Annuario del Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

Volume II

a cura di G. Bergonzini, F. Godio, A. Volpato

PADOVA UP

PADOVA UNIVERSITY PRESS

Prima edizione 2024, Padova University Press
Titolo originale Annuario del Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario Vol. II

© 2024 Padova University Press
Università degli Studi di Padova
via 8 Febbraio 2, Padova
www.padovauniversitypress.it

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

ISBN 978-88-6938-438-7

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

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

a cura di
G. Bergonzini, F. Godio, A. Volpato

PADOVA UP

Indice

Il transfer pricing interno e i corrispettivi contrattuali tra principi generali ed enunciati normativi 9
Mauro Beghin

Eccesso di potere giurisdizionale e "giusto" processo nel dialogo tra le Corti 25
Cristiana Benetazzo

Sull'autorevolezza del giudice costituzionale 55
Giuseppe Bergonzini, Giovanna Tieghi

Per una nuova configurazione della fisionomia e dei poteri dell'accusa nel sistema della Corte penale internazionale 83
Massimo Bolognari

La repressione degli abusi nelle sovvenzioni pubbliche dopo il c.d. Decreto liquidità. Tra esigenze di giustizia 'sostanziale' e divieto di cripto-analogia in malam partem 103
Giovanni Caruso, Jacopo Della Valentina

L'amministrazione giudiziaria: "nuova frontiera" delle misure di prevenzione patrimoniali 145
Gabriele Civello

Nino Levi: formidabile e tragica figura di professore di diritto penale nel ventennio 165
Giovanni Cocco

Omogeneità 'federale' e conflitti tra identità nello scenario costituzionale europeo. Il caso del regolamento sulla condizionalità 201
Giovanni Comazzetto

Energy Communities in Europe. An Interdisciplinary Report on Legal Issues Raising from the EU Legislative Framework and Its Implementation in Selected Member States 223
Larissa Jane Houston, Elise C. G. Guiot, Raffaele Palermo, Bernardo Cortese, Chiara D'Alpaos

La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica 287
Marcello Daniele

Le fonti normative in materia di contrasto alla violenza contro le donne: verso un diritto penale di genere? 309
Alice Ferrato

Il controllo dell'Unione europea sugli investimenti diretti esteri inflows extra ed intra UE 333
Mariangela Gramola

Sul nuovo procedimento semplificato di cognizione 395
Marcella Negri

An overview on the "crisis" of testimonial evidence as a judicial decision-making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination 435
Pier Paolo Paulesu

*La guerra come "inutile strage": il contributo di Papa Benedetto XV alla creazione del nuovo diritto internazionale** 455
Alessandra Pietrobon

Focus su alcune novità introdotte in materia di esecuzione forzata dalla recente riforma Cartabia 475
Monica Pilloni

Populismo e costituzionalismo. La modifica dell'art. 81 della Costituzione italiana nell'esperienza italiana (2012-2019) 507
Mario Pomini

Autonomia regionale, finanza territoriale e principio democratico 527
Guido Rivosecchi

L'inutilizzabilità di prove raccolte nelle indagini fiscali "in violazione di legge" e l'acquisizione di esse con il consenso del soggetto passivo 553
Roberto Schiavolin

La Rule of Law delle fonti del diritto internazionale privato dell'Unione europea 569
Sara Tonolo

L'adeguamento del diritto processuale civile italiano alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sul rilievo delle clausole vessatorie: scenari futuribili 597
Beatrice Zuffi

Il *transfer pricing* interno e i corrispettivi contrattuali tra principi generali ed enunciati normativi

Mauro Beghin
Professore ordinario di Diritto tributario

Sommario: 1. L'idea del valore normale come strumento per la generale valutazione di congruità dei corrispettivi aziendali. – 2. Dall'enunciato normativo ai principi. – 3. Il principio settoriale (imposte sui redditi) desumibile dall'art. 9 T.U.I.R. – 4. Ragioni per le quali l'art. 9 T.U.I.R. è recessivo rispetto alla legge di interpretazione autentica emanata nel 2015 con riguardo alla portata dell'art. 110, comma 7, T.U.I.R. – 5. Conclusioni

1. L'idea del valore normale come strumento per la generale valutazione di congruità dei corrispettivi aziendali

Questo scritto prende le mosse da una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione[1], intervenuta sulla portata dell'art. 9 del T.U.I.R. e, in particolare, sul tema del dualismo tra valore normale e corrispettivo[2]. Tema, questo, di grande interesse per la sistematizzazione della fiscalità dell'impresa.

La sentenza affronta un caso di operazioni infragruppo tra società domestiche, nel quale l'Amministrazione finanziaria aveva ravvisato l'e-

[1] Cass. civ., Sez. trib., 5 marzo 2024, n. 5859 (Pres. Cirillo, Rel. Crivelli).
[2] Il riferimento è a F. Pedrotti, *La congruità dei corrispettivi tra evasione ed elusione fiscale*, Wolters Kluwer CEDAM, Padova, 2023, pp. 189 ss. Più risalente nel tempo il lavoro di L. Carpentieri, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Giuffrè, Milano, 1997, *passim*.

sistenza di cessioni di beni (dalla società sottoposta ad accertamento alla consorella) non sufficientemente remunerative rispetto ai costi sostenuti dal cedente. A fronte di tale scarsa remuneratività, l'amministrazione finanziaria ha invocato l'applicazione del principio generale estrapolato dall'art. 9 cit. e formulato nei termini che seguono: «per la valutazione ai fini fiscali delle manovre sui prezzi di trasferimento interni, costituenti il c.d. *transfer pricing* domestico, va applicato il principio, avente valore generale, stabilito dal D.P.R. n. 917 del 1986, art. 9, che non ha soltanto valore contabile e che impone, quale criterio valutativo, il riferimento al normale valore di mercato per corrispettivi e altri proventi, presi in considerazione dal contribuente».

L'enunciato lascia un po' a desiderare sul piano stilistico[3] (lo dimostra, ad esempio, il pleonastico riferimento alle « manovre sui prezzi di trasferimento interni, costituenti il c.d. *transfer pricing* domestico», come se le parti in causa non conoscessero il contesto nel quale è sorta e si è sviluppata la controversia) e anche sul piano dei contenuti. Invero, l'art. 9 del T.U.I.R. è presentato come uno strumento deputato alla generale valutazione della congruità dei prezzi, senza alcuna riflessione sulla effettiva – e ben più modesta – funzione che il legislatore ha assegnato a questa disposizione all'interno del procedimento di determinazione del reddito d'impresa.

La sentenza puntualizza, in particolare, che «avendo riguardo al principio di libera concorrenza, sotteso indubbiamente anche al disposto dell'art. 9 T.U.I.R., (…) non coinvolto dalla normativa di interpretazione sopravvenuta ed oggetto del principio di diritto, la valutazione del valore normale – indispensabile per la verifica della rispondenza dell'operazione alle logiche concorrenziali e alla sua rispondenza o meno alla manovra sui prezzi – attiene alla 'sostanza economica' dell'operazione

[3] Rinvio sul punto alle folgoranti affermazioni di L. Serianni, *Leggere, scrivere, argomentare – Prove ragionate di scrittura*, Laterza, Bari-Roma, 2013, p. VII, che così si esprime: «Qualche tempo fa, nel 'Corriere della Sera', Paolo di Stefano – deplorando i politici che si lasciano andare troppo corrivamente all'incontrollato improperio – osservava: 'la capacità di argomentare con pensieri lucidi veicolati da frasi sintatticamente evolute è una parte essenziale del loro dovere pubblico'. Sottoscrivo e rilancio, in due direzioni. Quanto al mezzo, quel che vale per il parlato (…) vale a maggior ragione per lo scritto. Quanto ai destinatari, lo stesso auspicio andrebbe esteso a molte altre categorie professionali: dai magistrati agli insegnanti, dai medici agli economisti. E c'è da fare appello anche a un dovere privato, individuale, che può riguardare ciascuno di noi: almeno se vogliamo imparare a difendere le nostre ragioni, rendendole ben strutturate e chiare prima di tutto a noi stessi». Particolarmente interessante, sull'argomento, il volume di B. Mortara Garavelli, *Le parole e la giustizia*, Einaudi, 2024, *passim*.

che va posta a confronto con analoghe operazioni stipulate in condizioni di libero mercato tra soggetti 'indipendenti' (...). In tale prospettiva va dunque valorizzata per il caso del '*transfer pricing* interno', la valutazione della 'antieconomicità' della condotta, che costituisce valido presupposto di accertamento analitico-induttivo ai sensi dell'art. 39, comma 1, lettera d), D.P.R. n. 600/1973, in quanto basato sulla *praesumptio hominis* per cui chiunque svolga attività economica dovrebbe indirizzare le proprie condotte verso una riduzione dei costi ed una massimizzazione dei profitti (...)».

I lettori e le lettrici se ne saranno resi conto: siamo entrati, quasi senza accorgercene, nel bel mezzo del problema giuridico. In effetti, il contribuente non è stato accusato della violazione di una specifica disposizione, ma del mancato adeguamento della propria condotta economica ad un principio generale non scritto. Si tratta del principio ricavato in sede giurisprudenziale mediante l'interpretazione di un enunciato normativo (l'art. 9 del T.U.I.R., come si è visto) che, a mio modo di vedere, se attentamente esaminato, non avrebbe permesso questo tipo di esercizio giuridico.

Peraltro, la sentenza non illustra le scansioni argomentative e le basi logiche che sorreggono il passaggio dal suddetto enunciato normativo al principio generale sopra riportato. Nemmeno chiarisce come e perché la violazione di un principio generale - ammesso che un siffatto principio esista per davvero - debba portare a una contestazione di evasione tributaria e non, invece, ad un rilievo in punto di abuso del diritto. È forse il caso di ricordare che, nel periodo in cui si sono svolti i fatti (il 1999), nell'ordinamento tributario italiano era già stata introdotta la clausola semi-generale antielusiva di cui all'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973[4]. Proviamo a riflettere un poco sulla sentenza sopra richiamata

2. Dall'enunciato normativo ai principi

La sentenza ci dice che quello desumibile dall'art. 9 cit. non è un principio qualsiasi, ma un principio "generale"[5]. Per quanto mi riguarda, il

[4] Sulla portata di questa disposizione la bibliografia è sterminata. Mi limito pertanto a richiamare, con poca umiltà, il mio M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, CEDAM, Padova, 2013, *passim*, dove il lettore potrà trovare tutti i riferimenti necessari all'approfondimento del tema.

[5] Tra le pubblicazioni più recenti, sull'argomento, A. Carinci, T. Tassani (a cura di), *I diritti del contribuente*, Giuffrè, Milano, 2022, *passim*.

principio generale non è ancora un principio "fondamentale"[6] o, se vogliamo, di lignaggio "costituzionale"[7], "para-costituzionale" o "euro-unitario"[8] (come si potrebbe sostenere, ad esempio, per alcuni princìpi enunciati nello statuto dei diritti del contribuente, recentemente riformato) e nemmeno un principio "settoriale", vale a dire riferito a uno specifico aspetto della fiscalità (come potrebbe essere il principio di neutralità incardinato nel meccanismo applicativo dell'IVA, o quello del divieto di libera circolazione delle perdite fiscali tra parti indipendenti, pacificamente riconosciuto, sia pure con alcune deroghe, nel comparto delle imposte sui redditi)[9].

Non voglio avventurarmi in un terreno impervio e scivoloso, perché rischierei di allontanarmi troppo dall'obbiettivo che mi sono dato quando ho deciso di scrivere questo breve commento. Probabilmente finirei per chiedermi se l'idea di un valore normale utilizzabile come termometro per la misurazione dei corrispettivi infragruppo, anche in contrasto con la volontà delle parti contraenti, non debba valere anche a favore dei contribuenti e, in caso affermativo, se l'efficacia di siffatto principio sia circoscritta all'operatività dell'Agenzia delle entrate o se essa non debba invece allargarsi anche alla fase della predisposizione delle dichiarazioni tributarie.

In effetti, qualora per davvero ci trovassimo di fronte a un principio generale, necessario al funzionamento del sistema, esso dovrebbe essere applicato ad ampio spettro, senza limitazioni e, soprattutto, senza barricarsi dietro all'idea di un funzionamento limitato alle situazioni favorevoli al Fisco, qualora si tratti di rettificare in aumento – e soltanto in aumento – gli imponibili dichiarati.

Ma come avviene la formazione dei principi generali? Sappiamo che può rispondere ad un duplice schema argomentativo, sul presupposto –

[6] Per qualche spunto, G. Pino, *L'interpretazione*, in F. Sorrentino, G. Pino, *Le fonti in generale e l'interpretazione*, in S. Mazzamuto (diretto da), *Trattato del Diritto Privato*, Vol. I, *Introduzione al diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 350.

[7] Sul raccordo tra princìpi e funzione impositiva cfr. A. Giovannini, *Per principi*, Giappichelli, Torino, 2022, *passim*.

[8] Cfr. al riguardo A. La Scala, *I princìpi fondamentali in materia tributaria in seno alla Costituzione dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2005, *passim*.

[9] Vedi P.L. Cardella, *La disciplina delle perdite nelle operazioni straordinarie*, in E. della Valle, V. Ficari, G. Marini (a cura di), *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, Giappichelli, Torino, 2009, *passim*. Ma anche P. Stizza, *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario. Contributo allo studio*, CEDAM, Padova, 2011, *passim*.

scontato – che, sul piano della teoria generale, i princìpi e le regole sono norme giuridiche[10].

Possono esistere princìpi generali dei quali l'operatore (funzionario, giudice, consulente) deve tener conto per l'individuazione della regola da applicare ad un caso concreto. È un ragionamento che potremmo chiamare, in modo un semplicistico (ma chiaro), discendente. Una volta che sia stata fissata la norma-principio, la si può orientare verso il basso su di un numero indeterminato di situazioni, forgiando la regola necessaria alla soluzione del caso del quale ci si sta occupando.

Beninteso: i princìpi generali non esprimono direttamente la regola. Non dicono, ad esempio, che un determinato reddito deve essere assoggettato ad imposta e che un altro reddito, per contro, non deve esserlo. Nemmeno possono stabilire che un certo costo può essere dedotto mentre un altro non può esserlo, oppure può esserlo solamente in parte o in una annualità diversa da quella presa in considerazione.

Infatti, i princìpi generali costituiscono strumenti utili alla concretizzazione della regola, in modo che, con riguardo al caso del quale ci si sta occupando, codesta regola sia dapprima individuata e, in un secondo momento, applicata.

Orbene, qualora esistesse un principio generale in base al quale i corrispettivi delle cessioni infragruppo debbano *tout court* essere rettificati in caso di divergenza dal valore normale, noi non saremmo in grado di mettere a fuoco l'esatto perimetro del precetto. In effetti, non saremmo nella condizione di affermare con sicurezza (in mancanza, appunto, di una disposizione specifica) se codesto principio debba comportare un intervento sul fronte dei proventi, con la conseguente maggiorazione degli stessi, oppure sul fronte dei costi, attraverso la loro riduzione. Per muovere nell'una o nell'altra direzione dobbiamo necessariamente adattare quel principio alla regola prevista per il caso concreto. Perciò il principio

[10] Per qualche spunto vedi il recente volumetto di R. Bin, *Come ragionano i giuristi (e come imparare a farlo)*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 38, che così si esprime al riguardo: «La distinzione tra questi due tipi di norme giuridiche è un tema che appassiona i teorici del diritto di tutto il mondo. Semplificando al massimo, si può dire che, mentre una regola è costruita collegando un comportamento (descritto nella 'fattispecie') ad una conseguenza giuridica ('se fai questo, dovrà accadere questa conseguenza') i princìpi si limitano a enunciare il 'favore' per certi beni ritenuti importanti, chiedendo che essi siano 'ottimizzati'. Sono quindi norme giuridiche senza fattispecie. Se questa distinzione non vi soddisfa, non preoccupatevi: le discussioni su cosa siano i princìpi sono vive in tutto il mondo, senza conclusioni appaganti». Sui princìpi come generalizzazioni vedi G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 310 ss.

generale interagisce con la regola particolare e in questo senso può portarci a concludere nel senso che i ricavi determinati attraverso i corrispettivi dovranno essere sostituiti dai ricavi determinati sulla base del valore normale.

Qui possiamo riflettere ancora, ritornando al passaggio della sentenza, già richiamato in questo scritto, stando al quale «chiunque svolga un'attività economica dovrebbe indirizzare le proprie condotte verso una riduzione dei costi ed una massimizzazione dei profitti».

Ma cosa significa? Che di fronte ad un'operazione antieconomica l'Amministrazione finanziaria deve in ogni caso disconoscere i costi? Oppure che di fronte a operazioni con ricavi poco remunerativi il Fisco è obbligato *tout court* aumentare i proventi tassabili?

È chiaro come la risposta non possa essere estrapolata dal principio generale ed è per questo – si sostiene – che i princìpi non vivono in una dimensione categorica (del tipo: "fai questo", "fai quello"; "non fare questo", "non fare quello") ma ponderativa[11]. In altre parole: preso da solo, il principio non porta a nulla, mentre può funzionare in sede interpretativa lavorando ai fianchi la disposizione sulla quale esso ricade.

Questo schema di ragionamento (sto parlando – lo ripeto – dell'operatività dei princìpi generali) può anche essere capovolto, cioè muovere dal basso e andare verso l'alto. Pare che la sentenza citata nel primo paragrafo sia andata esattamente in questa direzione.

Osservo come possano darsi situazioni nelle quali, movendo da uno o più enunciati normativi, vale a dire movendo da una o più regole specifiche, si può risalire al principio generale che quelle stesse disposizioni spiegano o giustificano.

Qui il modello argomentativo è di tipo ascendente: dal basso verso l'alto. La letteratura[12] ritiene che il passaggio dagli enunciati normativi al principio si attui su di un binario non necessariamente riconducibile ad una situazione di certezza (data una regola, esiste quel principio, e solamente quello), ben potendo collocarsi all'interno di uno schema probabilistico. Se ne deduce che i passaggi logici potrebbero assomigliare, grossomodo, ai seguenti: date le norme *alfa beta* e *zeta*, contrassegnate da una determinata caratteristica, si dirà che il principio *gamma* è quello che meglio spiega quella caratteristica. In altre parole, in mancanza del principio generale *gamma*, non si comprenderebbero le ragioni per le quali le norme esaminate manifestino la caratteristica di cui si è detto. Per questo

[11] G. Pino, *L'interpretazione*, cit., p. 357.
[12] G. Pino, *L'interpretazione*, cit., pp. 352 ss.

motivo si può concludere nel senso che nel nostro ordinamento esiste, per l'appunto, il principio generale *gamma*.

Il punto è proprio questo: il transito dalle singole regole al principio generale presuppone un'attenta disamina degli enunciati normativi posti alla base del ragionamento. È esattamente l'esercizio che andrò a svolgere tra poco, con riferimento all'art. 9 del T.U.I.R. Ma con un'avvertenza. Invero, gli enunciati normativi non vanno selezionati in modo arbitrario o, quel che sarebbe peggio, casuale. Vanno presi come sono e per quello che sono, così come rinvenibili dal sistema delle fonti.

Nel caso in cui una determinata situazione sia trattata da due disposizioni, non ci si può limitare ad assumere la prima come regola confermativa del principio, ignorando, allo stesso tempo, la seconda, soltanto perché la smentisce. Un comportamento del genere, se attuato in un'aula giudiziaria, determinerebbe uno sviamento della funzione e porterebbe al "diritto libero", basato sulla propensione selettiva (o sulle preferenze) del giudice anziché sulle scelte legislative.

3. Il principio settoriale (imposte sui redditi) desumibile dall'art. 9 T.U.I.R.

L'art. 9 del T.U.I.R. si occupa delle seguenti tematiche: a) la nozione di valore normale e il procedimento per la sua determinazione (commi 3 e 4); il comma 4, in particolare, riguarda il valore delle azioni, delle quote, delle obbligazioni e degli altri titoli; b) la specificazione normativa della cessione a titolo oneroso (comma 5), che è riferita anche agli atti che comportano la costituzione o il trasferimento di diritti reali di godimento e ai conferimenti in società[13]; c) la determinazione del reddito complessivo (comma 1), tenuto conto del ruolo svolto, nel sistema delle imposte dirette, dalle categorie di reddito; d) la determinazione dei corrispettivi espressi in valuta estera (comma 2, primo periodo); e) la determinazione

[13] Rinvio per approfondimenti a G. Corasaniti, *Profili tributari dei conferimenti in natura e degli apporti in società*, CEDAM, Padova, 2008, *passim*; F. Pedrotti, *Cessione di aziende e di partecipazioni sociali nel reddito di impresa ai fini dell'IRES*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim*; A. Turchi, *Conferimenti e apporti nel sistema delle imposte sui redditi*, Giappichelli, Torino, 2008, *passim*. Sulla spiegazione dell'art. 9, comma 5, Tuir come regola di tassazione "per simmetria" cfr., per tutti, R. Lupi, *Debolezza concettuale delle considerazioni di simmetria fiscale alla base dell'imponibilità delle plusvalenze da conferimento*, in R. Lupi, D. Stevanato (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 98.

dei corrispettivi in natura e di quelli riferibili ai conferimenti di beni in società (comma 2, secondo e terzo periodo)[14].

Si osservi come la parte dell'art. 9 cit. indicata *sub* e) sia l'unica nella quale i corrispettivi incrociano il valore normale. Si noti altresì come tale contatto tra corrispettivo e valore normale non serva affatto a un giudizio di congruità nell'ottica dei controlli, in vista dell'eventuale notifica di un avviso di accertamento, ma risponda ad un'esigenza di mera conversione in denaro di componenti reddituali originariamente espresse in natura.

Il contesto al quale si riferisce questa parte dell'art. 9 cit. non è, pertanto, patologico, ma fisiologico. Dietro alle quinte non c'è alcuna esigenza di contrastare spregiudicate manovre sui prezzi praticati infragruppo, da reprimere attraverso provvedimenti impositivi. Al contrario, c'è la necessita di impostare, secondo modalità condivise e nella prospettiva della certezza del diritto, l'ordinaria funzione di determinazione delle basi imponibili. La disposizione serve proprio a questo: misurare in denaro ciò che non è espresso in denaro. Tutto qui.

Ne discende che la regola ricavabile dall'art. 9 T.U.I.R., nella parte qui sopra richiamata (che – ripeto – è la sola alla quale si può attribuire un senso in questo contesto, perché è la sola nella quale il valore normale prende il posto del corrispettivo), giustifica o spiega, secondo il modello indicato più in alto, il principio così sintetizzabile: "le componenti del reddito d'impresa dipendenti dal valore mercantile di un bene sono convertite in denaro sulla base del loro valore normale".

Diversamente da quanto ritiene la sentenza richiamata in apertura del mio scritto, si tratta, più che di un principio generale, di un principio settoriale riferibile al comparto delle imposte sui redditi. Aggiungo che il principio qui sopra formulato si giustifica anche alla luce di altre norme giuridiche, quali, ad esempio, quelle riguardanti l'assegnazione dei beni ai soci, l'autoconsumo oppure la destinazione dei beni a finalità estranee all'esercizio dell'impresa[15]. Mi riferisco a fattispecie nelle quali la determinazione del provento (sotto forma di ricavo o di plusvalenza) non può prescindere dalla misurazione economica dei beni assegnati, autoconsumati o comunque estromessi dal circuito imprenditoriale. Qui il corrispettivo non c'è, ma c'è l'esigenza di determinare componenti positive di reddito agganciate al valore dei beni formanti oggetto dell'operazione.

[14] È chiaro che, se i conferimenti di beni in natura sono trattati, ai fini delle imposte sul reddito, come operazioni di cessione a titolo oneroso, tali cessioni devono accompagnarsi a un prezzo. Siamo nel mondo delle finzioni giuridiche.
[15] Cfr. artt. 57, 58 e 86 T.U.I.R.

Orbene, nel caso del *transfer pricing* domestico non c'è alcun problema di conversione in denaro di corrispettivi originariamente fissati in natura, perché i prezzi dei quali si è discusso nella sentenza in esame erano stati sin dall'inizio pattuiti in moneta. E qui ci si ferma.

Certamente possono presentarsi, nella pratica, situazioni nelle quali i corrispettivi non sono congrui, soprattutto quando il differenziale tra prezzo e valore sia sintomatico di un occultamento di materia imponibile. Ciò accade, ad esempio, nella fattispecie delle vendite sottocosto oppure in quelle in cui ci siano acquisti a prezzi troppo elevati tra parti indipendenti. In un contesto siffatto, il confronto tra valore normale e prezzo potrebbe essere d'aiuto all'Amministrazione finanziaria nell'impostazione della linea d'accusa. Di fronte a corrispettivi che si allontanino in modo plateale dai valori mercantili, il Fisco potrebbe chiedere spiegazioni e, di fronte a giustificazioni poco convincenti, potrebbe emettere il provvedimento impositivo. Non è il caso di soffermarsi ora su questo aspetto del procedimento. Ma nel caso esaminato dalla sentenza in rassegna il problema non sembra affatto annidarsi nel nascondimento del corrispettivo e nelle conseguenze che da codesta situazione potrebbero derivare. Semmai il tema di fondo è quello della manipolazione dei prezzi a vantaggio del 'gruppo' societario: una manipolazione pilotata, voluta da soggetti che non agiscono sul mercato in modo indipendente, ma come unica entità economica votata al raggiungimento di un obiettivo unitario, nella prospettiva (credibile) di ridurre il carico fiscale complessivo del gruppo.

4. Ragioni per le quali l'art. 9 T.U.I.R. è recessivo rispetto alla legge di interpretazione autentica emanata nel 2015 con riguardo alla portata dell'art. 110, comma 7, T.U.I.R.

A questo punto, la domanda è quasi scontata. Esistono disposizioni specifiche sull'argomento? C'è una regola che, nel prendere in considerazione i rapporti infragruppo, affronti il tema della strumentalizzazione dei prezzi attuata per l'abbattimento del carico fiscale complessivo?

Questa disposizione c'è e si trova nell'art. 110, comma 7, T.U.I.R., che fa capolino anche in alcuni passaggi della sentenza, la quale se ne occupa allo scopo di escluderne l'applicazione al caso concreto.

La disposizione citata, nel testo vigente prima delle modifiche apportate nel 2015, stabiliva, quanto ai rapporti commerciali tra società residenti e società non residenti riconducibili allo stesso gruppo, l'applicazio-

ne dell'*arm's lenght principle*, qualora da tale principio fosse derivato un aumento del reddito[16].

L'*arm's lenght principle* consiste esattamente in questo: rettificare i corrispettivi espressi in denaro nelle transazioni infragruppo sulla base del valore normale dei beni e dei servizi scambiati.

La sentenza sottolinea come, dietro all'art. 110 cit., vi sia l'esigenza di assicurare che tutte le transazioni, anche quelle tra società non indipendenti, avvengano nel rispetto della libera concorrenza. Ciò significa che, nell'ottica giurisprudenziale, ci si disinteressa delle dinamiche dei gruppi, vale a dire del fatto che le transazioni siano intercorse tra parti indipendenti o tra parti riconducibili ad un'unica entità economica, mentre si enfatizzano i profili oggettivi, nel contesto del dualismo tra prezzo e valore. Il richiamo – alto e, per certi aspetti, simbolico – alla libera concorrenza veicola a sua volta l'idea secondo la quale, attraverso la rettifica dei corrispettivi, si preserva l'esatta pretesa impositiva degli Stati coinvolti nell'operazione commerciale[17].

Il *transfer pricing* diviene pertanto, in quest'ottica, lo strumento idoneo ad assicurare la migliore ripartizione della materia imponibile tra gli Stati cui appartengono le parti contraenti, evitando conflitti tra gli stessi.

[16] La letteratura sulla disciplina dei prezzi di trasferimento è molto ampia. Rinvio, tra i tanti, G. Gaffuri, *Il* ruling *internazionale*, in *Rass. trib.*, 2004, pp. 488 ss.; Id., *Sinossi delle concordanze e discordanze tra riforma societaria e disciplina fiscale*, in *Gli effetti fiscali della riforma societaria*, atti del Convegno svoltosi a Milano il 21 gennaio 2005, in allegato a *il fisco*, n. 22 del 30 maggio 2005; A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Utet, Torino, 2003, pp. 864 ss.; L. Tosi, R. Baggio, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 51 ss.; L. Tosi, Transfer pricing*: disciplina interna e regime convenzionale*, in *il fisco*, 2001, pp. 2184 ss.; G. Zizzo, *La determinazione del reddito delle società e degli enti commerciali*, in G. Falsitta (a cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale*, pp. 470 ss.; G. Maisto, *Il "transfer price" nel diritto tributario e comparato*, CEDAM, Padova, 1985, *passim*; I. Caraccioli, Transfer pricing *e responsabilità della società*, in *il fisco*, 2004, fasc. 1, pp. 2938 ss.; R. Cordeiro Guerra, *La disciplina del* transfer price *nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, pp. 421 ss.; F. Balzani, Il *transfer pricing*, in V. Uckmar (coordinato da), *Diritto tributario internazionale*, CEDAM, Padova, 2005, pp. 565 ss.; V. Ceriani, *Problemi attuali dell'imposizione sulle società*, in *Rass. trib.*, 2006, pp. 1605 ss. e spec. pp. 1632 ss.; G. Palumbo, *Imposizione di gruppo, sconti commerciali tra capogruppo e controllate e disciplina del* transfer pricing, in *il fisco*, 2003, fasc. 1, pp. 16312 ss.; A. Ballancin, *La disciplina italiana del* transfer price *tra onere della prova, giudizi di fatto e l'(in)esistenza di obblighi documentali*, in *Rass. trib.*, 2006, pp. 1982 ss.; E. Della Valle, G. Maisto, L. Miele, *Il transfer price nell'ordinamento tributario italiano*, Giappichelli, Torino, 2024.

[17] Sul punto G. Zizzo, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale, il sistema delle imposte in Italia*, Wolters Kluwer CEDAM, Milano, 2018, pp. 587 ss.

Ribadisco come, nella sua formulazione letterale, l'art. 110 cit. avrebbe potuto essere applicato soltanto alle «*operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato*». Non credo che la disposizione, anche se letta attraverso il principio della massimizzazione del profitto imprenditoriale, si potesse interpretare in modo estensivo, fino a ricomprendere le operazioni domestiche.

Infatti, la lettera dell'art. 110, comma 7, T.U.I.R. è tagliata su misura, come l'abito del sarto, ed è pertanto troppo precisa per prestarsi a un siffatto allargamento, dato che le «*società non residenti*» non possono essere confuse con le "società residenti". Pertanto, sarebbe stato difficile, in assenza di una clamorosa forzatura del dato testuale, espandere lo spettro applicativo della norma fino al punto da poterla calare anche sui contratti stipulati tra società italiane. Un ragionamento di questo tipo oggi non si potrebbe più fare, se si considera quanto previsto dall'art.2, comma 4-*bis*, dello Statuto dei diritti del contribuente[18].

Tuttavia, a scanso di equivoci e di fraintendimenti, il legislatore ha deciso di intervenire in modo esplicito sul testo dell'articolo con una disposizione di interpretazione autentica[19], stabilendo, appunto, che l'art. 110, comma 7, T.U.I.R. non si applica al *transfer pricing* interno.

È interessante rileggere i lavori preparatori, stando ai quali - cito testualmente - il *transfer pricing* interno «non è compatibile con l'attuale impianto del T.U.I.R. »[20].

Perché questa incompatibilità? E come giustificarla?

Posso offrire due risposte. Una più semplice e una più sofisticata.

La prima: lo prevede la legge. Il classico schema argomentativo dei giuspositivisti.

La seconda: le operazioni transnazionali sottraggono materia imponibile alla giurisdizione italiana e la trasferiscono all'estero[21], cosicché la

[18] Stando al quale «*Le norme tributarie impositive che recano la disciplina del presupposto tributario e dei soggetti passivi si applicano esclusivamente ai casi e ai tempi in esser considerati*».

[19] Art. 5, D.Lgs. n. 147 del 15 settembre 2015.

[20] «*Misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese*», Camera dei Deputati, luglio 2015, XVII Legislatore, p.11, reperibile nel sito del Parlamento.

[21] Sulla natura antielusiva dell'art. 110, comma 7, T.U.I.R. non c'è unanimità di vedute. Si confronti però, su questa linea, G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, Parte Generale*, 2008, p. 130; G. Zizzo, *La determinazione del reddito delle società e degli enti commerciali*, in G. Falsitta (a cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale*, cit., p. 470; M. Poggioli, *La Cassazione legittima la rettifica della dichiarazione per diversità tra prezzo e valore*, in *Corr. Trib.*, n. 24/2008, pp. 1952 ss.; P. Adonnino, *La pianificazione fiscale internazionale*, cit., p. 89; R. Cordeiro Guerra, *La disciplina del transfer price*, cit., p. 428; F. Gallo, *Prime*

disciplina del *transfer pricing* funge da ordinario stabilizzatore nei rapporti tra gli Stati, con possibilità di incrementare o di ridurre l'ammontare dei ricavi, nel rispetto – in quest'ultimo caso – di alcuni presupposti procedimentali[22]. In altre parole, l'impiego del valore normale in luogo del corrispettivo, attraverso l'art. 110, comma 7, T.U.I.R., risolve un potenziale conflitto tra Paesi e lo fa attraverso una strumentazione ordinaria, da applicare direttamente in dichiarazione senza l'intervento del Fisco. Questo spiega le ragioni per le quali dell'argomento si sia presa cura perfino l'OCSE[23].

Anche nelle operazioni infragruppo domestiche si può spostare ricchezza da un soggetto a un altro o da un territorio ad un altro, qualora, ad esempio, esistano aree fiscalmente avvantaggiate. Ma qui il problema è esclusivamente interno e non c'è la necessità di gestire rapporti con altri Stati.

Probabilmente è questa la ragione per la quale, per queste ultime fattispecie, il legislatore italiano ha ritenuto di non introdurre nel nostro ordinamento disposizioni sostanziali *ad hoc*, perché – come ho appena rilevato – si tratta di mere questioni interne. Gli spostamenti di ricchezza da un'area geografica ad un'altra non sono altro che peripezie fiscali ascrivibili a questo o di quel gruppo societario, da affrontare caso per caso, lasciando all'Amministrazione finanziaria il potere di scremare le situazioni più problematiche, verificando di volta in volta se, attraverso la manipolazione dei prezzi infragruppo, qualcuno si sia assicurato un vantaggio indebito. La logica è quindi, in questo caso, di un intervento antiabuso (art. 10-*bis*, Statuto dei diritti del contribuente).

Ritorno, pertanto, alla legge di interpretazione autentica.

Ho già fatto rilevare in altra sede[24] come si sia trattato di un intervento normativo singolare: in effetti, in questo caso la disposizione non indica come debba essere interpretato l'art. 110, comma 7, T.U.I.R., preoccupandosi invece di specificare come 'non' lo si debba interpretare. È una disposizione che procede, dunque, per esclusione: una legge interpretativa costruita al contrario.

riflessioni su alcune recenti norme antielusione, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, p. 1783.

