non era considerato come un singolo attore nel teatro del diritto, ma come appartenente ad un cetto, indice di rango sociale, inquadrandolo come membro di una classe di persone, regolata da un proprio statuto e la cui appartenenza era normata in modo perlopiù involontario e tendenzialmente stabile.

Sarà poi solo con la rivoluzione francese, in applicazione dei principi giusnaturalistici contenuti all'interno della *Déclaration des Droits de l'Homme e du Citoyen* (1789), che si manifesterà la volontà di superare le strutture dell'Ancient re-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ A. TRISCIUOGGIO, *Concetto di status nel pensiero giuridico*, in questa *Rivista*, 2017, p. 13 ss.

gime, concentrandosi sul soggetto *uti singulus*, opposto alle creazioni artificiali che lo intendevano *uti cittadino*. Si assiste pertanto alla conformazione di una base stabile per l'uso del concetto proprio di età contemporanea.

L'epoca successiva viene descritta dallo storico britannico Maine⁽²⁾ rifacendosi alle caratteristiche proprie del contratto, che sembrava maggiormente capace di rispondere alle esigenze della società del tempo⁽³⁾, comprendendone le peculiarità. La generica modificabilità della volontà espressa nel singolo contratto, ad opera del contraente, andava a sostituirsi alla stabilità tendenziale del concetto di *status*, sancendo un definitivo superamento rispetto alla influenza ricondotta al ruolo preponderante della *potestas* paterna, che limitava la libertà di ogni componente della *familia*. Alle relazioni di carattere potestativo venivano a sostituirsi quelle di tipo contrattuale⁽⁴⁾, in cui appariva despota il singolo contraente⁽⁵⁾.

⁽²⁾ H.S. MAINE, *Ancient Law. Its connection with the early history of Society and its relation to modern Ideas*, London, 1861, p. 164: «The word Status may be usefully employed to construct a formula expressing the law of progress thus indicated which, whatever be its value, seems to me to be sufficiently ascertained. All the forms of Status taken notice of in the Law of Persons were derived from, and to some extent are still colored by, the powers and privileges anciently residing in the Family. If then we employ Status, agreeably with the usage of the best writers, to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hither to been a movement from Status to Contract».

⁽³⁾ H.S. MAINE, *Ancient Law*, cit., p. 71.

⁽⁴⁾ B. SMITH, *Maine's Concept of Progress*, in *Journal of the History of Ideas*, 1963, p. 407 ss.; G. D'AMELIO, *Capacità e status delle persone*, in S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 133 ss.; P. GROSSI, *Una testimonianza provocante: Henry Sumner Maine*, in ID., *Un altro modo di possedere. L'emergenza di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 43 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Sir Henry Maine e l'Antient Law*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1981, p. 83 ss.; G. ALPA, *Sociologia del contratto: nuove idee, vecchi schemi*, in *Soc. dir.*, XI, 1984, p. 7 ss.; ID., *La rinascita dello status*, in *Materiali storia cultura giuridica*, 1992, p. 435 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, Milano, 2001, p. 60 ss.; M. PICCININI, *Tra legge e contratto. Una rilettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Milano, 2003; A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto*, I, *Diritto civile*, Milano, 2008, p. 181 s.; M. GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009, p. 285.

⁽⁵⁾ S. STEFANELLI, *Attribuzione di status e diritti del figlio incestuoso nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 2013, p. 337 ss.

All'autorità della famiglia si sostituisce la centralità, nel diritto civile, dell'individuo.

Si assiste oggi alla riscoperta del concetto di *status* che deve però essere inquadrato in un panorama differente. È infatti utilizzato per qualificare i soggetti deboli al fine di individualizzarli e renderli destinatari di massime tutele; centro propulsore di tale riscoperta appare essere lo «stato assistenziale»⁽⁶⁾ in cui «gli *status* diffusamente rivivono, o nascono in forme nuove, nella misura in cui il bisogno individuale di sicurezza prevale sull'astratta tensione alla libertà»⁽⁷⁾.

Taluni tendono a ricondurre all'esistenza di *status* personali che prescindono dall'inserimento in un gruppo sociale riconosciuto come famiglia, come nel caso della filiazione riconosciuta o dichiarata giudizialmente⁽⁸⁾, fino a chi sostiene l'esistenza di un unico *status filiationis*, pur nella differenza dei sistemi di accertamento della filiazione⁽⁹⁾. Ancora, constatando l'esistenza di un ampio e variegato catalogo di situazioni soggettive che ricevono discipline di “diritto singolare” in ossequio al canone costituzionale di pari trattamento, si spingono fino a rinnegare il ricorso alla nozione di *status*, «al fine di spiegare ragioni ed operatività nel sistema delle deroghe sempre più frequentemente poste all'operatività dell'eguaglianza formale, essendo una ovvia conseguenza del rilievo sostanziale che assume la persona umana nell'ordinamento di un moderno Stato sociale»⁽¹⁰⁾.

Portavoce della tendenza alla riscoperta è il Professore Palazzo, il quale indirizza la rilettura del concetto di *status*, come dicevamo, nei confronti dei

⁽⁶⁾ P. RESCIGNO, *Diritto privato futuro*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 740 ss.

⁽⁷⁾ P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., p. 222; G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 37.

⁽⁸⁾ P. RESCIGNO, *Status*, I) *Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 4; Id., *Status e capacità*, cit., p. 15 ss.

⁽⁹⁾ G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 4, t. 3, 2^a ed., Torino, 1997, p. 131 ss.; G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, in S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto Privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, 2, *Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, p. 97 ss.; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, 2^a ed., Padova, 2005, p. 431 ss.

⁽¹⁰⁾ F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810 ss.

soggetti deboli, che, mediante l'inquadramento in un determinato *status*, potevano ricevere la debita considerazione. Gli studi prendono le mosse dall'esame della posizione giuridica di una peculiare categoria di soggetti particolarmente deboli, in quanto scarsamente tutelati dal sistema, cioè a dire dei figli nati al di fuori del matrimonio⁽¹¹⁾. Negli anni Sessanta del secolo scorso, infatti, l'interesse allo stato, e quindi alla genitorialità, di questi soggetti soccombeva totalmente dinanzi all'esigenza di tutelare l'unità della famiglia legittima: essi venivano privati di posizione giuridica nei confronti degli autori della procreazione che fossero coniugati con altri soggetti, imponendo loro una posizione deteriore che violava il diritto allo *status* e alla genitorialità. Ma l'evoluzione della cultura sociale e giuridica, alla quale l'attività scientifica del Professore Palazzo ha fornito contributi essenziali, ha portato a costruire lo *status* come non più fondato sull'appartenenza ad un gruppo familiare, ma derivante dal riconoscimento di una o più relazioni intersoggettive, da cui deriva la relativa legittimazione⁽¹²⁾. La costruzione giuridica, del resto, è diretta conseguenza dei mutamenti che percorrono la società in merito ai concetti di famiglia e genitorialità.

Non è più il gruppo a legittimare il singolo, quanto piuttosto il singolo a valorizzare i legami con il gruppo.

È possibile infatti inquadrare in questo senso la derivazione dello *status familiae* dallo *status personae*, così come sancito nell'ultima riforma della filiazione (l. 219/2012), che inverte una tendenza consolidata nella normativa precedente. La stessa Corte Costituzionale, recependo tale inversione, ha modificato l'interpretazione dell'articolo 30 Cost. da un senso oggettivistico, in cui la famiglia viene tutelata quale complessa istituzione, assecondando dunque, le garanzie imputabili alla famiglia in astratto, che vanno a sacrificare nell'opera di bilanciamento gli interessi del singolo⁽¹³⁾, dando prevalenza alla famiglia legittima fondata sul matrimonio, nel rispetto del *favor* risultante

⁽¹¹⁾ A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., *passim*.

⁽¹²⁾ Sull'evoluzione del concetto di *status*, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, p. 67 ss.

⁽¹³⁾ G. MATUCCI, *Art. 30 Cost.*, cit., p. 204. Cfr., altresì, E. LAMARQUE, *Art. 30 Cost.*, cit., pp. 627-629.

anche in Costituzione⁽¹⁴⁾ ad un senso soggettivistico, in cui oggetto di tutela non è la famiglia ma i singoli membri della stessa, ciascuno dei quali può vantare anche interessi concretamente differenti rispetto a quelli degli altri.

Le decisioni successive inerenti risentiranno tutte di questo nuovo approccio ai temi della famiglia, acuito anche della innovativa posizione del minore d'età, che, a partire dal 1989, anno di approvazione della Convenzione ONU dei diritti del fanciullo, vanta una soggettività giuridica, per certi versi, paragonabile a quella dell'adulto, essendo titolare, esso stesso, di diritti fondamentali, ma non solo, a ciò si aggiunge la considerazione della sua particolare posizione di "debolezza" di persona in divenire, che gli permette di assumere centralità nei rapporti interfamiliari. Sulla scia di tali intervenute innovazioni, progressivamente la Corte riscrive la sua giurisprudenza in merito⁽¹⁵⁾.

In altri termini, la descritta concezione comunitaria⁽¹⁶⁾ o organicistica dello *status* come vincolo giuridico che lega l'individuo all'aggregato sociale Stato o famiglia, assume a presupposto fondamentale tale legame necessario, ed a tale condizione riconduce poteri, doveri, diritti ed obblighi caratteristici, unificati dall'indisponibilità⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ M. BESSONE, *Art. 29 Cost.*, cit., p. 32.

⁽¹⁵⁾ G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015.

⁽¹⁶⁾ Per la distinzione tra quanti ne desumono la caratteristica dell'esprimere una la situazione giuridica di cui questi gode nei confronti di altri soggetti, considerati non come singoli ma in quanto gruppo sociale cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Famiglia (stato di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, p. 217, e coloro che ne evidenziano l'aspetto «soggettivistico o individualistico», di qualità essenziali che individuano un essere umano come soggetto, per cui v. A. CORASANITI, *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 ss.

⁽¹⁷⁾ In altro senso, lo *status* può identificare una peculiare qualità personale come «situazione che, secondo l'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune distingue un individuo dagli altri, per ragioni strettamente individuali o in ragione dell'appartenenza ad un gruppo», e dunque potrebbe ricomprendere tutte le posizioni giuridiche rilevanti, dotate di tendenziale stabilità o, per lo meno non precarie, specie nell'ottica della loro protezione, come si vedrà è abituale nel diritto comunitario. Si veda G. ALPA, *Persona, identità status*, in G. ALPA, G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. Savo*, Torino, 2006, p. 192, nt. 2, per il riferimento allo slogan «dallo *status* al contratto» derivato da H.S. Maine (*Ancient Law*, cit.); cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società*

Questa è l'ottica dell'individualismo dello *status* che permette di focalizzarsi sui diritti, i fini, le iniziative e le azioni del singolo su quelli del grup-

moderna, Bologna, 1971, p. 193 ss., riguardo al "capovolgimento" realizzato in R.H. GRAVESON, *Status in common law*, London, 1953, verso l'individuazione di un concetto che non identifica la posizione "naturale" di una persona, ma riguarda categorie di persone *capitis deminutae*, e costituisce uno strumento di classificazione giuridica della società ancora funzionale alla protezione di alcune condizioni individuali e relazioni sociali, al controllo ed alla soluzione dei conflitti di giurisdizione. L'analisi storica della tesi di Maine trova il proprio approfondimento in W. FRIEDMAN, *Some reflections on Status and Freedom*, in AA.VV., *Concepts of Jurisprudence. Essay in Honour of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, p. 222, che individua un concetto moderno di *status* antitetico a quello che si vedeva immutabile nel diritto romano classico e si voleva superare con l'espressione tipica della volontà negoziale. Ne discende per Friedmann la conclusione per cui, stante la mobilità tipica delle società contemporanee, possono esistere *status* innumerevoli e non classificabili, se non arbitrariamente, intendendo con questa espressione «il mutevole bilanciamento tra la libertà di volere e la libertà di circolazione da un lato, che è essenzialmente materia del diritto privato, e le finalità sociali dello stato di benessere espresse in termini di diritto pubblico». Lo *status* è così un concetto che si trova «al crocevia tra diritto privato e diritto pubblico», che «descrive il mutevole bilanciamento tra la libertà del volere e la libertà di circolazione da un lato, che è essenzialmente materia del diritto privato, e le finalità sociali dello stato di benessere espresse in termini di diritto pubblico» (cfr. W. FRIEDMANN, *Some reflections*, cit., p. 228). Significativa l'espressione di G. ALPA, *Persona, identità status*, cit., p. 201, per la quale «la realtà fattuale appare ancora più frastagliata: accanto agli *status* consegnati dalla tradizione abbiamo *status* occulti o indiretti, che perpetuano discriminazioni (ad esempio del convivente di fatto, dell'omosessuale ecc.); abbiamo *status* nuovi, portati dalle nuove tecnologie, e talvolta non ancora trasferiti dal mondo dell'etica a quello del diritto (ad esempio lo *status* di embrione) e ancora *status* originariamente economici che diventano giuridici, per contrapporsi all'abuso della libertà contrattuale (ad es. *status* di consumatore e di risparmiatore). Cfr. anche dello stesso A. la definizione introduttiva di *status* come "concetto, strumento e criterio ordinatore della società e quindi dei rapporti personali e dei rapporti tra individuo e Stato», in G. ALPA, *Status e capacità*, cit., pp. 4 e 108 ss.; M. REHABINDER, *Status, Contract, and the Welfare State*, in *Stanford Law Review*, 1971, 23, p. 941 ss., nella trad. di G. Forlino, in V. TEDESCHI, G. ALPA, *Il contratto nel diritto nord americano*, Milano, 1980, p. 158 ss.; G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche. Artt. 1-10*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 99 ss.; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., p. 209 ss., per la caduta del mito della libertà contrattuale demotivata degli *status*, visto che «gli *status* diffusamente rivivono e nascono in forme nuove nella misura in cui il bisogno individuale di sicurezza prevale nell'astratta tensione alla libertà»; G. ALPA, *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1992, p. 435 ss.; A. CORASANITI, *Stato delle persone*, cit., p. 948 ss., in particolare sulla concezione individualista e su quella comunitaria dello *status*.

po⁽¹⁸⁾. La famiglia legittima e il patrimonio familiare vengono subordinati rispetto agli interessi del figlio, verso i genitori e verso i parenti.