[22] Al riguardo, M. Trivellin, *Studi sugli strumenti di soluzione delle controversie fiscali internazionali. Con particolare riguardo al "transfer pricing"*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

[23] Cfr OECD, *Transfer pricing and multinational enterprises*, Parigi, 1979.

[24] Rinvio al mio M. Beghin, *'Transfer pricing interno", interpretazione autentica "rovesciata" e prova della fattispecie elusiva*, in *Corr. Trib.*, 47-48/2015, pp. 4571 ss.

Arrivo in questo modo al punto *clou* del ragionamento e lo faccio prospettando ai lettori e alle lettrici una nuova domanda. Mi chiedo: come si possa giustificare il principio generale che la sentenza ha ricavato dall'art. 9 T.U.I.R. alla luce della disposizione che, quanto ai rapporti tra società (di gruppo) domestiche, inibisce nella sostanza la rettifica dei corrispettivi sulla base dei valori mercantili dei beni e dei servizi scambiati?

Risposta agevole: non si giustifica per nulla. Poichè l'*arm's lenght principle* è uscito dalla porta con la legge interpretativa, non lo si può far rientrare dalla finestra con un funambolismo giuridico sul filo dell'art. 9 T.U.I.R.

La regola introdotta nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 147/2015, secondo cui il *transfer pricing* non si applica ai rapporti commerciali tra società domestiche, non può giustificare un principio generale non scritto, di pura matrice giurisprudenziale, stando al quale i corrispettivi infragruppo possono essere *tout court* sostituiti dal valore normale dei beni o dei servizi scambiati.

La logica mal sopporta i fuochi d'artificio argomentativi e, se si andasse nella direzione da ultimo segnalata, la contraddizione sarebbe evidente[25]. Invero, un principio siffatto non può essere estrapolato dall'art. 9 T.U.I.R. E ciò per una ragione potente: la legge del 2015 è più dettagliata rispetto all'art. 9 cit., che è dunque, sul piano contenutistico, recessivo rispetto alla disposizione di interpretazione autentica.

5. Conclusioni

I princìpi generali, e a maggior ragione i princìpi costituzionali, sono indispensabili al funzionamento della macchina amministrativa. Infatti, tali princìpi orientano l'interprete e consentono agli Uffici finanziari di cesellare le regole da riferire a questa o a quella fattispecie.

La letteratura ritiene che, in questi casi, ci si trovi di fronte al fenomeno, richiamato più in alto, di "concretizzazione" del principio[26]. "Concretizzazione" significa che il principio generale è un ausilio per la formulazione della regola da applicare al singolo caso. Si potrebbe dire che il principio si trasferisce dal mondo del diritto, che è fatto di astrattezza e generalità, ai fatti della vita, che sono, per l'appunto, concreti[27].

[25] Sulla struttura del ragionamento giuridico si può leggere l'interessante saggio di G. Carcaterra, *La logica nella scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*.

[26] G. Pino, *L'interpretazione*, cit., p. 358 ss.

[27] Spunti in tal senso nel brillante lavoro di G. Del Vecchio, *Sui princìpi generali del dirit-*

Orbene, siffatta attività di concretizzazione non solo può essere condizionata in positivo o in negativo da altri princìpi, ma può incontrare elementi a sostengo e finanche ostacoli in altre regole. E di regole confliggenti con il principio del quale ha fatto applicazione la sentenza in rassegna ne abbiamo trovate. Una, in particolare, non dovrebbe essere trascurata. Non deve essere trascurata perché non si tratta di una regola qualsiasi, ma di un precetto derivante da una disposizione di interpretazione autentica (cfr., di nuovo, l'art. 110, comma 7, T.U.I.R., alla luce dell'intervento normativo del 2015). Si tratta perciò di una 'super-regola'.

Ne deriva che l'idea, più volte ribadita dalla giurisprudenza, secondo la quale l'art. 9 del T.U.I.R. sarebbe espressione di un principio generale avente funzione valutativa dei corrispettivi ne esce fortemente indebolita, se non addirittura frantumata.

A ciò si aggiunga che il principio del quale stiamo discutendo è di formazione giurisprudenziale, non di formazione legislativa. Non è incardinato in alcun testo scritto e può essere perciò percepito come uno strumento di "legislazione concorrente"[28]. L'espressione sottintende che si tratta di una norma che, per la sua genesi e per come è strutturata, sta fuori dal sistema delle fonti e non mira ad assicurare la certezza del diritto. In effetti, ci troviamo dinnanzi ad una fattispecie nella quale il contribuente si è visto attribuire il torto sulla base della violazione di una regola di condotta (la condotta economica) non scritta. Ma non si è in grado di dire quale articolo del T.U.I.R. sarebbe stato violato.

Non sto dicendo che i princìpi non scritti debbano essere ignorati e che essi siano in ogni caso inutilizzabili nell'interpretazione delle disposizioni. Ci mancherebbe. Se lo facessi, qualcuno mi ricorderebbe, a ragione, che anche il principio costituzionale di ragionevolezza non è scritto, ma la sua esistenza non è in discussione. Il problema non sta qui, ma nella struttura delle argomentazioni impiegate a sostegno del principio.

Se i princìpi sono scolpiti nella legge, *nulla quaestio*. Ma se si tratta di princìpi non formalizzati in un enunciato e sepolti sotto disposizioni specifiche, deve esserci una solida relazione tra il principio che si pretende di enucleare e le norme particolari che lo giustificano. Tra il primo e le seconde deve esserci armonia[29], perché «è escluso *a priori* che da un principio generale possano trarsi applicazioni in contrasto con una norma particolare».

to, Milano, 1958, *passim*.

[28] Spunti in tal senso in G. Vettori, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, pp. 35 ss.

[29] G. Del Vecchio, *Sui princìpi generali*, cit., p. 17.

L'individuazione dei princìpi non può pertanto consistere in un esercizio calato dall'alto nello svolgimento della funzione giurisdizionale, se non si tratta di attività ben coordinata con le disposizioni presenti nel nostro sistema. In caso contrario, si deteriora il rapporto tra legge e cittadino, che è esattamente ciò che lo statuto del contribuente vuole evitare. Lo rilevava indirettamente anche Piero Calamandrei in uno scritto indimenticabile, affermando che «il popolo non ha fiducia nelle leggi perché non è convinto che queste siano le sue leggi»[30].

[30] P. Calamandrei, *Lo Stato siamo noi*, Milano, 2016, p. 106.

Eccesso di potere giurisdizionale e "giusto" processo nel dialogo tra le Corti

Cristiana Benetazzo
Professoressa associata di Diritto amministrativo

Sommario: 1. L'eccesso di potere giurisdizionale come esempio "paradigmatico" dello "scontro" tra Corti. – 2. La dimensione interna dell'eccesso di potere giurisdizionale. – 3. La dimensione sovranazionale: i gradi e le forme. – 4. Il delicato "equilibrio" dell'attuale sistema processuale e l'utilità del principio della *full jurisdiction* per l'attuazione del giusto processo *ex* art. 6 CEDU. – 5. *(segue)* Le analogie con l'esperienza statunitense e l'attuazione del principio di *full jurisdiction* come diritto del cittadino ad avvalersi di «un tribunale con giurisdizione sul merito della questione» secondo il modello sperimentato con riguardo alle sanzioni *antitrust.* – 6. Le implicazioni di stampo sociologico, filosofico e metagiuridico sul tema in esame: l'intima connessione esistente tra interpretazione e creazione della legge e il ruolo della Cassazione. – 7. La possibile applicabilità ai rapporti tra Cassazione e Consiglio di Stato di un meccanismo processuale basato sul principio di solidarietà e sui doveri di collaborazione e di corresponsabilità tra organi giudicanti analogo a quello elaborato in America Latina, denominato «*cargas dinámicas de la prueba*».

1. L'eccesso di potere giurisdizionale come esempio "paradigmatico" dello "scontro" tra Corti

«Si pena poco a dire: al magistrato il giudizio, l'azione al ministro; ma il distinguere le sentenze delegate ai magistrati dagli atti amministrativi attribuiti ai ministri, il segnare i limiti nei quali le due Autorità, amministrativa e giudiziaria, svolgono la loro indipendenza, senza urti, non è riuscito così piano quanto il distinguere la legge o la funzione del legislatore

dalla sentenza, o dalla funzione del giudice, come anche del ministro»[1]. Ed è del pari noto che «perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere freni il potere»[2].

Si tratta di parole antiche ma che, pronunciate oggi, risuonano senza tempo a riprova di quanto il rischio di un eccesso si annidi nel sistema stesso dell'attribuzione del potere.

Il tema, «tra i più tormentati e controversi del diritto processuale amministrativo»[3] e oggetto da sempre di «lunghe discussioni dottrinali»[4] – se ne occupò anche il celebre studio elaborato nel 1929 dai presidenti D'Amelio e Santi Romano[5] – sottende il problema del rapporto tra giuri-

[1] Così G. Mantellini, *I conflitti d'attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, p. 16.

[2] Nota citazione tratta C. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, trad. it. di S. Cotta, I, Torino, 1996, Libro XI, Cap. IV, p. 274, su cui v. M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in Studi Sassaresi, XVIII, 1940, ove si sottolinea la «forza molto minore di quanto appare» del principio della divisione dei poteri, che di per sé «non conduce direttamente all'esistenza di un diritto amministrativo»; Id., in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, Milano, 1973, pp.192-193, secondo cui «l'essere il potere esecutivo separato dagli altri, o meglio il fatto che la funzione esecutiva sia attribuita, istituzionalmente e in via principale, a un gruppo determinato di organi, costituisce uno dei presupposti fondamentali per l'esistenza di un diritto della amministrazione il quale abbia propria fisionomia e individualità. Presupposto necessario, ma sempre presupposto, ossia non causa determinante. […] se l'amministrazione non fosse distinta dagli altri poteri dello Stato, non potrebbe esistere un diritto di lei proprio; non è detto peraltro che, una volta tale distinzione attuata, necessariamente sorga un diritto amministrativo: esso può anche non sorgere, e l'amministrazione restar regolata da altro diritto, privato o pubblico». Per un inquadramento sistematico dell'opera di Montesquieu, si veda G. Tarello, *Per una interpretazione sistematica de «L'Esprit des Lois»*, in Id. (raccolti da), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, Bologna, 1971, pp. 11 ss. Sul tema della separazione dei poteri, possono qui ricordarsi, anche a fini bibliografici, L. Rossi, *Analisi della divisione dei poteri*, in *Riv. dir. pubbl.*, p. 1939, e in *Nuovo dig. it.*, voce *Poteri (divisione dei)*, anche in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, V, Milano, 1939, pp. 45 ss.; F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pp. 17 ss.; F. Modugno, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 472 ss.; e, in G. Silvestri, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.

[3] L'espressione, riportata da A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, n. 1/2018, p. 2, è di R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione e ricorso per violazione di legge)*, in *http://www.sipotra.it*, 2017.

[4] Cfr. Torrente, *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1954, p. 252.

[5] Cfr. M. D'Amelio, S. Romano, *I contatti giurisdizionali della Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubblico*, 1929, p. 181.

sdizioni che da sempre affatica gli interpreti, divisi tra sostenitori di una giurisdizione unica e fautori di una giurisdizione pluralista.

Tale dibattito ha rappresentato il substrato culturale che ha dato vita all'art. 111 della Costituzione.

Il tema, che rappresenta da sempre uno dei "classici", nell'ambito della dogmatica dei vizi dell'atto giurisdizionale[6] è più che mai di stringente

[6] Cfr., senza pretesa di completezza, F. Carnelutti, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, pp. 33 ss.; Id., *Eccesso di potere legislativo*, *ivi*, 1947, II, pp. 193 ss.; O. Ranelletti, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, pp. 69 ss. ora anche in Id., *Scritti giuridici scelti*, II, *La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992, pp. 165 ss.; M. D'Amelio, S. Romano, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, cit., pp. 181 ss.; M. D'amelio, *L'eccesso di potere giurisdizionale definito dal legislatore*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, pp. 577 ss.; N. Pappalardo, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, II, Roma, 1932, pp. 429 ss.; R. Alessi, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, anche in Id., *Scritti minori*, Milano, 1981, pp. 1 ss.; F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, pp. 991 ss.; A. Torrente, *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pp. 252 ss.; M. D'Amelio, A. Azara, voce *Eccesso di potere*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, pp. 344 ss.; F. Bassi, *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, pp. 245 ss.; F. Delfino, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1963; C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, pp. 457 ss., anche in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, *Raccolta di scritti - III*, Milano, 1972, 669 ss.; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, pp. 463 ss.; O. Abbamonte, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano* (1877-1892), in *Dir. proc. amm.*, 1986, 1, pp. 68 ss.; G. Roehrssen, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 4, pp. 1093 ss.; A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892-1893, IV, pp. 1 ss., poi in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, pp. 249 ss., ripubbl. in *Foro amm.*, 1989, pp. 2563 ss. (I parte) e 2927 ss. (II parte); F. Modugno - Manetti M., voce *Eccesso di potere*, *II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, pp. 1 ss.; S. Cassese, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 8, pp. 777 ss.; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005; M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. Amm.*, 2012, 4, pp. 1677 ss.; G. Verde, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, *ivi*, 2013, 2, pp. 367 ss.; R. Villata, *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, pp. 324 ss.; Id., *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, pp. 632 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, pp. 57 ss.; Id., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, pp. 106 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giuri-*

attualità, soprattutto a seguito del continuo "rimpallo" tra giudice ordinario e giudice amministrativo, che va assumendo sempre più le dimensioni di un vero e proprio "scontro" tra giurisdizioni sul contenuto e i limiti del sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato[7]. Ed invero, ancora oggi, se guardiamo al complesso rapporto tra gli orientamenti del Consiglio di Stato e le sentenze delle Sezioni Unite, troviamo un groviglio di soluzioni fatto di meccanismi «di botta e risposta» tra due parti che nella sostanza non dialogano[8].

sdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo, Milano, 2019, pp. 75 ss.; F. Volpe, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, 3, pp. 694 ss.; L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, pp. 106 ss.; G. Caia, *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*, Relazione in occasione delle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dell'Università di Siena. "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi", Castello di Modanella-Siena, 19-20 maggio 2017, in *www.spisa.unibo.it*; R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in *www.sipotra.it*, 2017.

[7] Si vedano S. Barbareschi e L.A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU., 18 settembre 2020, n. 19598*, in *federalismi.it*, 4 novembre 2020; R. Bin, È scoppiata la "terza guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione, *ivi* (paper), 18 novembre 2020; G. Costantino, A. Carratta, G. Ruffini, *Limiti esterni alla giurisdizione: il contrasto tra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, 19 ottobre 2020, in *Questione Giustizia*; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, Piazza del Quirinale e Piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia Insieme*, 11 novembre 2020; M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 5/2020, pp. 675 ss.; B. Nascimbene, P. Piva, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto europeo?*, in *Giustizia Insieme*, 24 novembre 2020; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, *ivi*, 30 novembre 2020; E. Scoditti, G. Montedoro, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione Giustizia*, 11 dicembre 2020.

[8] L'ultimo atto di questo "scontro" tra giurisdizioni è rappresentato dall'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione 18 settembre 2020, n. 19598, in *Il Processo*, 2020, 3, pp. 885 ss., con nota di M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, che ha rinviato in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione dei limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato nei casi in cui queste non applicano in modo corretto il diritto dell'Unione europea. Il rinvio è stato deciso con sentenza della Corte giust. UE, Grande Sezione, 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, *Randstad Italia*, in *Foro amm.*, 2021, 12, II, pp. 1806 ss., che, ponendosi nel solco della pronuncia della Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 6 (in *Foro it.*, 2018, 2, I, p. 373), in contrasto con il citato orientamento della Cassazione,

2. La dimensione interna dell'eccesso di potere giurisdizionale

Il conflitto – ben poco latente – verte sull'idea della preminenza della Corte di cassazione e quindi sulla volontà non espressa – ma ricavabile da moltissimi indizi normativi, giurisprudenziali e dottrinali – di porsi come giudice "supremo", vero grado di legittimità rispetto a sentenze di appello, quali sono quelle del Consiglio di Stato. Il tema affonda le sue radici nella stessa genesi dell'art. 111, comma 8, Cost. e, ancora prima, nella scelta operata alle origini del sistema della giustizia amministrativa di affidare all'organo di vertice della giurisdizione ordinaria il potere di dirimere i conflitti di attribuzione tra «i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali»[9], piuttosto che, sull'esempio francese, a un *Tribunal des conflits*, organo composto in modo paritario da magistrati dei due ordini giudiziari[10].

La Costituzione italiana recepisce tutta l'ambiguità della situazione in una sorta di "sospensione di sfiducia", in una coesistenza forzata. Una criticità di fondo posta dall'attuale assetto del dualismo giurisdizionale continua ad essere quella messa in evidenza da Calamandrei ovvero gli inconvenienti pratici derivanti dalle difficoltà di tracciare in modo univo-

ha offerto un'interpretazione restrittiva dei motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., nel tentativo di "riequilibrare" le due giurisdizioni e riaffermando le prerogative esclusive del giudice amministrativo nell'interpretazione delle norme sostanziali e processuali da esso applicate, che le Sezioni Unite avevano, invece, messo in discussione (Cfr. B. Sassani, *L'idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette*, in *https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2021/05/Sassani.pdf*).

[9] In questo senso disponeva l'art. 3, punto 3, della l. 31 marzo 1877, n. 3761.

[10] In precedenza, l'art. 13 della l. 20 marzo 1865, devolveva al Consiglio di Stato il compito di dirimere questo tipo di conflitti. La pubblica Amministrazione citata in giudizio innanzi al giudice ordinario poteva, cioè, sollevare un conflitto a tutela delle proprie prerogative, ritenute intangibili anche da parte del giudice ordinario. In questo modo, una parte del giudizio aveva il privilegio di poter sottrarsi al giudice sollevando un conflitto la cui soluzione era affidata a un organo non terzo qual era il Consiglio di Stato, cioè un organo amministrativo legato sotto il profilo organizzativo e funzionale al potere esecutivo al pari della parte che sollevava il conflitto. Non a caso quest'ultimo manifestò una «eccessiva corrività nei riguardi della pubblica amministrazione»: cfr. P. Aimo, *La giustizia dell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Bari, 2000, p. 62, il quale, peraltro, aggiunge che la modifica legislativa introdotta nel 1877 non portò a «una giurisprudenza molto dissimile dalla precedente» (p. 63). Nel medesimo senso, cfr. L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, pp. 333 ss., ove si definisce come «eversiva» la giurisprudenza del Consiglio di Stato sui conflitti di attribuzione nell'ampliare «il campo degli "affari" sottratti alla tutela giurisdizionale» e si sottolinea come neppure la Corte di cassazione «fu in grado di ribaltare equilibri già assai favorevoli alla competenza amministrativa» nonché M. Clarich, , *Jurisdictional dualism in the system of administrative justice: a perpetually unstable balance*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2021, pp. 215 ss.

co, nei casi concreti, la linea di confine tra giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa e ciò è dimostrato dall'ampio contenzioso innanzi alla Corte di cassazione[11].

La difficoltà di tracciare i confini della giurisdizione del giudice amministrativo riguarda tre versanti principali: la distinzione tra interesse di fatto e interesse legittimo, il primo non sottoponibile alla cognizione di alcun giudice; la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo; i confini delle materie che la legge devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[12].

Per molti anni si vivono alti, bassi, forzature, soluzioni di compromesso: basti pensare all'annosa disputa insorta tra i due plessi giurisdizionali sull'individuazione del giudice competente a conoscere delle questioni risarcitorie sulla quale si mantiene per decenni una sostanziale politica di sopravvivenza finché tutto si incrina e il quadro si offusca con la "fatidica" sentenza n. 500 del 1999 con cui le Sezioni Unite assumono il compito di dare una risposta d'«*envergure*»[13] al d.lgs. n. 80/1998. Il confronto, divenuto assai vivace all'inizio del nuovo secolo[14] ha richiesto, peraltro, un duplice intervento della Consulta, dapprima con la sentenza n. 204/2004[15]

[11] Sui criteri di riparto di giurisdizione, anche in chiave di ricostruzione storica, cfr. M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 229 ss.; B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Milano, 2001, pp. 261 ss.

[12] Per un'ampia casistica giurisprudenziale cfr. B. Tonoletti, *Commento art. 7 – Sez. II*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*

[13] L'espressione è di B. Sassani, *L'idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette*, cit., in *https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2021/05/Sassani.pdf*.

[14] Come noto, a seguito della sentenza Cass civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 (in *Foro amm.*, 2000, 349 ss. (con nota di G. Soricelli, *Appunti su una "svolta epocale" in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria?*) non si è fatta attendere la contro-risposta dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 24 gennaio 2000, n. 1, in *https://dejure.it/* e la consecutiva l. 21 luglio 2000, n. 205.

[15] Su detta sentenza, oggetto di numerosi studi e commenti, v., *ex multis*, V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 820 ss.; M. Clarich, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 969 ss.; F. Fracchia, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2004, pp. 2605 ss.; C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. CDS*, 2004, pp. 1908 ss.; A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva e*

e successivamente con la pronuncia "gemella" n. 191/2006[16]. Ancora più accesa è la questione legata alla «presunta» necessità di subordinare il risarcimento del danno alla preventiva impugnazione del provvedimento lesivo, appendice della c.d. pregiudizialità[17]: tematica di per sé interna alla giurisdizione amministrativa[18] ma rispetto alla quale la giurisdizione ordinaria ambisce a dire l'ultima parola[19] e che appare solo, in parte, com-

«arbitrato» costituzionale, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 983 ss.; A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva, ivi*, 2004, pp. 974 ss.; M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, pp. 1211 ss.; F. Satta, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro amm. CDS*, 2004, pp. 1903 ss.; F.G. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2209 ss.; A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, pp. 2598; R. Villata, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 832 ss.; L. Mazzarolli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito, ivi*, 2005, pp. 214 ss.

[16] Sulla sentenza Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 4, p. 1005, possono ricordarsi, senza pretesa di completezza, M. Allena, *La questione della pregiudizialità amministrativa tra riparto di giurisdizione e nomofilachia*, *ivi*, 2006, pp. 1182 ss.; N. Bassi, *La Consulta interpreta autenticamente sé stessa, ma non tutti i problemi sono risolti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 1095 ss.; G. Greco, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria degli interessi legittimi?*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 1945 ss.; M.L. Maddalena, *Comportamenti della pubblica amministrazione in materia espropriativa e giurisdizione: la soluzione della Corte costituzionale*, in *Corr. merito*, 2006, pp. 948 ss.; A. Travi, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2006, pp. 1625 ss.

[17] Su cui v., ad es., F. Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007.

[18] La c.d. pregiudiziale amministrativa è stata a lungo e con forza sostenuta dal Consiglio di Stato: si vedano, ad es., le decisioni dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2003; n. 2 del 2006 e n. 12 del 2007 e, in dottrina, i commenti di: C.E. Gallo, *L'adunanza plenaria si pronuncia sulla pregiudizialità amministrativa*, in *Urb. app.*, 2003, pp. 802 ss.; L. Torchia, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, *ivi*, 2003, pp. 679 ss.; A. Travi, *Pregiudizialità amministrativa e confronto tra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, pp. 3 ss.; R. Villata, *L'Adunanza plenaria ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 300 ss.; F. Volpe, *La pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità*, in *Foro amm. CDS*, 2008, pp. 1919 ss.

[19] Possono ricordarsi, al riguardo l'ordinanza 23 gennaio 2006, n. 1207, con cui le Sezioni Unite avevano affermato la giurisdizione dell'A.G.O. sulla domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento illegittimo preventivamente annullato dal g.a. o dalla stessa amministrazione in autotutela; le ordinanze del 13 giugno 2006, n. 13659 (in *Foro*

posta dall'art. 30 del Codice del processo amministrativo, che ha adottato una soluzione che sembra «barcamenarsi in logica di (ambiguo) compromesso»[20].

it., 2007, 11, I, p. 3181, con note di R. De Nictolis, A. Lamorgese) e n. 13660 (in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pp. 7-8, 1269), subito seguite dall'ordinanza del 15 giugno 2006, n. 13911 (in *Riv. giur. edili.*, 2006, pp. 4-5, I, 880, con note di M.A. Sandulli, R. Mari)), con cui le sezioni unite, pur affermando la giurisdizione del g.a. sulle richieste di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, avevano statuito che il giudice amministrativo non potesse comunque subordinare la procedibilità e l'accoglimento della domanda alla preventiva e tempestiva impugnazione dell'atto lesivo. In questo senso, merita di essere ricordata anche la sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254 che, confermando l'orientamento espresso nel 2006, ha riaffermato l'autonoma proponibilità dell'azione risarcitoria e la possibilità di chiedere la cassazione, per motivi attinenti alla giurisdizione, della decisione del giudice amministrativo che avesse a negare la tutela risarcitoria degli interessi legittimi, sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento. Sulle pronunce citate, v., in dottrina, *ex multis*, M.C. Cavallaro, *Comportamenti della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria: la questione della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 749 ss.; R. Conti, *L'azione risarcitoria proposta in via autonoma dopo l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo*, in *Urb. app.*, 2006, pp. 412 ss.; M.L. Maddalena, *Risarcimento degli interessi legittimi al G.A. ma senza pregiudiziale amministrativa*, in *Corr. merito*, 2006, pp. 1096 ss.; S. Malinconico, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 1041 ss.; M.A. Sandulli, *Finalmente «definitiva certezza» sul riparto di giurisdizione in tema di «comportamenti» e sulla c.d. «pregiudiziale amministrativa»? Tra i due litiganti vince la «garanzia di piena tutela»*, in *Riv. giur. edil.*, 2006, pp. 898 ss.; V. Fanti, *La «rivoluzione» operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, pp. 145 ss.; F. Satta, Quid novi *dopo la sentenza n. 30254 del 2008 delle Sezioni unite?*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 2653 ss.; G. Greco, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 480 ss.

[20] L'art. 30 del Codice del processo amministrativo (approvato con il d.lgs. n. 104/2010) prevede che l'azione risarcitoria possa essere promossa in via autonoma rispetto all'azione di annullamento dell'atto lesivo, ma stabilisce che ciò debba essere fatto entro il breve termine di 120 giorni e che il mancato esperimento dell'azione di annullamento possa incidere sulla spettanza e sulla misura del risarcimento del danno, in ragione del fatto che la sollecita richiesta di annullamento avrebbe potuto escludere o ridurre le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal provvedimento lesivo, non impugnato. Sottolineano la logica di "ambiguo" compromesso sottesa alla suddetta soluzione normativa, tra gli altri, B. Sassani *L'idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette*, cit., e A. Calegari, *Il dialogo mancato tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di risarcimento del danno da ritardo della pubblica amministrazione*, in M. Bianchini, A. Calegari, G. Gioia (a cura di), *Dialogo tra Corti e nuove frontiere della responsabilità*, Padova, 2016, pp. 11 ss.

3. La dimensione sovranazionale: i gradi e le forme

In questo quadro, per così dire, di forzata "coesistenza" delle giurisdizioni si inserisce anche il rapporto con la Corte di Giustizia e le altre Corti internazionali.

Sullo sfondo, le molteplici conseguenze della globalizzazione delle relazioni internazionali hanno inevitabilmente investito, nel campo del diritto, non soltanto la disciplina dei rapporti giuridici sostanziali ma anche il suo accertamento giudiziale e la soluzione delle controversie, sia fra soggetti privati, sia fra questi Stati ed organizzazioni di Stati, sia fra gli Stati stessi, nei più vari ambiti del diritto[21]. Si pensi all'irruzione delle discipline comunitarie: al contratto di servizio descritto nel Regolamento CEE del 1969 sui trasporti pubblici, con il suo carattere di profondo rinnovamento; e poi alla direttiva 93/13, le nuove regole attraverso cui si "insinua" nell'ordinamento la figura del diritto all'ambiente, e poi ancora le liberalizzazioni, le privatizzazioni, le semplificazioni, le autorità indipendenti, energia, trasporti, comunicazioni, ecc.[22].

Irruzione di discipline a cavallo tra il diritto civile e il diritto amministrativo, tra il pubblico e il privato, moltiplicazione delle garanzie, aumento dei compiti della giustizia amministrativa, che fino ad un certo momento vedeva la propria potestà circoscritta ad un mondo fatto di interessi legittimi a carattere prevalentemente oppositivo (come gergalmente suole dirsi)[23].

Ne è derivata una proliferazione di istanze giudiziarie (anche internazionali), che ha riguardato l'insieme della vita giuridica internazionale, dalla materia economica, commerciale ed industriale al diritto civile e ai rap-

[21] Su tali profili cfr. L. Casini, F. Albisinni, E. Cavalieri, *Le prospettive della globalizzazione*, in *Uscire dalla crisi*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2012 nonché L. Casini, B. Carotti, *A Hybrid Public-Private Regime: The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the Governance of the Internet*, in IRPA-IILJ, *Global Administrative Law: The Casebook*, 3rd edition, Sabino Cassese, Bruno Carotti, Lorenzo Casini, Eleonora Cavalieri, Euan MacDonald (eds.), 2012.

[22] Cfr., al riguardo, B. Giliberti, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 183 ss.; Id., *Le società pubbliche nel mercato alla luce dell'art. 14, co. 32 del D.L. 78 del 2010*, in *Urb. app.*, 2012, pp. 267 ss.; Id., *Sulla natura giuridica oggettiva dei servizi pubblici*, in *Foro amm.*, 2013, pp. 1038 ss.

[23] Su tali evoluzioni della giurisprudenza, cfr. G. Gardini, F. Mastragostino, L. Vandelli, *La giustizia amministrativa nella giurisprudenza*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014; B. Giliberti, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, pp. 1057 ss.; Id., Public and private enforcement *nella direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento del danno nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, pp. 77 ss.

porti di famiglia, dal diritto pubblico e amministrativo ai rapporti di lavoro e alle relazioni industriali, dalla tutela dei diritti fondamentali allo stesso diritto penale, una volta considerato essenzialmente di natura territoriale. E che, naturalmente, hanno interessato anche il diritto processuale, sia civile che amministrativo, sia penale, tanto nella ricerca di procedure adeguate a disciplinare la soluzione di controversie con aspetti internazionali quanto sotto il profilo della distribuzione di competenza fra giurisdizioni operanti nel medesimo settore giuridico o in settori collegati[24].

Si è conseguentemente sviluppato un dialogo tra giurisdizioni che va assumendo nuovi aspetti e una dimensione anche internazionale, soprattutto in seguito alla creazione di nuovi tribunali e corti internazionali, che interagiscono tra loro e con corti preesistenti[25].

Va detto che il dialogo di cui si tratta non segue uno schema unico, ma presenta gradi e forme diverse e che merita, perciò, di essere affrontato sotto tre distinti angoli visuali: il più tradizionale concerne l'eccesso di potere del giudice amministrativo, che ha subito un tale mutamento[26] da condurre la letteratura scientifica verso una configurazione del tutto peculiare dei vizi riconducibili a tale figura, a cui si è aggiunta una progressiva tendenza ad allargare le maglie del controllo delle Sezioni unite, tanto da contribuire al dibattito circa la attuale validità del sistema giurisdizionale di tipo dualista[27], per come delineato dalla Carta costituzionale, involgendo il tema

[24] Cfr. F. Pocar, *Introduzione ai lavori*, in M. Bianchini, G. Gioia (a cura di), *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità*, Atti del I Convegno dei *Colloquia* dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova.

[25] Come è avvenuto, ad es., fra il Tribunale penale internazionale per la *ex* Iugoslavia e la Corte Internazionale di Giustizia in tema di responsabilità dello Stato e di responsabilità penale individuale per crimini di guerra e crimini contro l'umanità.

[26] Evidenzia «la mutazione più recente del modo di intendere i motivi di giurisdizione che legittimano l'impugnazione davanti alle sezioni unite delle decisioni del Consiglio di Stato, a norma dell'art. 111 Cost.» M. Ramajoli, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 142.

[27] Cfr. per tutti R. Villata, "*Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, cit., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, pp. 1 ss., che evidenzia come il sistema dualistico risulti «consacrato in inequivocabili articoli della Costituzione […]» (2). Cfr., altresì, A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, pp. 341 ss.; G. Verde, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione*, cit., p. 369, secondo cui «[P]enetra nel sistema la consapevolezza che la funzione giurisdizionale è unitaria e che le differenze organiche tra le varie magistrature non possano ritornare a danno del principio dell'effettività della tutela resa in tempi ragionevoli. Il "conflitto" tra i giudici perde rilievo

ormai annoso del rispetto dei reciproci confini delle giurisdizioni (e alimentando l'altrettanto annoso scontro tra Cassazione e Consiglio di Stato).

Il secondo aspetto concerne la sempre maggiore ingerenza del Giudice europeo sui sistemi nazionali di giustizia, che evidentemente condiziona anche la disciplina sostanziale di molti settori economici e il dialogo/scontro tra le giurisdizioni. In qualche caso, vi è una vera e propria interazione tra Corti, anche con procedure che regolano tale interazione, come ad es. nel caso della procedura di interpretazione pregiudiziale dei trattati ed atti comunitari da parte della Corte di Giustizia dell'UE. In altri casi, si tratta piuttosto dell'incidenza, vincolante o non, delle pronunce di una Corte sulla giurisprudenza di un'altra Corte. Si pensi, da un lato, all'effetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo come parametro per i giudizi di costituzionalità delle leggi ai sensi dell'art. 117 Cost.[28], dall'altro, all'utilizzo dell'accertamento del diritto internazionale consuetudinario effettuato da un giudice internazionale ai fini dell'applicazione di norme interne, come nella controversia che, qualche anno fa, ha opposto la Germania e l'Italia davanti alla Corte internazionale di Giustizia (CIG) relativamente all'immunità degli Stati in caso di violazione di norme internazionali di carattere cogente[29]. In altri casi ancora, si tratta del semplice uso di giuri-

in nome di una necessaria cooperazione. In questa prospettiva, il ricorso in Cassazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 111 non è più un rimedio per risolvere un conflitto, ma lo strumento per controllare che la tutela giurisdizionale sia resa in maniera effettiva». A favore dell'unitarietà della giurisdizione cfr. A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, pp. 21 ss.; Id., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, *ivi*, 2009, V, pp. 369 ss.; F. Bile, *Intorno all'unità della giurisdizione*, *ivi*, 2011, V, pp. 93 ss.; E. Balboni, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. Cost.*, 2011, 3, pp. 647 ss.; L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, pp. 106 ss.

[28] Cfr. le due note pronunce Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, entrambe pubblicate in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1269 ss., con nota di S. Bonatti, *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in cui il giudice delle leggi, pronunciatosi sulla "posizione" della CEDU nel nostro ordinamento, ha riconosciuto alle disposizioni della stessa il valore di «norme interposte» che integrano il parametro costituzionale di cui all'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui lo stesso impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali».

[29] Si fa qui riferimento al noto caso che, dal 2012, aveva visto contrapposti i due paesi nella stessa materia delle immunità giurisdizionali (CIG, *Jurisdictional immunities of the State* (*Germany v. Italy: Greece intervening*). Invero, pur a seguito della pronuncia da parte della Corte Internazionale di Giustizia, che aveva condannato l'Italia – ai sensi dell'art. 94 Carta ONU – ad adottare tutti i mezzi necessari per far cessare gli effetti delle sentenze italiane nei confronti dello Stato tedesco, le corti interne italiane hanno continuato ad accogliere ricorsi contro la Germania (in merito a richieste di risarcimento dei danni nei

sprudenza straniera da parte di una Corte ai fini dell'applicazione di norme contenute in convenzioni internazionali, allo scopo di rafforzarne l'interpretazione con un precedente straniero, sia pure non vincolante.

Ciò posto, e per converso, in un clima di diffuso euroscetticismo, non si può non considerare che l'impiego dei suddetti strumenti giurisdizionali per proteggere lo Stato di diritto potrebbe essere percepito da taluni Stati membri come una forma di esercizio illegittimo di potere da parte della Commissione e della Corte di giustizia, rivelandosi così controproducente. Se simili obiezioni non possono essere escluse *a priori*, è significativo osservare che l'impiego di tali strumenti e il coinvolgimento della Corte di giustizia avrebbero l'importante vantaggio di consentire allo Stato membro in questione di esercitare pienamente il proprio diritto alla difesa.

4. Il delicato "equilibrio" dell'attuale sistema processuale e l'utilità del principio della *full jurisdiction* per l'attuazione del giusto processo *ex* art. 6 CEDU

Le conclusioni appena raggiunte non sembrano mutare laddove si ragioni in una logica di risultato, cioè, ove si consideri l'utilità dello strumento processuale, in ragione della sua capacità di soddisfare il bisogno di

confronti delle vittime di violazioni gravi del diritto internazionale umanitario commesse dal Terzo reich fra il 1943 e il 1945); e ciò sulla base della pronuncia della Corte Costituzionale n. 238/2014. In tale sentenza, è utile ricordarlo, la nostra Corte costituzionale aveva notoriamente applicato la cd. "teoria dei controlimiti" a difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, in particolare del diritto alla tutela giurisdizionale delle vittime, riconosciuto agli articoli 2 e 24 della Costituzione. Secondo la Consulta, infatti, vista l'impossibilità per queste ultime di ottenere una tutela "per equivalente", i loro diritti avrebbero subito un "sacrificio totale". Con la sentenza n. 238 si dichiarava, dunque, incostituzionale la legge di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite (nella parte in cui obbligava il giudice italiano ad adeguarsi alla sentenza della CIG del 3 febbraio 2012) e dell'art. 3 della l. n. 5 del 2013 (che obbligava i giudici italiani a riconoscere d'ufficio il difetto di giurisdizione). Vi sono comunque spiragli per una risoluzione della controversia a livello "diplomatico", e ne è prova il fatto che nell'*Order* del 10 giugno 2022 si legge che i rappresentanti di Italia e Germania hanno riferito che «*certain legislative, judicial and administrative procedures relevant to the claims advanced by Germany in its Application were underway in Italy*» e che, quindi, «*a sufficiently long time period would be desirable for the preparation of the first round of written pleadings*» (fissato a 12 mesi). Per un quadro d'insieme sui più recenti sviluppi sul tema v. L. Gradoni, "*Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*", *Ejil:Talk!*, 10 maggio 2022) nonché A. Vitale, *Il caso Germania c. Italia di nuovo davanti alla Corte Internazionale di Giustizia (2/2022)*, in *Osservatorio sulle fonti*.

tutela, alla luce del principio della *full jurisdiction*[30] ossia quello strumento "principe" che, almeno a partire dagli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso, è stato elaborato dalla giurisprudenza CEDU per l'attuazione del giusto processo *ex* art. 6 CEDU[31] nelle controversie sull'esercizio del potere amministrativo determinativo di sanzioni penali o di diritti civili[32].

Invero, se si ragiona in una prospettiva di risultato, non si può distinguere l'equo o giusto processo[33] dalla sua capacità satisfattiva poiché

[30] Si è affermato che l'ultima espressione allude ad un sindacato assai vasto e penetrante, la cui pienezza va accertata in concreto in relazione alla specifica controversia e, dunque, si impone di guardare a come il giudice ha risposto alle specifiche esigenze di tutela, sviluppando un sindacato non solo di legittimità ed un'istruttoria formale, di per sé non insufficiente, se il ricorrente si è limitato a censurare i profili di legittimità della decisione impugnata. Cfr. Corte eur. Dir. uomo, 27 settembre 2011, n. 43509/08, *Menarini c. Italia*, § 65, cit., secondo cui alla luce della domanda innanzi al giudice amministrativo si è svolto un processo di piena giurisdizione in quanto: «Tar e Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, avrebbero potuto sostituirla». Una crescente sensibilità del nostro g.a. per questo tema si scorge in una nota pronuncia del Consiglio di Stato del luglio 2019: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990, in *Giur. annotata dir. ind.* 2020, 1, p. 1143, su cui v. il commento critico di M. Delsignore, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 740 ss. A favore di un sindacato di mera attendibilità, in teoria più rispettoso della particolare legittimazione tecnica delle Autorità indipendenti e, quindi, critico è anche S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 97 ss.

[31] Come è noto, il primo paragrafo dell'art. 6, cit., afferma il diritto di ciascuno «*a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti*».

[32] Sul punto cfr. F. Goisis, *"A de novo rewiew of all factual and legal issues" V. a rewiew "point by point […] without having to decline jurisdiction […] in scrutinising findings of fact or law made by the administrative authorities". The full jurisdiction as ex post compensation in the European and USA experiences*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2021, pp. 4 ss.

[33] La Corte EDU, ha, infatti, escluso la compatibilità con la disciplina dell'equo processo di sentenze che non contengono un puntuale esame delle argomentazioni del ricorrente ed in specie, omettono di considerare taluni motivi di censura: cfr. Corte eur. Dir. uomo, 18 maggio 2010, n. 38532/05, *Udorovic c. Italia*, §§ 53-61, in *www.echr.coe.int*. Per il giudice di Strasburgo (§ 56) «Inoltre, il diritto ad un processo equo, garantito dall'articolo 6 § 1 della Convenzione, ingloba, fra gli altri, il diritto delle parti al processo a presentare le osservazioni che ritengono pertinenti al caso loro». La Convenzione non mira a garantire diritti teorici o illusori, ma diritti concreti ed effettivi (v. *Artico c. Italia* del 13 maggio 1980, serie A n. 37, 16, § 33), questo diritto può essere considerato effettivo soltanto se queste osservazioni sono veramente "comprese", ossia debitamente esaminate dal tribunale adito. In altre parole, l'art. 6 implica soprattutto, a carico del «tribunale», l'obbligo di eseguire un effettivo esame dei mezzi, delle argomentazioni e delle prove offerte dalle parti, salvo poi valutarne la pertinenza (*Van de Hurk c. Paesi Bassi* del 19 aprile 1994, serie A n. 288, 19, §

quello è nulla più che un mezzo per garantire un fine quale è la reintegrazione integrale della situazione giuridica soggettiva lesa, dunque, dando spazio anche alla domanda risarcitoria.

Significativa di questa idoneità del mezzo processuale alla soddisfazione del fine è la relativamente recente disposizione d'apertura del codice del processo amministrativo, la quale afferma che la giurisdizione del giudice speciale è tesa ad assicurare «*una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*»[34] e, dunque, dei «*diritti e degli interessi legittimi*»[35]; documento normativo che - va sottolineato - si pone in linea con le "carte sovranazionali". Infatti, l'art. 47, comma 1, Carta UE, antepone l'effettività del rimedio giurisdizionale (§ 1) e, dunque, la sua idoneità a garantire una piena tutela al metodo del processo, al suo essere percorso di soddisfazione equo ed imparziale della pretesa (§ 2)[36].

59)». Più recentemente Corte eur. Dir. uomo, 6 febbraio 2020 – Ricorso n. 44221/14, *Felloni c. Italia*, § 24, in *www.echr.coe.int*, ha ribadito tale obbligo, pur escludendo l'esistenza di un dovere integrale di puntuale risposta a tutte le argomentazioni rigettate. In particolare, la pronuncia appena citata rimarca come i giudici nazionali «non sono tuttavia dispensati dal dover esaminare debitamente i principali motivi di ricorso che quest'ultima deduce e dal rispondervi (v. *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2) [GC], n. 19867/12, § 84, 11 luglio 2017). Se, per di più, questi motivi attengono "ai diritti e alle libertà" garantiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli – come il principio di non retroattività delle leggi penali più severe – i giudici nazionali sono tenuti ad esaminarli con particolare cura e rigore (*Wagner* e *J.M.W.L. c. Lussemburgo*, n. 76240/01, § 96, 28 giugno 2007, e *Magnin c. Francia* (dec.), n. 26219/08, 10 maggio 2012».

[34] Art. 1.

[35] Art. 24, comma 1, Cost.

[36] Sulla base di detto principio (definito anche come diritto a una "tutela giurisdizionale effettività", locuzione nella quale il Trattato di Lisbona avrebbe sintetizzato i principi di effettività e di equivalenza), il sistema interno dei rimedi giurisdizionali deve essere tale da non impedire o rendere praticamente impossibile o eccessivamente gravosa la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione. In dottrina, sul principio di effettività in rapporto al diritto europeo e internazionale, v., tra i tanti, G. Ottolenghi, *Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1936, pp. 4-5; G. Salvioli, *L'effettività in diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, II, pp. 280 ss.; R. Caranta, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1991, pp. 1903 ss.; G. Tesauro, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and National Courts*, in *Yearbook of European Law*, 1993, pp. 1 ss.; F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: InIstitutions, Process, Tools and Tecniques*, in *Michigan Law Review*, 1993, pp. 19 ss.; G. Greco, *Effettività della giustizia amministrativa nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1996, pp. 797 ss.; M.P. Chiti, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 513 ss.; P. Biavati, *Diritto comunitario e diritto processuale italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, pp.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce il diritto al ricorso effettivo contro le lesioni arrecate anche dalla P.A. nel suo art. 13, pur ponendolo dopo l'indicazione di metodo dell'art. 6 CEDU.

5. *(segue)* Le analogie con l'esperienza statunitense e l'attuazione del principio di *full jurisdiction* come diritto del cittadino ad avvalersi di «un tribunale con giurisdizione sul merito della questione» secondo il modello sperimentato con riguardo alle sanzioni *antitrust*

La prospettiva che ci viene consegnata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo si è, *mutatis mutandis*, similmente (e quasi contemporaneamente) delineata presso la Corte Suprema USA: varie sono, infatti, le decisioni di Corti USA federali e statali che applicano tale principio, mai, del resto, più posto in discussione.

721 ss.; F. Jacobs, *Effective judicial protection of individuals in the European Union, now and in the future*, *ivi*, 2002, pp. 203 ss.; C. Schepisi, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003; S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studi sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; G. Anagnostaras, *The Quest for an Effective Remedy and Measure of Judicial Protection Afforded to Putative Community Law Rights*, in *European Law Review*, 2007, pp. 727 e ss.; L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze d'attribuzione*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, pp. 773 ss.; S.M. Carbone, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009; F.F. Guzzi, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013. In giurisprudenza, possono ricordarsi, tra le tante, le seguenti sentenze della Corte di Giustizia: 9 novembre 1983, *San Giorgio*, causa 199/82, in *Racc.*, 3595; 15 maggio 1986, *Johnston*, causa 222/84, *ivi*, 1651; 7 maggio 1991, *Vlassopoulou*, causa C-340/89, ivi, 2357; 11 luglio 1991, *Verholen*, cause 87-89/90, *ivi*, 3757; 10 luglio 1997, *Palmisani*, causa C-261/95, *ivi*, I-4025; 2 dicembre 1997, *Fantask*, causa C-188/95, *ivi*, I-6783; 1 giugno 1999, *Eco Swiss*, causa C-126/97, *ivi*, I-3055; 3 febbraio 2000, *Charalampos Dounias*, causa C– 228/98, ivi, I-577; 27 novembre 2001, *Commissione c. Austria*, causa C-424/99, ivi, I-9285; 20 settembre 2001, *Courage*, causa C-453/99, ivi, I-6297; 25 luglio 2002, *Mirax*, causa C-459/99, ivi, I-6591; 13 marzo 2007, *Unibet contro Justitiekanslern*, causa C-432/05, in *Racc.*, 2007, I-2271, punto 37.13; 22 novembre 2007, *Sniace*, causa C-260/05, *ivi*, I-10005; 12 febbraio 2008, *Kempter*, causa C-2/06, *ivi*, I-411; 15 aprile 2008, *Impact*, causa C-268/06, *ivi*, I-2483; 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *ivi*, I-6351; 24 marzo 2009, *Danske Slagterier*, causa C-445/06, *ivi*, I-2119; 16 luglio 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH* contro *Commissione delle Comunità europee* causa C-385/07 P, in *Racc.*, 2009, I-06155, punti 177 e 179; 3 dicembre 2009, *Hassan Ayadi*, cause C-399/06 P e C-403/06 P, in *curia.europa.eu*; 25 novembre 2010, *Fuß*, causa C-429/09, *ivi*; 22 dicembre 2010, *DEB, Deutsche Energiehandels*, causa C-279/09, *ivi*; 22 dicembre 2010, *Gavieiro e Torres*, cause C-444/09 e C-456/09, *ivi*.

Invero, è ormai pacifico nella giurisprudenza che esista, su decisioni amministrative incidenti su diritti un «*Supreme Court's requirement of a de novo rewiew of all factual and legal issues that would relieve the Defendants of the appearance that a self-interested party has significant control*»[37]. In altri termini, un sindacato giurisdizionale "deferente" non consente di rimediare, in sede giurisdizionale, alla violazione procedimentale del *due process*. Il modello di una fase curativa è e deve, quindi, necessariamente essere quello di un «*de novo review of all factual and legal issues*»[38]. Mentre non è sufficiente un sindacato giurisdizionale in cui sia dato solo contestare che l'azione amministrativa «*is not supported by substantial evidence, is contrary to law, is arbitrary and caprocious or is an abuse of discretion*»; cioè un sindacato di mera legittimità, per quanto sostanziale. Risulta, quindi, inaccettabile, perché in palese contrasto con il *due process*, un sistema che ponga «*a single official in the position of making both an initial and final determination of legal violation, with no opportunity for de novo review by the trial court*»[39].

Invero, la realizzazione del diritto al giusto processo *ex* art. 6 CEDU è affidata, in specie (ma non solo) nella materia delle sanzioni amministrative, e, in particolare delle sanzioni *antitrust*, senz'altro di natura penale[40], al concetto di *full jurisdiction*. In base a tale principio, il cittadino

[37] Cfr. United States District Court, Delaware, 17 settembre 2019, *Univar*, Inc. v. *Geisenberger*, in 409 F. Supp.3d 273; ma in questo senso già Corte suprema degli Stati Uniti, 28 aprile 1980, *Marshall v. Jerrico*, Inc., in 446 U.S. 238, 245.; Id., 14 giugno 1993, *Concrete Pipe and Products of California*, Inc. v. *Construction Laborers Pension Trust for Southern California*, 508, US 602, 618. Sul tema della *ex novo review,* cfr. J.A. Shechter, *De novo Judicial Review of Administrative Agency Factual Determinations Implicating Constitutional Rights*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 88, No. 7 (Nov. 1988), pp. 1483 ss., il quale dà altresì conto dell'ampia giurisprudenza della Corte Suprema in tema di necessità di una piena revisione giurisdizionale delle scelte amministrative incidenti su diritti fondamentali di rango costituzionale, proponendone una razionalizzazione. Ma l'argomento non è certo nuovo: cfr. già J.J. Kearney, *Problem of De Novo Judicial Review of Administrative Action De Novo Judicial Review of State Administrative Findings*, in *Harvard Law Rev.*, Vol. 65, No. 7 (May 1952), pp. 1217 ss.

[38] Così Supreme Court of State of Arizona, 25 maggio 2017, caso *Horne v. Polk*, in 242 Ariz. 226, § 21; nel medesimo senso, Così United States District Court, E.D., California, 29 settembre 2017, *Federal Energy Regulatory Commission* v. *Barclays Bank PLC.*

[39] Cfr. Court of State of Arizona, 25 maggio 2017, cit., § 13.

[40] Come espressamente riconosciuti con la sentenza *Menarini* del 2011 (Corte eur. Dir. uomo, sez. II, 7 settembre 2011, ricorso 43509/08, cit.). In tema di sanzioni tributarie (ritenute di natura penale),i giudici di Strasburgo hanno ripetutamente notato come: «*A system that allows enforcement of considerable amounts of tax surcharges before there has been a court determination of the liability to pay the surcharges is therefore open to criticism and should be subjected to strict scrutiny*» (v., ad es., Corte eur. Dir. Uomo, 23 luglio 2002,

deve potere avvalersi di «un tribunale con giurisdizione sul merito della questione»[41], ossia sul fatto come sul diritto, punto su punto, senza mai dovere declinare la capacità di conoscere i fatti e di provvedere[42]. A tale proposito, i giudici dell'Unione europea, nel contesto del loro sindacato su sanzioni amministrative *antitrust*, hanno, fin dal 2013 statuito che la *full jurisdiction* implica in capo al giudice «il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa da un organo di grado inferiore»[43].

Detto altrimenti, il sindacato giurisdizionale deve essere di carattere sostitutivo, secondo il modello, nel nostro sistema, con più sicurezza sperimentato nella giurisdizione di merito[44]. Infatti, tale sindacato vede significativi limiti quanto all'accesso diretto ai fatti e alla sostituzione degli apprezzamenti discrezionali, cosicché certamente non realizza una *full iurisdiction*, ovvero, secondo la definizione ribadita dalla *Grand Chamber*, un esame «*point by point the applicants' grounds of appeal, without having to decline jurisdiction in replying to them or in scrutinising findings of fact or law made by the administrative authorities*»[45].

ricorso 3461/97, *Janosevic c. Svezia*, par. 108 e 23 luglio 2002, *Vastberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia*, ricorso 36985/97, par. 120, tutte consultabili in www.echr.coe.int.

[41] Cfr., in tal senso, Corte eur. Dir. uomo, Plenaria, 8 luglio 1987, caso 9749/82, W. V. *United Kingdom*, § 82, in *www.echr.coe.int*, ove si legge: *«In a case of the present kind, however, there will in the Court's opinion be no possibility of a "determination" in accordance with the requirements of Article 6, § 1 (art. 6-1) of the parent's right in regard to access, as analysed in paragraph 77 above, unless he or she can have the local authority's decision reviewed by a tribunal having jurisdiction to examine the merits of the matter. And it does not appear from the material supplied by the Government or otherwise available to the Court that the powers of the English courts were of sufficient scope to satisfy fully this requirement during the currency of the parental rights resolution».*

[42] Cfr., ad es., Corte eur. Dir. uomo, sez. I, 17 aprile 2012, ricorso 21 539/07, *Steininger v. Austria*, par. 50, in *www.echr.coe.int*, secondo cui: «*it considered these submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction when replying to them or ascertaining various fact*».

[43] In tal senso cfr. Corte giust. UE, sez- I, 30 aprile 2014, causa 238/12 P, *FL Smidth & Co. A/S c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2014:284; Corte giust. UE, sez. I, 27 aprile 2017, causa 469/15 P, *FSL Holdings e a. c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2017:308, punto 56.

[44] Peraltro, ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., estesa proprio al sindacato sulle «*sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti*».

[45] Così Corte eur. Dir. uomo, Grand Chamber, 6 novembre 2018, ricorso 55391/13, 57728/13 e 74041/13, *Ramos Numes De Carvalho e SA* v. *Portugal*, par. 183; nello stesso senso, Corte eur. Dir. uomo, sez. V, 16 dicembre 2008, ricorso 23510/02, *VitrenKo and Others* v. *Ukraine*, par. 2, ove si legge: *«Even assuming that the first applicant's absence could raise the issue of infringement of the equality of arms principle, the applicant had the opportunity to make*

Ad analoghe conclusioni è possibile giungere ove si consideri la tradizionale razionalizzazione in termini di *Law and economics*, nell'ordinamento americano, della limitatezza del sindacato giurisdizionale a fronte di un procedimento semi-giurisdizionale[46]. Secondo questa prospettiva, un sistema di sindacato giurisdizionale di mera legittimità è efficiente – ossia realizza un ottimale bilanciamento tra accuratezza della scelta e relativi costi – nella misura in cui vi sia certezza di pieno ed imparziale approfondimento delle questioni e degli interessi rilevanti in una sede procedimentale davvero strutturata e garantistica: invero, solo a queste condizioni, un sindacato giurisdizionale sostitutivo si tradurrebbe in una inutile duplicazione di processi decisionali e, quindi, di costi.

6. Le implicazioni di stampo sociologico, filosofico e metagiuridico sul tema in esame: l'intima connessione esistente tra interpretazione e creazione della legge e il ruolo della Cassazione

Non meno evidente, nell'ambito della tematica in oggetto, è la rilevanza dell'indagine sullo stretto legame tra il modo di intendere l'attività ermeneutica del giudice e quello di concepire il ruolo stesso di quest'ultimo, nonché, più in generale, della funzione giurisdizionale nell'ambito del complessivo sistema costituzionale così come dei rapporti con gli altri poteri dello Stato, esecutivo e – soprattutto, per i fini di cui in trattazione – legislativo[47]. Il tema, ancora una volta, trascende il campo della presente

any necessary submissions before the appellate court that had full jurisdiction to review the case both on facts and on law and to remedy any decect in the first – instance court proceedings».

[46] Cfr., in argomento, *ex multis*, W. Bishop, *A Theory of Administrative Law*, in *Journ. of Leg. Studies*, XIX, 1990, 489 ss. e Jordão – Rose-Ackerman, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review,* in 66 *Admin. Law Rev.*, 2014, 1 ss., pp. 33 ss. In generale, quanto all'esperienza USA, in merito all'equilibrio tra garanzie nel procedimento e livello di sindacato giurisdizionale, cfr. G. Bognetti, *Dalla «rule of law» allo «stato amministrativo»: il problema della giustizia nell'amministrazione in America. I*, in *Jus*, 1986, pp. 240 ss., 265 ss., il quale ricorda come gli uffici pubblici americani siano ampiamente frequentati da legali delle parti, data la caratterizzazione fortemente partecipata dell'*adjudication* da parte delle *Administrative Agencies* e come ciò, tra l'altro, spieghi la *deference* delle Corti a sindacare l'intrinseco della scelta amministrativa. Sul punto, cfr., altresì, F. Goisis, *op. ult. cit.*, p. 20.

[47] Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1984, pp. 246-247, che, nel commentare l'enunciazione dei tre poteri compiuta da Montesquieu, osserva come quest'ultimo Autore faccia sul potere giudiziario «un'osservazione che ha

trattazione, venendo in rilievo considerazioni di stampo sociologico, filosofico e finanche metagiuridico alla cui maturazione scientifica in alcun modo gioverebbe una sintetica "parentesi" sistematica condotta in vista di obiettivi di analisi riferiti ad altro specifico settore. D'altro canto, il semplicistico tentativo di abbozzare definizioni ovvero assumere determinazioni in una materia così profondamente "teorizzata", nel corso di secoli di studi e dissertazioni risulterebbe addirittura controproducente.

Lo scopo di questa breve digressione sull'ermeneutica giudiziale non è, allora, quello di ricostruire, seppur sinteticamente, le coordinate del dibattito scientifico in materia, bensì di dare atto di quell'intima connessione esistente tra interpretazione e creazione della legge che, allo stesso tempo, dia la misura di quanto ne sia "labile" il confine. Il tema del ruolo dell'interpretazione della legge costituisce il classico "campo di battaglia" nel quale si scontrano e si incontrano nella dottrina, nell'avvocatura e fra gli stessi magistrati diverse, anzi diversissime opinioni[48] e che involge problematiche di carattere interdisciplinare, di vasta portata, non solo di teoria generale del diritto, come il controverso rapporto tra etica e legalità[49].

Diviene allora naturale porsi questa domanda: possono le sentenze degli organi giurisdizionali tendere a moralizzare la p.a. e i soggetti privati? In altri termini, la legalità può essere funzionale all'etica della p.a. e, più in generale, della società?

qualcosa di misterioso, secondo cui esso sarebbe «in qualche modo inesistente», «*en quelque façon nulle*» [...]», pervenendo alla conclusione che a suscitare vero interesse sia soltanto la distinzione tra potere legislativo e potere esecutivo.

[48] Queste ultime convergono unicamente su un dato e cioè quello di riconoscere l'ampliamento del diritto vivente, a volte descrivendosi questo fenomeno come sovversivo, eversivo o egemone rispetto al "diritto scritto", soprattutto quando i canoni ermeneutici si discostano dal testo della disposizione e così valicandolo pericolosamente in nome di principi o valori dell'uomo e così spingendosi verso un'innaturale attività definita creativa del diritto (così S. Chiarloni, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, pp. 1 ss.). A tale visione alla quale si contrappone una diversa prospettiva che vede nell'attuale sistema l'edificazione di una commendevole attività coerenziatrice e di collegamento della disposizione astratta al caso che ne sollecita l'applicazione e che dunque grazie al caso diventa norma effettiva, vivente appunto (F. Roselli, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 23).

[49] A cui è stato dedicato il Convegno di Studi "Etica e legalità nella P.A.", organizzato dal Dipartimento di Diritto pubblico, Internazionale e Comunitario dell'Università di Padova e dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona, tenutosi il 20 dicembre 2023, a Treviso, Palazzo San Leonardo.

Per rispondere a questa domanda occorre considerare la "semantica" del termine etica, con una breve disgressione di carattere storico. Il termine greco equivale a *ethos*, in cui si raccoglie un ampio spettro di significati che indicano il carattere, ma anche la dimora, il soggiorno, l'abitazione; (éthos) assume dunque i significati di abitudine, consuetudine, pratica di vita. Questa componente etica sovrasta e ispira la regione del *nomos*, nella quale acquistano codificazione normativa gli usi del vivere comune[50].

In questo senso l'etica è alla base del principio di legalità. La matrice comune è data dal concetto di interesse pubblico, un concetto connaturato ad ogni società civile organizzata.

Potere e interesse pubblico sono stati, da sempre, fra i temi più dibattuti del diritto pubblico e amministrativo, soprattutto perché l'interesse pubblico individua una nozione polimorfa o – come efficacemente rilevato da M.S. Giannini – «un personaggio (...) in nome del quale se ne combinano di ogni genere»[51]. Nella sua fondamentale opera *L'idéologie de l'intéret general*, F. Rangeon[52] pone a fondamento delle differenti concezioni di potere pubblico e interesse pubblico proprio la visione platonica, da un lato, e quella aristotelica, dall'altro[53].

[50] Cfr. L. Senzasono, *"Eraclito e la legge"*, in *Gerión*, 1996, pp. 53 ss.; U. Curi, *Il colore dell'inferno, la pena tra vendetta e giustizia*, Torino, 2019, spec.pp. 60 ss.

[51] Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 108. Va qui ricordato che già nel 1931 E. Presutti (*Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Messina, 1931, pp. 47 ss.) aveva qualificato l'interesse pubblico come «un poliedro a molteplici facce, delle quali l'una è indubbiamente rappresentata da quell'interesse a limitare, costringere o annullare diritti e interessi dei privati per quel tanto strettamente necessario alla soddisfazione dell'interesse della comunità». Di «formula in bianco storicamente adoperata per coprire le realtà più disparate e a volte più lontane da quel significato letterale che pure essa rappresenta», sempre con riferimento all'interesse pubblico, scrisse V. Spagnuolo Vigorita, nel saggio *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, pp. 631 ss. In seguito, F. Levi (*L'attività conoscitiva della p.a.*, Torino, 1967, pp. 307 ss.) avrebbe rilevato, invece, il duplice fenomeno di mitizzazione e di strumentalizzazione dell'interesse pubblico, al fine di legittimare, di volta in volta, i più diversi comportamenti amministrativi, come rilevato da F.G. Scoca, in F.G. Scoca, M.R. Spasiano, *Nozioni introduttive*, Sezione II – *Approfondimenti*, §1. Interesse pubblico e potestà, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, pp. 10-11.

[52] F. Rangeon, *L'idéologie de l'intéret general*, Paris, 1986, pp. 36 ss. Un importante contributo storico e giuridico sul tema è offerto da I. D'Argenio, *La Administraciòn Pùblica, Crisis del sistema autoritario*, La Plata, 2012.

[53] Nella visione platonica l'interesse pubblico, in quanto tale capace di imporsi unilateralmente, è difeso e garantito dalla insindacabilità dell'utilizzo del potere. Molta parte della vita di Platone fu impegnata a dare corpo al suo ideale etico-politico e ogni volta, tuttavia,

Sono due visioni che permangono e si contrappongono in tutte le evoluzioni successive del concetto di interesse pubblico, dal Leviatano di Hobbes, alla volontà generale di Rousseau, passando per la teoria del contratto sociale di Locke fino alla nascita del diritto amministrativo moderno, in cui trova codificazione il principio di legalità[54].

Come si legge in una pagina splendida di Paolo Grossi «noi siamo un po' affetti dalla legalità»[55]: il principio di legalità che trionfa nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino[56] e trionfa per reazione ad una vocazione giurisprudenziale e dottrinale del diritto all'epoca avvertito ormai come esausta e pesante. Ci sovviene, peraltro, con grande affetto e un po' anche di tristezza, il terribile e disordinato scrittoio dell'Azzecca-garbugli manzoniano[57], che abbiamo appreso ai tempi della scuola ma che in realtà è un'immagine d'epoca fortissima; questo avvo-

egli ha sperimentato come tale ideale potesse diventare facile preda della corruzione del denaro, del potere fine a se stesso, del costume e dell'ambizione smodata degli uomini. In Aristotele, la *polis* è, invece, il frutto di un'idea di equilibrio, di riconoscimento di pluralità di interessi e di permanente considerazione della comunità. La città aristotelica, insomma, riconosce le differenze e l'interesse comune non si oppone agli interessi particolari, ma è frutto di un loro dinamico e costante equilibrio: cfr. U. Eco, *Platone e Aristotele: dal confronto alla conciliazione*, in *Storia della civiltà europea a cura di Umberto Eco*, 2014, in *www.treccani.it.*

[54] La bibliografia sul principio di legalità è amplissima: cfr., *ex multis*, per alcuni approfondimenti, P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law,* in *Public Law,* 1997, pp. 467 ss.; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti,* Milano, 2001; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione, Atti del 53° Conv. Di Studi Amministrativi, "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia",* Varenna, 20-22 settembre 2008; F. Cintioli, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali. "Dove non può la Costituzione può la legge statale?" Ossia, "la trasversalità oltre se stessa",* in *Giur. Cost,*, 2008, pp. 3072 ss.; A. Bartolini, A. Pioggia, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità,* in M. Renna, F. Saitta (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo,* Milano, 2012, pp. 79 ss.; G. Corso, *Il principio di legalità* in *Princìpi e regole dell'azione amministrativa,* a cura di M.A. Sandulli, 2020, pp. 43 ss.

[55] Cfr. P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma, 2020, (manca indicazione del n. di pagina).

[56] La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 è un testo giuridico elaborato nel corso della Rivoluzione francese, contenente una solenne elencazione di diritti fondamentali dei cittadini francesi e degli esseri umani, diviso in un preambolo e 17 articoli (v., in particolare, gli artt. 5 e 6), ove si legge: *«La legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini essendo uguali ai suoi occhi sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo le loro capacità, e senza altra distinzione che quella della loro virtù e dei loro talenti».*

[57] Cfr. P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., (manca indicazione del n. di pagina).

cato – la professione è parte anche integrante del dialogo di oggi – che rimesta, come in uno "staio" tutta questa enorme produzione normativa volutamente scomposta sul suo tavolo per poi gloriosamente trovare le "grida", la norma di legge - che a ben saperla leggere - ci dice che nessuno ha mai torto e nessuno ha mai ragione[58]: pare che rappresenti un po' a livello di immagine e di immaginario il nostro problema attuale.

La mitizzazione della legalità – peraltro lo stesso Grossi[59] ce lo ha insegnato magistralmente – non è sicura e non è etica via alla giustizia e la risposta si fa difficile. Certamente dire che ciò che è legale è etico e ciò che è etico è legittimo forse storicamente è un po' troppo e pretende più che altro troppo da una fonte[60]. Va interrogato il diritto nella sua ricostituita complessità. Così anche per la rivisitazione del ruolo e, a volte, dell'invadenza dell'interprete: ruolo centralissimo. La legge, per definizione, non è in grado di esaurire lo spazio del giuridicamente rilevante, di consumare la via alla realizzazione del giusto e l'interprete è necessaria componente di quel processo di realizzazione.

Date queste doverose premesse sui concetti di etica e legalità, e dovendo affrontare il tema in una prospettiva di carattere "interdisciplinare" non si può in questa sede prescindere da un – sia pure breve richiamo – al pensiero di Kelsen, che, nel definire l'interpretazione come «un procedimento spirituale che accompagna il processo di produzione del diritto nel nuovo sviluppo da un grado superiore a uno inferiore regolato da quello superiore»[61], vede nel giudice «un creatore del diritto», assumendo che quest'ultimo sia anche «relativamente libero in

[58] Ci si riferisce alla celebre frase dell'avvocato Azzecca-garbugli ne *I promessi sposi* «A saper ben maneggiare le gride, nessuno è reo, e nessuno è innocente».

[59] Cfr. P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., (manca indicazione del n. di pagina).

[60] Il rapporto inscindibile che connota la coesistenza dell'uno e dell'altro è stato ben evidenziato dalla dottrina costituzionalista. Questo "alone" non giuridico che riguarda le norme giuridiche che devono essere non solo interpretate ma applicate anche secondo determinati canoni e ha richiamato uno di questi quello della lealtà correttezza, che prescinde dalla traduzione in specifici comportamenti scritti e predeterminati: immagine, magistralmente rappresentata nel celebre "Segretario fiorentino" di Niccolò Macchiavelli. In un passo dei suoi *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, pubblicati postumi nel 1531, Macchiavelli ha, invero, affermato che «È impossibile imporre una Repubblica delle leggi in una società che non sia già caratterizzata da buoni costumi», precisando che «Così come li buoni costumi per mantenersi hanno bisogno delle leggi, così le leggi per osservarsi hanno bisogno dei buoni costumi».