Nella dottrina francese si segnala una concezione di stato civile in senso stretto, che ne evidenzia la funzione di classificazione, identificazione o individualizzazione delle persone, qualificandolo come la sintesi delle qualità che permettono di distinguere una persona in seno alla famiglia o alla società⁽¹⁹⁾. Inteso, invece, in senso ampio, stato civile è sinonimo di situazione giuridica della persona⁽²⁰⁾, compendio delle condizioni personali cui l'ordinamento riconnette effetti giuridici⁽²¹⁾.

In Italia, prevalentemente, si tende oggi ad intenderlo come insieme di situazioni giuridiche soggettive e vincolo giuridico che lega l'individuo all'aggregato sociale di riferimento, insieme di posizioni soggettive individuali che divengono fondamento della persona umana; nella prospettiva della realizzazione «dei valori di cui la persona è storicamente portatrice, i quali ben

⁽¹⁸⁾ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., p. 7 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 584.

⁽¹⁹⁾ J. MESTRE, *Note sous Cass. Crim., 19 avril 1980*, in *Dalloz*, 1981, 68, n. 10: «la définition stricte est celle la plus généralement présentée. L'état des personnes y évoque l'idée de classement. Les règles le déterminant assignent à chacun sa place dans la société civile». La Cassazione aveva riformato la sentenza di merito con cui la Cour d'appel di Nouméa aveva statuito che lo stato delle persone «englobe uniquement les règles relative à l'identification individuelles de celles-ci – nom, domicile, état civil – et à leur relation de famille – mariage, filiation»; G. CORNU, *Les personnes*, Montchrestien, 2007, 84, n. 37: «Divers, ces éléments assument tous la même fonction générale: [...] il concurrent à individualiser chaque personne dans la société; ils constituent au sens large du terme, des facteurs d'identification civile»; F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Les personnes, la famille, les incapacités*, 7^{me} ed., Paris, 2005, n. 122.

⁽²⁰⁾ F. LAROCHE-GISSEROT, *Les personnes*, in H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, 2, 8^{me} ed., Monchrestien, 1997, n. 462: «l'état de la personne fixe son identité juridique»; così anche Cass. Crim., 19 avril 1980, cit.

⁽²¹⁾ R. SAVATIER, *Les personnes*, in M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, Paris, 1952, n. 13: «on appelle état d'une personne certaines qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques»; M. GOBERT, *Réflexion sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution)*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1991, p. 519: «l'état d'une personne est sa situation juridique, son statut, sa condition juridique, qui peut englober l'ensemble des éléments auxquels la loi attache des effets de droit».

possono determinare una diversa qualificazione e una diversa disciplina di situazioni giuridiche strutturalmente identiche a seconda del segno assiologico attribuito dal legislatore alla discriminante utilizzata e in relazione alla funzionalizzazione delle situazioni giuridiche soggettive, anche a contenuto patrimoniale, al pieno sviluppo della personalità»⁽²²⁾.

È fuori di dubbio che tale concetto continui a produrre i suoi effetti, in particolare, nei rapporti familiari, infatti «la famiglia è costituita da *status*, ma la definizione di *status*, quale rapporto organico tra il membro e il gruppo sociale di appartenenza, è astratta se non si ha riguardo ai rapporti organici tra i suoi membri, che definiscono i diversi *status* di coniuge, di figlio, ecc.»⁽²³⁾: se non si pone in luce l'essenzialità dell'elemento affettivo⁽²⁴⁾, che realizza la coincidenza dell'interesse dell'individuo con quello del gruppo familiare, non si può giustificare il fatto che il rapporto organico possa venir meno quando viene a mancare l'elemento stesso. Non si può sostenere la prevalenza assoluta dello *status personae* e, anzi, si rileva attualmente una crisi del soggetto unico universale, permettendo di discorrere apertamente di ritorno agli *status*, sebbene caratterizzati da significati fortemente innovativi.

Condividendo l'assunto della riscoperta del concetto di *status*, nel panorama della dottrina contemporanea, si alternano all'interno della dottrina maggioritaria, diverse definizioni e modalità di approccio al concetto di *status*, espressione del rinnovato interesse da questo suscitato; secondo un'opinione ampiamente condivisa, proseguendo e riprendendo l'idea originaria di *status*, lo si intende come posizione giuridica fondamentale che la persona assume nell'ambito della società e del nucleo familiare.

⁽²²⁾ F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *civilistica.com*, 2013, 12, p. 30. L'A. procede dal principio costituzionale di eguaglianza sostanziale e dalla tutela dei valori essenziali della persona per sostenere l'inutilità del ricorso alla nozione di *status*. Cfr. Anche P. RESCIGNO, *Status e capacità*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore di Carmelo Lazzara*, Milano, 2005, p. 15 ss.

⁽²³⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 257.

⁽²⁴⁾ G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1993, p. 239, sull'ambizione dell'ordinamento di ricondurre al concetto di *status* rapporti fondati su affetti, complicità, speranze, contrasti e contrapposizioni.

Gli stati appaiono pertanto, posizioni soggettive che rilevano come presupposti di diritti e di doveri della persona, inoltre lo stato familiare, in particolare, risulta essere presupposto e titolo di una pluralità di specifici diritti, poteri e doveri⁽²⁵⁾; come tale diviene una posizione giuridica fondamentale di diritto familiare; in un primo significato, precisamente, lo stato di figlio indica la titolarità sostanziale del rapporto di filiazione, e a questa titolarità, che nasce dal fatto stesso della procreazione, sono collegati diritti e obblighi verso il genitore. In un secondo significato lo stato di figlio indica invece la titolarità formale del rapporto di filiazione e cioè la titolarità del rapporto giuridicamente accertato⁽²⁶⁾. Altrettanto convincente è l'idea dello *status* come trasposizione, in termini giuridici, del complesso dei diritti e dei doveri del singolo secondo la sua collocazione di stato verso lo Stato, la famiglia e, in generale, verso ogni comunità con cui si trova ad interagire.

Lo *status* dunque, si caratterizza per essere giuridicamente fondato solo se rivolto alla tutela del singolo: così detto *status* di protezione⁽²⁷⁾, contrapposto agli *status* privilegio dell'epoca feudale e pre-rivoluzionaria⁽²⁸⁾.

Da altra angolazione si può ritenere che il concetto sia frutto della ambizione dell'ordinamento giuridico a ridurre in schemi formali rapporti fonda-

⁽²⁵⁾ C.M. BIANCA, G. PATTI, S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, p. 730.

⁽²⁶⁾ C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, rist. 2016, p. 769.

⁽²⁷⁾ Cfr. Convenzione ONU di Ginevra del 28 luglio 1951, relativa allo *status* dei rifugiati, ratificata dall'Italia con l. 28 luglio 1954, n. 722; art. 78 TFUE, su cui E. BENEDETTI, *Il diritto d'asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Torino, 2010, p. 175; art. 32, d.lgs. 25/2008, art. 5, 6° comma, d.lgs. n. 286/1998; dir. 2004/83/CE; dir. 2005/85/CE. Cfr. MINISTERO DELL'INTERNO, *Il Regolamento dello Stato Civile: guida all'applicazione*, Roma, 2011, p. 110: «Nell'ipotesi in cui lo straniero "rifugiato", domiciliato o residente nel territorio italiano, intenda contrarre matrimonio in Italia, si ritiene che la situazione di rifugiato, la quale deve essere certificata dall'Alto Commissariato per i rifugiati dell'ONU, fa venir meno l'obbligo della presentazione del nulla osta prescritto dall'art. 116 del codice civile. In tal caso l'ufficiale dello stato civile deve verificare, secondo la legge italiana, l'insussistenza di impedimenti alla celebrazione del matrimonio sulla base dei documenti prodotti e delle dichiarazioni rese dagli sposi e procedere poi ad effettuare le pubblicazioni di rito».

⁽²⁸⁾ G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, Milano, p. 238.

ti su affetto, stati d'animo, complicità, speranze, ma anche sofferenze, lacerazioni, contrasti e contrapposizioni⁽²⁹⁾.

Non potendo trascurare i tratti distintivi di ogni teoria, tutti ugualmente validi, in conclusione, risulta possibile ricercare l'essenza dello *status* nel considerarlo strumento tecnico, capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto una situazione che nell'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune, distingue, un soggetto dagli altri per ragioni strettamente individuali, o in ragione della appartenenza ad un gruppo.

E dunque, a fronte delle plurime teorizzazioni riportate, ad ogni modo, un elemento comune pare individuabile nell'essenza relazionale; tale per cui lo *status* ha ragion d'essere solo in quanto sia considerato in relazione ad altri soggetti⁽³⁰⁾. Di valenza primaria risulta essere dunque lo stesso, soprattutto se riferito allo *status* dei figli. Il concetto di figlio è infatti ontologicamente relazionale, non potendosi parlare di figlio se non in relazione ad un genitore che lo ha generato.

La costituzione di tale *status* ricomprende due piani tra loro strettamente interconnessi: quello sostanziale, derivante dal fatto della procreazione, e quello formale, riferibile invece all'accertamento giuridico del rapporto di filiazione⁽³¹⁾. Allorché si presti attenzione alla distinzione tra il piano meramente sostanziale e quello formale, quindi, sembra possibile parlare al plurale degli *status* di figlio. Con ciò volendo alludere ai differenti e plurimi profili giuridici che tale posizione può venire ad acquisire, anche in relazione al medesimo individuo, nel passaggio da una dimensione fattuale alla sua istituzionalizzazione. La previsione per cui risultano possibili differenti modalità di accertamento dello *status*, afferma nuovamente come non sia possibile equiparare il rapporto di filiazione allo *status*, necessitan-

⁽²⁹⁾ G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 239.

⁽³⁰⁾ G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993, pp. 1-62. In argomento anche P. RESCIGNO, *Situazioni e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209; ID., *Status*, 1) *Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 1 ss.

⁽³¹⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, p. 314 ss. In questa direzione le riflessioni di D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 149.

do quest'ultimo di un accertamento della filiazione per poter essere foriero di effetti⁽³²⁾.

In definitiva, il concetto di *status* sembra utile ad indicare e riassumere i connotati fondamentali della posizione di un individuo nella società e davanti al diritto, «tali da identificarlo e distinguerlo dagli altri individui»⁽³³⁾. Tuttavia, se «identificare» viene inteso nel senso di «offrire rilievo a ciò che caratterizza il singolo, al fine di poter individuare il trattamento giuridico più idoneo per lo stesso», maggiori problematiche discendono invece dall'atto di «distinguere», ciò in ragione della eterna contraddizione insita in tale attività, dato che «più si distingue, più si discrimina»⁽³⁴⁾. L'attenzione della dottrina deve pertanto porsi in funzione di un giustificabile e razionale bilanciamento di tali azioni.

Secondo uno dei Maestri del diritto civile infatti, appare «espedito logico e strumento pratico disponibile per creare o mantenere disequaglianze e zone di diritti singolare»⁽³⁵⁾.

Ad abundantiam, pare opportuno rilevare come lo *status* sembri essere «quasi l'immagine plastica della differenza, (poiché) mira a segnare la differenza: ove non sussistano differenze, perde senso il concetto di *status*»⁽³⁶⁾. In ragione di quanto detto, non può mancarsi di considerare come gli *status* di rilievo costituzionale debbono poter informare la propria essenza e delineare i propri contenuti nel rispetto dei valori contenuti nel nostro Testo fondamentale, primi tra i quali quello personalista e quello di eguaglianza.

⁽³²⁾ G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, cit., p. 686, il quale rileva come il rapporto di filiazione «non è lo *status*, ma, si potrebbe dire, lo presuppone, e lo *status*, a sua volta, presuppone l'accertamento della filiazione, senza il quale, infatti, non conosceremmo di quale compagine familiare faccia parte il figlio. L'identità del rapporto, dunque, non rende uguale, di per sé, lo *status*».