[61] Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino, 2000, p. 117.

questa funzione»[62]. Per il filosofo, «[I]l compito di estrarre dalla legge la sentenza giusta o l'atto amministrativo giusto è approssimativamente lo stesso di quello di creare, nello schema della costituzione, le leggi giuste»: di conseguenza, come non è possibile «estrarre dalla costituzione a mezzo dell'interpretazione delle leggi giuste, così non si possono nemmeno estrarre dalla legge per mezzo dell'interpretazione delle sentenze giuste»[63]. Esiste, per Kelsen, una differenza tra questi due casi, «ma questa è soltanto quantitativa e non qualitativa e consiste nel fatto che, dal punto di vista materiale, il vincolo del legislatore è molto più debole di quello del giudice per il fatto che il primo, nella creazione del diritto, è relativamente molto più libero del secondo»[64].

Da queste poche seppur rilevanti osservazioni, cui ha peraltro lucidamente aderito autorevole dottrina, si comprende, che il fulcro della questione ruota intorno al grado di creatività, ai modi, ai limiti e all'accettabilità della creazione del diritto, piuttosto che aver riguardo al problema di un contrasto netto tra i concetti di interpretazione e creazione[65].

Oggi pensiamo all'arbitrio come al capriccio, una definizione, così negativa che in realtà non appartiene alla storia moderna; la storia moderna legge l'*arbitrium iudicis* tecnicamente come un impegno ad estrarre dalla norma positiva la massima misura di equità nella sua applicazione. Torniamo alla complessità di sondare e attingere dal linguaggio della giurisprudenza proprio anche per emancipare alcune espressioni una deriva definitoria che ormai le ha portate al versante negativo, versante che, in realtà, non hanno. Una giurisprudenza autoreferenziale non è mai auspicabile, la segregazione dei ruoli, dettata dalla separazione dei poteri tra legislatore e giudice deve restare e non vi è motivo per negarla, così come anche deve rimanere l'integrazione nel percorso alla giustizia.

[62] *Ivi*, p. 123.
[63] *Ibidem.*
[64] *Ibidem.*
[65] Così M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, p. 10. Cfr. altresì S. Spinelli, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale (A margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte Costituzionale)*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 3, pp. 1495, che dà rilievo al quesito circa il fin dove possa spingersi la libertà dell'atto di conoscenza e di volontà del giudice perché questa non trasmodi in atto di creazione normativa.

7. La possibile applicabilità ai rapporti tra Cassazione e Consiglio di Stato di un meccanismo processuale basato sul principio di solidarietà e sui doveri di collaborazione e di corresponsabilità tra organi giudicanti analogo a quello elaborato in America Latina, denominato «*cargas dinámicas de la prueba*»

Se ci si pone, infatti, nella prospettiva della giustizia come "servizio pubblico" offerto ai cittadini[66], l'incertezza sul giudice al quale rivolgersi per ottenere giustizia costituisce una disfunzione sempre meno tollerabile, specie in una fase nella quale è sempre più avvertita l'esigenza di una rapida soluzione delle controversie.

In tale contesto, si potrebbe immaginare di applicare ai rapporti tra Cassazione e Consiglio di Stato un meccanismo analogo alla figura elaborata in America latina in materia di onere della prova, denominata c.d. "*cargas dinámicas de la prueba*"[67], ovvero una costruzione dogmatica sul principio di solidarietà e sui doveri di collaborazione e di corresponsabilità[68]. Alla radice di questa dottrina vi è una concezione dinamica del processo (e *solidarista*), il quale ha lo scopo di raggiungere la giustizia nel caso di specie inteso anche come giusto equilibrio tra le parti, nel rispetto

[66] Definisce la giurisdizione come «un vero servizio pubblico e come tutti i servizi pubblici, controllabile e misurabile» A. Pajno, *Processo amministrativo e processo economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, p. 236.

[67] Carico dinamico della prova.

[68] In proposito, v. il padre di questa tesi in Argentina J.W. Peyrano, *Nuoevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas,* in Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni Santa Fe, 2004, p. 20; sempre per la dottrina argentina, v. J.C. Quiroz Fernández, *Congresos Nacionales de Derecho procesal*, Santa Fe, 1999, pp. 258 ss.; M. Masciotra, *La conducta procesal de las partes*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 14 ss. Per una disamina del principio in Venezuela, v. M. Quintero Tirado, *Valor probatorio de la conducta de las partes, VII Jornadas Venezolanas de Derecho Procesal, Homenaje al Prof. Luis Fuenmayor, organizadas por el Instituto Venezolano de Estudios de Derecho procesal* (invedepro), Caracas, novembre 2006.

dei doveri di lealtà, probità, buona fede[69] e del dovere di collaborare nella ricerca della verità[70].

Secondo alcuni è la facilità di offrire la prova a dover determinare l'allocazione dell'onere (dinamico) della prova, e le migliori condizioni di provare dipendono da una pluralità di fattori tecnici, economici o giuridici[71], ivi incluso ad esempio il grado di competenze professionali coinvolte nel processo e i costi di tutela (si pensi ai casi di responsabilità civile del

[69] Come è noto, in Italia non è stato espressamente sancito il dovere di verità ma il dovere di probità e lealtà: l'art. 88 c.p.c. stabilisce espressamente che «*Le parti e i loro procuratori e difensori hanno il dovere di agire con probità e lealtà*» aggiungendo: «In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi». Negli ordinamenti latino-americani esistono numerose disposizioni in materia, analoghe a norme europee, tra le quali si possono menzionare, in particolare, l'art. 32.1 del *Code de procédure civil* francese e l'art. 247 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola nonché il § 138 della *Zivilprozessordnung*, che sancisce i doveri delle parti di dire la verità (*Wahrheitspflicht*) e di correttezza. Tra le legislazioni sudamericane, si possono, qui, ricordare, ad es., l'art. 24 del *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe* argentino, secondo cui «*Las partes y sus defensores tendrán el deber de conducirse en el juicio con lealtad, probidad y buena fe. Respecto de las primeras, la transgresión de estos principios autorizará al juez o tribunal, al fallar en definitiva, a imponer a la infractora una multa de hasta doscientos días multa, en favor de su contraria. Si fueren los defensores quienes faltaren a esos deberes, el juzgador lo comunicará a los colegios profesionales que ejerzan sobre ellos la jurisdicción disciplinaria*». Nel medesimo senso, v. anche l'art. 45 del *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires* e l'art. 45 del *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.* Con riferimento alla legislazione sudamericana, si possono, inoltre, menzionare: gli artt. 78-81 del *Código de Processo Civil* brasiliano, l'art. 88 del *Código de Procedimiento Civil* cileno, gli artt. 78, 79, 80 e 81 del *Código del Proceso* colombiano, gli artt. 51, 52 e 53 del *Código Procesal Civil* paraguaiano, l'art. 109 del *Código Procesal Civil* peruviano, l'art. 5 del *Código General del Proceso* uruguayano, gli artt. 17 e 170 del *Código de Procedimiento Civil* venezuelano.

[70] Cfr. I. Lépori White, *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 69. Per una disamina del principio di buona fede in Spagna, cfr. J. Montero Aroca, *Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal*, in Aa.Vv., *Proceso Civil y Ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006, pp. 294 ss.; Id., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2007, pp. 134 ss., secondo cui la norma spagnola non prevede la dottrina delle "*cargas dinámicas probatorias*". In una diversa prospettiva, cfr. J. Picó I Junoy, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003, pp. 76 ss.; J Nieva Fenoll, *Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: Nociones que precisan revisión*, in Aa.Vv., *30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre de Colombia, Colombia, 2009, pp. 1030 ss.

[71] Cfr. S.J. Barbiero, *Cargas probatorias dinámicas*, in Aa.Vv., ¿Que debe probar el que no puede probar?, in Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 101.

medico)[72]. Il fatto di trovarsi nella migliore condizione di provare deve essere dimostrato dalla parte che beneficia dell'onere dinamico[73].

Il principio di fondo che emerge chiaramente da questa dottrina – che, nel merito della fattispecie, è volta a modificare le regole generali sull'*onus probandi* nel caso in cui una parte non adegui la sua condotta processuale a tali principi – è quello di controllare e sanzionare l'uso distorto del processo, al fine di garantire che sia uno strumento effettivo di tutela senza eccessive restrizioni. Ed è del resto evidente che una "tipizzazione" dell'abuso processuale[74] non è impossibile in linea di principio né risulta sempre conveniente operare con clausole generali in una materia così delicata nella quale sono a rischio, come detto, le garanzie fondamentali che la Costituzione accorda alle parti[75].

Diceva Chiovenda che «non è sempre praticamente utile che il diritto provveda con sanzioni a colpire nel processo chi si comporta in mala fede: poiché volendo con norme generali (di dubbia efficacia) reprimere il

[72] Cfr. M. Balestro Faure, *La dinámica de las cargas probatorias. Un proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales*, in Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 19; Id., *La valoración judicial de la conducta en juicio*, in Aa.Vv., *Valoración judicial de la conducta procesal*, Santa Fe, 2005, pp. 41 ss.; C.A. Urdaneta Sandoval, *Los principios de disponibilidad y de facilidad probatoria en la distribución dinámica de la carga de la prueba civil*, Convegno sul XX Aniversario del Código de Procedimiento Civil. Homenaje a los Dres. Arístides Rengel Romberg y Leopoldo Márquez Añez, Puerto la Cruz, Estado Anzoátegui, 20 e 21 ottobre 2006, p. 11; R.J. Duque Corredor, *La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez*, in www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina, 24 novembre 2013.

[73] Cfr. S.J. Barbiero, *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 101 ma in tal senso già E. Couture, *El deber de las partes de decir la vertad*, in *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buuenos Aires, 1979, III, pp. 253 ss.; più in generale, sull'onere probatorio, cfr. F. Cipriani, *L'avvocato e la verità*, in F. Cipriani, *Il processo civile nello stato democratico*, Napoli, 2010, pp. 131 ss.; S. Patti, *Le prove. Parte generale*, Milano, 2010, pp. 67 ss.

[74] Cfr., in proposito, M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2002, *passim*; Id., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, pp. 100 ss.; G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, in Aa.Vv., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale*, Urbino, 23-24 settembre 2011, Bologna, 2012, pp. 169 ss.; M. De Cristofaro, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 335 ss.

[75] Cfr. M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, tr. es. di J. Ferrer Beltrán, Madrid, 2009, 512 ss.; Id., *L'abuso del processo: profili generali*, in Aa.Vv., *Diritto privato, l'abuso del diritto*, Padova, 1997, p. 480 e in *Atti del XXVIII Convegno Nazionale*, Urbino, 23-24 settembre 2011, Bologna, 2012, pp. 28 ss.; Id., *Elementos para una definición de abuso de proceso*, in *Páginas sobre la justicia civil*, tr. es. di M. Aramburo Calle, *Marcial Pons*, Madrid, 2009, pp. 296-297; Id., *Simplemente la vertad. El juez y la construcción de los hechos*, tr. es. di D. Accatino, Madrid, 2010, pp. 258 e 261; Id., *Abuso del processo*, in *Contratto e impresa*, 2015, pp. 832 ss.

litigante doloso, facilmente si troverebbe a vincolare la libertà anche del litigante di buona fede; mentre rimettendone al giudice pure in via generale la repressione, concederebbe un soverchio arbitrio al magistrato»[76]. Tutto ciò può dare luogo a trattamenti iniqui, disparità di trattamento e sfociare nella ineffettività di tali previsioni[77].

La valutazione da parte dei diversi plessi giurisdizionali deve essere, quindi, condotta con cautela, identificando le fattispecie che ciascun ordinamento nazionale stabilisce e la loro *ratio*, ossia i valori tutelati dalle norme, per poi procedere in via analogica se, e nei limiti, in cui è concesso.

Si tratta di una prospettiva pienamente condivisa con la giurisprudenza della Corte EDU che, anche di recente, ha avuto modo di apprezzare, esaminando una vicenda originata in Serbia, come fisiologici contrasti interni di giurisprudenza su una questione di natura processuale – destinata a ripetersi in modo frequente – avevano trovato soluzione attraverso un "parere" espresso dalla Corte Suprema, sulla base di un parere preventivo (previsto dall'art. 176 c.p.c. serbo) assai simile a quello previsto dall'art. 363 *bis* c.p.c. al quale erano seguite pronunzie dei giudici di merito allo stesso conformi. Questo ha consentito alla Corte EDU di riconoscere che non potevano dirsi presenti, nella fattispecie in esame, differenze profonde e durature nella giurisprudenza nazionale tali da giustificare la violazione del giusto processo (art. 6 CEDU)[78].

In questa prospettiva, il "linguaggio" della nomofilachia, se è destinato a rispondere ad un'esigenza di chiarezza e di risoluzione di conflitti interpretativi o di determinazione di un diritto vivente destinato a realizzare l'uniforme interpretazione del diritto, deve essere utilizzato in maniera accorta dalla Cassazione, per evitare che le stesse proposizioni utilizzate delle Sezioni Unite siano oggetto di quelle incertezze interpretative che l'intervento chiarificatore della Corte di Giustizia, nel caso *Randstad*, ha inteso appianare. Contestualmente, il giudice amministrativo, quale presidio contro le decisioni arbitrarie delle pubbliche amministrazioni, diviene "cerniera" per assicurare la tenuta democratica degli ordinamenti, verificando che i provvedimenti dell'Autorità abbiano una base legale, siano ragionevoli e proporzionati agli interessi in ballo e agli scopi perseguiti, e non finiscano per ledere ingiustificatamente i diritti fondamentali

[76] Cfr. G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pp. 211 ss.
[77] Cfr. R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, pp. 233-34.
[78] Cfr. Corte EDU, 12 gennaio 2021, *Svilengaćanin e a. c. Serbia*, ric. n. 50104/10, in *www.echr.coe.int.*

dei cittadini. Anche tali conclusioni appaiono perfettamente in linea con le radici storiche e i caratteri di fondo dei sistemi di diritto amministrativo, incentrati sul provvedimento amministrativo che, a modo di sentenza quale accertamento imperativo della volontà della legge, assicura legalità e giustizia nell'Amministrazione[79].

In definitiva, occorre che i vuoti che la giurisprudenza a volte colma vengano considerati, al contempo, metro e misura del buon giudicare, capace di vincere la prospettiva "creazionista"[80], in nome di canoni riempiti di legalità connessa al sistema processuale: di ascolto, di dialogo, di cooperazione[81] e di fiducia reciproca fra i diversi "costruttori" del diritto[82].

[79] Cfr. M.A. Sandulli, *Cognita causa*, in *Giustizia Insieme*, 2020 e Id., *Il giudice amministrativo come "risorsa" fondamentale per la "buona amministrazione"*, in *Questione Giustizia* (fascicolo monotematico n. 1/2021 su *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*); E. Scoditti, G. Montedoro, *Il giudice amministrativo come risorsa*, *ivi*, 2020.

[80] Illuminanti, al riguardo, le parole di P. Grossi, *Prefazione* a *Il mestiere del giudice*, a cura di R. Conti, Padova, 2020, p. XV, secondo cui «Il vecchio giudice, condannato ad essere 'bocca della legge' dai riduzionismi strategici degli illuministi (dapprima) e dei giacobini (successivamente), non può che togliersi volentieri di dosso la veste opprimente dell'esegeta, ormai del tutto inadatta, e indossare quella dell'interprete, dell'inventore, intendendo la sua operazione intellettuale irriducibile in deduzioni di semplice natura logica (come in una celebre pagina di Beccaria) e concretizzabile piuttosto in una ricerca, in un reperimento, con le conseguenti decifrazione e registrazione. Quello che mi sentirei, invece, di rifiutare, decisamente perché fonte di più che probabili malintesi, è il sintagma 'creazione giurisprudenziale', … Infatti, è proprio di 'creazione ' e di 'creazionismo' che parlano gli adepti del legalismo statalistico stracciandosi le vesti di fronte a un ruolo, innaturale, perché para-legislativo, conferito (almeno secondo loro) ai giudici dalla riflessione ermeneutica. Insisterei, come ho fatto anche di recente, su un ruolo inventivo, marcando bene che si fa esclusivo riferimento alla inventio dei latini consistente appunto in un 'cercare per trovare'».

[81] Cfr. V.G. Canzio, *Corte di cassazione e Corte costituzionale: il diritto vivente quale fondamento del giudizio di legittimità costituzionale,* in *Giustizia Insieme*, 15 dicembre 2023. In questa prospettiva, può essere ricordata la vicenda della rilevanza, ai fini delle unioni civili, della pregressa convivenza, che una sezione della Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2023, n. 2507, in *Guida al dir.*, 2023, pp. 6 ss.), chiamata per la prima volta ad interpretare la nuova legge varata all'esito di alcune pronunzie della Corte EDU, ritenne di rinviare all'esame delle Sezioni Unite offrendo delle possibili chiavi di lettura in ordine al testo normativo ed al contesto nel quale esso era maturato. Prospettive poi condivise dalle Sezioni Unite (Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2023, n. 35969, in *https://dejure.it*). Ora, al di là del merito della vicenda, non può sfuggire che la soluzione maturata dalle Sezioni Unite sia dotata di un grado di autorevolezza particolare, proprio perché promossa da una sezione semplice della Corte di Cassazione e anch'essa pienamente partecipa della funzione nomofilattica pur se non espressa attraverso la forma del "giudicare" ma in quella del "cooperare". Sul punto, in dottrina, cfr. R. Conti, *La funzione nomofilattica delle Sezioni Unite civili vista dall'interno (con uno sguardo all'esterno)*, in *Giustizia Insieme*, 11 gennaio 2024.

[82] Per più ampi approfondimenti al riguardo cfr. T. Greco, *La legge della fiducia. Alle*

È dunque anche la coscienza sociale, alla quale guarda come valore fondamentale l'art. 2 Cost., ad imporre la ricerca di una disciplina che è necessario fare emergere, nel sistema, per garantire la civile convivenza ed il rispetto dei diritti fondamentali, ma anche la tutela rispetto ai naturali cambiamenti della società[83]. Dunque, un'attività "dinamica" di raccordo e di emersione delle "polarità"[84], che finisce, in definitiva, per dare piena legittimazione al giudice (a qualunque giudice: di merito, amministrativo e di legittimità) ad operare nel mondo del diritto con i tratti che la comunità dei giuristi conosce[85], talvolta apprezzandoli, talaltra criticandoli anche aspramente.

Pensare che la decisione di un conflitto o di una questione di massima, di particolare importanza, sia anche questo può forse aiutare gli operatori del diritto a "mettere" al posto giusto la funzione delle Sezioni Unite[86].

radici del diritto, Roma, 2021.

[83] Estremamente significativo un passaggio di recente espresso dalle Sezioni Unite civili – Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2023, n. 35385, in *Dir. & Giustizia*, 19 dicembre 2023 – chiamate a valutare l'incidenza della convivenza prematrimoniale sulla commisurazione dell'assegno divorziale, offrono all'interprete un'immagine comune della evoluzione sociale e del diritto vivente, inestricabilmente destinati ad alimentarsi vicendevolmente. Si legge nella pronuncia citata «la convivenza prematrimoniale è ormai un fenomeno di costume sempre più radicato nei comportamenti della nostra società cui si affianca un accresciuto riconoscimento – nei dati statistici e nella percezione delle persone – dei legami di fatto intesi come formazioni familiari e sociali di tendenziale pari dignità rispetto a quelle matrimoniali». A questa continua metamorfosi delle vicende umane, proseguono le Sezioni Unite, «costantemente si ripresenta, soprattutto nella materia del diritto di famiglia, l'esigenza che la giurisprudenza si faccia carico dell'evoluzione del costume sociale nella interpretazione della nozione di "famiglia", concetto caratterizzato da una commistione intrinseca di "fatto e diritto", e nell'interpretazione dei vari modelli familiari». Per tali ragioni, dunque «tra i canoni che orientano l'interpretazione della legge deve annoverarsi anche quello dell'interpretazione storico – evolutiva, che si aggiunge ai canoni letterale, teleologico e sistematico e, nutrendosi anche del diritto positivo successivo alla disciplina regolatrice della fattispecie, getta sulla stessa una luce retrospettiva capace di disvelarne significati e orientamenti anche differenti da quelli precedentemente individuati».

[84] Cfr. M. Naro, *La verità nel suo rovescio, L'altra parola: Riscritture bibliche e questioni radicali,* Roma, 2022, p. 224, secondo cui «[…] Sentire i contrari significa invece oltrepassare l'apparenza fenomenica in cui essi si lasciano avvertire, penetrare nel loro più intimo orizzonte e, al contempo, interiorizzarli entrambi in sé: per scoprire che essi non sono semplicemente e inappellabilmente contrapposti, bensì polarmente posti. La loro polarità, seppur li oppone, li fa anche esistere in reciproco riferimento. I contrari, polarmente sentiti, sono l'uno dell'altro, l'uno per l'altro. A tal punto che, escludendosi, essi cessano di essere. I poli sono tali – anzi, assolutamente: sono – in quanto si esigono a vicenda».

[85] In tal senso cfr. A. Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2011, pp. 11 ss.

[86] Per usare l'espressione di M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

Aiuta a rendere evidente che la "costruzione" della decisione finale richiede necessariamente la composizione tra tratti di razionalità e – al contempo – di umanità che non perdono tuttavia di vista il contesto nel quale maturano le decisioni, le esperienze culturali e professionali plurime che animano i collegi (delle Sezioni Unite ma anche del Consiglio di Stato), le sempre continue (e proficue) contaminazioni provenienti dalle giurisprudenze delle Corti sovranazionali. Una prospettiva che emerge in alcune recenti pronunce[87] e che vivifica e rende onore, in definitiva, a quello che è stato individuato come il tratto distintivo dello Stato costituzionale ovvero la «pari dignità costituzionale» di legislazione e giurisdizione[88].

«Forse, allora» – prendendo a prestito una suggestione della Repubblica di Platone – «sulla tavola più grande[89] ci sarà una giustizia più forte e più facile da comprendere»[90].

[87] Cfr. Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 1, I, p. 102, in tema di trascrizione dell'atto di nascita di minori nati all'estero e frutto di concepimento per il tramite della c.d. maternità surrogata, la quale contribuisce a rendere evidente l'*in se* della funzione nomofilattica. Chiamate a verificare se la richiesta di trascrizione avanzata dal genitore naturale del minore potesse trovare una base giuridica interna tale da renderla compatibile con l'ordine pubblico internazionale, le Sezioni Unite descrivono, per un verso, la funzione del giudice rispetto all'interpretazione dei principi e delle clausole generali, mettendo in risalto il travaglio della decisione, il senso della ricerca, dello "scavo", la "coscienza" del giudicare e la responsabilità che ne consegue, sempre più condivisa, partecipata, dialogata. Si legge, invero, nella sentenza citata: «Nell'attesa dell'intervento, sempre possibile ed auspicabile, del legislatore, il giudice, trovandosi a dover decidere una questione relativa allo *status* del figlio di una coppia omoaffettiva, non può lasciare i diritti del bambino indefinitamente sospesi, ma deve ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare, nel caso concreto, la protezione dei beni costituzionali implicati, tenendo conto delle indicazioni ricavabili dalla citata sentenza della Corte costituzionale». In senso conforme, Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Giust. civ. Mass.*, 2019; Id., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Foro it.*, 2021, I, p. 2054; Id., sez. I, 25 febbraio 2022, n. 6383, in *Dir. & Giustizia*, 28 febbraio 2022.

[88] Cfr. M. Fioravanti, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Stato alla Costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, pp. 32 ss.

[89] Metafora che, in questo caso, sta ad indicare la *polis*, lo Stato.

[90] Platone, *Repubblica*, Libro secondo, 409 d.

Sull'autorevolezza del giudice costituzionale[*]

Giuseppe Bergonzini
Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico

Giovanna Tieghi
Ricercatrice di Diritto pubblico comparato

Sommario: 1. Dalla rilevanza pubblica dei giudizi (di tutti i giudizi) all'autorevolezza dei giudici. – 1.1. Autorevolezza e responsabilità del Giudice (dei giudici), pubblicità, trasparenza. – 2. Autorevolezza, comparazione giuridica, linguaggio. – 2.1. L'autorevolezza "nel" Giudice, "dal" Giudice, "del" Giudice: comprendere, per rispondere. – 3. Sentimento e responsabilità, per un (autentico) pluralismo costituzionale condiviso.

1. Dalla rilevanza pubblica dei giudizi (di tutti i giudizi) all'autorevolezza dei giudici

Il giudizio merita senz'altro di essere apprezzato come luogo primo di democrazia costituzionale, intesa in senso ampio e profondo. Luogo nel quale deve essere garantito nel modo più pieno, innanzitutto, l'esercizio di uno dei più importanti diritti costituzionali inviolabili, qual è il diritto

[*] Il presente contributo riproduce, con alcune piccole modifiche e aggiornamenti bibliografici, il capitolo conclusivo del volume di M. Bertolissi, G. Bergonzini, G. Tieghi, *Corte costituzionale in pubblico. L'autorevolezza del giudice*, Jovene, Napoli, 2023, pp. 161-187, e costituisce l'esito di un confronto e di un dialogo costante tra gli autori. I paragrafi 1 e 1.1 sono stati scritti da Giuseppe Bergonzini, i paragrafi 2 e 2.1 da Giovanna Tieghi. Il paragrafo 3, che reca le conclusioni, è il risultato delle riflessioni condivise di entrambi.

di difesa[1]; e nel quale, anche attraverso l'esercizio del diritto di difesa, trovano (devono trovare) attuazione tutte le altre posizioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento, a partire da quelle di rango costituzionale.

Dal giudizio, *per il* giudizio, ma anche *molto oltre il* giudizio.

Perché, se il diritto ha lo scopo primo di assicurare la pacifica convivenza tra le persone e di risolverne i conflitti, nei limiti dell'umanamente possibile, è proprio nei conflitti che divengono giudizi a potersi intravvedere la reale qualità della convivenza: il declinarsi concreto della dimensione fondamentale (costituzionale) del *pactum societatis*, anche nella relazione tra spazio privato e spazio pubblico, tra libertà e autorità. E allora, ragionare del modo in cui le parti e i loro avvocati entrano in relazione con i giudici, del modo in cui i giudici decidono, del modo in cui i processi deliberativi dei giudici vengono portati a conoscenza anche di chi non è parte in senso proprio dei giudizi (della cittadinanza tutta, quindi), significa in realtà interrogarsi, sempre e comunque, sui fondamenti della convivenza.

Tanto sembra valere, a ben vedere, per tutti i giudizi, di qualunque ordine e grado: da quello che si svolge dinanzi a un giudice di pace, a quello di fronte alle Sezioni Unite della Corte di cassazione: anche se in quest'ultima sede, evidentemente, il tentativo di dirimere un problema interpretativo di particolare portata assume *naturaliter* una rilevanza pubblica e generale più immediata, in qualche modo implicita nella stessa funzione nomofilattica che è propria della Suprema Corte.

Ogni giudizio ha, proprio in quanto luogo primo di democrazia costituzionale in concreto, una rilevanza pubblica che trascende il puntuale interesse delle parti in senso proprio, formalmente costituite in giudizio, destinatarie immediate della decisione che lo concluderà; è proprio in questa prospettiva, del resto, che si è sostenuta l'importanza della pubblicità dell'udienza: «il principio della pubblicità del dibattimento si spiega

[1] Si può ricordare, qui, come il diritto di difesa sia stato espressamente e ripetutamente ricondotto, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, a quei principi supremi che connotano dal profondo l'ordinamento, non suscettibili di revisione costituzionale. Tra le decisioni più significative in tal senso si vedano, in particolare: Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18 (in tema di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici sulla nullità dei matrimoni canonici trascritti agli effetti civili), punto 5 del Considerato in diritto; Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232 (in materia di effetti delle pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia CE), punto 3.2 del Considerato in diritto; Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238 (sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati), punti 3.4 e ss. del Considerato in diritto.

soltanto in quanto si riconosca al pubblico che ha diritto di assistere al processo la qualità di parte»[2].

Ciò non può che esser vero anche per il giudizio costituzionale, se si considera il suo impatto sul sistema ordinamentale dei diritti e dei doveri fondamentali e sulle fonti del diritto (giudizio di legittimità costituzionale)[3]; sul rapporto tra i poteri dello Stato e tra lo Stato e le Regioni, ove si tratti di delineare e proteggere concretamente le competenze loro costituzionalmente attribuite (giudizi sui conflitti interorganici e intersoggettivi); sul delicato rapporto tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, quando si discute dell'ammissibilità di un referendum abrogativo.

Se così è, se in un ordinamento di matrice liberaldemocratica tutti i giudizi hanno rilievo pubblico, in quanto luogo in cui viene esercitata una delle forme di autorità più significative per la stabilità dell'edificio costituzionale, interrogarsi sui modi attraverso cui tale autorità viene esercitata non è secondario. Modi che, all'evidenza, non possono essere autoreferenziali: ogni potere pubblico (ivi incluso quello giudiziario) non può pretendere di esercitare autorità, senza essere autorevole. Senza che, in altri termini, il suo potere trovi una legittimazione non solo formale, derivante dalle regole vigenti di diritto positivo che ne disciplinano le funzioni (a partire da quelle di rango costituzionale), ma anche sostanziale: dipendente, appunto, dalle modalità con cui tali funzioni vengono effettivamente svolte in concreto, e dai risultati a cui esse pervengono; che possono essere (nei fatti) più o meno aderenti alle finalità ultime per cui esse sono state attribuite.

In un ordinamento costituzionale la giustificazione ultima dell'autorità non si esaurisce all'interno del sistema di potere e del complesso di norme che ne regolano in astratto il funzionamento, ma richiede l'adesione e il rispetto da parte di tutti coloro che a questa autorità sono soggetti: l'autorità è, soprattutto, una forza morale», che deve «fare appello alla coscienza, al dovere cioè che ognuno ha di portare volonterosamente il suo contributo al bene di tutti»[4]. I destinatari dell'esercizio del potere non

[2] Così S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 34, ricordando il pensiero di Francesco Carnelutti.

[3] È sufficiente considerare, al riguardo, come i giudizi di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge assorbano più del 90% dell'attività della Corte (a quanto si desume dai più recenti dati, pubblicati in Corte costituzionale – Servizio Studi, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2022. Dati quantitativi e di analisi*, p. 6, reperibile all'indirizzo *https://www.cortecostituzionale.it/annuario2022/pdf/Dati_quantitativi_e_di_analisi_2022.pdf*).

[4] Così la *Lettera enciclica Pacem in terris del Sommo Pontefice Giovanni PP. XXIII*, 11 aprile

possono che divenire, da questo punto di vista, parte necessaria di una relazione biunivoca, che si sviluppa attraverso reciproci condizionamenti tra autorità e società organizzata.

E allora, ciò che tiene (che deve tenere) insieme questa relazione, è proprio l'autorevolezza del potere; anche del potere giudiziario; anche della Corte costituzionale: a maggior ragione, in quanto giudice del tutto peculiare.

Ma l'autorevolezza non è e non può essere un attributo solo impersonale, riferibile esclusivamente alle istituzioni pubbliche oggettivamente intese: le istituzioni operano e vivono attraverso persone, e gli organi pubblici, anche collegiali, sono composti da uomini. La relazione biunivoca tra autorità e società organizzata di cui si è detto non può quindi che essere, innanzitutto, un rapporto tra persone. Che si sviluppa, certo, attraverso forme istituzionalizzate di esercizio del potere pubblico; rispetto alle quali, però, la dimensione soggettiva e individuale (di chi esercita il potere, e di chi ne risulta destinatario) non è indifferente.

Discutere dell'autorevolezza del Giudice (in questa sede, in particolare, della Corte costituzionale) significa pertanto, in realtà, discutere anche dell'autorevolezza dei singoli giudici, delle singole persone che compongono il collegio giudicante, e che entrano in relazione con la collettività; attraverso i loro comportamenti, e grazie alle loro parole: scritte, oppure no.

1.1. Autorevolezza e responsabilità del Giudice (dei giudici), pubblicità, trasparenza

Se così è, sembra assai difficile riflettere sull'autorevolezza del Giudice (e dei giudici) senza soffermarsi sulla dimensione pubblica del giudizio e dei suoi modelli procedimentali: l'effettiva capacità dei compor-

1963, par. 28 (reperibile all'indirizzo *https://www.vatican.va/content/john-xxiii/it/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html*); i rilievi citati seguono la considerazione in base alla quale «L'autorità che si fonda solo o principalmente sulla minaccia o sul timore di pene o sulla promessa e attrattiva di premi, non muove efficacemente gli esseri umani all'attuazione del bene comune; e se anche, per ipotesi, li movesse, ciò non sarebbe conforme alla loro dignità di persone, e cioè di esseri ragionevoli e liberi». Il presupposto del ragionamento ha a che vedere, direttamente, con la dottrina ivi esposta, secondo la quale «l'autorità umana (…) può obbligare moralmente soltanto se è in rapporto intrinseco con l'autorità di Dio, ed è una partecipazione di essa» (par. 29); ma, è bene ricordarlo, si tratta di una dottrina dichiaratamente compatibile con la libertà degli uomini «di determinare le strutture dei poteri pubblici, e gli ambiti entro cui e i metodi secondo i quali l'autorità va esercitata».

tamenti e delle parole dei giudici-persone che compongono il collegio di raggiungere la società organizzata in modo più o meno efficace, più o meno immediato, dipende infatti strettamente dal grado effettivo di maggiore o minore "apertura" del giudizio alla società civile[5]. Le forme e i modi del dialogo pubblico (o, all'opposto, del non-dialogo pubblico) incidono sulle forme e sui modi delle decisioni pubbliche, presenti e future. A partire, ovviamente, dalle decisioni che concludono un giudizio, anche costituzionale.

Il rilievo pubblico dei giudizi (di tutti i giudizi) dovrebbe indurre a preferire modalità altrettanto pubbliche e compiutamente decifrabili di svolgimento processuale, che consentano di rappresentarsi e cogliere correttamente *ab externo* i percorsi che conducono alle decisioni. Se esiste, dunque, una chiara esigenza di «ampia pubblicità degli atti e dei dibattimenti giudiziari» di qualunque ordine e grado, ciò è tanto più vero ed immediato con riferimento ai giudizi che si svolgono innanzi alla Corte costituzionale[6].

È un problema di trasparenza e di controllo democratico diffuso, ma non solo: ad essere in gioco è, in effetti, la complessiva capacità della Corte di entrare davvero in relazione con la collettività (e, attraverso di essa, con la molteplicità contemporanea) in modo efficace e non-mediato[7]; non è detto, infatti, che una narrazione dell'attività della Corte intermediata attraverso altre forme di comunicazione sia effettivamente capace di rappresentare al meglio la complessità delle questioni e degli argomenti di diritto e giustizia costituzionale discussi. E tanto vale non solo per la narrazione affidata ai *media* (tradizionali, e non), ma anche

[5] Da intendersi, qui, in un senso potenzialmente più ampio ed inclusivo di quello fatto proprio, ormai da tempo, dalla stessa Corte costituzionale: si vedano, ad esempio: Ufficio Stampa della Corte costituzionale, *Comunicato dell' 11 gennaio 2020. La Corte si apre all'ascolto della società civile*, p. 1 (reperibile all'indirizzo *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200111093807.pdf*); Corte costituzionale, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019. Marta Cartabia Presidente della Corte costituzionale*, Roma, 28 aprile 2020, p. 2 (reperibile all'indirizzo *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf).*

[6] Sul tema si vedano, in particolare: M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, Cedam, Padova, 1984, p. 83; V. Angiolini, *La "manifesta infondatezza" nei giudizi costituzionali*, Cedam, Padova, 1988, pp. 96-97; U. Spagnoli, *Appunti di un giudice costituzionale*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale: atti del Convegno, Imperia, 12-13 maggio 1995*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 28.

[7] Se ne è parlato in G. Bergonzini, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Jovene, Napoli, 2022, p. 249.

per quella curata direttamente dalla Corte costituzionale, attraverso le varie tipologie di comunicati stampa ai quali ricorre, ormai, con frequenza e regolarità; comunicazione, quest'ultima, di sicuro interesse e rispondente a finalità in linea generale apprezzabili, ma non per questo priva di possibili criticità[8].

L'odierna disponibilità di mezzi ulteriori di conoscenza dell'attività della Corte può, quindi, essere apprezzata come una forma integrativa di rappresentazione esterna; come un utile ausilio che consente di ampliare i punti di vista e le chiavi di lettura di fenomeni giuridici (anche processuali) complessi; ma la diretta conoscibilità degli atti e dei processi deliberativi della Corte rimane insostituibile.

Il che riporta necessariamente il discorso al rapporto tra autorevolezza del Giudice (collegiale), autorevolezza dei giudici, pubblicità dell'udienza, pubblicità (o segretezza) dei processi deliberativi.

Quanto al rilievo dell'autorevolezza dei giudici-persona in relazione alle modalità di svolgimento dell'udienza pubblica, essa appare evidente ove si consideri che il carattere più o meno dialogico e *aperto* dell'udienza dipende dal modo in cui il collegio entra in relazione con le parti (direttamente) e con la collettività (indirettamente). Un conto è un dialogo impersonale tra il collegio unitariamente inteso, magari condotto tramite l'intermediazione del Presidente o del relatore; tutt'altro un dialogo nel quale i singoli giudici interloquiscono singolarmente, ponendo domande e partecipando attivamente a una discussione che coinvolge loro, i difensori presenti in udienza, gli altri giudici che compongono il collegio. Una discussione di questo tipo è, senza dubbio, potenzialmente capace di rivelare anche le opinioni, gli stati d'animo, i convincimenti di chi sta per decidere; valorizzando ed esponendo all'esterno, allo stesso tempo, la preparazione e la personalità del singolo giudice-persona; e, con essa, proprio la sua autorevolezza.

Se ne ha conferma, *a contrario*, se si considera come una certa ritrosia rispetto a uno sviluppo maggiormente dialogico dell'udienza possa risultare motivata proprio dalla convinzione di poter e dover meglio proteggere, attraverso una gestione solo collegiale dell'udienza pubblica, impersonale e "ingessata", la libertà, l'indipendenza e l'autorevolez-

[8] Si è cercato di riflettere sui diversi tipi di comunicati stampa, sulle loro finalità e possibili criticità in G. Bergonzini, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., pp. 78-113.

za del singolo giudice; e, attraverso di essa, la complessiva autorevolezza del collegio giudicante, della Corte complessivamente intesa[9].

Tema, questo, oggi non meno attuale anche tenendo conto delle recenti modifiche delle Norme integrative[10], che hanno effettivamente aperto il rito dell'udienza pubblica di fronte alla Corte costituzionale a modalità più dinamiche e dialogiche; ma che, per quanto benvenute, non per questo appaiono già propriamente paragonabili a quelle che caratterizzano ordinamenti nei quali si è fatta realmente esperienza, da tempo, del contraddittorio pubblico nel giudizio costituzionale[11].

A considerazioni in parte analoghe si presta anche il profilo della segretezza, o meno, dei processi deliberativi della Corte; specie con riferimento alla possibilità, sempre dibattuta ma ancora inattuata, di ammettere la pubblicazione di opinioni separate dei singoli giudici, distinte dall'opinione maggioritaria del collegio. Non è inutile ricordare che alla base del mai sopito dibattito sulla possibile introduzione dell'opinione dissenziente nel nostro ordinamento c'è sempre il problema dell'autorevolezza della Corte; che va di pari passo, ancora, con quello dell'autorevolezza dei singoli giudici che compongono il collegio. Rispetto al quale la dimensione della personalità e della caratura individuale di ciascun giudice è tutt'altro che indifferente: tanto che alle diverse posizioni in argomento, favorevoli oppure contrarie, corrispondono spesso diverse

[9] Sul ruolo necessariamente "modesto" del relatore nel corso dell'udienza pubblica, a protezione della segretezza della camera di consiglio e del principio di collegialità, ha ad esempio ragionato V. Angiolini, *La "manifesta infondatezza" nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 98-99. Anche su ciò, si rinvia alle considerazioni già svolte in G. Bergonzini, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., pp. 252-256.

[10] Il riferimento è al vigente art. 10, terzo comma («*Il giudice relatore, d'intesa con il Presidente, può formulare specifici quesiti alle parti costituite e ai soggetti di cui all'art. 4, ai quali i difensori rispondono oralmente nell'udienza pubblica. I quesiti sono comunicati, a cura del cancelliere, a tutti i difensori e agli altri giudici almeno cinque giorni prima della data fissata per l'udienza*»), e ai primi tre commi dell'art. 19 («*1. All'udienza il giudice relatore espone in sintesi le questioni della causa e i quesiti eventualmente formulati ai sensi dell'art. 10, comma terzo. 2. Dopo la relazione, i difensori, di regola non più di due per parte, svolgono in modo sintetico i motivi delle loro conclusioni e rispondono ai quesiti eventualmente formulati dal relatore. 3. Ciascun giudice può formulare in udienza ulteriori domande ai difensori*») delle Norme integrative, come da ultimo modificate con deliberazione della Corte costituzionale del 24 maggio 2022.

[11] Si rinvia, al riguardo, a quanto considerato nei contributi di G. Tieghi, *Diritto, esperienze comunicative,* questioning*: nuovi itinerari di giustizia costituzionale?*, in *federalismi.it*, 2020, 14, pp. 401-428 e Id., *Corte costituzionale e dovere di sperimentazione comunicativa in udienza. Riflessioni aggiornate sul dialogo con i Giudici*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2023, 1, pp. 106-113.

concezioni dell'uomo-giudice[12], e della sua (privata e pubblica) responsabilità[13].

E, forse, anche laddove i maggiori ostacoli a una più trasparente conoscibilità delle opinioni dei singoli giudici costituzionali si continuano a ravvedere, nel tempo attuale, nella delicatezza e complessità del contesto politico-sociale italiano di riferimento[14], al fondo sembra sempre stare il problema dell'autorevolezza del singolo giudice; perché è soprattutto il giudice meno *personalmente autorevole* a prestare il fianco, presso l'opinione pubblica, a travisamenti e strumentalizzazioni potenzialmente capaci di far perdere credibilità ed autorevolezza all'organo collegiale nel suo complesso.

Qui sembra venire in rilievo, in realtà, la concezione stessa del diritto presupposta: nella preferenza verso la segretezza e l'impersonalità della

[12] Ne costituiscono un buon esempio, pare, le divergenti considerazioni di W.D. Douglas, *Il "dissent": una salvaguardia per la democrazia*, in C. Mortati (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali. Scritti raccolti a cura di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 111-112 (evidentemente orientate da un atteggiamento di "fiducia responsabilizzante" nei confronti della persona del giudice), e di A. Sandulli, *Intervento*, in G. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale: atti di una tavola rotonda organizzata in collaborazione con la fondazione A. Olivetti e l'United States Information Service*, Vallecchi, Firenze, 1966, p. 365 (fortemente disilluse e orientate, invece, da una considerazione assai meno ottimistica della figura del giudice). Ha, più di recente, osservato come alla base delle diverse posizioni in merito all'opinione dissenziente risiedano proprio «diverse concezioni dell'uomo, ed anche del giudice e della società», A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Jovene, Napoli, 2016, p. 520.

[13] Ragionava specificamente di «senso di responsabilità» già V. Denti, *La Corte costituzionale e la collegialità della motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 63. Sul tema, più di recente, M. Bertolissi, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Jovene, Napoli, 2012, p. 67, nota n. 23, secondo il quale «il dogma della collegialità» coinciderebbe «con la fissità e la non-responsabilità; responsabilità che deve essere sempre, invece, per acquisire un valore etico, personale», ed O. Chessa, *I giudici del diritto: problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, p. 372: «l'istituto dell'opinione dissenziente (…) responsabilizza il singolo giudice, perché lo immette nella pratica discorsiva di una sfera pubblica che trascende la Corte».

[14] Particolarmente preoccupate (e sofferte), al riguardo, le considerazioni di A. Ruggeri, *Ancora in tema di opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali: è meglio accendere i riflettori sulla Consulta o lasciarla in penombra?*, 28 gennaio 2021, in *Giustizia Insieme*, p. 4, e Id., *Tornando a ripensare al dissent nei giudizi di costituzionalità (spunti offerti da un libro recente)*, 10 giugno 2021, in *Giustizia Insieme*, pp. 6-7; si veda anche L. Pesole, *Riflettendo sulla recente riproposizione della questione dell'opinione dissenziente*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 2, pp. 29-30. Il problema costituisce il *trait d'union* anche dei diversi interventi sul tema pubblicati in Aa. Vv., *Il* forum. *Sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2021, 1, pp. 386-416.

decisione giudiziaria può, infatti, essere distintamente riconosciuta «l'onda lunga del positivismo statualista, del legalismo, che hanno condizionato significativamente la struttura e il funzionamento della giurisdizione in Italia sin dall'unificazione»[15].

Nell'ordinamento italiano attuale determinate forme processuali di salvaguardia degli *arcana imperii* continuano ad essere impiegate, essenzialmente, come modelli giuspositivistici semplificati (e, in fondo, *semplificanti*) di protezione e garanzia: del singolo giudice e dei collegi giudicanti dei quali essi fanno parte, rispetto alla collettività, all'opinione pubblica, alla contesa politica; e, in qualche modo, di protezione da sé stessa dell'opinione pubblica medesima, a fronte di una cittadinanza ancora ritenuta non sufficientemente pronta a rappresentarsi ed apprezzare correttamente ciò che sta dietro il velo della segretezza. L'impersonalità dell'esercizio del potere pubblico, la segretezza delle sue dinamiche, il ricorso stesso ad un concetto di collegialità fortemente uniformante, operano come schermi di protezione; come degli scudi, in sostanza, d'impostazione paternalistica.

A tutto ciò consegue quasi inevitabilmente, però, una sorta di *sterilizzazione* del discorso pubblico, che può allontanare dalla concreta e consapevole percezione dei fenomeni giuridici di riferimento (di rilievo costituzionale, innanzitutto), naturalmente complessi, discussi e discutibili.

Alla quale sarebbe necessario reagire, specie se si condivide l'idea che in un ordinamento costituzionale il superamento dei dogmi caratteristici degli *arcana imperii* dovrebbe costituire un passaggio necessario di ogni percorso di crescita collettiva; e ancor più, se si intende recuperare «la consapevolezza che nella democrazia è possibile, se non necessario per il suo buon funzionamento, sapersi trovare in minoranza»[16]. Principio, questo, che in un ordinamento democratico dovrebbe valere per ogni forma di manifestazione del pensiero: anche per ciò che ciascun giudice costituzionale potrebbe ritenere di esprimere in udienza pubblica, o in una sua opinione minoritaria.

La rassegnazione e la passiva accettazione dell'esistente non può essere un'alternativa plausibile; come non sembra poterlo essere la mera conservazione delle formalità processuali consolidate, in attesa di una pur

[15] S. Niccolai, *Dissenso e diritto costituzionale. Appunti per una riflessione*, in *Questione Giustizia*, 2015, 4, p. 64.

[16] B. Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 97.

auspicabile evoluzione del quadro politico-sociale italiano di riferimento: che, tuttavia, non è dato comprendere se (e quando) mai avverrà[17].

È il caso di domandarsi, piuttosto, se determinati difetti del rapporto tra istituzioni pubbliche (ivi compresi i giudici, di qualunque ordine e grado) e cittadinanza, e certe storture che caratterizzano la percezione e la conseguente riflessione pubblica in ordine a temi giuridici controversi, non dipendano in qualche modo anche dalla persistenza di forme di esercizio del potere difficilmente decifrabili dall'esterno; e che, previlegiando eccessivamente l'autorevolezza formale delle istituzioni pubbliche a discapito di quella sostanziale, rischiano di allontanare ancor più la cittadinanza dal senso profondo del modo in cui operano le istituzioni pubbliche, dalle ragioni che stanno alla base delle decisioni che esse assumono.

Se è senz'altro vero, quindi, che il superamento dei dogmi della segretezza costituisce «espressione di una società matura, che non teme di mettere in discussione 'miti' che possono sembrare irrinunciabili»[18], ci si potrebbe anche domandare se tale relazione non possa procedere in senso inverso: non potrebbe essere la società stessa a maturare, grazie al superamento dei dogmi della segretezza?[19].

D'altra parte, immaginare che un cammino di complessiva crescita costituzionale debba essere percorso solo dalla cittadinanza, e non anche dal sistema di potere (in tutte le sue declinazioni), non ha alcun senso: in un ordinamento costituzionale di impostazione liberaldemocratica il sistema di potere esiste in funzione della società organizzata e delle persone che la compongono; non viceversa. Vale anche per il potere giudiziario, e non può non valere anche per il maggiore organo di garanzia costituziona-

[17] «Se si sostiene che la nostra democrazia fragile non sia pronta per l'introduzione delle opinioni dissenzienti, con buona probabilità, mai lo sarà» (A. Fusco, *"Ne riparleremo, dunque, tra qualche tempo": a proposito dell'introduzione delle opinioni separate (e non meramente dissenzienti) vs. l'attuale forma di "dissenso mascherato"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2021, p. 367).

[18] Una società, quindi, «che riconosce nella dialettica delle voci, anche all'interno degli organi costituzionali, un elemento di vivacità e di arricchimento dei valori democratici» (così, con specifico riferimento all'opinione dissenziente, M. Gorlani, *La* dissenting opinion *nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 maggio 2002, p. 3).

[19] Proprio su ciò si era, in sostanza, cercato di riflettere nel contributo dedicato a *Corte costituzionale, autorevolezza, educazione alla democrazia: oltre l'unanimità e la segretezza?*, in M. Bertolissi (a cura di), *Riforme. Opinioni a confronto. Atti della giornata di studi in ricordo di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 169-192. Si veda anche G. Bergonzini, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., pp. 269-275.

le. La responsabilità della società organizzata, e di ciascuna persona che contribuisce a comporla, dovrebbe andare di pari passo con quella delle istituzioni, e di ciascuna persona attraverso cui esse agiscono in concreto, tramite comportamenti pubblicamente (appunto) apprezzabili.

Ma allora, se di reciproca responsabilizzazione è necessario e corretto ragionare, non si vede perché a questo percorso di crescita costituzionale collettiva dovrebbe rimanere estraneo chi esercita il potere, in quanto autorità. A cui si può chiedere almeno (ed esattamente) questo: di essere autorevole; nella forma e nei modi dell'esercizio del potere, che certo indifferenti non sono, in un ordinamento costituzionale di diritto positivo; ma anche nella sostanza e nei contenuti dei suoi comportamenti, delle sue parole, dei suoi scritti[20].

E con ciò si torna al problema del rapporto tra autorevolezza dell'organo collegiale e autorevolezza dei singoli giudici che lo compongono, dandogli vita: la collegialità è un mezzo (formale, appunto) per raggiungere un risultato. Ma sono sempre le persone che compongono il collegio ad agire ed esprimersi (con la parola o con lo scritto, in udienza pubblica, o successivamente), rendendo decisioni potenzialmente capaci di incidere nella vita di tutti: «indipendenza e autorevolezza si guadagnano anche attraverso il confronto pubblico di argomenti diversi e magari opposti, che si legittimano vicendevolmente in una discussione pubblica che arricchisce tutti»[21].

Certo, sono necessarie «cultura, prudenza, moderazione»; ma «la struttura controversiale della questione giuridica, la consapevolezza del giurista di muoversi nel campo dell'opinabile» vanno ricercate e non temute, «privilegiando il contraddittorio, evitando così la tentazione di sfuggire il confronto tra le argomentazioni e ogni uso abusivo della ragione»[22].

[20] Questo sembra essere, in definitiva, ciò a cui alludeva W.D. Douglas, *Il "dissent": una salvaguardia per la democrazia*, cit., p. 111, quando considerava che spetta ai giudici rendere pubblico il loro pensiero in modo tale da provare «il proprio valore» e mostrare «la propria indipendenza e forza»; contribuendo, così, a diffondere i principi costituzionali e a «mantenere vivi gli ideali democratici».

[21] Così ha concluso, di recente, N. Zanon, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*, Zanichelli, Torino, 2024, p. 31, in favore della diffusione delle opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali.

[22] S. Niccolai, *Dissenso e diritto costituzionale. Appunti per una riflessione*, cit., p. 74.

2. Autorevolezza, comparazione giuridica, linguaggio

Ragionare dell'autorevolezza quale valore e, allo stesso tempo, quale principio guida dell'agire del giudice (e, tanto più, del Giudice costituzionale) implica, per il giurista contemporaneo, un atteggiamento di serio scrutinio. Tale predisposizione presuppone necessariamente un'adesione convinta al realismo giuridico[23] e un'apertura al confronto nel senso più ampio del termine: dunque, anche in prospettiva comparata[24]. In caso contrario, si verrebbe portati, quasi inconsapevolmente, a disconoscerne in radice – al punto da banalizzarle – le effettive potenzialità di arricchimento del *legal discourse* che tale concetto può dispiegare sul ruolo e la figura del giudice. Quel giudice che opera, ascolta, parla, scrive, decide: in definitiva, che "lotta per il diritto"[25], nella difficile sfida della contemporaneità.

Nasce da questa specifica visuale la riflessione che si intende proporre, sebbene in una prospettiva di sintesi. L'autorevolezza del giudice, allora, nella sua pragmaticità, si traduce in due principali caposaldi, tutt'altro che astratti: l'onestà intellettuale e l'umiltà. Entrambe declinano specifiche responsabilità sul piano giuridico[26].

Si tratta, a ben vedere, di uno *status ex ante* che incide molto prima della corrispondenza a tutte quelle manifestazioni di irrigidimento sul piano giuridico formale che, da sempre – e, da ultimo, anche nell'ordinamento di *common law* statunitense – stanno cercando di decodificare, di fatto, l'incodificabile: nessun Codice etico di condotta[27], infatti, nemmeno

[23] «Se il diritto è, al contrario, realtà carnale perché è scritto sulla pelle di uomini in carne ed ossa, si potrà e si dovrà valorizzare la perenne immersione sua in un contesto di forze sociali politiche economiche culturali. Il diritto non è mai astrazione da queste forze, giacché non è mai una nuvola che galleggia sulla storia»: P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 40-41.

[24] Ove per essa si intenda con la finalità di «acuire la criticità dello sguardo»: P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità,* Giuffrè, Milano, 2005, p. 9.

[25] Espressione che riprende il monito "bisogna lottare per il Diritto", di Livio Paladin, in M. Bertolissi, *Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, Jovene, Napoli, 2015, p. 72.

[26] Se sol si considera che la «caratura di giurista» non può mai prescindere dalla «statura morale»: M. Bertolissi, *Livio Paladin costituzionalista della* Res publica, Mucchi, Modena, 2022, pp. 119-120.

[27] Negli ultimi anni la questione è stata posta con più veemenza nell'ordinamento statunitense, ove è scaturito un dibattito circa la necessità – o meno – dell'adozione di un Codice di condotta anche per i giudici della Corte Suprema, da sempre unici funzionari pubblici a non esserne dotati. Il dibattito ha coinvolto il principio della separazione dei poteri (A. Frost, *Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism*, in *The Georgetown Journal of*

il più preciso e esaustivo, potrà mai imbrigliare l'essenza umana, ancor più nelle sue più auspicabili e costruttive manifestazioni. E ciò, tantomeno, in un'era di incertezza – anche sul piano giuridico[28] – come quella che stiamo vivendo.

La complessità delle *nuances* che il principio dell'autorevolezza non solo incorpora ma, soprattutto, suggerisce – quasi a voler dare, ad ogni giudice, la possibilità di cercare la propria strada e il proprio ruolo – trova conferma anche in quel linguaggio giuridico[29], oramai di condivisione globale, che interessa la giustizia costituzionale[30]. Lo dimostra la più variegata versione anglo-americana del termine, tanto quanto quella italiana, apparentemente meno plurale, ma altrettanto incisiva. Da un lato, infatti, a dimostrarne il carattere istituzionale, si utilizza il termine quale proveniente dal sostantivo 'authority', il quale viene a sua volta abbinato al concetto di fiducia (*trust*)[31]: dunque, authority quale legittimazione

Legal Ethics, 26:443, 2013), come si deduce, da ultimo, anche dalla lettera del Presidente Chief Justice Roberts, con la quale, nella primavera del 2023, si motivava il non accoglimento («*I must respectfully decline your invitation*», in *https:// s3.documentcloud.org/documents/23789636/roberts-letter-to-durbin-4-25-2023.pdf*) della convocazione a testimoniare inviata dalla Commissione del Senato che si stava occupando della questione (A. Howe, *Roberts declines invitation to testify at Senate hearing*, Sblog -Apr. 26, 2023, 11:01 a.m.-, in *https://www.scotusblog.com/2023/04*). In una prospettiva più ampia, tra l'altro, e anche a fronte della decisione dei giudici di quella Corte di adottare essi stessi un Codice di Condotta nel Novembre 2023 (STATEMENT OF THE COURT REGARDING THE CODE OF CONDUCT, reperibile al link *https://www.supremecourt.gov/about/Code-of-Conduct-for-Justices_November_13_2023.pdf*), la questione va indagata alla luce della possibile riforma della Corte Suprema di cui si sta occupando una Commissione presidenziale (v. Executive Order 14023). Se ne era discusso già nell'Aprile 2023, in prospettiva comparata, in occasione di una lezione della Scuola di Dottorato di Giurisprudenza dell'Università di Padova intitolata *Courts, Society and Constitutional Transformations. Law, Justice and Ethics* (relatrici: L. Tucker - G. Tieghi). .

[28] Al tema della certezza del diritto oggi, e in prospettiva comparata, è stata dedicata un'apposita sezione nella *Rivista DPCE*, n. 2/2023.

[29] «(…) la Corte viene (…) sempre più intensamente coinvolta nel dialogo con le Corti sovranazionali: nel quale è naturale che ai sistemi cosiddetti 'multilivello' delle fonti e alla pluralità delle tradizioni costituzionali corrispondano diversi 'linguaggi' giuridici, diversi gradi di accessibilità degli atti normativi oltre che di chiarezza e di 'leggibilità' della stessa giurisprudenza»: Corte costituzionale, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, Roma, Palazzo della Consulta, lunedì 11 aprile 2016, p. 3 (reperibile all'indirizzo *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Relazione_Grossi.pdf.*

[30] N. Garoupa, R. D. Gill, L. B. Tiede (eds.), *High Courts in Global Perspective. Evidence, Methodologies, and Findings*, University of Virginia Press, Charlottesville & London, 2021.

[31] «(…) *the authority, like the rule of law, depends on trust, a trust that the Court is guided by legal principle. (…) There are no shortcuts to trust*», tratto da *The Scalia Lecture,* 2021, ora

ad operare da cui, poi, derivano i termini *authoritative*, *authoritativeness*, *prestige*, *leadership*, *assurance* che «*give(s) an impression of power and importance and is likely to be obeyed*» e, dunque, in termini di *commanding, lordly, masterly*[32]. E, quindi, garanzia, affidabilità, autorità, prestigio; non ultimo, guida. Dall'altro, «una parola che si sviluppa in tre termini, i quali spiegano chi era, che cosa faceva e come operava»[33]: autorevolezza come «autorità morale, prestigio, influenza»[34].

Le declinazioni suesposte hanno un decisivo rilievo sul piano dell'onestà intellettuale e dell'umiltà quali caratteristiche di un giudice davvero *autorevole* sul piano giuridico-istituzionale: dunque, all'interno del processo. E ciò vale, tanto più, se lo sguardo si arricchisce della prospettiva costituzional-comparata, per la sua innata tensione alla costruttiva considerazione di altri punti di vista e di diverse prassi e consuetudini, anche in ottica interdisciplinare[35].

Ne consegue un impegno e un rigore di analisi più incisivo, che sia utile a sgombrare il campo da inutili pregiudizi circa il contesto politico-istituzionale domestico o il ruolo della collegialità che ne potrebbe venire minata: tali preoccupazioni, nella sostanza, hanno probabilmente impedito alla Corte stessa e, soprattutto, ai singoli componenti che ne hanno fatto parte, di potersi maggiormente adoperare, anche con un certo "spirito pionieristico"[36], per rispondere al meglio della propria funzione. In definitiva, per poter dar conto, proprio attraverso la propria personale modalità di "comunicazione"[37], della autorevolezza del processo: la quale risulta, essa stessa, a rischio.

in S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, Harvard University Press, London, 2021.

[32] *Collins Dictionary*, voce A*uthoritative,* in *https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/authoritative.*

[33] M. Bertolissi, *Livio Paladin costituzionalista della* Res publica, cit., p. 121, ove, con riferimento a Livio Paladin, si parla di «un'autorevolezza senza pari».

[34] Vocabolario *Il piccolo Rizzoli Larousse*, Rizzoli-Larousse, Milano, 2004, *ad vocem.*

[35] «(…) per affrontare proficuamente i complessi problemi del vivere, non solo si devono esplorare inedite frontiere, ma altresì seguire metodi funzionali alla soluzione di domande di ricerca integrate, cioè sintonizzate su composite 'frequenze' pluridisciplinari, imposte da una visione oramai globale»: A. Vedaschi, *Diritto comparato e interdisciplinarità: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?* in *DPCE*, 2021, 2, p. 305.

[36] F. Viganò, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, in *Quad. Cost.,* 2023, 1, p. 40. Altrimenti detto: «(…) *rather than strive for 'dispassionate wisdom', our judicial figures ought to strive for a wide-ranging wisdom that aims to consider different perspectives with feeling and imagination*», in R. Lee, *Sonia Sotomayor: Role Model of Empathy and Purposeful Ambition, Reviewing My Beloved World* by Sonja Sotomayor (2013), in *Minnesota Law Review Headnotes,* 98:73, 2013, p.82.

[37] Si tratta di «quella comunicazione che consiste nel modo tacito di porsi e di proporsi del

Si è parlato di un "sigillo"[38]: il grado di nobiltà – nel senso più alto del termine – del giudice, alle prese con la realtà, da cui derivano l'onestà intellettuale e l'umiltà[39]. Sono queste qualità, e il loro equilibrato amalgamarsi con una rigorosa preparazione e con una visione alta – e allo stesso tempo giudiziale – del diritto[40], che pongono il giudice nella imprescindibile condizione di operare una vera e propria scelta di campo. Una scelta direttamente funzionale al processo di maturazione del sistema in cui opera. Si tratta della scelta che scaturisce dalla rara predisposizione a riconoscersi giudici «quando ci si dimentica di esserlo»[41] e che prende

magistrato nei confronti del cittadino suo interlocutore, attraverso il comportamento, gli atteggiamenti, lo stile, il linguaggio e tutto ciò che, anche non intenzionalmente, contribuisce a costituire la relazione. In questo modo *comportamentale* di comunicare non viene manifestata un›informazione o una notizia, ma il modo intimo e per lo più inconsapevole di interpretare il rapporto tra il magistrato ed il cittadino: a quest›ultimo non interessa sapere se il magistrato ha determinate qualità caratteriali, ma attraverso quella forma di comunicazione il cittadino individua il livello di rispetto che il magistrato esprime verso la dignità del suo interlocutore. Più ancora, quel modo di porsi del magistrato, moltiplicato per la pluralità delle relazioni quotidiane, determina la sua immagine diffusa nel sentire comune, e quindi il consenso più o meno ampio del quale la magistratura gode nell›opinione pubblica, prezioso sostegno nelle frequenti tensioni con il potere politico»: E. Fassone, *Un esempio virtuoso di comunicazione, l'etica della relazione*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018, p. 323. Non casualmente, ciò ha anche a che fare con la lingua e il registro linguistico che vengono adoperati: «La lingua che parliamo», infatti, «dice molto di noi e del modo in cui stiamo nel mondo. È uno strumento di formazione non solo individuale e collettiva, ma anche, in senso ampio, civile»: L. Serianni, *Il sentimento della lingua. Conversazione con Giuseppe Antonelli*, il Mulino, Bologna, 2023, risvolto di copertina.

[38] L'episodio riguarda «la frase di commiato» di Livio Paladin quando, «a un passo dalla morte, ha risposto ad un invito: essere relatore in un convegno di studi dedicato alla Costituzione». «Così concludo», disse, «scusandomi per la povertà del mio intervento e rivolgendo un saluto agli amici e colleghi presenti»: AA.vv., *Referendum e legalità. "Tornare alla Costituzione"*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 23, ora in M. Bertolissi, *Livio Paladin costituzionalista della* Res publica, cit., p. 130.

[39] Espressioni autentiche, appunto, di una relazione di tipo etico con l'interlocutore della comunicazione: E. Fassone, *Un esempio virtuoso di comunicazione, l'etica della relazione*, cit., p. 325 e ss.

[40] P. Grossi, *L'*invenzione *del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. XXI.

[41] Espressione che riprende quanto espresso nel video ufficiale della Corte Suprema nel corso di un'intervista ai giudici: «*When you forget to be here*», tema su cui ci si è soffermati all'interno del paragrafo «Prerequisito: essere Giudice e dimenticarsi di esserlo», in G. Tieghi, *Per una "Costituzione continuamente attualizzata": Corte costituzionale e* overruling, in M. Bertolissi (a cura di), *Riforme. Opinione a confronto. Atti della Giornata di studi in ricordo di Livio Paladin*, cit., pp. 147-150. La riflessione si è poi ulteriormente approfondita in G. Tieghi, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, in *Rivista AIC,* 2020, 1, ove si è messa a fuoco una prospettiva ancora più incisiva in termini di ricadute pragmatiche: «Essere giudici e…

forma nella realizzazione – pubblica, dunque verificabile dal cittadino – dell'autentica "indipendenza": «da sé stessi»[42], e, a seguire, «da altro, diverso da sé»[43].

Queste sono le precondizioni per la vera 'apertura' della Corte – allo stesso modo che del singolo giudice – alla società. Apertura che si traduce, proprio grazie alla condizione dell'autorevolezza, in autentico *servizio*: innanzitutto, quale componente essenziale del contraddittorio. Apertura all'altro, dunque, al confronto con l'altro: con la finalità di poter meglio *servire*, ossia rispondere, il più ragionevolmente possibile[44], alle esigenze concrete della società. Non solo, apertura anche ad altri modi di affrontare la medesima tematica, ad altre prassi, ad altre esperienze, ad altri ordinamenti: in sintesi, al confronto con altre «*opinion of mankind*»[45] da cui poter trarre ispirazione per una riflessione sulle possibili ricadute nel proprio sistema. Monito costante a mettersi alla prova, a guardare oltre, anche oltre i propri confini: sollecito «*to look beyond our borders*»[46]. Autorevolezza, in definitiva, quale condizione per l'autentica apertura al diverso, al plurale, alla comparazione critica delle idee[47].

Il tutto, per una ben precisa, più alta finalità: «*to serve as an honest broker in times of political transition*»[48]. Mediatore onesto e imparziale.

In questa prospettiva l'autorevolezza dà conto della molteplicità delle scelte comportamentali – in senso istituzionale – che questo concetto

dimenticarsi (o ricordarsi) di esserlo». La «registrazione dei sentimenti» per una «Costituzione praticata» (par. 8), pp. 197-199.

[42] G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, da p. 90.

[43] G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, cit., da p. 104.

[44] Il che significa, innanzitutto, divenire ponte tra il diritto e la vita reale (A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2006, p. 311), oltre che operare con «dedizione verso l'equità»: S. Sotomayor, *Il mio mondo amatissimo. Storia di un giudice dal Bronx alla Corte Suprema*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 287.

[45] "'*A decent Respect to the Opinions of (Human)kind'. The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*": si tratta della famosa *Lectio* che, partendo dalla Dichiarazione di Indipendenza e in prospettiva di apertura verso Corti di altri sistemi, Justice Ginsburg aveva tenuto nel luglio 2013 a Parigi, in occasione della Summer Program presso la Tulane University Law School, ora in R.B. Ginsburg, *My Own Words*, Simon & Schuster Paperbacks, New York, 2016, da p. 248.

[46] R.B. Ginsburg, *My Own Words*, cit., p. 249.

[47] G. Tieghi, *Costituzionalismo giacobino o liberale: direttrici per la "comparazione critica di idee"*, in G. Bergonzini, F. Pizzolato, G. Rivosecchi, G. Tieghi (a cura di), *Libertà Giovani Responsabilità. Scritti in onore di Mario Bertolissi*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 369-387.

[48] N. Garoupa, R. D. Gill, L. B. Tiede (ed.), *High Courts in Global Perspective. Evidence, Methodologies, and Findings,* cit., risvolto di copertina.

esprime: da qui, sempre nella prospettiva pragmatica, il valore dei buoni esempi e del loro modo di comunicare. In sede istituzionale, *in primis*, ma anche nel modo di rapportarsi con gli altri, e soprattutto con chi non è tra i pari, in qualunque sede[49]. Ecco allora che diviene naturale considerare il momento ufficiale dell'udienza pubblica il luogo ove il giudice ha una specifica occasione – finanche dovere (!)[50]– di esprimere, non tanto ai colleghi del Collegio, ma soprattutto al cittadino, la sua autorevolezza. E ciò perché, in sintesi, ha l'occasione non solo di relazionarsi direttamente e pubblicamente con la domanda di giustizia, ma anche di 'agganciare' – portandola alla sua massima espressione (a patto che chi è chiamato a rispondere sia pronto a cogliere il momento e sia preparato[51]) – la tensione degli avvocati verso la manifestazione della loro specifica «nobiltà culturale»[52]. La quale si declina nell'essere portatori, per eccellenza, di qualcosa che va oltre (persino) il diritto di difesa, il quale ne esce come precondizione, da concepirsi (dunque) a priori, perché insito nella stessa domanda di giustizia. Nobiltà culturale dell'avvocato, dunque, quale abilità – da intendersi quale dovere – di spingere il confronto pubblico pri-

[49] Un episodio per tutti: riguarda i minuti precedenti l'inizio del Convegno di Studi "*La Corte costituzionale oggi*", svoltosi in Aula Magna Galileo Galilei dell'Università di Padova, Palazzo del Bo, l'11 novembre 2017, quando trascorremmo un privilegiato dialogo in una stanza del Rettorato con l'allora Presidente della Corte. Il quale, accortosi che una delle sue guardie del corpo non aveva trovato posto a sedere, gli si rivolse e disse: «Si unisca a noi!». Lo ricordo in G. Tieghi, *Educare, non solo decidere. Il Giudice costituzionale tra funzione 'respiratoria' ed* educational purpose, in M. Bertolissi (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 400.