⁽³³⁾ S. SILVERIO, *Qualche appunto sugli status*, cit. Le osservazioni avanzate al riguardo dall'Autrice appaiono in linea con quelle di P. RESCIGNO, *Status, 1) Teoria generale*, cit., secondo il quale lo *status* è un «espedito logico e strumento pratico per creare o mantenere disequaglianze di diritto singolare».

⁽³⁴⁾ S. SILVERIO, *Qualche appunto sugli status*, loc. ult. cit.

⁽³⁵⁾ P. RESCIGNO, *Status, 1) Teoria generale*, cit., p. 3.

⁽³⁶⁾ G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, cit., p. 683.

In modo tale da valorizzare «il pregio insito nella differenza, a condizione che sia concreta [...] “eguaglianza nella differenza”. L’ideale, in altri termini, sembra ancora risiedere nella “varietà nell’unità”, fine supremo di ogni azione»⁽³⁷⁾.

Dunque lo *status* si appalesa come sintesi ideale di rapporti, come formula verbale, che riassume una normativa. Ed ancora esso è espediente logico capace di creare o mantenere disequaglianze e zone di diritto singolare. Inoltre il concetto di *status* ha insito il valore della tendenziale definitività, poiché può smarrirsi per essere sostituito.

2. Il figlio in particolare diviene arbitro ultimo del suo *status*, capace di operare la giusta ponderazione dei diritti lui attinenti, permessi anche mediante il riconoscimento di un ruolo di soggetto partecipe e protagonista dei processi, capace di esprimersi mediante il riconoscimento del diritto all’ascolto acuito dall’affiancamento di soggetti qualificati a comprendere e rappresentare adeguatamente il suo interno volere⁽³⁸⁾. Il riferimento è, in particolare, all’avvocato del minore così come con estrema chiarezza descritto nelle linee guida del consiglio d’Europa.

Rappresentanza e difesa della persona minorenni devono essere lette infatti alla luce di una giustizia a misura di bambino (*Child friendly Justice*), come delineata a Strasburgo il 17 novembre 2010; il Consiglio dei Ministri del Consiglio d’Europa ha fornito una guida pratica ai governi europei per

⁽³⁷⁾ G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, cit., p. 687.

⁽³⁸⁾ Si tratta di una rivoluzione culturale, prima ancora che giuridica, con riferimento alla posizione della prole la quale ultima, da sempre considerata nella storia del diritto civile come “oggetto” del potere paterno, diviene ora figura centrale del nuovo diritto di famiglia che, per tale ragione, è stato qualificato dalla migliore dottrina in termini di “diritto paidocentrico”: cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013, spec. p. 547 ss.; G. CIAN, *Recensione ad Antonio Palazzo, La Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2007 (1^a ed.), in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, spec. pp. 482 e 485. Sull’evoluzione della posizione del figlio nella cultura europea, v. ancora A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 509 ss., ID., *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, cit., 77 s.; ID., *Familia (en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea)*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 262 s.

l'applicazione di norme obbligatorie internazionali sia nell'ambito dei procedimenti giudiziari, che nelle procedure alternative ad esse.

Tale quadro dispone infatti: con riferimento al tema trattato l'art. 2 delle *Linee* intitolato «Legal Counsel and Representation» afferma il diritto dei minori «ad una propria consulenza legale e rappresentanza» («their own legal counsel and representation, in their own name»), ad un patrocinio legale gratuito, ad essere rappresentati da un avvocato del minore formato e costantemente aggiornato specificamente ed approfonditamente in materia di diritti del fanciullo e questioni correlate e capace di comunicare con i minori in modo tale da essere da loro capito («Lawyers representing children should be trained in and knowledgeable on children's rights and related issues, receive ongoing and in-depth training and be capable of communicating with children at their level of understanding»).

L'attenzione va posta sul riconoscimento che lo stesso articolo fa circa il ruolo rivestito dai minorenni: questi devono essere considerati come clienti maturi, con i loro propri diritti, e che gli avvocati che li rappresentano devono sostenere la loro opinione («Children should be considered as fully-fledged clients with their own rights and lawyers representing children should bring forward the opinion of the children») dove lo stesso termine “cliente” ci fa capire quanto il rapporto debba essere diretto tra l'avvocato ed il minorenne anche se le *Linee* non escludono in alcuni casi la possibilità della nomina di un curatore («In cases where there are conflicting interests between parents and children, the competent authority should appoint either a guardian ad litem or another independent representative to represent the views and interests of the child»).

Tutto questo sempre sul presupposto, affermato fra i “Principi Fondamentali” delle *Linee*, che i minorenni devono essere considerati e trattati come titolari a pieno titolo di diritti e legittimati ad esercitare tutti i loro diritti in un modo che tenga conto della loro capacità di formarsi una propria opinione e di tutte le circostanze del caso («Children should be considered and treated as full bearers of rights and should be entitled to exercise all their rights in a manner that takes into account their capacity to form their own views as well as the circumstances of the case»).

Il tutto acuito da una nuova idea della famiglia stessa «intesa come svolgimento e particolare modo di esplicazione della persona, anche il fulcro gravitazionale di ogni valutazione si è spostato, trapassando su altro piano, quello del rapporto, il piano cioè del concreto ed effettivo sistema di vita così come realmente praticato e attuato dai suoi protagonisti in senso conforme alla postulata funzione. Ormai è qui, nel rapporto, il nuovo principio di rilevanza e il criterio stesso di legittimazione e qualificazione giuridica della formazione famiglia»⁽³⁹⁾.

Il piano dell'essere, attinente alla identificazione della formazione famiglia, dovrebbe coincidere con il piano del dover essere normativo, dunque apparire coerente con i valori propri dell'ordinamento⁽⁴⁰⁾; partendo dalla considerazione che oggi «i legami di filiazione conoscono un processo di riarticolazione a seguito dell'allungamento dell'elenco delle cause giuridicamente rilevanti di costituzione del rapporto»⁽⁴¹⁾.

Il rapporto si fonda oggi su di una condivisa attuazione dei membri della famiglia di un reciproco impegno di cura, affetto e solidarietà, che dunque lo connota di un vicendevole riconoscimento garantito dall'accettazione di compresenza inteso come «luogo primario del dispiegamento di ogni strutturale relazionalità»⁽⁴²⁾.

3. Vista la centralità del concetto di *status*, il processo ha sentito la necessità di adeguarsi e servirsi delle evoluzioni scientifiche che consentono la ricostruzione veridica dello *status*, in grado di permettere il godimento dei diritti ad esso riconnessi. L'opera di isolamento, amplificazione ed analisi dell'acido desossiribonucleico entra criticamente nelle aule giudiziarie

⁽³⁹⁾ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima*, in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., p. 84.

⁽⁴⁰⁾ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte seconda. "Pluralizzazione" e "riconoscimento" anche in prospettiva europea*, in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., p. 115.

⁽⁴¹⁾ F. CAGGIA, *Il linguaggio del "nuovo" diritto di filiazione*, cit., p. 240.

⁽⁴²⁾ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte seconda. "Pluralizzazione" e "riconoscimento" anche in prospettiva europea*, cit., p. 1313 s.

a garantire un migliore funzionamento dei processi di accertamento della filiazione, precedentemente basati su mere presunzioni storiche.

Pertanto si evince il valore della prova scientifica all'interno del processo civile ed in particolar modo il rilievo del DNA nei processi di accertamento della filiazione. Tale esigenza riceve una qualificazione importante sin dal 1989 quando la Corte europea dei Diritti dell'uomo nel caso Gaskin contro Regno Unito, qualifica la volontà di ricostruire una discendenza veridica come esigenza primordiale, intesa nel senso di manifestazione di vita privata e familiare, così come sancito all'articolo 8 della Cedu.

La trasposizione all'interno del nostro ordinamento non era di pronta soluzione, infatti nei codici della prima Italia unita si esprimeva una netta preponderanza per il *favor legitimitatis*, in cui veniva cioè dato rilievo alla famiglia fondata sul matrimonio ed in particolare alla sua stabilità, anche a discapito delle esigenze dei singoli. Tale *favor* fungeva da ratio ispiratrice volta a tutelare la famiglia fondata sul matrimonio come garanzia di stabilità del nucleo, che fu però intaccata dalla sempre maggiore preminenza dell'affermazione del *favor veritatis*.

I temperamenti sono stati dovuti ad esigenze della società di stampo nazionale ed internazionale, ed in particolar modo ad opera dei progressi scientifici, che permettono il mutamento della stessa impostazione delle corti che da un atteggiamento cauto e prudente, si orientano verso un atteggiamento maggiormente coraggioso ed interventista, potendo far riferimento nelle sentenze sulla comunicabilità ed interrelazione tra saperi, che consentono un vaglio rigoroso della prova scientifica, con una percentuale di veridicità nella ricostruzione della discendenza che può raggiungere il 99,72%⁽⁴⁵⁾.

I progressi della scienza infatti riconnettono la discendenza alla trasmissione del patrimonio genetico. Si richiedeva un vaglio rigoroso dei risultati del test di confronto tra i profili genetici, caratterizzati da connotazione specialistica, per rimarcare la *vis* pervasiva della prova genetica all'interno delle aule giudiziarie.

⁽⁴⁵⁾ Tale percentuale rappresenta la prova autonoma e sufficiente di paternità: cfr. Cass., 3 aprile 2007, n. 8355, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3461.

Il 25 aprile 1953 gli scienziati Watson e Crick isolano l'acido desossiribonucleico.

Tutti gli organismi sono costituiti da cellule, in numero, forma e dimensioni diverse, ed ogni cellula contiene lo stesso identico materiale genetico, ragion per cui qualunque tessuto cellulare può essere utilizzato per l'analisi del DNA⁽⁴⁴⁾. La cellula è l'unità costitutiva più piccola di ogni organismo multicellulare e può essere prodotta soltanto in seguito a divisione cellulare di un'altra cellula.

Il citoplasma delle cellule eucariotiche contiene i mitocondri, le centrali energetiche della cellula, preposti alla respirazione cellulare; essi contengono materiale genetico, sotto forma di molecole circolari di DNA (il c.d. DNA mitocondriale) che, in virtù della sua collocazione, si differenzia dal DNA nucleare. Il nucleo è separato dalle altre componenti cellulari dall'involucro nucleare, costituito da una doppia membrana permeabile in modo selettivo e dotata dei pori nucleari: questa morfologia consente lo scambio di materiale tra il nucleo e il citoplasma. Nel nucleo è localizzato il materiale genetico della cellula, il DNA nucleare, complessato con proteine e organizzato in strutture lineari chiamate cromosomi.

Il DNA è un polimero, una macromolecola composta da un insieme di monomeri, la cui struttura, assimilabile ad una doppia elica, è data da due catene polinucleotidiche stabilizzate da legami a idrogeno⁽⁴⁵⁾.

All'interno di ogni cellula di un individuo, indipendentemente dalle funzioni alle quali essa è preposta, il DNA è identico. Nelle cellule diploidi, ogni cromosoma è presente in duplice copia avente la stessa forma e le stesse dimensioni; ciascuna copia proviene da uno dei genitori. Le cellule aploidi, invece, possiedono soltanto una copia di ogni cromosoma. Nella specie

⁽⁴⁴⁾ Per approfondimenti di quanto richiamato in tema di biologica e genetica forense si v. A. TAGLIABRACCI, *Introduzione alla genetica forense*, Milano, 2009, p. 17.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., *ex multis*, INTERNATIONAL HUMAN GENOME SEQUENCING CONSORTIUM, *Finishing the euchromatic sequence of the human genome*, in *Nature*, 2004, 431(7011), pp. 931-945; E.L. LANDER, L.M. LINTON, B. BIRREN et al., *Initial sequencing and analysis of the human genome*, *ivi*, 2001, 409(6822), pp. 860-921; W.H. LI, Z. GU, H WANG, A. NEKRUTENKO, *Evolutionary analyses of the human genome*, *ivi*, 409(6822), pp. 847-849.

umana la maggior parte delle cellule è diploide e possiede un corredo cromosomico pari a 46 cromosomi, corrispondente a due serie complete di 23 cromosomi risultando uguali a due a due (cromosomi omologhi). Le uniche cellule aploidi del corpo sono i gameti (gli spermatozoi nel maschio e le cellule uovo nella femmina), cellule speciali deputate alla riproduzione sessuata.

La trasmissione del patrimonio genetico operata dai genitori però, non comporta una copia esatta, ma è soggetta a ricombinazioni genetica, intesa come garanzia di diversità del genoma umano.

L'analisi dei polimorfismi del DNA⁽⁴⁶⁾, scaturente dagli studi di Alex Jeffries nel 1985, avrebbe consentito una totale sovrapposizione tra *favor veritatis favor minoris*, se tale perfetta identificazione non fosse stata intaccata da nuove esigenze avvertite dal contesto sociale, esprimibili in riferimento al Best interest of the child, che per la prima volta è stato enunciato nella Convenzione sui diritti del fanciullo di New York, del 1989.