[50] D. Stasio, *Il dovere di comunicare dei magistrati: la sfida per recuperare fiducia nella giustizia,* in *Questione giustizia*, 2018, 4, da p. 213.

[51] Ci si è posti il problema con riferimento al ruolo dell'avvocato «in un sistema democratico – come quello italiano – la cui crisi appare sempre più evidente». Si sono proposti «i nuovi scenari che la professione dovrà essere in grado di sperimentare, e affrontare». Nella convinzione che ciò debba avvenire, anche per parte dell'avvocato che dialoga col giudice, «con determinazione, competenza e, soprattutto, *cultura etica*»: G. Bergonzini, L. Locatelli, G. Tieghi, (a cura di), *Etica, deontologia e tecnica dell'avvocato*, Giuffrè, Milano, 2023, retro di copertina.

[52] «Si originano, a ogni piè sospinto, vuoti sempre più ampi, e c'è bisogno di colmarli. E c'è bisogno di coniare nuovi strumenti atti a ordinare le novità dei mutamenti socio-economico-tecnici. È l'esperienza quotidiana che li pretende, non la sapienza di maestri o il progetto di politici. Oggi si parla di giudizialità del diritto, e non a torto, ma in quell'affollato e disordinato cantiere che è ormai il diritto vivente un ruolo non minimo sembra competere anche all'avvocato (…), fino a ricomprendere in una creatività diffusa anche il semplice uomo di affari, come con antesignana consapevolezza prevedeva già nei tardi anni Quaranta il geniale Tullio Ascarelli»: in P. Grossi, *Nobiltà culturale degli avvocati dell'Italia unita,* in *Rassegna Forense*, 2011, 1, p. 32.

oritariamente sull'elemento fattuale sottostante la domanda[53], favorendo così, in via del tutto prioritaria, la condizione (per i giudici) di poter ascoltare per poter meglio *comprendere.* Dunque, per poter, in via definitiva, meglio *rispondere* alla società.

Quest'ultimo snodo concettuale relativo alla comprensione da parte dei giudici rivela, più di qualsiasi altro profilo, il dato essenziale del concetto di autorevolezza che si è giunti fin qui ad indagare. Consente di percepire, nell'essenza, il grado di rigore insito nel parametro e principio guida di cui si discute. Il giudice Barak l'ha indicato nel più ampio quadro dell'autorevolezza: «I nostri concittadini», ha scritto, «ci chiedono di agire secondo il diritto. Questa», insiste, «è la linea che ci siamo dati noi stessi». Ma, attenzione. Tali assunzioni avrebbero un significato immensamente meno rilevante se non ci si soffermasse sull'ultima affermazione conclusiva. L'allora Presidente della Corte Suprema israeliana, infatti, così chiosava: «Quando sediamo in giudizio, siamo sotto giudizio»[54].

Questo è ciò che fa la differenza. Questa è la scelta di campo. Considerarsi – o non considerarsi – «sotto giudizio». In altre parole, non infallibili.

2.1. L'autorevolezza "nel" Giudice, "dal" Giudice, "del" Giudice: comprendere, per rispondere

Ci si potrebbe fermare qui. Ma qualche ulteriore apporto si ritiene possa contribuire a far emergere ulteriormente il tipo di *servizio* che oggi i giudici (in specie costituzionali) possono rendere alla rivitalizzazione dello «spontaneo ordinamento del corpo sociale»[55].

[53] J. Luther, *Per una "cultura dell'istruttoria",* in M. Losana, V. Marcenò (a cura di), *Come decide la Corte dinanzi a questioni "tecniche",* Incontri sulla giurisprudenza costituzionale, Torino, marzo-giugno 2019, in *Quaderni di Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, 2020, *19,* da p. 257. Perché non converrebbe esercitare i poteri istruttori, si chiede l'autore? «Perché non converrebbe? Non sembra questione né di tempi, né di costi del giudizio. Piuttosto», precisa, «potrebbe essere una questione di autorità e indipendenza». «Al giudice costituzionale», insiste, «conviene presentare le questioni costituzionali più come conflitti di norme parametro, oggetto o competenza che non come conflitti di interessi legati a fatti, non entrare nelle controversie sui fatti presupposti della decisione politica controversa» (ivi, p. 257). Anche su questo versante, si segnala, «la trasparenza può promuovere partecipazione e consentire un perfezionamento del contraddittorio» (ivi, p. 262).

[54] Traduzione libera dell'autrice, da A. Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in A Democracy*, Harvard Law Review Association, Cambridge (Mass.), 2002, p. 162.

[55] P. Grossi, *L'*invenzione *del diritto*, cit., p. XXI.

È, innanzitutto, un problema di condivisione dello spirito pubblico[56]: tra Corte e cittadini. I quali, tra l'altro, proprio nei confronti del sistema giudiziario, pur nel desolato scenario di sfiducia che risulta nei confronti di altre istituzioni, continuano a riporre la propria aspettativa[57]. Quasi in rispettosa[58] attesa. O, forse, speranza. Si tratta dell'inesausto tentativo di «mettere in moto un nuovo sentimento costituzionale»[59] che rinforzi quel nesso vitale tra cittadini e istituzioni che, mai come in questa epoca, sta mostrando tutte le sue criticità. Ecco allora che, l'acquisizione – da parte del giudice – della consapevolezza di dover operare con un autentico spirito di servizio, ossia in termini di costruttivo apporto al contraddittorio nella dialettica pubblica, potrebbe dar conto, più di ogni altra iniziativa, di quanto la giustizia costituzionale possa – davvero – raggiungere l'auspicato livello "potenziato"[60] per divenire concretamente utile. Dimostrando, attraverso il suo funzionamento di comunicazione esperienziale, che «serve alla democrazia»[61].

[56] Per una significativa proposta di un «patriottismo costituzionale» quale «strumento teorico, civile e sentimentale» utile per «rimediare» alla «lacuna» di «un discorso pubblico» che sorregga «la Repubblica che abita la Costituzione» e, soprattutto, quale «possibile chiave di riscrittura del nostro vivere insieme»: B. Barbisan, *Patriottismo costituzionale. Il caso italiano in prospettiva comparata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 16 e 19.

[57] *La fiducia nelle istituzioni del Paese,* in *https://www.istat.it/it/files/2022/05/Fiducia-cittadini-istituzioni2021.pdf.*

[58] Per – e su – una Corte «rispettosa» e «rispettata», si è espresso Livio Paladin: «la Corte costituzionale continua ad essere un›istituzione vitale, sebbene rispettosa dei limiti che i suoi poteri incontrano; e viene, perciò, sostanzialmente rispettata, sia dalle forze politiche e dagli altri organi costituzionali dello Stato, sia da quella pubblica opinione, il cui sostegno era già considerato necessario per la Corte, da parte di costituenti come Cappi ed Ambrosini»: L. Paladin, *Discorso del Prof. Livio Paladin in occasione dei trent'anni della Corte Costituzionale,* Palazzo della Consulta, 5 giugno 1986, p.10, in *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/19860605_pres_paladin_sito.pdf.*

[59] B. Barbisan, *Patriottismo costituzionale. Il caso italiano in prospettiva comparata*, cit., p. 19.

[60] Sul «potenziamento della Corte costituzionale» si è espresso lo stesso Paladin, precisando l'indirizzo, del tutto coerente con l'attualità e, in specie, con il costo dei diritti: «(…) in modo specifico», evidenziava, «potenziando il suo controllo della c.d. Costituzione economica, cioè di quella che è l'attività economica della mano pubblica»: ciò, in risposta alla domanda sul 'come' avrebbe cambiato il ruolo della Corte costituzionale. Di qui, le sue "proposte organiche di riforma", accennando a quelle indicate dal Gruppo di Milano: in *Intervista di Giorgio Bocca a Livio Paladin, Presidente della Corte costituzionale* (Canale 5 – *Protagonisti* – 1986): M. Bertolissi, *Livio Paladin costituzionalista della* Res publica, cit., pp. 139-140.

[61] G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica,* cit., p. 122.

In occasione della recente lettura della relazione annuale dell'attività della Corte 2022, svoltasi a Palazzo della Consulta il 15 maggio 2023[62], la Presidente della Corte costituzionale in carica, Silvana Sciarra, ha così esordito: «(...) la sala di udienza è il primo luogo della comunicazione e della trasparenza»[63]. E, ancora, ha rilevato: «nella sala di udienza si assiste – come è tradizione – al rito di una Corte che ascolta, attenta alla persona e alla tutela dei beni primari». Luogo «anche simbolico», si precisa nel comunicato[64].

Il tema dell'udienza pubblica ripropone, in definitiva, più di qualunque altro, la questione sottostante relativa al problema dell'autenticità – o meno – della pubblicità dell'udienza: corollario consequenziale è il grado di autorevolezza del giudice e la sua capacità di manifestarlo, al servizio dei cittadini. Il contraddittorio pubblico pone i cittadini stessi, infatti, senza filtri, nella condizione di superare il delicato equilibrio tra forma e sostanza. È nella percezione delle cose. È, soprattutto, nella percezione del cittadino che può direttamente ascoltare, vedere, cogliere, senza intermediazioni «la manifestazione del proprio essere attraverso i modi del proprio agire»: «non si comunica un fatto od un'opinione o un messaggio, ma una moralità di fondo, un'interpretazione del ruolo ispirata alla consapevolezza che il rapporto tra i magistrati e il cittadino», si è evidenziato, «è inteso come un rapporto tra persone di pari dignità. Questa diversa espressività», si è opportunamente ammonito, «non fa», però, «ancora parte di nessun codice deontologico, ma segnala l'aspirazione a che anche il modo di rappresentare l'istituzione sia orientato da una qualche etica della relazione»[65].

Allora, viene da chiedersi: perché non cogliere le opportunità della decantata "apertura della Corte" per dare atto di giudici davvero autorevoli? O, detto altrimenti, di "*good judge(s)*"[66]?

[62] *Silvana Sciarra - Tutte le parole chiave della Relazione annuale della Presidente*, podcast in *https://www.spreaker.com/user/11851781/relazione-annuale-versione-con-titoli.*

[63] Corte costituzionale, *Relazione annuale della Presidente Silvana Sciarra*, Roma, Palazzo della Consulta, 13 aprile 2023, pp. 11-12, reperibile al link *https://www.cortecostituzionale.it/annuario2022/pdf/Relazione_annuale_2022.pdf.*

[64] Corte costituzionale, *Le parole chiave di una Corte attenta alle persone e ai diritti – Relazione annuale della Presidente Silvana Sciarra, Riunione Straordinaria* - Comunicato del 13 aprile 2023, in *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20230413101719.pdf.*

[65] E. Fassone, *Un esempio virtuoso di comunicazione, l'etica della relazione,* cit., p. 325.

[66] Recentemente, sul tema, la relazione di Lady Rose della Corte suprema britannica: Hon. Lady Rose, *What Makes a Good Judge?,* The Bernard's Inn Reading, 16 June 2022, in *https://www.supremecourt.uk/docs/barnards-inn-reading-lady-rose-speech-2022.pdf.*

Alcune coordinate paiono esplicitarsi avendo a mente la realtà processuale contemporanea e quanto di più immediato possa essere utile alla ricostruzione del ruolo del giudice costituzionale che opera e si confronta continuamente con i colleghi, soprattutto stranieri: la storia e la comparazione[67].

Le esperienze di giustizia costituzionale si può dire abbiano offerto, nel tempo e nello spazio, autorevoli esempi[68]. La storia ci dà l'opportunità di vagliare se, alla luce dei *role models* che hanno segnato le diverse epoche, il modello repubblicano «del buon giudice»[69] possa in qualche modo contribuire ad affrontare le nuove sfide della contemporaneità e a rigenerare il ruolo che le Corti – compresa quella italiana – stanno cercando di riaffermare per costruire un diverso grado di civiltà della società. In altre parole, se la prospettiva che si avanza possa essere considerata una «proposta per la contemporaneità: il degenere presente come antimodello, il passato come modello per porvi rimedio»[70].

Evitare ogni compromesso. Non adagiarsi. Non adeguarsi. Non permettere a nessuno di guidare o a sé stessi di essere meramente trascinati. Al contrario, adoperarsi *from the bench* per stimolare, per creare le condizioni affinché vi sia il contraddittorio, tra giudice e avvocato, dunque: tra giudici. «*I have no doubt*», aveva affermato il giudice inglese Sir Syd-

[67] Sull'evoluzione e l'importanza, per il comparatista, dell'approccio diacronico, si rinvia agli insegnamenti espressi in G.F. Ferrari, *Comparazione e storia,* in *DPCE*, 2021, 2, pp. 281- 300.

[68] Sull'importanza degli esempi «vicini, in carne ed ossa», per l'educazione dei giovani giuristi, si rinvia alle parole dell'Associate Justice Sotomayor che trae dalla sua stessa esperienza di vita l'insegnamento da consegnare alle giovani generazioni: «Quando un giovane, anche di talento, cresce senza esempi vicini, in carne ed ossa, di ciò a cui può aspirare di diventare – (…) – i suoi obiettivi restano astratti. (…) Un modello di comportamento in carne ed ossa, invece, è ben più che un'ispirazione: la sua sola esistenza è la conferma di possibilità verso cui si potrebbe giustamente avere tutto il diritto di dubitare, qualcosa che ti fa dire 'Sì, uno come me può farcela'», in S. Sotomayor, *Il mio mondo amatissimo. Storia di un giudice dal Bronx alla Corte Suprema,* cit., pp. 250-251.

[69] U. Vincenti, *Etica per una repubblica,* Milano-Udine, Mimesis, 2015, pp. 71-77. Nella sua applicazione pratica, di recente: R. B. Ginsburg, *My Own Words,* cit., ove veniva citato il prof. G. Gunther che così definì «*the good judge*»: «*is openminded and detached (…); that judge (…) recognizes that a felt need to act only interstitially does not mean relegation of judges to a trivial or mechanical role, but rather affords the most responsible room for creative, important judicial contributions*» (ivi, p. 247). Sul tema, affrontato realmente proprio nel corso dei suoi *Confirmation Hearings* in comparazione con il ruolo del 'buon legislatore', si veda N. Gorsuch, *A Republic. If You can Keep It*, Crown Forum, New York, 2020, pp. 321-323.

[70] U. Vincenti, *Cos'è una Repubblica. Tra repubbliche perfette e imperfette*, Intra, Pesaro, 2022, p. 143.

ney Kentridge in occasione della second Sir David Williams Lecture alla Cambridge University nel maggio 2002 con riferimento agli undici giudici della Corte sudafricana – in comparazione all'allora House of Lords composta interamente da membri bianchi della classe media – di cui aveva fatto parte quale acting justice: «*They were all good lawyers, but what I found overwhelming was the depth and variety of their experience of law and of life*». Quella diversità, di provenienza e di esperienza – spiegava –, aveva illuminato le loro discussioni quando era seduto lì come giudice. E ciò, specialmente quando si doveva operare un bilanciamento tra interessi contrastanti. Non ho dubbi, disse, che quella diversità «*gave the court as a whole a maturity of judgment it would not otherwise have had*»[71].

Il giudice, allora, sarà davvero *autorevole* quando arriverà ad assumersi pubblicamente la responsabilità di rendere decisioni c.d. 'mature': le quali non possono che nascere da un serio e pubblico contraddittorio che tenga sempre in considerazione la preoccupazione – come ricordava il Presidente della Corte canadese Brian Dickson – per «*the plight of others and the human condition*»[72]. E ciò, al punto da arrivare ad esplicitare, con la massima trasparenza ed umiltà, il motivo per il quale egli pone la domanda. Ma non solo. Fino al punto di arrivare ad ammettere pubblicamente di avere proprio il bisogno di porre quella domanda, per uno specifico motivo: *comprendere*.

Pare una banalità. Ma non lo è. E non è un caso, che in pochi ne abbiano indagato la valenza nella prospettiva costituzionale[73].

«*Please, just to understand*»[74]: questo si sente ripetutamente nei dialoghi tra giudici e avvocati in quegli ordinamenti in cui il dialogo in udien-

[71] Sir Sydney Kentridge, *The Highest Court: Selecting the Judges,* in *Free Country Lectures and Talks,* QC, Hart, 2012, p. 119.

[72] «*Compassion*», proseguiva, «*is not extra-legal factor magnanimously acknowledged by a benevolent legal decision-maker. Rather, compassion is part and parcel of the nature and content of that which we call 'law'*»: Sir Sydney Kentridge, *The Highest Court: Selecting the Judges,* cit., p. 8.

[73] Sul punto, si è autorevolmente evidenziato che «la ragion d'essere» del diritto costituzionale «risiede nel capire». E che «il diritto di comprendere è, per definizione, un vero e proprio diritto inviolabile, strumento di controllo e di accertamento delle responsabilità»: M. Bertolissi, V. Italia, *La semplificazione delle leggi e dei procedimenti amministrativi*, Jovene, Napoli, 2015, p. VI. E se lo è per i cittadini, perché non dovrebbe esserlo per i giudici, essi stessi da considerarsi – almeno – «buoni cittadini»? (U. Vincenti, *Etica per una repubblica*, cit., pp. 53-64).

[74] Un esempio per tutti, ascoltando i giudici della Corte Suprema statunitense in udienza, in occasione dell'*oral argument* sul caso 21-757 *Amgen Inc. v. Sanofi* recentemente discusso, poi riportato agli atti: «Justice Jackson: *Can I ask you a clarifying question, though, because I guess I'm just trying to understand your argument relative to* (…)»; Justi-

za è una buona, ordinaria prassi. Una modalità da tempo acquisita – al punto da essere data per scontata. Non solo, al punto da generare stupore nell'apprendere che non è ovunque così. Basti solo pensare al fatto che, già nell'ambiente accademico, gli studenti delle *Law Schools* sono fin dal primo anno considerati protagonisti della lezione, non uditori passivi, tanto da apprendere 'la tecnica' fin dal primo anno: «*Class Is Like Oral Argument*», è parte del capitolo "*In class*" della *Essential Guide for First-Year Law Students* utilizzato in diverse università statunitensi[75].

Se resa parte integrante della dinamica socio-istituzionale, prima che giuridico-formale, la comprensione del canone dell'autorevolezza, parte proprio da qui: dai banchi, dall'esercizio, dalla pratica al confronto. E, per come ci è stata insegnata da Giudici "presbiti" per il loro «modo responsabile di lavorare»[76], non è altro che coerenza[77], conoscenza, comprensione, impegno: «*in a word*», la fiducia stessa nella Corte richiede «*work*,

ce Barrett: *But, if the Federal Circuit got it right, I don't understand why* (…)»; «Justice Thomas: (…) *and what I'm trying to understand is what*»; «Justice Jackson: *And can I just go back to Justice Thomas's point? So, given the routine nature of this, can you just help me to understand the* (…)»; «Justice Gorsuch: *Mr. Clement, I appreciate that clarification, but, as I understand it, there is* (…)»; «Justice Jackson: *Yeah, but it sounds like* (…). *And I didn't understand that to be the case*»; «Justice Sotomayor: *Mr. Clement, could you put things in simpler form for me?* (…) *So break it down to me into steps so that I can understand why you're saying that this is undue.* (…) *But I'm not understanding it with this process, so* (…)»; «Justice Gorsuch: *Well, let me just pause there for a second. I understand completely your argument, well, I think I understand completely, let me put it that way, your argument about* (…). *I'm not sure I understand how that applies to the* (…)»: Official Argument Transcript, *Oral Argument* March 27, 2023, 21-757 Amgen Inc. v. Sanofi, in *https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2022/21-757_5h26.pdf*, p. 20, p.42, p.50, p.61, p.69, p.72, pp.76-77.

[75] «*The facts will change, but the rules will remain the same. This is the skill of an oral advocate. And while this skill is not natural to most people, it can be learned, practiced, and developed*»: A. G. Ferguson, J.Y. Newton, *The Law of Law School. The Essential Guide for Fist-Year Law Students*, NY University Press, New York, 2020, p. 61.

[76] Citazione che riprende il monito di Calamandrei ad una Costituzione «presbite» perché «deve vedere lontano, non miope» e a quello specifico modo di lavorare dei Padri costituenti (seduta del 4 marzo 1947 in Assemblea costituente), in P. Grossi, *L'*invenzione *del diritto,* cit., 36-37.

[77] Con riferimento alla Corte e ai possibili metodi per rimediare ad eventuali errori, in una lezione-conversazione del 14 marzo 1978 tenutasi presso l'Università di Padova, a pochi mesi dalla sua nomina, Livio Paladin disse: «Deve essere, in primo luogo, *coerente*». E ciò, come ben si sottolinea, per evitare disuguaglianze. Con l'indicazione di cambi di giurisprudenza graduali, esattamente come sosteneva la Giudice R.B. Ginsburg della Corte Suprema statunitense, con il suo *step by step approach*: in M. Bertolissi, *Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, cit., p. 38.

work on the part of all citizens»[78]. Come ha ricordato il Giudice Breyer della Corte Suprema statunitense, questo lavoro, questo grande impegno, riguarda tutti, insieme[79]: attraverso l'istruzione, la partecipazione e, soprattutto, la pratica. La quale parte dalle buone abitudini della convivenza su più piani (libertà-autorità, cittadini-potere), per arrivare al dialogo tra i diversi interlocutori processuali (avvocati e giudici) con la medesima naturalezza con cui si realizza il confronto tra studenti e docenti, in aula. Tutti, allo stesso modo, chiamati a «*practice the skills of cooperation and compromise to learn them and to keep them*». Strumenti, in definitiva, da riconsiderare per ritornare a costruire la fiducia pubblica nel funzionamento degli organi costituzionali.

Nei diversi sistemi di giustizia costituzionale sono rinvenibili momenti giuridico-istituzionali *ad hoc* per realizzare questi obiettivi. A volte, semplicemente, di essi ci si è dimenticati perché la buona prassi, la consuetudine socratica non è stata ritenuta parte integrante dell'obiettivo. Perché si è creato uno scollamento tra chi fa la domanda di giustizia e chi risponde a quella domanda, generalmente «accettato come uno scudo contro i fraintendimenti e le possibili distorsioni del proprio pensiero (…): (…) addirittura sentito come un blasone del quale andare orgogliosi»[80]. In conclusione, perché si è divenuti spesso più propensi a preoccuparsi del contesto che verrebbe potenzialmente minato da tanta 'immediatezza' o delle ripercussioni politiche di una Corte (davvero) aperta. Tutto ciò pare non tener conto, al contrario, del dato che è proprio l'autorevolezza del giudice a porsi quale rimedio per il superamento di ogni timore o resistenza. Ne è prova il racconto di una diretta interessata e della scelta inedita di annunciare pubblicamente una *separate opinion*: «*In Gonzales*» raccontò la Giudice Ginsburg, «*I announced the dissent*» dall'unico posto che avrebbe immediatamente raggiunto "tutto il mondo": il che equivaleva già a dire, senza intermediari. Ossia: «*from the bench*»[81]. La spiegazione fu la seguente: «*I wanted the world to know how wrong I thought the decision was*».

[78] «*Trust in the Court, without which our system cannot function, requires knowledge, it requires understanding, it requires engagement*»: S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., p.100.

[79] «*And we must undertake that work together*»: S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., p.100.

[80] E. Fassone, *Un esempio virtuoso di comunicazione, l'etica della relazione*, cit., p. 324.

[81] I. Shapiro, *Still Speaking in a Judicial Voice: Ruth Bader Ginsburg Two Decades Later,* in *The Yale Law Journal*, 2013, p. 264.

Il giudice che pone la domanda nel corso dell'udienza "per meglio capire" lo fa, in conclusione, proprio per poter meglio pubblicamente *servire*.

Allora, e solo allora, anche la trasparenza e la pubblicità delle procedure saranno davvero utili per finalità che vanno ben oltre il caso di cui si discute. Si tratta di finalità che collocano l'autorevolezza su più piani consequenziali: quella che è insita, prima di tutto, "nel" Giudice, anche nella sua persona[82]; quella che, grazie alla sua persona viene poi resa esplicita "dal" Giudice nelle opportune sedi del giudizio. Ma che, alla fine, è più propriamente "del" Giudice: chiamato, in quanto tale, e come nessun'altro, ad «avvicinare il più possibile il diritto alla giustizia»[83].

3. Sentimento e responsabilità, per un (autentico) pluralismo costituzionale condiviso

Ragionare sul funzionamento della Corte costituzionale e, in specie, sul ruolo dei suoi giudici[84], impegna il giurista contemporaneo ad interrogarsi su un tema troppo spesso indagato quale appendice minoritaria o, quantomeno, meramente subordinata. Tema a partire dal quale, invece, paiono declinarsi implicazioni particolarmente decisive sul piano del diritto costituzionale sostanziale.

È su questo tentativo di inversione del ragionamento che ci si propone di fornire, in conclusione, alcune specifiche chiavi di lettura.

Le considerazioni suesposte sull'autorevolezza del giudice mirano a riportare al centro della riflessione quel percorso pedagogico collettivo che, attraverso la rivitalizzazione di un comune *sentire costituzionale*, suggerisce di recuperare un preciso compito della Corte costituzionale su questo versante: quello di responsabile ultima, in veste di organo di

[82] Si tratta di quella «ben precisa condizione interiore: (è) quella di chi difende la propria opinione, riconoscendo uno spazio corrispondente all'affermazione in concreto di una diversa e finanche opposta alla propria. Segno di un distacco esemplare anche dai propri convincimenti, che non avrebbero dovuto togliere mai, all'opinione di altri, il diritto di affermarsi e prevalere. Purché fosse fatto salvo il contraddittorio»: M. Bertolissi, *Livio Paladin costituzionalista della* Res publica, cit., p. 120.

[83] P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, cit., p. 89.

[84] «Giudice nato! (…) dove per giudice deve intendersi il giudice costituzionale. È proprio la sua figura di interprete di questo ruolo che mi ha indotto a pensare che c'è la Corte, ma anche il giudice; la collegialità, ma anche la personalità del singolo componente dell'organo, che non dovrebbe mai venire meno, perché in ombra»: M. Bertolissi, *Livio Paladin Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, cit., p. 31.

garanzia costituzionale e baricentro del sistema delle tutele, di un suo oculato posizionamento nel sistema istituzionale; tale da permetterle di operare legittimamente come indiscussa promotrice di un percorso di educazione capace di coinvolgere necessariamente sia chi esercita il potere, sia chi ne risulta destinatario.

Un percorso di educazione che può giovarsi anche degli strumenti comunicativi e delle varie iniziative extrafunzionali a cui ormai la Corte regolarmente fa ricorso e attraverso le quali entra diversamente in relazione con l'opinione pubblica; ma che deve trovare la sua sede prima e imprescindibile *nel giudizio*, nei momenti processuali in cui il rapporto con il pubblico diviene, allo stesso tempo, forma e sostanza istituzionale: l'udienza di discussione, la sentenza (o l'ordinanza).

È nel suo tentativo di rendere i cittadini partecipi delle ragioni e delle argomentazioni profonde che stanno alla base delle proprie decisioni che la Corte può divenire, dunque, autenticamente autorevole: autenticamente "aperta" proprio in quanto "partecipata" e collettivamente "vissuta", nel suo processo decisionale, da una cittadinanza adeguatamente responsabilizzata.

La condizione affinchè ciò avvenga risiede in un presupposto indefettibile: che la società, la cittadinanza, divenga essa stessa parte in senso ampio del giudizio. Recuperando, dunque, la piena consapevolezza della dimensione collettiva della giustizia costituzionale e delle decisioni pubbliche che vi si assumono, anche oltre il circuito parlamentare[85]; e che, proprio per queste ragioni, meritano di essere condivise attraverso le forme di un giudizio realmente aperto.

Si delinea, così, un processo di co-responsabilità tra sistema istituzionale (potere) e società organizzata (cittadinanza) – troppo spesso trascurato perché di volta in volta concepito in termini di sbilanciamento – che, se inclusivo di un ulteriore sforzo empirico-culturale, potrebbe aprire scenari di estremo interesse, sia nella prospettiva interna, sia nella formazione di una più matura «mentalità comparata»[86]: a partire dalla

[85] Come notava, ormai qualche anno addietro, il Presidente Grossi, «le domande poste al giudice delle leggi e dei conflitti appaiono come il segnale della riemersione, nel tessuto sociale, di bisogni non compiutamente soddisfatti attraverso la legislazione: (…). E come se, nello sforzo di una inesausta e*mendatio legum,* si coltivasse collettivamente, anche oltre il circuito parlamentare, l'aspirazione a una sempre migliore qualità della convivenza, per come determinabile in base a paradigmi che, ragionevolmente e storicamente, si riconoscono condivisi» (Corte costituzionale, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, cit., p. 3).

[86] Espressione ripresa da V. Zeno Zencovich, *The Italian Constitutional Court,* in G. F.

rivisitazione del concetto di *unità*, in favore di un rafforzamento della pratica quotidiana del *pluralismo*.

A fronte di una Costituzione pluralistica, che vive di mitezza[87] e non di assoluti, è più che ragionevole attendersi un giudizio costituzionale altrettanto pluralistico: che per essere tale, però, deve realmente aprirsi alla diversità delle opinioni e delle interpretazioni costituzionali in gioco, alla varietà dei punti di vista, al dialogo, al confronto (magari problematico, impegnativo, e persino sofferto); senza timore di manifestare all'esterno questa diversità, e senza pretendere di voler a tutti i costi proteggere il pubblico dalla complessità[88]. L'*unità* è senz'altro un valore; ma (anch'esso) non un valore assoluto; ed è doveroso interrogarsi sui suoi limiti, quando finisce per assumere connotati paternalistici e semplificanti, che rischiano di allontanare la cittadinanza, quasi anestetizzandola.

Per un significativo re-indirizzamento in termini pluralistici del sistema di giustizia costituzionale italiano, allora, l'auspicabile processo di co-responsabilizzazione dovrà necessariamente essere fondato su un percorso di riabilitazione di un *sentire comune* tra le due sfere (istituzionale e pubblica), tra autorità e libertà: al di là delle molteplici qualificazioni, si tratta di operare su entrambi i fronti, cittadini e giudici insieme, per

Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Brill/Nijhoff, Boston, 2019, p. 455. Da intendersi, qui, non solo con riferimento al fenomeno dell'utilizzo – o meno – da parte della Corte del diritto comparato, quanto, più ampiamente, a quell'apertura che permetta anche agli altri ordinamenti di riconoscere il ruolo (auspicabilmente) della Corte italiana «(…) *with the related effects in terms of the dissemination of ideas, principles and legal institutes, cooperation between courts and eventually cross-fertilisation*»: G.F. Ferrari, *Introduction: Judicial Constitutional Comparison and Its Varieties,* in G. F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, cit., p. 1.

[87] Per usare la felice e nota espressione di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1997, p. 11.

[88] Sul rapporto tra pluralismo costituzionale e pubblicità (o meno) dei processi deliberativi della Corte si è riflettuto soprattutto con riferimento alla possibile introduzione dell'opinione dissenziente; si vedano, ad esempio: G. Zagrebelsky, *Intervento*, in A. Anzon (a cura di), *L'Opinione Dissenziente. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 158; A. Rauti, "Il tuo nome soltanto m'è nemico…". *"Linguaggio" e "convenzioni" nel dialogo tra Corte costituzionale e opinione pubblica*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, E.S.I., Napoli, 2006, pp. 600-601; G. Silvestri, in D. Tega, *La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista a cura di Diletta Tega a Gaetano Silvestri*, in *Quad. cost.*, 2014, 3, p. 758; A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, cit., p. 460.

ricostruire e mantenere quel sentimento costituzionale che sta alla base della *res publica*.

Un sentimento, quello che il giudice è chiamato a 'registrare'[89], che presuppone (e, allo stesso tempo, rende vive) forme reali di coinvolgimento collettivo nelle decisioni pubbliche che caratterizzano un sistema di giustizia costituzionale, in una moderna liberaldemocrazia[90]: un pluralismo costituzionale autenticamente condiviso, che si alimenta proficuamente della diversità e pluralità dei punti di vista.

E al quale può concretamente contribuire una Corte che opera davvero *in pubblico*.

[89] È l'insegnamento del Giudice Felix Frankfurter della Corte Suprema statunitense, da ultimo riportato e commentato in S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, p. 40.

[90] «Nessuna democrazia può reggersi senza il sentimento di appartenenza ad una medesima comunità e senza la convinzione che la libertà, fino a che non è libertà di tutti, non è ancora vera libertà»: R. Meneghelli, *Stato e democrazia visti dall'alto*, Cedam, Padova, 1999, p. 79.

Per una nuova configurazione della fisionomia e dei poteri dell'accusa nel sistema della Corte penale internazionale*

Massimo Bolognari
Ricercatore di Diritto processuale penale

Sommario: 1. Da una crisi…un'opportunità? – 2. Un'inedita concezione della sussidiarietà: la c.d. *positive complementarity* 3. Le strategie operative della Procura della Corte penale internazionale: la partecipazione a squadre investigative comuni e gli accordi di cooperazione con gli Stati – 4. L'emersione di un nuovo modello di accusa: verso una gestione decentrata dell'azione repressiva.

1. Da una crisi…un'opportunità?

«*A giant without arms and legs*». Con questa efficace metafora Antonio Cassese tratteggiava icasticamente i limiti operativi che caratterizzavano il Tribunale penale internazionale per l'ex Yugoslavia[1], di cui era stato presidente per quattro anni. Un gigante, perché imponente era il sistema di giustizia concepito dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con l'obiettivo di perseguire i crimini commessi in quell'area geo-

* Il lavoro riproduce con lievi modifiche il testo di un articolo, dallo stesso titolo, pubblicato nella Rivista online *disCrimen*, 23 maggio 2024, p. 1 ss.

[1] A. Cassese, *On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 13.

grafica lacerata da un catastrofico conflitto di matrice etnica[2]; un gigante – si diceva – ma privo di braccia e di gambe, poiché tale tribunale non disponeva di poteri autonomi di raccolta del materiale probatorio e di esecuzione delle misure limitative della libertà personale, dovendo necessariamente rivolgersi agli Stati per lo svolgimento di queste attività.

Una simile immagine sembra oggi riferibile anche alla Corte penale internazionale[3], che è stata istituita nel 1998 con un accordo internazionale multilaterale, lo Statuto di Roma[4]. Infatti, pur volendo rappresentare, negli auspici, un sistema giudiziario di nuovo conio, non più creato *ad hoc* per perseguire crimini commessi prima della sua istituzione all'interno di un arco temporale e di un'area territoriale predeterminati, come i tribunali penali internazionali postbellici[5] e quelli per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda[6], ma *permanente* e *sussidiario*, con il compito di giudicare in una dimensione mondiale i crimini di sua competenza (genocidio, crimini di guerra, contro l'umanità e di aggressione), la Corte soffre in realtà una grave crisi dovuta agli alti costi di gestione, alla lentezza dei procedimenti[7] e alla scarsa (se non del tutto assente) cooperazione da parte degli Stati.