Il Best interest of the child non è un'icona linguistica, difatti, tra le altre, si pone come base su cui si sviluppa l'icastica rappresentazione della Relazione Bianca, che permette una rilettura del *favor veritatis* nel senso di *favor stabilitatis*, il quale non misconosce il valore della verità, che resta componente fondamentale, così come enunciato nella sentenza 272/2017 e ribadito nella 127/2020, ma presuppone una ponderazione tra i vari interessi in gioco riferiti al singolo minore, permettendo anche di valorizzare gli eventuali consolidati legami affettivi. Ciò al fine di evitare ogni nocumento allo sviluppo psicologico ed emotivo del minore, in cui potrebbe trovarsi anche a causa della frattura sociale derivantegli dallo sdoppiamento causato dalla proiezione della propria immagine nell'ambiente sociale in cui lo stesso è cresciuto.

La Corte non rinnega l'importanza che la verità biologica riveste nell'am-

⁽⁴⁶⁾ Il test di paternità è un esame tramite il quale viene prelevato un campione cellulare dal figlio, dal presunto padre e se possibile anche dalla madre; esso permette di dare conferma o, al contrario, di escludere la compatibilità biologica tra il codice genetico del presunto padre e quello del figlio. Ciò avviene in quanto vengono effettuati in laboratorio il confronto e l'analisi dei DNA (codice genetico che caratterizza ciascun individuo e che si eredita da entrambi i genitori) dei soggetti interessati. Il test può essere eseguito non solo attraverso l'esame del sangue, ma anche attraverso l'utilizzo di altro materiale biologico (saliva, unghie, capelli).

bito dell'identità personale del minore, ma aggiunge che essa «concorre, insieme ad altre componenti, a definire il contenuto». E comunque «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»⁽⁴⁷⁾. Anzi, si evidenzia come il Legislatore lasci al giudice il potere di privilegiare la paternità legale su quella naturale, ove questa apparisse essere la soluzione più rispondente all'interesse preminente del minore.

Il concreto interesse di quest'ultimo risulta parametro imprescindibile di confronto per ogni decisione che ad esso inerisca⁽⁴⁸⁾, non potendosi ammettere una prevalenza automatica, ma piuttosto «un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possono derivare sulla posizione giuridica del minore»⁽⁴⁹⁾.

Vengono alla luce nuovi contorni qualificanti l'identità personale facente capo al minore, persona *in fieri*⁽⁵⁰⁾. L'identità avvalora il suo essere intrinsecamente complesso e multiforme, presupponendo valutazioni concrete, poiché comprende situazioni giuridiche distinte, ma sostanzialmente complementari: ossia da un lato, il diritto dell'interessato a costruire da sé e per sé la propria identità in modo sereno ed equilibrato, ovvero il diritto all'identità nella sua dimensione individuale; dall'altro, il diritto all'identità in un senso sociale, che si concretizza nel diritto d'essere rispettati per ciò che si è nella propria comunità di appartenenza, ossia l'essere accolti nella propria interezza, per quelli che sono il proprio modo di essere, di pensare e la propria storia personale⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., § 4.1.6, che rinvia, a sua volta, a Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563 ss.

⁽⁴⁸⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., § 4.2.

⁽⁴⁹⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., § 4.3.

⁽⁵⁰⁾ G. MATEUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., p. 240 ss.

⁽⁵¹⁾ V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino 1993, p. 294 ss.; G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003; L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004; L. VALLE, *Il diritto all'identità personale*, in M. SESTA, V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 75 ss.; G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, V, Torino 2010, p. 721 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, 1, p. 1 ss.

All'interno dei rapporti familiari non si può disconoscere il dato rilevante circa l'identità, ma è altresì opportuno ammettere come questo non appaia essere l'unico; le decisioni successive alla riforma del 2012, hanno cercato di far convivere tale diritto con l'identità del figlio medio tempore acquisita, non sempre corrispondente al dato biologico.

Nelle ipotesi in cui si debba gestire tale difformità, si agisce prevedendo una possibile coesistenza tra i due dati, a patto che non si rechi turbamento allo sviluppo psicologico ed emotivo del fanciullo: si prevede infatti un oculato percorso, mediante anche l'affiancamento dei servizi sociali, per garantire una gestione consapevole di tale complessa condizione che il minore si trova a dover affrontare⁽⁵²⁾. Si afferma infatti che il «compito precipuo del tribunale per i minorenni, [...] verificare se la modifica dello *status* del minore risponda al suo interesse e non sia per lui di pregiudizio; così come contemporaneamente occorre anche verificare, sia pure con sommaria deliberazione, la verosimiglianza del preteso rapporto di filiazione, dovendosi garantire il diritto del minore alla propria identità»⁽⁵³⁾.

Concludendo la pronuncia, la Corte aggiunge: «Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro». Si ribadisce l'esigenza, viceversa, di lasciare al giudizio comparativo del giudice tale delicato accertamento.

Non di rado l'accesso a tali informazioni crea destabilizzazioni ai figli, aggravate in caso di filiazioni incestuose; la riforma della filiazione ha inciso notevolmente anche su tali situazioni, consapevole del necessario bilanciamento cui sottoporre le esigenze contrapposte che vedono l'individuo dover pacificare l'immagine interiorizzata, circa la sua condizione di figlio nei confronti di coloro che di lui si sono presi cura, che non coincide però, con la famiglia d'origine, o meglio con coloro che lo hanno dato alla luce; si possono

⁽⁵²⁾ G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., p. 62 ss.

⁽⁵³⁾ Sentenza n. 216 del 1997, sulla previgente disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità, di cui agli artt. 273 e 274 c.c.

creare ipotesi che tendono a mettere in dubbio ogni sorta di rapporto familiare per tutta la vita alimentato, anche in seguito all'immagine costruita nei rapporti con l'esterno. Pertanto le circostanze della nascita⁽⁵⁴⁾ rivestono un ruolo essenziale nella conformazione dell'identità, ma possono collidere con l'esigenza di mantenimento e tutela di quei legami affettivi caratterizzanti il percorso di vita, che hanno assunto rilievo nella rete dei rapporti sociali.

L'impostazione rigetta anzitutto gli automatismi legislativi, riconosce il diritto a ricostruire la verità biologica, ma permette al giudice una ponderazione concreta tra gli interessi astrattamente valutati dal legislatore.

Si consente di esprimere una preferenza radicata su evidenze di fatto tra diverse verità, a favore di quella maggiormente rispondente alle esigenze di vita. Qualora infatti sia sancita la rispondenza tra *favor minoris* e il *favor veritatis* si potrebbe agire anche sulla salma del presunto padre pre-morto⁽⁵⁵⁾, non potendosi opporre i sentimenti di pietà dei congiunti nei confronti del prevalente interesse superiore del minore a ricostruire la propria discendenza⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., p. 265 ss. Cfr., altresì, M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 359.

⁽⁵⁶⁾ Cass., 16 aprile 2008, n. 10007, in *Mass. Giur. it.*, 2008; Cass., 19 luglio 2012, n. 12549, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 441, con nota di R. CAMPIONE, *L'esumazione della salma nei giudizi di stato: diritto all'identità biologica versus volontà del defunto (ma non dei prossimi congiunti)*, che ha esplicitamente escluso la necessità del consenso dei congiunti per l'espletamento della consulenza tecnica sul DNA della persona deceduta, non essendo configurabile un loro diritto soggettivo sul corpo di quest'ultima come conferma la circostanza che nessuna disposizione di legge prevede il loro consenso per accertamenti da eseguire per finalità di giustizia; Cass., 30 giugno 2014, n. 14786, in *dirittoegintizia.it*; Cass., 5 agosto 2008, n. 21128, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 1124, con nota di A. BUSACCA, *Analisi genetiche su parti staccate del corpo umano ed accertamento della paternità naturale post mortem*, secondo cui non sussiste violazione del diritto dei congiunti sulle spoglie del defunto nell'ipotesi in cui la consulenza immuno-genetica sia avvenuta previo sequestro giudiziario su cellule di tessuto polmonare, prelevato in occasione di intervento chirurgico, in quanto gli accertamenti riguardano un reperto biologico, sul quale non è configurabile un diritto dei congiunti analogo a quello che agli stessi spetta sul cadavere, che è un diritto privato non patrimoniale, di natura non ereditaria, fondato sulla consuetudine e che viene loro riconosciuto in considerazione del sentimento di pietà che li lega al defunto, sentimento che certamente non può essere offeso dall'esecuzione di un accertamento tecnico; per la giurisprudenza di merito, App. Catania,

La dottrina condivide pienamente tale impostazione per due motivazioni principalmente: 1) la ricerca della verità biologica risponde all'esigenza del figlio di accertare il diritto alla genitorialità e prevale in ogni caso sui sentimenti di pietà verso i defunti, che potrebbero richiedere l'esigenza di mantenere intatto ed inviolato l'eterno riposo, sentimento la cui tutela è peraltro fondata su norme consuetudinarie; 2) in seguito alla morte dell'asserito genitore, gli eredi di questo assumono la qualità di parte necessaria del processo ai sensi dell'art. 276, 1° comma c.c., o delle regole sulla successione nel processo, con la conseguenza che l'esistenza in capo a questi di un potere in grado di incidere sull'assunzione della prova non è compatibile con le regole che governano il processo civile⁽⁵⁷⁾.

4. Dalla metà degli anni '80 ad oggi si è assistito, difatti, ad un rapido evolversi di ricerche e metodiche incentrate sull'analisi genetico-forense, con rigorosa attenzione a tutte le fasi della complessa indagine: dal momento dell'estrazione, a quello dell'interpretazione finale del risultato; strumentazioni specifiche e utilizzazione di metodi in continuo aggiornamento, volti a garantire una sempre maggiore efficienza del risultato, caratterizzano, in particolare gli ultimi decenni, in cui si assiste a continui avanzamenti metodologici e tecnologici verso automatizzazioni che permettono da un lato di accelerare i tempi dell'analisi, dall'altro di ridurre il rischio di errori da parte dell'operatore.

Gli indubbi progressi scientifici però vanno ridimensionati nelle aule processuali, con ciò significa ammettere i caratteri della fallibilità della scienza, in quanto gli stessi campioni potrebbero condurre ad un risultato non veridico, subendo l'influenza di fattori ambientali, radiazioni ultraviolette o degradazione microbica.

Pertanto è opportuno che il giudice si erga a *peritus peritorum* sottoponen-

21 luglio 2009, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 1175, con nota di F. GAZZONI, *L'erba voglio non cresce nemmeno nel giardino del giudice: dichiarazione giudiziale di paternità, ordini del giudice e provvedimenti abnormi*; Trib. Brindisi, 18 agosto 1999, in *Rass. dir. cin.*, 2001, p. 220, con nota di A. ROCCO, *Prove ematologiche sul defunto tra tutela della pietas e tutela dell'identità biologica*.

⁽⁵⁷⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 495 ss.

do al suo prudente apprezzamento, così come sancito nell'art. 116 c.p.c. gli stessi risultati del laboratorio, evitando una acritica ammissione.

Infatti lo stesso potrebbe trovarsi a dover valutare anche il rifiuto di sottoporsi al test, non potendo il soggetto esservi costretto. Di certo non può opporsi il motivo della privacy, in quanto «l'uso dei dati non può che essere rivolto a fini di giustizia aggiungendo altresì che il sanitario chiamato dal giudice a compiere l'accertamento è tenuto al segreto professionale»⁽⁵⁸⁾.

I dati pur essendo personali, non sono sensibili, se diretti allo svolgimento di indagini per verificare la consanguineità tra due soggetti. Infatti: «il trattamento di dati genetici di natura non sanitaria, quali quelli diretti allo svolgimento di indagini per verificare la consanguineità tra due soggetti, in vista di una futura azione di disconoscimento o accertamento della genitorialità, non ha alcuna finalità sanitaria e non è riconducibile all'esercizio, in sede giudiziaria, di un diritto della personalità di rango quantomeno pari a quello del contro interessato»⁽⁵⁹⁾.

Ma il rifiuto non trova una valutazione univoca nelle aule giudiziarie: per taluni equivale ad ammissione (Cass., 25 marzo 2015, n. 6025⁽⁶⁰⁾), per altri è

⁽⁵⁸⁾ Cass., 3 aprile 2003, n. 5116, in *Arch. civ.*, 2004, p. 382.

⁽⁵⁹⁾ Cass., 19 maggio 2014, n. 10947, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 468.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. inoltre Cass., 19 luglio 2013, n. 17773, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3174; Cass., 19 novembre 2012, n. 20235, in *Dir. fam.*, 2014, p. 561; Cass., 9 aprile 2009, n. 8733, in *Fam. e min.*, 2009, 5, p. 28, con nota di richiami di M. FIORINI; App. Bari, 25 febbraio 2011, *ini*, 2011, 7, p. 42, con nota di richiami di E. SACCHETTINI. L'orientamento si iscrive nel più generale moto interpretativo della giurisprudenza più recente, volto ad attribuire agli argomenti di prova un valore dimostrativo non dissimile da quello delle prove liberamente valutabili in senso proprio: si veda, ad esempio, Cass., 16 luglio 2002, n. 10268, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1226, secondo cui «L'art. 116 c.p.c., che attribuisce al giudice il potere di desumere argomenti di prova dal comportamento processuale delle parti, va inteso nel senso che tale comportamento non solo può orientare la valutazione del risultato di altri procedimenti probatori, ma può anche costituire unica e sufficiente fonte di prova»; in senso analogo, cfr. anche Cass., 26 marzo 1997, n. 2700, in *Fall.*, 1997, p. 1009; *contra*, con specifico riguardo all'argomento ritraibile dalla mancata attuazione di un ordine di esibizione di documenti, Cass., 10 luglio 1998, n. 6769, in *Arch. civ.*, 1998, p. 1365). Nel senso, più tradizionale, secondo cui l'argomento di prova non può da solo superare l'onere di cui all'art. 2697 c.c., ma serve unicamente per vagliare la conclusione e credibilità delle prove liberamente valutabili,

elemento di valutazione insieme ad altre risultanze (Cass., 11 settembre 2015, n. 17970⁽⁶¹⁾), per altri è indice dimostrativo di fatti sfavorevoli al soggetto rifiutante (Cass., 6 giugno 2008 n. 15089), infine per altri è valutabile solo se espresso in seguito all'ordine di ispezione (Cass., 11 maggio 1982, n. 2925).

Ad oggi la rilevanza del test genetico risulta ammissibile anche se lo stesso è compiuto al di fuori del processo, non violando il principio del contraddittorio, che andrebbe ad instaurarsi nella valutazione degli esiti derivanti dalla risultanza di laboratorio⁽⁶²⁾. «L'acquisizione e l'utilizzazione, ai fini della formazione del consenso del giudice di una consulenza immunologica espletata da un esperto al di fuori del processo, ma su concorde richiesta delle parti, non possono essere denunciate sotto il profilo della violazione del contraddittorio, la cui assenza nella fase di formazione della consulenza stragiudiziale è ad essa consustanziale realizzandosi solo nel successivo giudizio, nel cui ambito ne è possibile l'acquisizione secondo la disciplina della prova documentale, salva comunque la possibilità per il giudice di porre a fondamento della decisione una perizia stragiudiziale, anche se contestata dalla controparte purché fornisca adeguata motivazione della sua valutazione».

È interessante notare il cambio di prospettiva effettuato nella valutazione della prova ematogenica; alla fine degli anni cinquanta del novecento due sentenze della Corte di Cassazione, la prima delle quali a Sezioni Uni-

si vedano invece V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1961, p. 339, e L.P. CAMOGLIO, *La valutazione della competenza*, cit., p. 192 ss.

⁽⁶¹⁾ Cfr. inoltre Cass., 25 gennaio 2008, n. 1733, in *Mass. Giust. civ.*, 2008; Cass., 22 agosto 2006, n. 18224, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 240, con nota di C.D. FIORAVANTI, *Dichiarazione giudiziale di paternità: accertamento dei presupposti di fatto e di diritto*; Trib. Brindisi, 2 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 1854, con nota di M. ROBLES, *Paternità anagrafica e (presunta) "fraternità naturale" all'ombra dell'art. 116 c.p.c.* Per la costituzionalità dell'art. 116, 2° comma c.p.c. nella parte in cui appunto consente al giudice di trarre argomenti di prova anche dal legittimo rifiuto del preteso padre di sottoporsi a prelievo ematico, si è espressa Cass., 7 giugno 2006, n. 13276, in *Ced Cassazione*, 2006; Cass., 25 gennaio 2008, n. 1738, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 790, con nota di G. FERRANDO, *Prove storiche e prove scientifiche nell'accertamento della paternità naturale*; Cass., 22 febbraio 2007, n. 4175, *ivi*, 2007, p. 787, con nota di A. RENDA, *La Cassazione recepisce l'intervento della consulta in materia di disconoscimento della paternità e (sopravvenuta irrilevanza della) prova dell'adulterio*.

⁽⁶²⁾ Cass., 24 dicembre 2013, n. 28649, in *Ced Cassazione*, 2013.

te⁽⁶³⁾, affermavano che l'esame del sangue per la ricerca della paternità era da considerarsi un mezzo di prova di scarsa attendibilità e dunque di carattere eccezionale, da utilizzarsi solamente quando mancassero altri strumenti dimostrativi. Oggi invece abbiamo evidenziato che una certa parte della giurisprudenza considera il rifiuto del presunto padre di sottoporsi al prelievo ematico, nell'ambito di un giudizio volto appunto alla dichiarazione della paternità naturale, quale comportamento che, anche se risulta essere l'unico fattore di prova, consente di ritenere accertato il legame di filiazione.

Il divario tra le due tesi è marcato: per l'una l'impiego di qualsiasi altro mezzo di prova mette fuori gioco l'impiego della genetica; per l'altra, l'intralcio all'impiego della genetica equivale sostanzialmente ad un risultato dell'esame sfavorevole alla parte che ha posto in essere l'intralcio. Il divario va riferito non soltanto ai progressi scientifici che si sono avuti nel corso del tempo e che hanno conferito a questo tipo di prova un connotato di credibilità via via crescente, ma anche all'agire della giurisprudenza; la dichiarazione richiede che ci sia qualcuno che debba prendersi cura di un figlio di cui non si sta occupando, esige, per l'una, che ci si muova con i piedi di piombo nello sforzo di attingere la verità, mentre per l'altra è sufficiente che chi resiste all'accertamento del nuovo *status* ed all'assunzione delle responsabilità che ne discendono, si comporti nel processo in modo sospetto.

Il test del DNA rappresenta l'unica prova diretta della discendenza, e non elemento utile alla valutazione scientifica del fatto, ma tale qualifica risulta essere una conquista relativamente recente, ascrivibile a due sentenze della Corte Costituzionale (nn. 50 e 266 del 2006), le quali si sono pronunciate circa gli artt. 274 e 235, 1° comma, n. 3, eliminando l'ammissibilità della prova scientifica previa dimostrazione dell'adulterio.

Si agisce pertanto escludendo la struttura bifasica di ammissibilità della prova, svincolandola dalla dimostrazione dell'adulterio, nel senso di ricondurre la responsabilità genitoriale al fatto della procreazione, indipendentemente dei risvolti legati al vincolo orizzontale tra i coniugi. Tale imposta-

⁽⁶³⁾ Cass., Sez. un., 20 febbraio 1958, n. 527, in *Mass. Giust. civ.*; Cass., 4 marzo 1960, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 129, con nota critica di F. CARNELUTTI, *Prova del sangue*.

zione, seguita anche nelle aule giudiziarie della Corte Costituzionale, andava infatti ad ostacolare anche il diritto di azione, enunciato all'articolo 24 della Costituzione.

La vis pervasiva della scienza è evidente, ma la stessa si è orientata anche nel senso di sviluppare tecniche che realizzassero il diritto alla genitorialità voluta e alla genitorialità vissuta: «le droit de filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, de l'ordre établi», si afferma autorevolmente⁽⁶⁴⁾. Con ciò intendo riferirmi alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, soprattutto nel caso eterologo, in cui non si può ricercare una trasmissione del patrimonio genetico, in quanto inesistente, ma la ricostruzione sarà orientata prevalentemente alla ricerca del consenso al ricorso alla pratica.

Esistono molte tecniche in avanzato stato di sperimentazione⁽⁶⁵⁾ che consentono di agire sulla cellula uovo, anche soprattutto per evitare malformazioni del feto; la manipolazione genetica consente nell'un caso, in applicazione degli studi compiuti in tema di clonazione⁽⁶⁶⁾, di agire su un embrione che presenti anomalie mitocondriali il quale viene disgregato nelle sue singole cellule dalle quali si estraggono i nuclei che vengono trapiantati in ovociti di un'altra donna, precedentemente enucleati, che contengono mitocondri sani.

⁽⁶⁴⁾ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Paris, 1984, p. 201.

⁽⁶⁵⁾ Nel Regno Unito, dopo una serie di indagini, il 3 giugno 2014 l'Authority HFEA ha dichiarato, tra l'altro, che: a) «the evidence it has seen does not suggest that these techniques are unsafe»; b) «there are still experiments that need to be completed before clinical treatment should be offered». Nonostante la necessità di compiere ulteriori ricerche prima di passare alla sperimentazione e poi all'applicazione del metodo, la strada è tracciata e la questione ha già suscitato un acceso dibattito parlamentare, viste le implicazioni etiche e giuridiche che ne derivano: cfr. *publications.parliament.uk*.

⁽⁶⁶⁾ Preziose e più dettagliate informazioni, nonché spunti di riflessione si rinvencono in A. MORRESI, *Figli in provetta di tre genitori*, in *Il foglio quotidiano*, 1° marzo 2013, p. 1 [nella versione in lingua spagnola *Hijos de probeta de tres progenitores*, in *Prudentia iuris. Revista del Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, 2013, 75, p. 201 ss. (consultabile anche in *bibliotecadigital.uca.edu.ar*)], che evidenzia il fatto che con il metodo menzionato si creano una serie di embrioni tutti eguali tra loro nel Dna, tanti quanti gli ovociti enucleati: non si tratta, quindi, di produrre una copia identica di un individuo (pecora Dolly), ma di formare più embrioni identici tra loro, clonando un embrione iniziale.

Il procedimento inverso prevede l'impianto di materiale mitocondriale di altra donna sull'ovocita originario, per conservare il nucleo con le proprie caratteristiche fenotipiche.

In entrambi i casi ci si troverebbe dinanzi a più donne fornitrici di materiale genetico⁽⁶⁷⁾.

La soluzione giuridica potrebbe essere quella di permettere al figlio di vedersi costituire il rapporto verso entrambe le donne oltre che verso il padre, come nei casi di adozione in casi particolari o adozione di maggiori di età, nei quali l'adottato conserva i rapporti con la famiglia di origine, trovandosi con un doppio stato giuridico, l'uno verso i genitori biologici l'altro verso quelli adottivi. Un criterio legale per l'individuazione della madre potrebbe essere quello della prevalenza quantitativa del materiale presente nella sua quasi totalità nel nucleo dell'ovocita e in minima parte nei mitocondri⁽⁶⁸⁾. Tale criterio verrebbe ad essere abbandonato nei casi in cui i nuclei provengono da una donna non più in età fertile, come nei casi di crioconservazione, che risulterebbero rivitalizzati dalla presenza di mitocondri sani ed attivi, permettendo di mantenere le caratteristiche fenotipiche della donna a cui appartiene.

Il DNA mitocondriale umano è una molecola circolare chiusa, super avvolta a doppia elica, contenente 16569 bp, la cui sequenza nucleotidica è stata interamente determinata nel 1981⁽⁶⁹⁾, nota anche come sequenza di Cambridge⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁷⁾ Nell'esposizione è voluta la mancata analisi dei risvolti etici ascrivibili a tali pratiche.

⁽⁶⁸⁾ Un gamete femminile (ovocita) è una cellula che ha per il 99,9% del suo patrimonio genetico del Dna nel nucleo e lo 0,1% al di fuori di esso, nei mitocondri, che si ereditano solo per via materna (tramite appunto gli ovociti), in quanto quelli presenti negli spermatozoi si distruggono subito dopo la fecondazione e, quindi, non vengono trasmessi alle generazioni future. Per queste ragioni, le analisi comunemente praticate per stabilire la discendenza biologica sono in grado di individuare la compatibilità con il Dna nucleare, mentre riguardo a quello mitocondriale sono necessarie indagini più accurate.

⁽⁶⁹⁾ S. ANDERSON, A.T. BANKIER, B.G. BARRELL, M.H.L. DE.BRUIJN, A.R. COULSON ET AL., *Sequence and organization of the human mitochondrial genome*, in *Nature*, 1981, 290, pp. 457-465.

⁽⁷⁰⁾ R.M. ANDREWS, I. KUBACKA, P.F. CHINNERY ET AL., *Reanalysis and revision of the Cambridge reference sequence for human mitochondrial DNA*, in *Nat Genet*, 1999, 23 (2), p. 147.

In tal caso si darebbe preferenza al DNA mitocondriale, essendo maggiormente rispondente all'interesse del nato, che si vedrebbe costituire uno *status* verso una donna che abbia un'età maggiormente consona per adempiere alle funzioni da svolgere⁽⁷¹⁾.

Ciò come ulteriore dimostrazione del carattere fortemente puerocentrico del diritto minorile, che, ponendo al centro il bambino, lo intende come moderno uomo vitruviano, fulcro, con i suoi diritti soggettivi della famiglia, cioè di quella formazione sociale cui il diritto oggettivo riconnette la funzione di massima realizzazione della sua dimensione affettiva. Garantendo in conclusione la personalizzazione delle istanze di protezione inerenti al minore.