Tali criticità investono in modo particolare la Procura, alla quale lo Statuto di Roma assegna la funzione d'accusa[8]. Essa, infatti, non dispone di proprie forze di polizia giudiziaria, dovendo necessariamente

[2] Cfr. risoluzione n. 827/1993, par. 2.

[3] In questo senso cfr., in particolare, J. Nyamuya Maogoto, *A Giaiant Without Limbs: The International Criminal Court State-Centric Cooperation Regime*, in *The University of Queensland Law Journal*, 2004, pp. 102 ss.; O. Bekou, R. Cryer, *The International Criminal Court And Universal Jurisdiction: A Close Encounter?*, in *International and Comparative Criminal Law Quarterly*, 2007, p. 60.

[4] Entrato in vigore il 1° luglio 2002. Ad oggi 123 Stati fanno parte del sistema della Corte.

[5] Ci si riferisce, in particolare, al Tribunale penale militare di Norimberga e a quello per l'estremo oriente, i quali erano stati istituiti al termine del secondo conflitto mondiale per perseguire i crimini commessi rispettivamente dai nazisti e dalle forze imperiali giapponesi durante quel conflitto.

[6] Istituito con risoluzione n. 955/1994 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

[7] Nell'arco di vent'anni la Corte ha pronunciato solo sette sentenze definitive (quattro condanne e tre assoluzioni) a fronte di trentuno procedimenti aperti, tra i quali, ad oggi, ben nove risultano sospesi a causa della latitanza degli inquisiti, non essendo possibile celebrare il dibattimento *in absentia* (art. 63 Statuto).

[8] La Corte rappresenta un sistema giudiziario completo costituito sia da un organo giurisdizionale, che presenta una diversa composizione a seconda della fase in cui esso opera (*Pre-Trial Chamber* per le indagini, *Trial Chamber* per il dibattimento e *Appeals Chamber* per l'appello), sia da un organo d'accusa, che, come si è accennato, è rappresentato dall'*Office of the Prosecutor*.

avvalersi della collaborazione degli Stati, sia per lo svolgimento delle indagini[9], sia per l'esecuzione delle misure limitative della libertà personale, né dispone di poteri coercitivi in caso di inosservanza delle richieste di cooperazione[10].

Si tratta, all'evidenza, di un quadro per molti versi sconfortante.

Di recente, però, con la nomina del nuovo Procuratore questo scenario sembra essere suscettibile di poter subire un mutamento. Sin dal suo insediamento, nel tentativo di risolvere le criticità di cui s'è detto, egli ha mostrato di voler inaugurare un nuovo corso sotto un duplice profilo. Per un verso, partecipando a due squadre investigative comuni costituite al fine di reprimere i crimini internazionali commessi rispettivamente in Ucraina durante il conflitto contro la Federazione russa[11] e in Libia nei confronti dei migranti[12]; crimini rispetto ai quali egli ha già aperto due indagini autonome[13]. Per altro verso, facendosi promotore di un accordo internazionale con il governo della Colombia con l'obiettivo di assicurare la persecuzione a livello interno di coloro che si sono resi responsabili di crimini internazionali in quel Paese[14].

Le iniziative in questione non appaiono isolate, ma si collocano all'interno di un più ampio progetto di riforma avviato dal Procuratore[15] con l'obiettivo di trasformare il suo ufficio, il quale, pur mantenen-

[9] Salvo nell'ipotesi eccezionale in cui venga autorizzato dalla *Pre-Trial Chamber* – organo giurisdizionale simile al nostro giudice per le indagini preliminari – a compiere singoli atti investigativi all'interno di uno Stato il cui sistema giudiziario si trovi una situazione di tale precarietà da non consentire l'attivazione dei meccanismi di cooperazione previsti dallo Statuto (art. 57.3 lett. *d*).

[10] Al riguardo, lo Statuto si limita a prevedere che gli Stati sono tenuti a cooperare con la Corte (art. 86), ma senza prevedere una sanzione in caso di inosservanza di tale obbligo.

[11] *Statement by ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Investigation Team on international crimes committed in Ukraine*, 25 aprile 2022 (*https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint*).

[12] *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Team on crimes against migrants in Libya*, 7 settembre 2022 (*https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint-0*).

[13] Rispettivamente il 2 maggio 2022 (ICC-01/22) e il 15 marzo 2011 (ICC-01/11).

[14] Cfr. *Cooperation Agreement Between the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court and the Government of Colombia*, 28 ottobre 2021, recentemente implementato da un *Action Plan* del 7 giugno 2023, che rinnova gli impegni presi dal Procuratore e dal governo colombiano in materia di cooperazione giudiziaria e politica (*https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-concludes-visit-colombia-signing-action-plan-renewed*).

[15] Compendiato all'interno del *Policy on Complementarity and Cooperation*, 25 aprile 2024,

do la connotazione di organo votato alla persecuzione di crimini internazionali, dovrebbe rappresentare al contempo una sorta di *hub* per la comunità internazionale[16], favorendo lo scambio di buone pratiche con le autorità giudiziarie nazionali, potenziando le infrastrutture tecnologiche per garantire una migliore raccolta, elaborazione e conservazione del materiale probatorio, costituendo uffici della Procura all'interno degli Stati e fornendo assistenza ai Paesi che desiderino reprimere tali reati attraverso la realizzazione di inedite forme di cooperazione, anche con il coinvolgimento di altre organizzazioni internazionali[17].

2. Un'inedita concezione della sussidiarietà: la c.d. *positive complementarity*

Le nuove strategie elaborate dal Procuratore, oltre ad essere funzionali ad un potenziamento dell'efficacia operativa dell'ufficio, sembrano, inoltre, potersi innestare in un complessivo ripensamento di uno degli aspetti nodali del sistema della Corte: il principio di sussidiarietà, sul quale conviene ora soffermarsi.

In via generale, lo Statuto afferma che la Corte è sussidiaria (*complementary*) rispetto alle giurisdizioni nazionali (art. 1)[18]. Una simile impostazione, che segna una significativa differenza rispetto a quella che caratterizzava le precedenti esperienze di giustizia penale interna-

nel quale il Procuratore ha tracciato le linee strategiche dell'ufficio in materia di sussidiarietà e cooperazione con gli Stati.

[16] Cfr., da ultimo, il *Policy on Complementarity and Cooperation*, cit., par. 6, che richiama l'*Office of the Prosecutor Strategic Plan - 2023-202*5, 13 giugno 2023, secondo il quale «*the Office aims to deliver impactfully to affected communities through its work in the courtroom and will establish itself as a* global hub *for international criminal justice. It will achieve this by transforming itself into a technology driven, agile, field-centric and victim centred organization, capable of operating at pace of relevancy» (par. 25).*

[17] Così il *Policy on Complementarity and Cooperation*, cit., par. 27.

[18] In generale, su tale principio cfr., tra gli altri, E. Fronza, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, A. Vallini (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, 2020, pp. 27 ss.; M.M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 157 ss.; J.T. Holmes, *The Principle of Complementarity*, in R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Transnational Publishers, 2001, p. 41 ss.; W.A. Schabas, *Art. 17. Issues of admissibility*, in ID., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2016, pp. 446 ss.; C. Stahn, M.M. El Zeidy (eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, 2011.

zionale, nell'ambito delle quali veniva esercitata giurisdizione primaria sui crimini di loro competenza[19], si ricollega ad una precisa scelta da parte dei redattori dello Statuto, i quali miravano a responsabilizzare gli Stati, affidando loro la responsabilità di perseguire prioritariamente i crimini internazionali.

Il principio enunciato dall'art. 1 viene poi declinato in una serie di regole, che individuano i 'casi clinici' (le c.d. situazioni di *inadmissibility*) al ricorrere dei quali la Procura deve astenersi dall'aprire un'indagine, o, qualora essa sia già stata avviata, sospenderne la prosecuzione, trasmettendo gli atti all'autorità giudiziaria nazionale. Si tratta, in particolare, dell'ipotesi in cui l'organo d'accusa sia stato informato da uno Stato del fatto che a livello interno è in corso (art. 17.1 lett. *a*) o si è concluso (art. 17.1 lett. *b* e *c*) un procedimento penale sugli stessi fatti e nei confronti delle stesse persone, oppure rilevi che le condotte criminose non presentino una gravità sufficiente da giustificarne la repressione a livello internazionale (art. 17.1 lett. *d*)[20].

La preferenza per una gestione nazionale della persecuzione dei crimini internazionali si desume anche dalle regole che disciplinano i casi in cui la pretesa repressiva internazionale può rivivere. In particolare, lo Statuto, al fine di evitare che si creino pericolosi spazi di impunità, autorizza il Procuratore a monitorare le iniziative giudiziarie statali (art. 18.5), consentendogli, però, di "avocare" il procedimento interno solo ove dimostri che l'autorità giudiziaria nazionale non abbia voluto (*unwilling*) o non sia stata in grado (*unable*) di perseguire i crimini internazionali. Sotto il primo profilo, essa deve verificare, ad esempio, se a livello interno è stata emessa una decisione proscioglitiva al solo scopo di sottrarre l'inquisito dal processo (art. 17.2 lett. *a*), si sono verificati

[19] Si tratta della c.d. *primacy* dei sistemi di giustizia *ad hoc* e postbellici sulle giurisdizioni nazionali. Su tale concetto, cfr., *ex multis*, G. Acquaviva, *Primacy (of* ad hoc *Tribunals)*, in A. Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2009, pp. 461 ss.; B.S. Brown, *Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals*, in *Yale Journal of International Law*, 1998, pp. 383 ss.; A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale. II. Diritto processuale*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 36 ss.

[20] La necessità di accertare il superamento di una certa soglia di gravità, pur presupponendo l'esercizio di un notevole margine di discrezionalità da parte del Procuratore, non essendo fissati normativamente i parametri in funzione dei quali 'misurare' il grado di offensività di un fatto criminoso, risponde ad una logica condivisibile di gestione delle limitate risorse a disposizione della Procura. Su questi aspetti, cfr. M. Bolognari, *Studio sulla funzione d'accusa nel sistema della Corte penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 172 ss.

ingiustificati rallentamenti al procedimento (art. 17.2 lett. *b*), o l'autorità giudiziaria non offre sufficienti garanzie di indipendenza e imparzialità (art. 17.2 lett. *c*). Sotto il secondo profilo, la c.d. *unability* ricorre quando il sistema giudiziario di uno Stato si trova in condizioni di tale precarietà da impedire la persecuzione dei crimini internazionali (art. 17.3)[21]. L'onere di dimostrare l'esistenza di tali situazioni ricade esclusivamente sul Procuratore e appare assai gravoso, traducendosi sostanzialmente in una *probatio diabolica*[22]. È, infatti, remota la possibilità che gli Stati, la cui collaborazione appare imprescindibile per effettuare le verifiche richieste dallo Statuto, forniscano gli elementi necessari per provare la loro mancanza di volontà o incapacità di perseguire i crimini internazionali, soprattutto se si considera che i responsabili di tali reati ricoprono spesso posizioni apicali all'interno dell'apparato statale.

Intesa in questi termini, la complementarietà presenta una configurazione, per così dire, *negativa*. Essa, infatti, integra un limite all'azione repressiva della Procura della Corte, la quale, salvo che si ricada nelle ipotesi eccezionali indicate dai par. 2 e 3 dell'art. 17, si deve arrestare ove si verifichino le situazioni di *inadmissibility* disciplinate nell'art. 17.1[23].

A tale forma di sussidiarietà sembra però possibile affiancarne anche una seconda, che si è affermata con sempre maggiore forza negli

[21] Su questi concetti v., per tutti, W.A. Schabas, M.M. El Zeidy, *Article 17. Issues of Admissibility*, *in* O. Triffterer, K. Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 817 ss.

[22] Secondo J. Wouters, S. Verhoeven, B. Demeyre, *The International Criminal Court's Office of the Prosecutor: Navigating between Independence and Accountability?*, in *International Criminal Law Review*, 2008, pp. 283, *«the issue of assessing a State's inability or unwillingness to prosecute, is fraught with procedural and substantive hurdles, whereby the Office of the Prosecutor has anything but the last word and the power to decide»*. V. anche, in senso analogo, M.A. Fairlie, *Establishing Admissibility at the International Criminal Court: Does the Buck Stop with the Prosecutor, Full Stop?*, in *The International Lawyer*, 2005, p. 817.

[23] Inoltre, una tale impostazione sembra volta pure ad assoggettare le iniziative della Procura ad un controllo da parte degli Stati, nella prospettiva di evitare un'eccessiva intromissione di un tale organo internazionale in vicende che, pur potendo costituire una minaccia per gli equilibri mondiali, assumono ovviamente (e ancor prima) anche una connotazione nazionale.

ultimi anni[24] e che assume, invece, una connotazione *positiva*[25]. In base a tale nozione, la Procura non dovrebbe limitarsi ad un atteggiamento di *self-restraint*, ma svolgerebbe un ruolo attivo di assistenza agli Stati nella persecuzione dei crimini internazionali[26], comportandosi così alla stregua di un organo di cooperazione.

Le due visioni della complementarietà, inoltre, differiscono profondamente tra loro per le ragioni di fondo che le giustificano e per le norme che le disciplinano.

Infatti, mentre la prima nozione di sussidiarietà c.d. negativa è ancorata ad un'impostazione più tradizionale dei rapporti tra autorità sovranazionale e autorità nazionali, mirando a privilegiare l'intervento di quest'ultime rispetto alla prima, la seconda apre ad una concezione 'sinergica' nella repressione del crimine internazionale[27], in base alla quale

[24] Un primo riferimento, seppur implicito, ad una nozione positiva della complementarietà compare, per la verità, già nel 2003 all'interno del *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, 2003, p. 3, nell'ambito del quale si evidenzia come il Procuratore «*will encourage national prosecutions, where possible, for the lower-ranking perpetrators, or work with the international community to ensure that the offenders are brought to justice by some other means*». Una più compiuta elaborazione di tale concetto si rinviene in un successivo documento relativo alle strategie operative della Procura (Office of the Prosecutor, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, 1 febbraio 2010), nel quale ci si riferisce espressamente, anche se in modo fugace, alla *positive complementarity* e si precisa che essa consentirebbe, tra l'altro, all'organo d'accusa di scambiare informazioni con le autorità giudiziarie nazionali e di supportare la formazione di magistrati e forze di polizia (p. 5). Va, inoltre, menzionata la *Resolution* RC/Res.1 adottata dall'Assemblea degli Stati parte dello Statuto di Roma l'8 giugno 2010 all'esito di un'importante conferenza diplomatica che si è tenuta a Kampala e che, tra le altre cose, ha approvato alcune importanti modifiche normative dello Statuto (tra le quali spicca l'introduzione del crimine di aggressione), promuovendo, al contempo, una visione positiva della complementarietà. In particolare, tale documento invita la Corte, gli Stati parte e le organizzazioni internazionali ad immaginare «*ways in which to enhance the capacity of national jurisdictions to investigate and prosecute serious crimes of international concern*» (par. 8).

[25] Su questa concezione della complementarietà cfr., tra i molti, W. Burke-White, *Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice*, in *Criminal Law Forum*, 2008, p. 59 ss.; Id., *Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice*, in *Harvard International Law Journal*, 2008, p. 53 ss.; H. Takemura, *Positive Complementarity*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2018, p. 1 ss.; J. Tiller, *The ICC Prosecutor and Positive Complementarity: Strengthening the Rule of Law?*, in *International Criminal Law Review*, 2013, p. 507 ss.

[26] Come evidenziato da L.J. Laplante, *The Domestication of International Criminal Law: A proposal For Expanding the International Criminal Court's Sphere of Influence*, in *John Marshall Law Review*, 2010, p. 635 ss.

[27] In una simile prospettiva, v. anche H. Takemura, *Positive Complementarity*, cit., p. 1,

l'iniziativa spetta agli Stati, i quali, però, beneficiano di un supporto in grado di potenziare in modo significativo le loro possibilità operative[28].

Per altro verso, va osservato che se la concezione negativa della complementarietà trova una sua chiara base legale, la quale coincide con le norme che individuano le situazioni di *inadmissibility* (art. 17) e in quelle che regolano il riparto di competenze tra la Procura della Corte e le autorità giudiziarie nazionali (artt. 18 e 19), altrettanto non può dirsi per la nozione positiva. Essa, infatti, sembra potersi desumere implicitamente dai principi generali contenuti nella premessa dello Statuto e dalle regole in materia di cooperazione contenute nella parte IX del medesimo.

Anzitutto, sembra venir in gioco il principio in base al quale la persecuzione dei crimini internazionali va assicurata attraverso l'adozione delle misure necessarie per consentirne la repressione sia a livello interno, sia mediante l'attivazione di meccanismi di cooperazione internazionale (*considerando* 4)[29]. Viene così costruito un sistema punitivo che si articola su due livelli – quello interno e quello sovranazionale – e che mira ad evitare che si creino perniciosi spazi di impunità rispetto a tali fattispecie

secondo il quale «*the positive approach to complementarity implies that an international criminal tribunal and the State have agreed upon a consensual division of labour*».

[28] Ovviamente, per garantire l'effettiva persecuzione a livello interno dei crimini internazionali, è imprescindibile che gli Stati recepiscano nei propri ordinamenti le norme dello Statuto. Tale processo, che in taluni Paesi appare in una fase piuttosto avanzata, risulta però in altri casi sostanzialmente incompiuto. Si pensi solo all'Italia, che, pur rappresentando uno dei primi Stati ad aver ratificato lo Statuto di Roma (l. 12 luglio 1999 n. 232) e avendo adottato regole per l'adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi di cooperazione con la Corte (l. 23 dicembre 2012 n. 237), non si è però dotata di uno strumento legislativo volto ad introdurre nell'ordinamento le disposizioni necessarie per assicurare che i crimini disciplinati nello Statuto potessero essere sottoposti alla propria giurisdizione. Si tratta di una lacuna particolarmente grave, che espone il nostro Paese «a un giudizio della Corte dichiarativo dell'assenza di volontà o di incapacità di perseguire crimini internazionali»: così la relazione redatta dalla Commissione incaricata dal Ministero della Giustizia nel marzo 2022 di redigere un «Codice dei Crimini internazionali» (p. 2). Concepito come un *corpus* normativo separato rispetto al codice penale, sul presupposto condivisibile che le peculiarità contenutistiche e strutturali che caratterizzano i crimini internazionali ne sconsigliassero l'inclusione all'interno dell'apparato codicistico, l'articolato elaborato dalla Commissione si apprezza particolarmente per il fatto di aver trovato un punto di equilibrio tra le specificità che caratterizzano il diritto penale internazionale e le categorie interne. Sorprende, dunque, che il legislatore non abbia dato seguito all'iniziativa, che ci avrebbe finalmente allineato ai Paesi a noi culturalmente più vicini, come Francia e Germania, che da tempo celebrano processi per crimini internazionali.

[29] In questo senso, anche se non in modo del tutto perspicuo, si vedano il *considerando* 3 e dal par. 3 della *Resolution RC/Res.1*, cit.

di reato[30]. Esse, infatti, non solo presentano una rilevanza mondiale, costituendo una minaccia per la pace e la sicurezza globali, ma, ancor prima, mettono in pericolo gli equilibri politici e sociali interni agli Stati[31].

In secondo luogo, occorre fare riferimento all'art. 93.10 lett. *a*[32], il quale prevede che, su richiesta di uno Stato, la Corte, in tutte le sue articolazioni (compresa, quindi, la Procura), coopera e assiste le autorità giudiziarie interne nello svolgimento delle indagini e del processo relativi a crimini internazionali. Tale previsione non indica in modo tassativo quali attività possono essere compiute a tal fine, limitandosi a precisare che tale collaborazione può tradursi, tra l'altro, nella consegna di documenti o di materiale probatorio (lett. *b*), aprendo così alla possibilità di prevedere, anche grazie ad una lettura congiunta della norma con il *considerando* 4, ulteriori forme di cooperazione rispetto a quelle previste dallo Statuto. Ad esempio, l'organo d'accusa potrebbe assistere le autorità giudiziarie interne attraverso lo scambio di informazioni, la formazione degli operatori (magistrati e forze di polizia) e la costituzione di banche dati[33]. In questo senso, appare assai significativa, come si dirà, la sua partecipazione alle squadre investigative con una funzione di coordinamento e di supporto alle indagini simile a quella che svolge Eurojust[34].

Le potenzialità operative delle norme in esame non sembrano ridursi a questo, consentendo alla Procura di realizzare altresì inedite forme di cooperazione che presentano una dimensione *lato sensu* politica. Si pensi, ad esempio, come si desume dall'accordo internazionale stipulato con il governo colombiano, alla possibilità di favorire l'implementazione a livello nazionale di meccanismi di giustizia riconciliativa, che consentono di ricomporre il conflitto generato dalla commissione dei crimini internazionali attraverso un percorso alternativo rispetto al processo penale, ricostruendo i legami sociali e favorendo la transizione democratica[35].

[30] Analogamente v. W. Burke-White, *Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multilevel Global Governance in the Democratic Republic of Congo*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, pp. 589-590.

[31] In questi termini, M. Bolognari, *Studio sulla funzione d'accusa nel sistema della Corte penale internazionale*, cit., p. 75.

[32] Come sembra potersi desumere da Office of the Prosecutor, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, cit., p. 5, nonché dal *Policy on Complementarity and Cooperation*, cit., par. 18.

[33] Cfr. L.E. Carter, M.S. Ellis, C.C. Jalloh, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, Edward Elgar Cornwall, 2016, pp. 56-57.

[34] Sulle attività che quest'organo può compiere nelle varie fasi che caratterizzano la "vita" della squadra, dalla sua costituzione sino alla sua chiusura, cfr. L. Pulito, *Le squadre investigative comuni*, cit., pp. 72 ss.

[35] Appartengono a questa categoria le commissioni per la verità e la riconciliazione, i

3. Le strategie operative della Procura della Corte penale internazionale: la partecipazione a squadre investigative comuni e gli accordi di cooperazione con gli Stati

3.1. La partecipazione alle squadre investigative comuni c.d. miste

Una prima iniziativa che si inscrive nel progetto di trasformazione dell'ufficio varato dal Procuratore della Corte è rappresentata, come si è accennato, dalla partecipazione della Procura a due squadre investigative comuni (SIC). Esse costituiscono, come noto, una forma di cooperazione tra autorità giudiziarie provenienti da Stati diversi volta a reprimere fenomeni criminali di rilevanza transnazionale[36]. In particolare, le squadre a cui ha aderito la Procura della Corte sono state istituite con il supporto rispettivamente di Eurojust e di Europol per reprimere i crimini internazionali commessi in Ucraina[37] e quelli perpetrati contro i migranti in Libia[38]. Il coinvolgimento nelle SIC di entità diverse dagli organi inquirenti nazionali non appare un aspetto inedito, essendo espressamente previsto dalle fonti normative che disciplinano tale strumento[39], le quali stabili-

meccanismi di giustizia tradizionale, e i provvedimenti di amnistia. Per uno studio di tali strumenti cfr., tra i molti, T.H. Clark, *The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interests of Justice": Striking a Delicate Balance*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2005, pp. 389 ss.; G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto* penale, Giappichelli, Torino, 2013; C. Stahn, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005 pp. 695 ss.

[36] Per uno studio di questo meccanismo di cooperazione giudiziaria si veda per tutti, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, L. Pulito, *Le squadre investigative comuni*, cit.

[37] A tale squadra, dal 10 ottobre 2023, partecipa anche Europol.

[38] Tali squadre vedono, inoltre, la partecipazione di autorità giudiziaria provenienti sia da Stati membri dell'Unione europea sia da Paesi terzi. Se alla squadra costituita per reprimere i crimini internazionali commessi in Ucraina partecipano Polonia, Lituania, Estonia, Lettonia, Slovacchia, Romania come membri UE e Ucraina e Stati Uniti come Stati terzi, la SIC creata per perseguire i reati contro i migranti in Libia coinvolge Olanda, Spagna e Italia come membri UE e il Regno Unito come Stato terzo.

[39] Numerose sono le fonti normative che regolano questo meccanismo di cooperazione. Ai nostri fini rilevano, in particolare, l'art. 13.12 Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, l'art. 1.12 decisione quadro 2002/465/GAI del 13 giugno 2002, che ne riprende integralmente il testo, e l'art. 20.12 secondo protocollo addizionale della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale dell'8 novembre 2001. A tali atti normativi se ne affiancano altri che sono stati approvati nel contesto Nazioni unite (si pensi, a titolo

scono che, ove il diritto interno lo consenta, è ammessa la partecipazione alla squadra di soggetti diversi dai rappresentanti delle autorità giudiziarie nazionali, anche se con differenti prerogative rispetto a queste ultime. Nello specifico, le Agenzie europee – e, in particolare, Eurojust – assolvono ad un'importante funzione di assistenza operativa, tecnica e finanziaria, svolgendo al contempo un ruolo di coordinamento centralizzato delle indagini[40].

Dunque, le squadre, pur rappresentando, di regola, una forma di cooperazione tra autorità giudiziarie nazionali, possono essere costituite anche da entità diverse con funzioni di supporto, tra le quali può essere senz'altro inclusa la Procura della Corte penale internazionale. La sua adesione presenta, però, dei profili peculiari.

In primo luogo, va osservato che, anche se i contenuti specifici degli accordi di cooperazione con tale organo non sono noti perché coperti dal segreto investigativo, dai comunicati pubblicati sul sito della Corte pare emergere come la Procura non si limiti solo a svolgere un'attività di coordinamento delle indagini effettuate dai membri della squadra, analogamente ad Eurojust ed Europol, ma sembri assumere pure una funzione ulteriore di tipo operativo[41], raccogliendo elementi utili per i procedimenti che essa ha avviato autonomamente rispetto ai crimini internazionali commessi in Ucraina e in Libia[42].

esemplificativo, alla Convenzione della Nazioni unite contro la criminalità organizzata), o che consistono accordi bilaterali tra organizzazioni internazionali regionali e singoli Stati (come, ad esempio, il trattato di mutua assistenza giudiziaria tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America).

[40] Come evidenzia G. De Amicis, *Le forme e gli strumenti della cooperazione giudiziaria*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, V ed., Giuffré, Milano, 2022, p. 343. Analogamente v. anche V. Vasta, *Le linee evolutive della disciplina delle squadre investigative comuni*, in *Processo penale e giustizia*, 2024, p. 229, la quale pone in luce altresì come le norme che regolano le funzioni di Europol (art. 4.11 lett. *h* regolamento 2016/794/UE) e di Eurojust (art. 4.1 lett. *h* regolamento 2018/1727/UE) riconoscano a tali soggetti il potere di costituire le squadre.

[41] In una prospettiva parzialmente difforme cfr. K. Ambos, *Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes: Fair, Independent and Impartial?*, in *EJIL*, 10 giugno 2022 (disponibile al: *https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/*), secondo il quale la Procura non sarebbe un vero e proprio membro della squadra, ma una mera partecipante. In senso analogo, v. anche M. Caianiello, *The Role of the EU in the Investigation of Serious International Crimes Committed in Ukraine. Towards a New Model of Cooperation?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2022, p. 234.

[42] Cfr., in tal senso, i due comunicati stampa pubblicati sul sito della Corte rispetto alle iniziative intraprese dal Procuratore rispettivamente in Ucraina (*Statement by ICC Prose-*

Sotto questo profilo, la partecipazione alla squadra rischia di determinare un'indebita sovrapposizione di due piani investigativi il cui coordinamento non appare operazione agevole. Infatti, mentre le indagini autonome del Procuratore vengono svolte secondo le regole fissate dallo Statuto, quelle effettuate nell'ambito della squadra seguono, invece, come noto, la *lex loci*[43].

Sarebbe forse stato preferibile che all'adesione alle squadre fosse seguita una sospensione delle 'sue' indagini, come del resto prescrive l'art. 17.1 Statuto, il quale, come si è rilevato, impone all'accusa di astenersi dal proseguire l'attività investigativa quando sia in corso un'indagine nazionale nei confronti delle stesse persone e rispetto alle medesime condotte.

Un secondo profilo critico che si ricollega a quello appena esaminato riguarda la possibilità – auspicata dal Procuratore – di utilizzare il materiale raccolto dalla squadra nei procedimenti instaurati davanti alla Corte. Per garantire un simile risultato le operazioni di acquisizione degli elementi probatori dovrebbero essere svolte secondo le regole probatorie previste dallo Statuto, che però non sembrano trovare applicazione nelle situazioni in esame, dato che, come si è rilevato, le squadre applicano la *lex loci* e, per giunta, operano in Paesi (Ucraina e Libia) che non hanno ratificato l'atto fondativo del sistema della Corte e che, pertanto, non hanno recepito nel loro ordinamento le regole processuali contenute al suo interno.

Tuttavia, va evidenziato che lo Statuto fissa regole assai elastiche in materia di utilizzabilità della prova. Infatti, per escludere un elemento conoscitivo, l'art 69.7 richiede non solo la violazione formale di una norma statutaria o dei diritti internazionalmente riconosciuti[44], ma anche che

cutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Investigation Team on international crimes committed in Ukraine, cit.: «*Through its participation in the JIT, my Office will significantly enhance its ability to access and collect information relevant to our independent investigations.* **») e in Libia (***Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Team on crimes against migrants in Libya*, cit.: «*In formally joining the Joint Team, my Office will seek to further accelerate the already excellent and productive cooperation we have undertaken with its members, which has led to the receipt of valuable information. The deepening of this cooperation will further strengthen the basis for our independent investigations*»**).**

[43] Al riguardo, v., per tutti, G. De Amicis, *Le forme e gli strumenti della cooperazione giudiziaria*, cit., pp. 344 ss.

[44] I quali non sono indicati espressamente dallo Statuto, ma che la giurisprudenza individua nelle garanzie contenute nelle carte internazionali e regionali che tutelano i diritti fondamentali. Si allude, in particolare, al Patto internazionale per i diritti civili e politici, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla Carta interamericana dei dirit-

tale violazione si riverberi in concreto sulla credibilità della prova (con un'evidente confusione di piani tra valutazione relativa al rispetto delle forme e quella che riguarda l'affidabilità della prova), o intacchi l'integrità del procedimento nel suo complesso. Ne risulta un sistema onnivoro, che, per ovviare alle difficoltà che incontrano gli organi giudiziari che operano in una dimensione internazionale a reperire il materiale probatorio[45], ne favorisce un ingresso pressocché indiscriminato[46]. In tal senso, appaiono particolarmente significativi quegli orientamenti giurisprudenziali che tendono ad interpretare l'art. 69.7 nel senso che esso consentirebbe di ammettere ogni prova salvo che la sua raccolta non implichi una grave violazione dei diritti umani[47]. Si tratta di un'impostazione che non convince e che appare ancor più censurabile se si pensa che il sistema della Corte dovrebbe ergersi a modello per gli ordinamenti nazionali.

Un'ultima criticità riguarda specificamente la squadra istituita per svolgere le indagini in Ucraina. Poiché tale Paese costituisce uno dei membri operativi del *team*, è innegabile che possa esservi il rischio che la SIC focalizzi la propria attenzione esclusivamente sui crimini commessi da cittadini della Federazione russa, trascurando quelli eventualmente perpetrati da esponenti delle forze militari ucraine, pregiudicando così la credibilità non solo delle attività investigative della squadra ma anche, indirettamente, di quelle svolte in autonomia dalla Procura della Corte. Risulterebbe, in particolare, intaccata la sua imparzialità, che nel contesto della giustizia penale internazionale assume una portata più ampia rispetto a quella rinvenibile in ordinamenti come il nostro, dove, al fine definire la posizione del pubblico ministero, si impiega l'ossimoro della 'parte imparziale', per sottolineare come tale soggetto, pur essendo investito di un ruolo di parte, non ha una vocazione aprioristicamente

ti dell'uomo, nel significato loro attribuito dalle rispettive Corti di riferimento. Per una rassegna delle principali pronunce della Corte penale internazionale in materia, cfr. M.M Deguzman, *Article 21. Applicable Law*, in O. Triffterer-K. Ambos (eds.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 948.

[45] In questo senso, cfr. M. Damaška, *Reflections on Fairness in International Criminal Justice*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, p. 615.

[46] Come efficacemente posto in luce da M. Caianiello, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 73.

[47] Si veda, in particolare, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, ICC-01/04-01/06, 29 gennaio 2007, par. 86, la quale con riguardo ad una perquisizione e ad un sequestro che erano stati effettuati in violazione dei diritti fondamentali aveva evidenziato la necessità di bilanciare i diritti della persona accusata con le aspettative di giustizia delle vittime e della comunità internazionale, stabilendo, infine, che «*only a serious human rights violation can lead to the exclusion of evidence*».

colpevolista[48], e che coincide anche con una sorta di 'neutralità' rispetto alle parti in conflitto, la quale imporrebbe all'organo d'accusa di attivarsi indistintamente in rapporto a tutte le condotte criminose che vengano in gioco[49]. Una simile concezione di tale garanzia è volta ad evitare il riproporsi delle criticabili logiche che avevano caratterizzato i tribunali postbellici istituiti dopo il secondo conflitto mondiale, i quali erano votati esclusivamente alla persecuzione dei crimini commessi dagli 'sconfitti'[50].

Per sgomberare il campo da simili dubbi di parzialità sarebbe auspicabile che venisse pubblicato, almeno in alcune sue parti, l'accordo di cooperazione che la Procura ha stipulato con gli Stati membri della squadra, in modo da poter verificare l'oggetto dell'indagine e i poteri conferiti all'organo accusa della Corte[51].

3.2. Gli accordi di cooperazione con gli Stati

Un secondo ambito di intervento del Procuratore della Corte, che va sempre collocato in questa nuova concezione della complementarietà e nel contesto di un ripensamento delle strategie operative dell'accusa, ha riguardato, come si diceva, il potenziamento delle relazioni diplomatiche attraverso la stipula accordi di cooperazione con gli Stati.

Non si tratta per la verità di un aspetto del tutto inedito. In passato la Procura, facendo leva sull'art. 54.3 lett. *c*, che le consente di stringere accordi con gli Stati per svolgere i suoi compiti istituzionali di repressione dei crimini internazionali, aveva già stipulato protocolli di intesa (*memorandum of understanding*) con i Paesi nei cui territori essa si proponeva di effettuare le indagini, ma al solo scopo di fissare regole specifiche per la

[48] Per una ricostruzione del complesso dibattito sviluppatosi in Italia sulla figura del p.m. come parte imparziale, v. tra i tanti M. Chiavario, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in Aa.Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 14; P. Ferrua, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 428 ss. N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 97 ss.

[49] Si tratterebbe di una forma di imparzialità 'metodologica', sulla quale v., in particolare, M. Bolognari, *Studio sulla funzione d'accusa nel sistema della Corte penale internazionale*, cit., pp. 122 ss.