La sempre maggiore centralità che il minore all'interno del processo continua ad assumere, diviene causa scatenante l'obbligo di accettare il ruolo spettante al giudice, quale unico soggetto capace di cogliere l'effettiva convenienza dell'accertamento dello *status* in capo al figlio⁽⁷²⁾. La Corte non può ignorare «che il perseguimento della verità del rapporto di filiazione può costituire causa di grave pregiudizio per il minore, che può essere costretto, talvolta anche dopo molti anni, ad un repentino allontanamento dall'ambiente familiare nel quale è stato inserito, eventualmente anche con frode»,

⁽⁷¹⁾ Ciò accade già nella normativa inerente alle adozioni (l. 184/1983).

⁽⁷²⁾ Corte cost., 20 luglio 1990, n. 341, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2132 ss., che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274, 1° comma c.c., nella parte in cui, ove si tratti di minore infrasedicenne, non prevede che la detta azione di reclamo promossa dal genitore esercente la potestà sia ammessa solo ove ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore. La censura è accolta per contrasto con l'art. 3 Cost e con il principio di razionalità, «essendo incoerente col rilievo sistematico centrale che nell'ordinamento dei rapporti di filiazione, fondato sull'art. 30 Cost., assume l'esigenza di protezione dell'interesse dei minori» (§ 4). Non vale obiettare che il procedimento preliminare di delibazione dell'ammissibilità dell'azione è preordinato a garantire il convenuto contro azioni temerarie o ricattatorie. La veridicità del rapporto di filiazione con il convenuto, del quale il giudice in questa prima fase del giudizio deve controllare l'esistenza di seri indizi, è pure un elemento dell'interesse del minore. «Non vi è quindi alcun ostacolo di ordine logico, e tanto meno tecnico, ad allargare il giudizio al controllo dell'altro aspetto di tale interesse, cioè la convenienza al minore dell'accertamento formale del rapporto di filiazione» (§ 5).

in quanto questo dipende esclusivamente dalla durata del giudizio, durante il quale il minore consolida i legami affettivi⁽⁷³⁾.

Alla luce di tali pratiche che consentono la ricostruzione dello *status* di figlio, si comprende come, oltre a dati genetici, sia necessario riferirsi anche a fattori legislativi, quali la rilevanza dello *status* di genitore per una definizione completa dello *status* unico di figlio.

5. Lo *status*, inteso come concetto ontologicamente relazionale, vede il figlio titolare di diritti e doveri. Tali diritti sono stati definiti da Martha Minnow come diritti relazionali, corroborati da una interdipendenza affettiva⁽⁷⁴⁾. Questi diritti sono fondamentali e connotati da un imprescindibile substrato affettivo, che lungi da una ricostruzione egoistica, nel senso di essere pretese giuridicamente tutelate, sono considerati in senso biunivoco. Il concetto si comprende nella dizione: *Social Relational Approach*.

Si evince pertanto come, per poter descrivere compiutamente lo *status* unico di figlio, sia opportuno comprendere lo *status* unico di genitore: questi è tale nell'ottica del rispondere alle esigenze del figlio, tale per il solo fatto di essere stato *cogitatus*.

Parte della dottrina, per descrivere l'unità funzionale della famiglia fa ricorso ad elementari concetti di aritmetica. Utilizzando il "per" è possibile dedurre l'unità funzionale del legame familiare, in cui genitore il figlio si identificano, nell'ottica della sussidiarietà del "per". Si rende l'autorità dell'uno, intesa come munus educativo, innato per posizione nei fatti di vita, e la debolezza del dell'altro, un insieme unico.

Ciò a cui oggi si assiste è la disgregazione dell'unità in quanto al "per" si sostituisce il "più", caratteristico di formazioni sociali meno solidali della

⁽⁷³⁾ Corte cost., 22 aprile 1997, n. 112, cit., § 3. La questione è stata posta in luce di recente, a proposito di figli nati da pratiche di GPA (gestazione per altri), dalla stessa dottrina: fra gli altri, A. RUGGERI, *La maternità surrogata, overrosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2017, 2, p. 67.

⁽⁷⁴⁾ V. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 528 ss., spec. p. 531 ss., ed ivi riferimenti.

famiglia e tendenti alla realizzazione egoitaria dei membri, in cui ognuno guarda alla realizzazione di se stesso. Sta pertanto all'ordinamento l'onere di ricostruire la dialettica tra egoità e diritti della personalità, nel senso di manifestazione degli assiomi della cultura trainanti le strutture giuridiche. Ciò al fine di evitare che il concetto di *status* divenga foriero di diversità, in attuazione del manifesto programmatico della riforma sulla filiazione, che pone come criterio generale l'unicità dello *status* di figlio; onde evitare che l'individualismo esacerbato possa sconfinare nel nichilismo.

Come ha sostenuto il sociologo Émile Durkheim (1858-1917), l'individuo è un prodotto sociale che nasce dalla società come rappresentazione, ma anche come categorizzazione degli stimoli delle riflessioni dell'esperienza e del vivere quotidiano.

Il rischio che si corre è quello di sconfinare nel nichilismo come sintesi di una triade dell'ego che ricomprende egoismo, egotismo ed egocentrismo.

Si intende per egoismo il ritenere che ogni azione sia finalizzata a soddisfare un interesse personale.

Per egotismo, l'atteggiamento psicologico che porta ad adorare le nostre azioni e le nostre immagini in modo narcisistico.

Per egocentrismo il fatto di porre il proprio io al centro di qualsiasi evento.

L'individualismo non deve essere confuso con la miscela dei tre atteggiamenti psicologici, l'individuo non corrisponde al suo ego.

La valorizzazione dell'individuo si iscrive anche nella diversa considerazione della famiglia: da sempre descritta per essere cellula germinale della società, nel senso di *seminarium rei publicae*: si presupponeva che al suo interno si riproducessero, sia pure in minima parte, le tensioni sprigionate quotidianamente nel contesto sociale civile.

Fino al 1975 gli interessi del gruppo erano predominanti rispetto a quelli del singolo. Tendenza che si inverte quando l'attribuzione di garanzia dei diritti individuali nel rispetto della personalità dei membri la famiglia, fanno sì che questo diventi luogo di realizzazione di un'esperienza di vita condivisa, e non più compressione e mortificazione delle esigenze del singolo, ma sede di autorealizzazione crescita, più che come membro della famiglia, come persona.

In conclusione, si vorrebbe valorizzare lo *status filiationis* ricomprendendolo all'interno del nuovo concetto di famiglia, che, come abbiamo visto, lungi dall'identificarsi con l'archetipo organizzativo classico, la cui monoliticità è stata disgregata a causa di spinte centrifughe, si orienti piuttosto a intendere il concetto di famiglia quale esito variegato e proiezione multiforme delle personalità individuali, come definite dal reclamo della propria identità individuale.

*Modifica delle condizioni di divorzio e affidamento della prole.
A proposito di un recente provvedimento del Tribunale di Perugia*

[ALESSANDRO MARCECA^(*)]

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Le argomentazioni della ricorrente a sostegno della propria richiesta. – 3. Competenza territoriale in caso di modifica delle condizioni di divorzio. – 4. L'ordinanza del Tribunale di Perugia n. 8695/2018. – 5. Conclusioni.

1. Tizio e Caia contraevano matrimonio con rito concordatario, optando per il regime patrimoniale di comunione legale dei beni. Dal matrimonio nasceva un figlio. Successivamente, dato che l'unione coniugale si incrinava sempre di più e la convivenza diveniva impossibile da proseguire, i coniugi dapprima presentavano ricorso congiunto per la separazione consensuale (separazione poi omologata dal Tribunale), poi presentavano ricorso congiunto per la cessazione degli effetti civili del matrimonio. In seguito a quest'ultimo ricorso il Tribunale civile di Perugia dichiarava con sentenza la cessazione degli effetti civili del matrimonio disponendo l'affido condiviso del figlio con collocazione prevalente presso l'abitazione della madre, con facoltà per il padre di vederlo e tenerlo con sé, sostanzialmente, quando avesse voluto. In seguito Caia presentava ricorso per la modifica delle condizioni di divorzio chiedendo, in luogo dell'affido condiviso del figlio, quello esclusivo in proprio favore.

2. In seguito alla pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'ex marito (e padre del minore) non aveva avuto più alcun tipo di rapporto con il figlio, lo aveva cercato telefonicamente e per pochi minuti solo in un'occasione (mai per il compleanno o per le altre festività), non si

^(*) Avvocato del Foro di Perugia.

era mai informato delle sue condizioni di salute (nemmeno in occasione dei due interventi chirurgici cui veniva sottoposto il figlio), dell'andamento scolastico, della sua crescita rivelandosi, pertanto, un genitore particolarmente assente e del tutto disinteressato e si era, altresì, reso moroso nel versamento del mantenimento e nella contribuzione delle spese straordinarie relative al minore.

Pertanto, nellà realtà, il figlio minore aveva sempre e solo vissuto con la madre (unitamente ai nonni materni), condividendo con la stessa i momenti più significativi della sua vita, da cui, d'altro canto, il padre era sempre stato, sistematicamente e volontariamente, assente.

Tutte queste circostanze inducevano la madre a chiedere, in parziale modifica della sentenza dichiarativa della cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'affidamento esclusivo del minore in capo alla medesima in luogo dell'affido condiviso, andando a ripercorrere il costante filone giurisprudenziale in materia di affidamento esclusivo, che in favore di tale affidamento si è pronunciato, in vario modo, nel tempo⁽¹⁾.

Incidentalmente la madre, dato che il padre si era comunque anche reso moroso rispetto all'obbligo di mantenimento del figlio minore (sia a titolo di mantenimento ordinario che per contribuzione nella misura del 50% delle spese straordinarie via via sostenute dalla madre nell'esclusivo interesse del minore medesimo), richiama un orientamento giurisprudenziale (trib. Napoli, 30 maggio 2003) secondo il quale «Il Giudice, qualora nel corso di un procedimento (nella specie *ex art. 710 c.p.c.*) acquisisca la prova dell'inadempimento del genitore obbligato a contribuire al mantenimento del figlio minore, pur in mancanza di specifica domanda del

⁽¹⁾ Cfr. Trib. Caltanissetta, 30 dicembre 2015, in *leggiditalia.it*, secondo cui «Il padre che violi l'obbligo di mantenimento e neppure rispetti il regime di visite infrange il primario diritto dei figli minori a mantenere rapporti continuativi con i genitori, e pertanto viene sanzionato con la perdita dell'affidamento condiviso dei figli medesimi»; v. anche Trib. Catania, 30 dicembre 2014, in *ilfamiliarista.it*, secondo cui «Dinanzi alla costante violazione, da parte di un genitore, delle modalità relative all'esercizio del diritto di visita, violando così il primario diritto dei figli minori di mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori, in modo tale da elidere la figura del genitore non collocatario e determinare un grave pregiudizio nello sviluppo psico-fisico del figlio».

genitore beneficiario può disporre d'ufficio, nell'interesse del minore, che l'assegno sia corrisposto direttamente dal terzo datore di lavoro obbligato inadempiente».

Su tali basi, quindi, l'esponente allegava e provava la relativa circostanza dell'inadempimento all'obbligo del mantenimento, esponendo nel contempo di essere a conoscenza che l'ex marito svolgeva un'attività lavorativa (presumibilmente di lavoro subordinato), rimettendosi per il resto ai poteri officiosi del Tribunale, ciò anche alla luce di una pronuncia della Cassazione secondo cui «è stato disposto l'affidamento esclusivo proprio in ragione del comportamento del padre, inadempiente per anni all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore del figlio, e che aveva esercitato in modo discontinuo il diritto di visita»⁽²⁾.

3. L'esponente, inoltre ed incidentalmente, chiariva quale *in subiecta materia* doveva essere la competenza territoriale a decidere.

In via generale, la competenza territoriale è radicata davanti al Tribunale del luogo di residenza del soggetto a favore del quale va eseguita l'obbligazione di mantenimento, oppure del luogo in cui è residente il convenuto o ancora del luogo in cui è sorto il debito di mantenimento. Quest'ultimo si si identifica nel luogo in cui è stata pronunciata la separazione giudiziale o omologata la separazione consensuale o pronunciata la declaratoria di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Qui, tuttavia, la richiesta era solo attinente all'affidamento del figlio minore, chiedendosi l'affido esclusivo in luogo di quello condiviso.

In proposito merita di essere riportata la seguente massima del Tribunale di Pavia, 7 marzo 2016, a mente della quale «Pur mancando nella legge divorzile una disciplina specifica sulla competenza territoriale nei procedimenti di revisione delle condizioni di divorzio che riguardano l'affidamento dei minori, di tali procedimenti deve conoscere il Tribunale del luogo di residenza dei figli, in applicazione analogica di quanto previsto per i procedimenti *ex art.* 710 c.p.c. di modifica delle condizioni di separaz-

⁽²⁾ Cfr. Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Foro it.*, I, c. 428.

ione, secondo il dettato dell'art. 709-ter, 1° comma c.p.c. Le questioni che riguardano la responsabilità genitoriale devono essere decise dal Tribunale più prossimo alla sede degli interessi del minore»⁽³⁾.

Il criterio di residenza del minore diviene, allora, criterio regolatore della competenza in materia di modifica delle condizioni di separazione e divorzio *ex art.* 710 c.p.c. Entro questo ambito giurisdizionale, peraltro, il Tribunale di Milano ha avuto modo di tracciare un ulteriore confine in punto di competenza: secondo l'indirizzo inaugurato con il decreto del 30 gennaio 2013 del Tribunale di Milano, non è rinvenibile alcuna disposizione speciale in materia di giudizi promossi *ex art.* 710 c.p.c. analoga ed assimilabile all'art. 12-*quater* della legge divorzile (sia pure nella sua formulazione di portata limitativa rispetto al duplice riferimento di cui all'art. 20 c.p.c.) e ciò anche evidenziando che il legislatore del 2006 ha ritenuto di intervenire espressamente sul punto della normazione della competenza territoriale con il 1° comma, ult. parte dell'art. 709-ter c.p.c. Pertanto, poiché tutta la normativa – dal 2005 in poi – ha sempre più inteso individuare una disciplina processuale tendenzialmente unitaria per la separazione e per il divorzio ed ha altresì, con plurimi interventi, coniato nuovi criteri di competenza speciale per una materia che non vi è dubbio si distingue da quella elettivamente contrattuale, deve ritenersi la competenza territoriale del Tribunale nel cui circondario ha la residenza il minore nei procedimenti aventi ad oggetto la modifica delle condizioni di separazione e/o divorzio inerenti unicamente l'affidamento dei minori.

Lo stesso decreto testualmente riporta: «Rilevato, dunque, che viene così opportunamente valorizzato il criterio della “prossimità” geografica, quanto a dire quello della competenza del foro che sia più strettamente collegato alle parti al momento dell'instaurazione del giudizio e, ove le stesse abbiano diverse residenze, quello inerente al convenuto per essere quest'ultimo di carattere generale e, dunque, prioritario; rilevato che il medesimo criterio di prossimità ha, del resto, anche ispirato il legislatore del 2006 che, con la novella n. 54 ha stabilito (art. 709-ter c.p.c.) [3] che “per i

⁽³⁾ Cfr. Trib. Pavia, 7 marzo 2016, in *ilcaso.it*.

procedimenti di cui all'art. 710 c.p.c. è competente il Tribunale del luogo di residenza del minore», competenza che deve, del resto, affermarsi anche con riguardo ai giudizi *ex art.* 9 della l. n. 898/1970 e successive modificazioni, dal momento che le disposizioni finali di cui all'art. 4 della l. n. 54 prevedono l'applicabilità della nuova disciplina anche ai giudizi di scioglimento, cessazione degli effetti civili e nullità del matrimonio».

4. Il Tribunale di Perugia, investito della domanda, con propria ordinanza n. 8695/2018 del 17 ottobre 2018 accoglieva la richiesta di affidamento esclusivo del minore. In tema di competenza per territorio, non sollevando alcuna problematica in merito, lo stesso Tribunale evidentemente ritenendosi pienamente competente, dimostrava di condividere le argomentazioni sostenute dalla ricorrente e pertanto come, in caso di richiesta di modifica delle condizioni di divorzio inerenti il solo affidamento del minore, la competenza si radicasse nel Tribunale ove ha la residenza il minore.

Nulla statuiva in merito al profilo incidentale avente ad oggetto la morosità del padre (rimettendo, quindi, la parte interessata ad altre sedi, in social modo la sede esecutiva).

L'accoglimento della domanda di affidamento esclusivo del minore veniva così motivata ed argomentata: «l'affido condiviso ad entrambi i genitori separati è, nelle intenzioni del legislatore, criterio preferenziale da adottare in caso di disgregazione del nucleo familiare: la separazione, il venir meno della convivenza e la lacerazione della famiglia non possono mai comportare il venir meno del rapporto parentale, permanendo inalterato in capo ai minori il diritto a mantenere un rapporto continuato e continuativo con ciascuno dei genitori e con gli ascendenti⁽⁴⁾ e parenti di

⁽⁴⁾ Il 1° comma dell'art. 709-ter c.p.c. si occupa di stabilire il giudice competente e, viene espressamente prevista la competenza del Tribunale in composizione collegiale del luogo di residenza del minore, per i procedimenti che vengono proposti in via autonoma nelle forme del procedimento di modifica dei provvedimenti relativi alla separazione (art. 710 c.p.c.). Più criptica appare la norma, invece, quando si riferisce a procedimenti proposti in via incidentale. In tal caso sarà competente il giudice del procedimento in corso non essendo chiaro, però, se per tale debba intendersi il giudice istruttore o il collegio. La soluzione che appare preferibile è quella di individuare la competenza sempre nel giudice istruttore in

ciascuno. Ciò non di meno il reale contenuto dell'affidamento condiviso si sostanzia nell'esercizio effettivamente congiunto della potestà genitoriale, ossia nella necessità che entrambi i genitori, seppur non più coabitanti e pur nel cessare del rapporto di coppia, continuino a "gestire" congiuntamente il ruolo genitoriale, seguendo la vita dei figli sotto ogni aspetto e concordando un progetto educativo. L'affido esclusivo ad uno solo dei genitori, in deroga al regime ordinario, può essere previsto quando appaia comprovata la incapacità dell'altro genitore di assicurare tutte le responsabilità derivanti dal proprio ruolo, che può anche essere resa manifesta da un conclamato disinteresse nei confronti del minore. Nel caso odierno, è ampiamente emerso in sede di udienza che – sebbene la madre vedrebbe con sincero favore un ipotetico recupero del rapporto padre-figlio – [Tizio] non è in grado di assumere un impegno concreto alla ripresa dei contatti e delle frequentazioni con il figlio. In particolare, il resistente – a ciò sollecitato dal giudice relatore – pur dichiarandosi in astratto disponibile, non ha articolato proposte concrete in ordine al graduale riavvicinamento al figlio ed ha anche riferito di avere una serie di problemi logistici (connessi a ragioni economiche), nel recarsi a Perugia [...] per incontrare il figlio. Né è contestato che egli, da quando è intervenuta la sentenza di divorzio, abbia cercato il figlio una sola volta al telefono e si sia completamente disinteressato della sua vita, delle sue condizioni di salute, dei suoi impegni. Tanto palesa, ad avviso del collegio, una sostanziale incapacità genitoriale di [...] nei confronti del figlio, rendendo conforme all'interesse di quest'ultimo il suo affidamento esclusivo alla madre, che eserciterà in via esclusiva – come di fatto accade da anni – la responsabilità genitoriale per tutte le questioni attinenti il figlio, anche se di maggior rilevanza [...] dispone l'affido esclusivo a [Caia] del figlio minore».

5. Il Tribunale perugino pertanto, dopo aver implicitamente affermato la competenza territoriale del foro di residenza del minore, allorquando

quanto, tale scelta, certamente potrebbe assicurare quattomeno la tempestività della tutela (G. FANELLI, *Brevi note su misure coercitive e art. 709-ter c.p.c.*, in *judicium.it*).

la modifica delle condizioni di divorzio investe unicamente questioni attinenti l'affidamento del medesimo, ha ripercorso brillantemente i tratti distintivi tra l'affido condiviso e l'affido esclusivo⁽⁵⁾ giungendo, nel caso concreto, ad accogliere il ricorso introduttivo, disponendo l'affido esclusivo.

È giunto a tale conclusione avendo come punto di riferimento esclusivamente il preminente interesse del minore che, nella maggior parte dei casi, coincide con l'affido condiviso ma, in certi altri (come quello oggetto del presente contributo), con l'affido esclusivo.

Per tutti gli operatori del settore (e non solo per gli operatori del diritto in senso lato), infatti, la “stella polare” che deve necessariamente guidare ed illuminare il proprio operato è il perseguimento del superiore interesse del minore il quale, già per il solo fatto della crisi familiare (che ha portato

⁽⁵⁾ Su cui ampia dottrina: cfr., *ex multis*, W. GIACARDI, *L'affidamento esclusivo dei minori*, in *altalex.it*; J. BLANDINI, G. BUFFONE, *Modifica delle condizioni di separazione e competenza territoriale: no all'applicazione dell'art. 20 c.p.c.*, in *ilcaso.it*; M.V. BELLO, *Affidamento condiviso e interesse del minore*, 2012, Lateran University Press; G. FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008; C. IRTI, *Affidamento condiviso e casa familiare. Prole e abitazione dopo la disgregazione*, Napoli, 2010; F. BARTOLINI, R. PASTORE, *I nuovi procedimenti di separazione, divorzio e affidamento condiviso: guida alle procedure dopo le riforme*, Piacenza, 2006; S. PATTI, L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006; L. NAPOLITANO, *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio. Dall'affidamento esclusivo all'affidamento condiviso. Esperienze pregresse e novità legislative*, Torino, 2006; M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, in *Comm. dir. it. fam. Cian-Oppo-Trabucchi*, IV, Padova, 1992; A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014; A. CORDIANO, *Danno non patrimoniale per violazione dei doveri genitoriali*, in *Familia*, 2006, p. 592 ss.; S. POLIDORI, *Affidamento dei figli minori in seguito alla crisi, diritto all'ascolto, responsabilità genitoriale*, in *Foro nap.*, 2014, p. 792; A. ARCERI, *Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 704 ss.; G. GIACOBBE, *Affidamento condiviso e esclusivo*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, 2ª ed., I, *Famiglia e matrimonio*, t. 2, Milano, 2011; A. PALAZZO, *La filiazione*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013; L. BALESTRA, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affido condiviso*, in *Familia*, 2006, p. 655 ss.; B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006; N. FAZIO, *L'affido condiviso*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 273 ss.; G. GIACOBBE, *Potestà dei genitori e progetto educativo*, in *AA.VV.*, *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2015; C.M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, II, p. 676 ss.; M. DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, Torino, 2008; F. RUSCELLO, *Affidamento “condiviso”, “collocazione abitativa” del figlio e dovere di “cura” dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 147 ss.; G. CASABURI, *Dall'affidamento congiunto all'affidamento condiviso*, in *Foro it.*, 2006, I, 5, c. 1406 ss.

alla disgregazione del nucleo familiare con la separazione dei genitori e/o il divorzio), ha subito un notevole contraccolpo psicologico che si deve cercare, appunto, di ridurre quanto più possibile (con la consapevolezza che l'eliminazione totale non è possibile) con tutti gli strumenti che l'ordinamento offre.

Recensione a G. Abbritti (a cura di), L'Istituto di Medicina del Lavoro dell'Università degli Studi e dell'Azienda Ospedaliera di Perugia dalle origini ai nostri giorni, Cultura e Salute Editore, Perugia, 2021

[ANTONIO PALAZZO^(*)]

L'omaggio ricevuto dal Professore Giuseppe Abbritti su "Istituto di Medicina del Lavoro dell'Università degli Studi e dell'Azienda Ospedaliera di Perugia dalle origini ai nostri giorni" si è rivelato per me un importante ricordo dei miei studi preparati per le lezioni di Diritto del lavoro, materia del mio incarico, ricevuto all'Università di Palermo negli anni Sessanta.

Le interrelazioni tra legge e medicina hanno origini nella filosofia antica, dove avevamo comuni strumenti ermeneutici per conoscere patologie negoziali per il diritto, e patologie del corpo per la medicina.

La mia lettura del volume di Abbritti si è soffermata sulla sua insuperabile Relazione dal titolo "I ricordi di Giuseppe Abbritti", e soprattutto su "Le caratteristiche cliniche della polineuropatia dei calzaturieri e iniziative per la prevenzione": si trattava di «persone che erano sovente depresse, sia per le loro condizioni fisiche sia anche, e principalmente, per la grave incertezza che avevano sul loro futuro».

E sulla successiva lettura su i «bambini di Deruta, cittadina ricca di piccole fabbriche che producevano ceramiche artistiche riccamente decorate con colori contenenti piombo, che avevano valori significativamente più elevati di piombo nel sangue». Vennero coinvolte le autorità sanitarie, regionali e locali «per mettere in atto stringenti misure preventive, informando sia le famiglie e le autorità scolastiche e, in particolare, gli imprenditori del settore.

^(*) Accademico dei Giusprivatisti Europei, Università di Perugia, *Editor in Chief*.

Al fine di ridurre l'uso di coloranti contenenti piombo e di evitare l'inquinamento dell'ambiente esterno».

Altri casi, che riguardano interessanti interrelazioni tra medicina, diritto e società vengono analizzati nella Relazione, suscitando ammirazione per l'apice raggiunto dall'Istituto riconosciuto ormai in tutto il mondo.

In memory of Giovanni Barberini (Antonio Palazzo)

Issue 2021 of Review “Diritto e Processo” in memory of Giovanni Barberini (Roma, 1932, 22th July – Perugia, 2021, 20th February), University professor, lawyer, jurist, writer, mentor and friend.

Giovanni Barberini è stato uno dei più importanti studiosi del diritto ecclesiastico e canonico e dei rapporti tra la Santa Sede e i vari Stati. Autore di numerosi lavori monografici, saggi, voci enciclopediche ed articoli, si è laureato in giurisprudenza all’Università degli Studi di Perugia ed in “*utroque iure*” presso la Pontificia Università Lateranense. Presso l’Ateneo perugino ha percorso tutta la carriera accademica, da Assistente a Professore ordinario. È stato Direttore dell’Istituto di Diritto Pubblico e Presidente del Corso di laurea in Scienze Giuridiche, Delegato del Rettore per il Sistema Bibliotecario e componente della Giunta d’Ateneo con delega per i Centri di Servizio. Ha promosso e diretto come coordinatore il Dottorato di ricerca in “Diritto ecclesiastico-Diritto canonico”. Ha ricoperto vari incarichi esterni: è stato membro della Commissione Italiana della CSCE, poi OSCE, presso il Ministero degli Affari Esteri; componente del Panel internazionale di esperti sulla libertà religiosa presso l’ODIHR a Varsavia; docente presso l’Istituto Diplomatico del Ministero degli Affari Esteri ed il Centro Alti Studi della Difesa; docente di “*Ius civile de re ecclesiastica*” presso la Pontificia Università Lateranense e professore associato presso l’Istituto di Studi Giuridici Internazionali del CNR, nonché responsabile, presso detto Istituto, del Centro di Documentazione dell’Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa; ha collaborato con l’Institut Catholique di Parigi ed ha svolto attività didattiche all’Università di Friburgo; è stato professore associato all’Istituto di diritto canonico dell’Università di Strasburgo e professore a contratto, nonché membro del Collegio dei docenti del Dottorato in “Teoria politica”, presso la Facoltà di Scienze Politiche della Libera Università Internazionale degli Studi Sociali (LUISS) di Roma, ove è stato anche responsabile dell’Osservatorio “Paolo Ungari” sui diritti umani.

La sua attività di ricerca, che vede all’attivo oltre centocinquanta pubblicazioni scientifiche, si è incentrata prevalentemente sull’analisi degli ordinamenti dell’Europa dell’est, ove ha svolto direttamente studi e ricerche attraverso prolungati

soggiorni in Jugoslavia, Polonia, Bulgaria, Ungheria, Romania, Cecoslovacchia e Repubblica Democratica Tedesca. Tra i suoi ultimi saggi monografici vogliamo in questa sede ricordare: *Al di là della cortina di ferro. Ricordi di un viaggiatore solitario*, Perugia, Volumnia Editrice, 2005; *L'Ostpolitik della Santa Sede. Un dialogo lungo e faticoso*, Bologna, Il Mulino, 2007; *La diplomazia di mons. Agostino Casaroli*, Lecce, Libellula Edizioni, 2009; *Pagine di storia contemporanea. La Santa Sede alla Conferenza di Helsinki*, Siena, Cantagalli, 2010; *Il contributo della dottrina cattolica per l'elaborazione dei principi di diritto internazionale*, Cosenza, Pellegrini, 2012; oltre ai manuali in più edizioni, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli; *Diritto ecclesiastico* (unitamente a M. Canonico), Torino, Giappichelli; *Elementi essenziali dell'ordinamento giuridico canonico*, Torino, Giappichelli; *Elementi essenziali dell'ordinamento canonico* (unitamente a M. Canonico), Torino, Giappichelli.

In memory of Beniamino Caravita di Toritto (Antonio Palazzo)

Issue 2021 of Review “Diritto e Processo” in memory of Beniamino Caravita di Toritto (Roma, 1954, 19th April – 2021, 25th November), University professor, lawyer, jurist, writer, mentor and friend.

Beniamino Caravita è stato uno dei più eminenti studiosi del diritto pubblico e costituzionale. Autore di numerosi lavori scientifici, si è laureato in giurisprudenza all'Università di Roma, discutendo una tesi in diritto comparato (relatore Gino Gorla). Ha insegnato nell'Università degli Studi di Perugia, nell'Università “La Sapienza” di Roma e nella Libera Università Internazionale degli Studi Sociali (LUISS) di Roma. È stato Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università telematica internazionale “Uninettuno” e Direttore responsabile della Rivista telematica “federalismi.it”, nonché Coordinatore scientifico della Fondazione FormAP. Ha svolto numerosi importanti incarichi istituzionali, tra i quali, di recente, quelli di componente della Commissione per le riforme costituzionali, nominata dal Presidente del Consiglio dei Ministri; di componente e poi Vicepresidente del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti; di membro italiano dell'Agenzia europea dei diritti fondamentali (già EUMC); di componente del tavolo tecnico presso la Presidenza del Consiglio per l'attuazione della legge costituzionale n. 1/1999. Avvocato cassazionista dal 1992, la sua attività si è incentrata nei settori del diritto costituzionale, regionale, elettorale, sanitario, nonché in quello delle telecomunicazioni, della concorrenza, della tutela del credito e del risparmio, dei trasporti aerei e marittimi, del diritto d'autore e della proprietà intellettuale, dei beni culturali e della tutela della privacy; oltre che del diritto dell'ambiente, dell'energia, dell'urbanistica ed edilizia, dei contratti pubblici, degli enti locali e delle procedure concorsuali. È stato commissario liquidatore di numerosi gruppi di società in amministrazione straordinaria.

La sua attività di ricerca si è incentrata prevalentemente sul diritto costituzionale e dell'ambiente e sui profili giuridici dell'integrazione nazionale e sovranazionale. Tra i suoi recenti saggi monografici vogliamo in questa sede ricordare: *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2002; *Diritto dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2005; *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*,

Torino, Giappichelli, 2009; *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*, Napoli, Jovene, 2012; *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, Giappichelli, 2015; *Ai margini della dissentig opinion*, Torino, Giappichelli, 2021; oltre alle curatele, *La potestà regolamentare di Comuni e Province*, Napoli, Jovene, 2011; *La giustizia costituzionale in trasformazione. La Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, Jovene, 2012; *Gli organi di garanzia delle magistrature*, Napoli, Jovene, 2013; *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, Torino, Giappichelli, 2021.

Focus and Scope

The Review publishes original papers covering a large array of topics in Law, general theory of Law and multidisciplinary studies i.e. ethic issue, legal aspect of technology etc.

The Review aims to provide also a forum which facilitates the development of the legal aspects – especially in any field of private law is welcomed – of the scientific research and innovation, at European and International levels.

Particular attention will be paid on the rights, obligations and the legal relationships arising from the research and innovation activities, as well as on the contracts to carry out the scientific researches and to exploit the results either in academic, market contexts and human rights.

The Review will study the legal discipline of the European and National policies and of the legal instruments to implement them, especially the funding programmes and Human rights.

Publication Frequency

Published one times a year.

During the year will be published special number on specific issue.

Open Access Policy

The Review provides immediate open access to its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge.

The Review provides open access to all of it content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge.

The Review is Digital Object Identifier (DOI).

About the Journal

The Review offers authors the possibility to have their papers accepted in less than three months. The undertaking by the Editorial board to provide a decision within ten weeks from the submission date is motivated by the awareness that, in any field, research activity is characterized by an increasingly rapid circulation of ideas and scientific outcomes. It entails research findings to be published before becoming out-of-date, and hence of minor interest for policy guidance. Clearly, it cannot occur at the cost of a low-quality process of reviewing; for this reason, a direct assessment of the content of the papers, as well as a tight control on the overall reviewing process, is guaranteed by the Editorial board.

A preliminary selection might be done by the Editorial Board in order to assess the correspondence of the paper's content with the aims of the Review. This type of response, that does not necessarily imply a negative evaluation of the quality of the work, is finalized to avoid a lengthier procedure for papers with a low probability to be published. Authors have the opportunity to review corrections before publication, provided the articles are submitted to the editors in a timely manner.

Peer Review Process

Manuscripts are reviewed in an unbiased manner, receiving prompt attention by the editorial office and its referees. After a preliminary assessment of the suitability of the paper by the Editor, any paper will follow a double-blinded peer review process. The goal of the Editorial office is of providing the referees' reports, and the final decision by the Editor, within ten weeks since submission.

The whole process will be handled by the Managing Editor, to whom all inquiries should be addressed.

In order to ensure full anonymity of the refereeing process, authors are asked to write papers in a way to keep their identity from referees (refraining in particular from citing forthcoming or working papers or self-citation; references to these papers that are deemed necessary can be added in the final version, after acceptance). Referees are asked to provide reports hiding their own identity.

Submission

Technical Requirements

Submission is electronic only saved in MS Word (any version) format. At the initial stage no formatting effort is required.

Text must be saved in a simple format, without automatic hyphenation, automatic indexing of section headings, with a consistent script, with an unjustified right margin and NO activated hyperlinks or other macros.

Authors of accepted papers will be required to sign a Copyright Transfer Agreement (CTA), supplied by the Editorial office.

The paper Authors must submit their texts as an email attachment to: redazione@rivistadirittoeprocesso.eu; mmunive@eld.edu.mx; alvarez.mario@itesm.mx; stefania.stefanelli@unipg.it; valentina.colcelli@progetti.unipg.it; roberto.cippitani@unipg.it.

Author Guidelines

Submitted manuscripts should have an original content, and should not be published or under consideration for publication elsewhere. Although no maximum length of the papers is imposed, Author(s) are invited to write as concisely as possible.

The submitted file (no in pdf format) should be anonymous, double spaced and should include the title of the paper, an abstract of no more than 150 words, 3 to 4 keyword.

Fonts (Garamond or the closest comparable font available)

Main Body – 12 pt.

Summary – 9 pt.

English Abstract have to be always present – 10 pt. (limit characters: min 300, max 600)

No Tables, graphs & figures

Footnote – 10 pt.

References

Citation in text

Please ensure that every reference cited in the text is also present in the reference list (and vice versa). Any references cited in the abstract must be given in full. Unpublished results and personal communications are not recommended in the reference list, but may be mentioned in the text. If these references are included in the reference list they should follow the standard reference style of the journal and should include a substitution of the publication date with either ‘Unpublished results’ or ‘Personal communication’. Citation of a reference as ‘in press’ implies that the item has been accepted for publication.

Web references

As a minimum, the full URL should be given and the date when the reference was last accessed. Any further information, if known (DOI, author names, dates, reference to a source publication, etc.), should also be given. Web references can be listed separately (e.g., after the reference list) under a different heading if desired, or can be included in the reference list.

Reference style

AUTHORS SURNAME (SMALLS CAPITALS), Title (*Italic*), City and year of publication, pages.

Examples:

Reference to a book: A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 100.

Reference to a chapter in an edited book: A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, p. 117.

Reference to a journal publication: L. AZZENA, *Il giudice comunitario e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 613 ss.

Copyright Notice

As further described in our submission agreement, in consideration for publication of the article, the authors assign to the University of Perugia all copyright in the article, subject to the expansive personal-use exceptions described below. Attribution and Usage Policies Reproduction, posting, transmission or other distribution or use of the article or any material therein, in any medium as permitted by a personal-use exemption or by written agreement of the University of Perugia, requires credit to University of Perugia as copyright holder (e.g., University of Perugia © 2011).

Privacy Statement

The names and email addresses entered in this journal site will be used exclusively for the stated purposes of this journal and will not be made available for any other purpose or to any other party.



Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006 (rist. 2011), p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra diritto interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.
14. GIUSEPPE PALAZZOLO, *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, 2012, p. 220.
15. ROBERTO CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, 2012, p. 406.
16. ANDREA PIERINI, *Crisi finanziarie e regulation dei mercati negli Stati Uniti d'America*, 2012, p. 264.
17. DANIELE CORVI, *Frode e affidamento*, 2013, p. 298.
18. ALESSANDRO PORCELLATI PAZZAGLIA, *Equità nel mercato e tutela della concorrenza*, 2013, p. 232.
19. CARMINE LAZZARO, *La successione necessaria nella transizione verso la nuova famiglia solidale e complessa*, 2016, p. 296.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... comparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.
3. GIUSEPPE PALAZZOLO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.

4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSI, *Le fidejussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

Manuali:

1. ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI e FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

Studi Tematici:

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.
2. ANDREA SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra America Latina ed Europa*, 2011, pp. XX-468.
3. ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI (a cura di), *Class Action. Una prima lettura*, 2012, pp. X-232.
4. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, pp. XXVI-538.
5. ROBERTO CIPPITANI e STEFANIA STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, 2013, pp. VI-370.
6. JOHN ALBERTO TITO-AÑAMURO (a cura di), *La unificación del Derecho Privado en Europa y América Latina: un estudio conjunto de problemas, desafíos y proyecciones*, 2017, p. 420

Jean Monnet Chair TeKla Studies:

1. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, 2012, p. 170.

Commentari:

1. GIANCARLO SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016 n. 76, art. 1, commi 1-35*, 2016, p. 234.

Anno 21° – 2021