[50] Si allude al fenomeno della c.d. 'giustizia dei vincitori', sul quale v., per tutti, D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

[51] Analogo auspicio si rinviene in K. Ambos, *Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes: Fair, Independent and Impartial?*, cit.

raccolta del materiale probatorio e la consegna di responsabili di crimini internazionali[52].

Dal canto suo, l'accordo di cooperazione firmato con il governo colombiano presenta una configurazione del tutto diversa. Esso prevede, da un lato, la persecuzione a livello nazionale dei crimini di competenza della Corte e, dall'altro, l'istituzione di meccanismi di giustizia alternativa (art. 1)[53]. In questo contesto, la Procura svolge un ruolo attivo di supporto di tali iniziative, riservandosi al contempo un potere di controllo sui procedimenti interni e di avocazione nel caso questi strumenti si rivelino inefficaci (art. 6)[54].

Si assiste, dunque, ad un cambio di paradigma, che non solo investe la fisionomia e i poteri dell'accusa, ma si riverbera anche sul principio di complementarietà[55].

[52] M. Bergsmo, P. Kruger, O. Bekou, *Article 54. Duties and powers of the Prosecutor*, in O. Triffterer-K. Ambos (eds.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 1386 hanno evidenziato come il Procuratore abbia stipulato numerosi accordi con i governi nazionali per lo svolgimento dell'attività investigativa sul territorio degli Stati. Si veda, a titolo esemplificativo, ICC, Office of the Prosecutor, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, *Annex A: Prosecution's Filing of the Judicial Cooperation Agreement with the Government of the Central African Republic into the Record of the Case*, ICC-01/05-01/08-738-AnxA, 26 March 2010. Anche la Procura europea ha stipulato *working arrangements* con alcuni Paesi che hanno aderito al suo regolamento istitutivo (come, ad esempio, Bulgaria, Italia e Slovenia) per rafforzare la cooperazione giudiziaria e amministrativa con quest'ultimi. Simili accordi, a differenza di quelli che coinvolgono la Procura della Corte, non sono, però, destinati ai governi nazionali, ma alle autorità giudiziarie o amministrative.

[53] Si tratta, in particolare, di un insieme di misure che ricomprende, tra l'altro, provvedimenti di amnistia e l'istituzione di *truth commission*.

[54] L'accordo prevede inoltre che, accanto ai meccanismi di giustizia alternativa, vengano instaurati in Colombia processi penali nei confronti di responsabili di crimini internazionali (art. 1) e che vengano predisposti programmi di formazione degli operatori giudiziari interni (art. 5), riconoscendo altresì al Procuratore un potere di 'avocazione' in caso di «*any significant change in circumstances, including any measures that might significantly hamper the progress and/or genuineness of relevant proceedings and the enforcement of effective and proportionate penal sanctions of a retributive and restorative nature; initiatives resulting in major obstructions to the mandate and/or proper functioning of relevant jurisdictions; or any suspension or revision of the judicial scheme set forth in the peace agreement in a manner that might delay or obstruct the conduct of genuine national proceedings*» (art. 6). Per un esame delle misure che sono state adottate dalla Colombia nel quadro del processo di pacificazione in corso in quel Paese cfr. H. Olasolo, J.M.F. Ramirez Mendoza, *The Colombian Integrated System of Truth, Justice, Reparation an Non-Repetition*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2017, pp. 1011 ss.

[55] Simili iniziative sono state avviate in Congo, Guinea, Repubblica Centrafricana, Ucraina Venezuela: cfr. *Policy on Complementarity and Cooperation*, cit., par. 121 ss.

Facendosi promotore e parte contraente di un simile trattato, il Procuratore si comporta a tutti gli effetti alla stregua di un soggetto ambivalente, che presenta indubbiamente natura giudiziaria, ma che esercita anche rilevanti poteri 'politici', potendo intessere vere e proprie relazioni diplomatiche con gli Stati[56].

Per altro verso, l'accordo di cooperazione con il governo colombiano sembra proporre un'inedita combinazione della concezione positiva e di quella negativa della complementarietà. Al primo modello risponde la previsione di un ruolo attivo da parte del Procuratore nel sostegno alle iniziative giudiziarie avviate a livello interno. Alla concezione negativa della complementarità è, invece, riconducibile il controllo che il Procuratore si riserva su tali attività, il quale integra una sorta di contrappeso alla gestione solo nazionale della repressione dei crimini internazionali.

4. L'emersione di un inedito modello di accusa: verso una gestione decentrata dell'azione repressiva

Il nuovo corso inaugurato dal Procuratore, pur con i limiti che si sono evidenziati, ha senz'altro il pregio di cercare di favorire la persecuzione dei crimini internazionali attraverso la realizzazione di un sistema che pone al centro la Procura come organo di coordinamento e di promozione delle iniziative giudiziarie interne.

Le sue nuove attribuzioni, oltre a riverberarsi sul piano operativo, sembrano riflettersi anche, più in generale, sulla fisionomia dell'accusa, che assume una configurazione ibrida. Essa, infatti, non agisce più solo come organo che svolge una funzione esclusivamente repressiva, ma si atteggia pure alla stregua di un organo di cooperazione giudiziaria e politica[57].

Alla luce di questi rilievi, ci si può domandare se non converrebbe spingersi oltre questa impostazione, compiendo un passo ulteriore. Si potrebbe cioè pensare di promuovere una vera e propria trasformazione della Procura da organo giudiziario a organo di cooperazione, dismettendo così la funzione repressiva, che ha mostrato tutti i suoi limiti nel primo ventennio di attività della Corte.

[56] In tal senso, cfr. M. Bolognari, *Studio sulla funzione d'accusa nel sistema della Corte penale internazionale*, cit., pp. 60 ss.

[57] Secondo H. Kuczyńska, *The Accusation Model Before the International Criminal Court. Study of Convergence of Criminal Justice Systems*, Springer, pp. 19 ss., il Procuratore della Corte rappresenterebbe al contempo un «*accusatory organ*» e un «*political player*».

Il rischio di una simile metamorfosi è però rappresentato dal fatto che, in questo modo, potrebbe venire meno il ruolo deterrente che comunque, nonostante le criticità che si sono evidenziate, la Corte sinora ha svolto[58]: l'idea che esista un sistema di giustizia sovranazionale che possa perseguire crimini commessi all'interno degli Stati svolge senz'altro una funzione di argine rispetto alla commissione di crimini internazionali[59].

Un'alternativa a questa impostazione estrema potrebbe essere rappresentata dal potenziamento della funzione repressiva. A tal fine, si potrebbe ipotizzare un superamento dell'attuale concezione esclusivamente centralizzata dell'accusa, varando una struttura a due livelli: l'uno centrale e l'altro decentrato[60].

La proposta di riforma che si intende formulare prevederebbe anzitutto la creazione all'interno di ogni Stato parte dello Statuto di Roma di una Procura della Corte. In questo modo, le indagini si svolgerebbero a livello nazionale senza la mediazione delle autorità interne.

Parallelamente potrebbe essere istituito un ufficio centrale di tipo collegiale con al vertice un Procuratore capo, il quale dovrebbe avere compiti di supervisione e coordinamento delle indagini, potendo pure procedere ad una loro avocazione in caso di inerzia da parte dell'organo d'accusa istituito a livello interno[61].

Verrebbe così superato l'assetto attuale, che si è rivelato inadeguato a fronteggiare le sfide che pone la persecuzione dei crimini internazionali sul piano globale, giungendo ad un'inedita rimodulazione della fisionomia e dei poteri dell'accusa, che però non appare priva di criticità.

Infatti, non si può tacere come la creazione di una Procura della Corte all'interno degli Stati, pur essendo indubbiamente vantaggiosa sul piano

[58] In questi termini, cfr. M. McGovern, *Proleptic Justice: The Threat of Investigation as a Deterrent to Human Rights Abuses in Côte d'Ivoir*e, in K. Maxine Clarke, M. Goodale (eds.), *Mirrors of Justice: Law and Power in the Post-Cold War Era*, Cambridge University Press, 2009, pp. 79-80.

[59] Anche se va rilevato che alcuni sono scettici rispetto al fatto che la Corte possa svolgere una simile funzione: cfr. L.J. Laplante, *The Domestication of International Criminal Law: A Proposal for Expanding the International Criminal Court's Sphere of Influence*, cit., p. 641.

[60] Per ulteriori riflessioni rispetto ad una simile proposta di riforma, cfr. M. Bolognari, *Studio sulla funzione d'accusa nel sistema della Corte penale internazionale*, cit., pp. 248 ss.

[61] Una simile configurazione su due livelli dell'ufficio dell'accusa rievoca per certi versi quella che contraddistingue la Procura europea, ma, presentando un'architettura più snella, non dovrebbe riprodurre le medesime inefficienze che rischiano di caratterizzare quest'ultima, sulle quali v., in particolare, M.L. Wade, *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form*, in T. Rafaraci, R. Belfiore (eds.), *EU Criminal Justice*, Springer, 2019, p. 165.

processuale, rischi di esporre i magistrati addetti all'ufficio non solo a forti pressioni, soprattutto nell'ipotesi in cui i responsabili di crimini internazionali, come sovente accade, ricoprano ruoli apicali all'interno delle istituzioni, ma anche a notevoli rischi per la loro sicurezza, dato che la commissione di tali reati provoca significative tensioni politiche e sociali.

Inoltre, una simile trasformazione, lungi dal potersi realizzare attraverso un'applicazione estensiva delle norme che forniscono una base legale per la nozione positiva della complementarietà (*considerando* 4 e art. 93.10), imporrebbe di ripensare il sistema della Corte del suo complesso attraverso un profondo rimaneggiamento dello Statuto. Una simile operazione richiederebbe la maggioranza qualificata degli Stati membri[62] e, dunque, un'importante convergenza politica sul piano globale, che appare oggi difficile da ottenere, considerando le fibrillazioni che caratterizzano di questi tempi le relazioni internazionali[63].

Tuttavia, nonostante le criticità che si sono evidenziate, occorre porre in luce come il nuovo assetto strutturale della Procura che si propone avrebbe un impatto positivo su vari fronti.

Anzitutto, si incrementerebbe l'efficacia operativa dell'azione della Procura. L'accusa, infatti, potrebbe disporre direttamente delle forze di polizia giudiziaria nazionali per la raccolta del materiale probatorio e per l'esecuzione delle misure limitative della libertà personale.

Inoltre, una gestione decentrata dell'azione repressiva ridurrebbe il costo delle indagini e consentirebbe un maggior radicamento dell'organo d'accusa sul territorio, oltre a garantire una più accentuata sensibilità alle peculiarità dell'ordinamento in cui opera. Si tratta di esigenze particolarmente avvertite dal Procuratore attualmente in carica, che, di recente, ha promosso l'istituzione all'interno degli Stati in cui svolge le indagini di uffici distaccati della Procura attraverso accordi bilaterali con i Paesi interessati[64]. Benché innestati in un contesto in cui l'accusa mantiene la sua configurazione centralizzata, essendo quindi loro preclusa la possibilità di avvalersi direttamente delle risorse investigative interne, tali organi

[62] Le modifiche dello Statuto che incidono sugli assetti strutturali del sistema della Corte richiedono, infatti, la maggioranza dei due terzi degli Stati parte (art. 122).
[63] Si pensi, soffermandosi solo sugli avvenimenti più gravi, ai conflitti in Ucraina e a Gaza.
[64] Di recente, è stato istituito un ufficio distaccato della Procura in Ucraina (Press Statement, *Ukraine and International Criminal Court sign an agreement on the establishment of a country office*, 23 March 2023), e sono in fase avanzata le trattative per realizzare simili uffici anche in Bangladesh e in Venezuela (*Policy on Complementarity and Cooperation*, cit., par. 78).

giocano nondimeno un ruolo importante, promuovendo lo scambio di informazioni e la collaborazione con le autorità giudiziarie nazionali.

Va poi evidenziato che la struttura su due livelli della Procura, che, come si è detto, implicherebbe la creazione di un ufficio centrale con il potere di avocare le indagini 'nazionali' svolte dai procuratori delegati, eviterebbe che si aprissero inaccettabili spazi di impunità nell'ipotesi in cui si verificasse una paralisi delle attività investigative interne.

Infine, una simile riforma potrebbe consentire di colmare il deficit fiducia che si è creato negli anni nei confronti della Corte e che ha indotto alcuni Stati – soprattutto del continente africano – ad avviare (e in alcuni casi a concludere) la procedura di uscita dallo Statuto di Roma[65].

[65] In base all'art. 127 Statuto, lo Stato che intenda uscire dal sistema della Corte deve notificare al Segretario generale delle Nazioni Unite una lettera nella quale comunica il proprio *withdrawal*. In ogni caso, tale atto non fa venir meno il dovere in capo a tale Stato di adempiere agli obblighi finanziari e di cooperazione sorti prima della notifica della lettera, né sottrae il Paese alla persecuzione dei crimini internazionali commessi all'interno del suo territorio da parte della Procura della Corte prima dell'uscita dal sistema. Il primo Stato a concludere la procedura di *withdrawal* è stato il Burundi il 27 ottobre 2017 (*https://www.icc-cpi.int/burundi*), due giorni dopo la decisione della *Pre-Trial Chamber* di autorizzare il Procuratore a svolgere le indagini sui crimini commessi in quel Paese.

La repressione degli abusi nelle sovvenzioni pubbliche dopo il c.d. Decreto liquidità. Tra esigenze di giustizia 'sostanziale' e divieto di cripto-analogia *in malam partem*[*]

Giovanni Caruso
Professore ordinario di Diritto penale

Jacopo Della Valentina
Dottorando di ricerca in Diritto Penale

Sommario: 1. Le più recenti fenomenologie di abuso in materia di erogazioni pubbliche. Considerazioni introduttive. – 2. Cenni sulla forma di garanzia pubblica dei finanziamenti ai sensi del d.l. 8 aprile 2020, n. 23. – 2.1. Inquadramento normativo del Fondo di garanzia per le PMI. – 2.2. Inquadramento normativo del Fondo di Garanzia SACE. – 3. Le principali fenomenologie abusive innestatesi sui meccanismi incentivanti di cui al d.l. n. 23/2020 (c.d. Decreto liquidità). – 4. Gli orientamenti della Corte di cassazione: tra 'stretta interpretazione' delle fattispecie e cripto-analogia *in malam partem*. – 4.1. I buoni auspici (traditi) della sentenza Rainone (*continua*). – 4.2. (*segue*) La sentenza Bonfanti e il mutamento interpretativo *sub* art. 316 *ter* c.p. (*continua*). – 4.3 (*segue*) la sentenza Pressiani (*continua*). – 4.4. (*segue*) Il consolidamento anche *sub* art. 316 *bis* c.p.: le sentenze nn. 28416/2022 e 49693/2022. – 5. Considerazioni critiche in ordine al consolidamento dell'interpretazione *in malam partem*. L'estensione antigarantistica e antiletterale del penalmente rilevante del sintagma "*erogazioni pubbliche*". – 6. Le critiche al riconoscimento della natura "pubblica" dei finanziamenti. – 7. Le

[*] Il presente contributo è stato pubblicato il 26 gennaio 2024 sulla Rivista «*Legislazione Penale*», la quale ha accordato l'autorizzazione alla pubblicazione anche in questa sede.
[1]Il presente contributo rappresenta l'esito di una riflessione condivisa dei due autori. Nello specifico, a fini concorsuali, il Prof. Giovanni Caruso è autore dei paragrafi 1, 2, 2.1, 2.2, 3, 4, 4.1, 4.2, mentre il Dott. Jacopo Della Valentina è autore dei paragrafi 4.3, 4.4, 5, 6, 7, 8, 9.

critiche alla riconduzione dei finanziamenti bancari nelle erogazioni rilevanti ai sensi degli artt. 316 *bis* e *ter* c.p. (*continua*). – 7.1. (*segue*) In particolare: le critiche alla configurabilità del delitto *ex* art. 316 bis c.p. – 8. Conclusioni: esiste ancora un confine?

1. Le più recenti fenomenologie di abuso in materia di erogazioni pubbliche. Considerazioni introduttive

Pur nella consapevolezza di tutti i limiti che ogni generalizzazione comporta, va riconosciuto che le diverse misure economiche di sostegno ai privati e alle imprese, volte a contrastare od attutire le devastanti conseguenze causate dalla pandemia nel tessuto produttivo del Paese, hanno alimentato intollerabili comportamenti abusivi, di devianza fraudolenta e predatoria[1]. Per quanto forse preventivabili – e, in qualche caso, addirittura paventati e previsti[2] –, detti abusi e frodi sono stati nel corso degli ultimi due anni ricondotti dalla giurisprudenza al c.d. microsistema penale avente a oggetto le fattispecie che incriminano gli illeciti in materia di erogazioni pubbliche ai sensi degli artt. 316 *bis*, 316 *ter* e 640 *bis* c.p.

A seguito delle prime prese di posizione giurisprudenziali, le diverse tipologie di – *lato sensu* – provvidenze (dai contributi a fondo perduto ai finanziamenti a condizioni agevolate, dai *bonus* fiscali alle prestazioni di garanzie pubbliche al sistema bancario al fine di incentivare la concessione di linee di credito, *et similia*) sono state concepite secondo moduli disparati e talvolta inediti, tali da sottoporre le tradizionali fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 316 *bis*, 316 *ter* e 640 *bis* c.p. a plurimi *stress-tests* applicativi, suggerendo al penalista di valutare se, ed eventualmente a quali condizioni, il principio di legalità penale, nel suo fondamentale corollario della riserva di legge *stricta et scripta*, possa rite-

[1] Gli abusi, le frodi e le nuove forme di illecito accaparramento delle risorse sono ormai oggetto di triste constatazione, nonché di prese di posizione normativa da parte del decisore politico; sul punto, oltre alle tanto copiose, quanto desolanti narrazioni riportate dalla cronaca giudiziaria, cfr., da ultimo, anche per ulteriori rimandi, F. Di Vizio, *I nuovi abusi penali nelle sovvenzioni pubbliche: dalla direttiva PIF al decreto sostegni-ter*, in *Sistema Penale*, 4 dicembre 2023, spec. pp. 9 ss.; in precedenza, cfr. già M. Mazzotta, *Il sostegno all'economia nella crisi da COVID: il versante penale. Le fattispecie applicabili e le indagini*, in *Questione Giustizia*, 15 marzo 2021.

[2] Cfr., sul punto, già all'indomani dell'approvazione del Decreto liquidità, F. Greco-G. Melillo, *Emergenza Coronavirus e crisi economica: i Procuratori di Milano e Napoli sul 'decreto credito' e i rischi connessi all'immissione di liquidità nel mercato delle imprese. Necessaria una correzione di rotta*, in *Sistema Penale*, 13 aprile 2020.

nersi salvaguardato laddove i predetti titoli di reato vengano utilizzati per reprimere – ovviamente al netto della necessità di accertamento processuale dei fatti storici – le nuove forme di condotte illecite. Oppure, al contrario, se la tensione e 'prensione' applicativa delle predette fattispecie anche alle rinnovate modalità esecutive delle condotte abusive costituisca un'ulteriore manifestazione della c.d. crisi della legalità, ormai da tempo denunciata come contesto problematico – e crocevia di potenziale tensione tra diritti di libertà del singolo e interpretazione penalistica 'creativa' *in malam partem* – dei rapporti tra legislatore e giudice.

Prima di soffermarsi sui più recenti e diffusi schemi abusivi di condotta in materia di erogazioni pubbliche[3], è opportuno tuttavia essere consapevoli dei diversi orizzonti di senso sui quali si staglia la pur generalizzata affermazione della c.d. crisi della legalità, non sempre convergendo le diverse cause della stessa, in sé e per sé, in direzione antigarantistica e illiberale, e cioè – per usare il linguaggio penalistico – *in malam partem.*

Da tale angolazione è opportuna qualche precisazione.

[3] Il presente contributo si soffermerà sul c.d. microsistema delle fattispecie penali che incriminano gli abusi in tema di erogazioni pubbliche. Sia tuttavia consentito, in via più generale, segnalare quanto estesi siano, per numero e varietà, gli abusi perpetrati nei confronti della normativa introdotta con la finalità di contrastare i dannosi effetti della crisi pandemica sull'economia. Si pensi, in via esemplificativa, ai fenomeni abusivi emersi in relazione alla cessione dei crediti fiscali di cui al c.d. Decreto Rilancio che, tuttavia, non prevedeva alcun tipo di presidio a tutela delle misure ivi contenute (per esempio, si sarebbero potuti introdurre dei visti di conformità volti ad attestare l'esistenza dei presupposti che danno diritto alla detrazione d'imposta): «ciò ha trasformato i crediti di imposta in una sorta di titolo circolante, dando vita ad un mercato di crediti non regolamentato, nel quale il collegamento con i lavori che li hanno originati, sulla base dei quali era giustificato il riconoscimento del *bonus* poteva diventare labile, se non del tutto assente»: così D. Franco, Ministro dell'Economia, *Informativa urgente del Governo in merito alla cessione dei bonus edilizi*, in *https://comunicazione.camera.it/archivio-prima-pagina,* 2 marzo 2022. Il quale prosegue elencando le impietose cifre delle frodi, riprese puntualmente altresì da F. Di Vizio, *op. cit.*, p. 2: «[i]l numero del volume dei crediti ceduti rimarca la portata del fenomeno. Alla fine del 2021, nel complesso, le prime cessioni e gli sconti in fattura comunicati all'Agenzia delle entrate erano quasi 4,8 milioni, di cui 0,1 milioni del 2020 e 4,7 milioni del 2021, per un controvalore complessivo di 38,4 miliardi di euro (0,6 nel 2020 e 37,8 nel 2021). Le cessioni hanno registrato un forte aumento dal settembre 2021; nel complesso, tra settembre e dicembre, sono stati ceduti 23,6 miliardi a fronte di 11,4, nel periodo gennaio-agosto. A marzo 2022 una parte dei crediti ceduti era già stata fruita dai cessionari, con compensazioni per un volume pari a 2,1 miliardi». Analogamente, in senso critico quanto alla mancata previsione di sanzioni *ad hoc* per le eventuali violazioni delle disposizioni di cui al Decreto liquidità, v. A. Pantanella, *Il diritto penale della crisi d'impresa alla prova della sindemia: tra modelli di falso e ritorno allo stellionato*, in *CP*, 2021, 6, spec. pp. 2266 ss.

L'affermazione della c.d. "crisi della legalità" – almeno laddove intesa quale riserva della *lex stricta et scripta* – costituisce ormai un ricorrente *topos* giuridico-storiografico della post-modernità[4].

Concentrandosi sul nucleo più significativo delle origini della predetta "crisi", forse è possibile, pur nella convenzionalità di ogni sforzo di sintesi, riconoscerne almeno tre matrici di fondo, meritevoli di essere mantenute "qualitativamente" separate per le conseguenze che proiettano sullo "statuto garantistico" dell'individuo nell'ordinamento penale dello Stato di diritto.

In primo luogo, la crisi della legalità in materia penale[5] scaturisce dalle acquisizioni sempre più cogenti provenienti dalla ermeneutica giu-

[4] Tra i più recenti contributi dottrinali in materia di legalità penale e dialettica tra legislatore e giudice, cfr., quelli contenuti in *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Atti del Convegno organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze del 20 maggio 2022*, tra i quali G. Lattanzi, *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina*; G. Zaccaria, *Una "nuova" legalità penale tra testo e interpretazione*; G. Fidelbo, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*; G. Canzio, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*; D. Pulitanò, *Legalità penale e nomofilachia*; V. Zagrebelsky, *Legalità penale. La posizione della Corte europea dei diritti umani*; A. Massaro, *Legalità penale e diritto europeo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*; E. Lupo, *Prospettive della legalità penale*; V. Maiello, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*; R. Orlandi, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione*; M. Pelissero, *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema Penale*, 2022, 12, pp. 5-156; volendo, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, G. Caruso, *Prevedibilità e legalità (nel diritto penale)*, in *DigDPen,* XI, 2021, pp. 534-556. Sulla crisi della legalità nel diritto processuale la bibliografia è pressoché sterminata. In particolare, per considerazioni cruciali sull'offuscamento della legalità processuale nell'attuale esperienza giudiziaria, cfr. M. Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, pp. 204 ss.; T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *IP*, 1999, pp. 527 ss.; E. Amodio, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *RIDPP*, 2004, pp. 432 ss.; P. Costa, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 36, pp. 1 ss.; F. Palazzo, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio «fondamentale»*, *ibidem*, pp. 1279 ss.; A. Bernardi-B. Pastore, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008. Il tema relativo alla possibilità di identificare un equivalente funzionale alla riserva di legge è approfondito in *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, pp. 77 ss., con *Nota introduttiva di* F. Giunta e contributi di G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale,* pp. 79 ss.; A. Gargani, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, pp. 99 ss.; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione*, pp. 125 ss.

[5] Per un'efficace catalogazione delle cause di crisi della legalità, descritta attraverso la

ridica, che hanno falsificato il criterio metodologico, su cui si reggeva il dogma della legalità e della sottoposizione rigida del giudice alla legge, ipotizzante un rapporto univoco di dipendenza del risultato dell'interpretazione dal testo di legge[6]. Da tale prospettiva, tra le riflessioni più compiute nel panorama dottrinale gius-filosofico ed epistemologico-penalistico italiano merita ricordare quelle espresse da Luigi Ferrajoli, il quale, demistificando la *naïveté* illuministica del giudice *bouche de la loi*, ha esplicitato l'insopprimibile dimensione ermeneutica della tipicità penale nella complessa trama del ragionamento giudiziario, saldando con sapienza, in rapporto dialettico, la via analitica e la via ermeneutica nell'identificazione del "fatto-tipo"[7]. Va tuttavia detto che la c.d. dimensione ermeneutica del fatto tipico non incrina l'aspirazione garantistica che il principio di legalità intende realizzare nell'interesse del destinatario del

distinzione tra cause endogene ed esogene, cfr., anche per ulteriori richiami bibliografici, C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli, 2012, pp. 130 ss., 171 ss.; Id., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *GCos* 2015, I, pp. 181-206; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 24 ss. In generale, sul tema della 'crisi della legalità', si rinvia ai preziosi contributi raccolti in Paliero et al. (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali. Atti del convegno di Napoli, 7-8 novembre 2014*, Napoli, 2016.

[6] Per il punto di partenza filosofico dell'ermeneutica giuridica, cfr. H. Gadamer, *Verità e metodo*, trad. it. a cura di G. Vattimo, 1972, p. 382: «Il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione. Certo si verifica così un perfezionamento creativo della legge, che è riservato al giudice, il quale è però sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica». Per un approccio all'ermeneutica giuridica nella dottrina di lingua italiana, cfr. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, pp. 7 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 2001, *passim*, e, in particolare, pp. 105 ss.; B. Pastore, *Giudizio, prova e ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, *passim*. Per la tematica ermeneutica in Autori che hanno per oggetto principale di considerazione l'esperienza penalistica cfr. per tutti W. Hassemer, *Die Ermeneutik im Werk Arthur Kaufmann*, in *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg 1984, pp. 1 ss.; Id., *Tatbestand und Typus, Untersuchungen. zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln 1967, 11 ss. e, nella dottrina italiana, per tutti, G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *RIDPP*, 2001, pp. 353 ss., nonché, volendo, G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra 'tipicità classificatoria' e 'tipologia ordinale'*, Padova, 2009, spec. 177-180.

[7] Cfr. l'ormai irrinunciabile classico di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*[8], Bari, 2004, spec. pp. 94-160; più di recente, cfr. Id., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*[2], Napoli, 2016; Id., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari, 2016; Id., *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018; sul tema, cfr. altresì G. Carlizzi, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del vincolo ermeneutico*, in *CP*, 2005, 9, pp. 1184 ss.

precetto penale: essa[8] rivela esclusivamente una caratteristica epistemologica immanente all'opera dell'interprete, del tutto "neutra", in sé e per sé – ripetesi –, rispetto alle aspettative di contenimento liberal-garantistico del "penalmente rilevante".

In secondo luogo, la legalità è in crisi, si afferma, in relazione al progressivo cedimento dello Stato nazionale e alla disgregazione (e falsificazione) del concetto di sovranità[9] (strettamente legato al concetto di legalità nelle sue origini e movenze storiche)[10], con il progressivo affermarsi del diritto penale *multilevel*[11], fitto di reciproche interazioni e gerarchie tra

[8] Sulla c.d. dimensione ermeneutica del fatto tipico, volendo, cfr. G. Caruso, *Il trattamento medico/chirurgico arbitrario tra «lettera» della legge e «dimensione ermeneutica» del fatto tipico*, in *IP*, 2003, 3, pp. 1013-1049.

[9] Sui plurimi profili di cedimento del concetto di sovranità in materia penale, cfr. A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Napoli, 2019, p. 4; J. Della Valentina, *Sovranità penale e rapporti tra Corti nell'epoca del costituzionalismo multilivello*, in *Legislazione Penale*, 15 marzo 2023.

[10] Non è possibile in questa sede soffermarsi su questi vastissimi temi non strettamente afferenti al diritto penale. Valga soltanto aggiungere al testo che il sistema giuridico che si sta profilando all'inizio del nuovo millennio, con riferimento soprattutto a due profili di grande rilievo, rispettivamente la tutela dei diritti umani e il governo dell'economia, non consente più di ritenere valido il paradigma euristico della sovranità degli Stati e della gerarchia tradizionale delle fonti. Né è possibile allo stato intravedere la sostituzione del vecchio con un nuovo sovrano. Piuttosto è dato constatare attualmente, senza con ciò potersi prevedere i possibili sviluppi futuri, l'affermarsi di una situazione nella quale l'ordinamento giuridico appare irriducibile a un semplice atto di volontà sovrana. Per la metamorfosi del concetto di sovranità, per cui lo Stato assume le vesti di un attore in cerca di un nuovo ruolo cfr. F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, *passim* e, in specie, pp. 125 ss. Per acute considerazioni sulla crisi della sovranità nell'attuale momento storico cfr. U. Pagallo, *Testi e contesti nell'ordinamento giuridico*, Padova, 2001, *passim*.

[11] In via generale, l'espressione allude ad una sorta di sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali che in Europa coinvolge: il livello internazionale (rappresentato dalla Cedu); il livello sovranazionale in senso stretto (rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla giurisprudenza sui diritti della Corte EDU e della Corte di Giustizia), ai quali due livelli si aggiunge il livello di protezione interna dei diritti da parte della Corte costituzionale. Senza pretesa d'esaustività, con precipuo riferimento alla letteratura penalistica, cfr. F. Palazzo, *Legalità fra* law in the books and law in action, in *DPenCont*, 2016, 3, pp. 4 ss.; O. Di Giovine, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, spec. p. 2197; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; Id., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 2018, 4, spec. p. 83; D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzionale e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *DPenCont*, 2015, 2, p. 323; C.E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle*

ordinamenti nazionali e sovranazionali. Sennonché, anche in tale cornice, va riconosciuto come, a dispetto di quanto potrebbe a tutta prima apparire ai *laudatores temporis acti*, la c.d. crisi della legalità *stricta et scripta* abbia intercettato autentiche esigenze liberali e garantistiche, sia sul piano dogmatico-categoriale, sia su quello giurisprudenziale[12].

È solo in un terzo più specifico contesto semantico-causale che la c.d. crisi della legalità rivela una proiezione anti-garantistica *contra reum*. Ci si riferisce, segnatamente, alla crisi della riserva di legge conseguente alla concretizzazione della pretesa 'normo-suppletiva' incriminatrice, o comunque *in malam partem*, della giurisprudenza, la quale sovente si assegna autoreferenzialmente il ruolo di vessillifero-interprete delle aspirazioni sociali di criminalizzazione. Per quanto talvolta alla stregua – come è stato suggestivamente affermato – di un «autoritarismo be-

fonti penali, in *RIDPP*, 2014, spec. p. 1109; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; Id., Common law-isation *del diritto penale? Trasformazione del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *CP*, 2017, 3, pp. 955 ss.; C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; F. Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo* vademecum *per giudici e avvocati penalisti*, in *DPenCont*, 2014, 2, pp. 167 ss.

[12] Si allude, evidentemente, alle recenti proiezioni garantistiche sottese alle categorie della 'prevedibilità' e della 'proporzionalità' in materia penale, le quali stanno progressivamente penetrando nelle *rationes decidendi* della giurisprudenza, specie costituzionale (si pensi, esemplificativamente, a Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, con riguardo al principio di prevedibilità; tra le tante, a Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236; Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222; Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40; Corte cost., 23 settembre 2021, n. 185 e, da ultimo, Corte cost., 10 marzo 2023, n. 40, quest'ultima con nota di M. Venturoli, *La sanzione amministrativa fissa sotto assedio "manipolativo" della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2023, 2, pp. 529 ss., con riguardo al principio di proporzionalità), e che già costituiscono oggetto di ampie indagini in seno alla dottrina penalistica. Tra gli studi monografici, senza pretesa di esaustività, con riferimento al principio di prevedibilità, cfr. D. Perrone, Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, *passim*; A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, *passim*; P. Scevi, *La prevedibilità della norma penale tra* legislatio *e* iurisdictio, Torino, 2022, *passim*; con riferimento al principio di proporzionalità, cfr. V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, pp. 364 ss.; N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020; F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, nonché, di recente, M. Pelissero, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *DPP*, 2023, 10, pp. 1359 ss.

nintenzionato»[13], tale tracimazione di ruolo realizza l'effettiva contrapposizione tra crisi della legalità e statuto liberal-garantistico del diritto punitivo. Con riferimento a tale via di fuga, può con fondamento sostenersi, sulla scorta dell'autorevole opinione di Hans Joachim Hirsch[14], che la giurisprudenza abbia operato spesso in base a una autocomprensione eccessivamente dilatata del proprio compito, tale da inclinarla alla critica pregiudiziale della legge (sia sul piano preapplicativo, in sede di commento *extra curiam*, sia sul piano giudiziario) e alla continua tendenza vuoi a correggere interpretativamente i supposti errori della legge, vuoi colmando le lacune, vere o presunte, del prodotto legislativo.

A ben vedere, tale opera di supplenza legislativa si realizza talvolta al fine di corrispondere a esigenze 'criminologicamente rinnovate' alla luce dei mutamenti che caratterizzano la vita sociale o le nuove frontiere dell'ambiente in cui si vive (da quello naturale a quello tecnologico)[15], talaltra al fine di fronteggiare 'nuove' esigenze di tutela penalistica propiziate a livello di riforma sociale, economica e normativa[16].

Per certi versi, è come se al giudice spettasse di optare tra la necessità, da un lato, di ampliare la 'prensione' dell'incriminazione, al costo di tradire i limiti dell'interpretazione anche estensiva, ma al fine di assumere una decisione 'sostanzialmente giusta' (*i.e.*: è 'giusto' punire quegli specifici contegni fraudolenti e abusivi) ancorché testualmente non legittimata dalla *littera legis*; oppure, dall'altro lato, di attendere che sia il legislatore a intervenire nel rispetto del principio della riserva di legge e della separazione dei poteri, pretendendo che il giudice privilegi, di fronte all'alternativa tra 'giustizia' e 'legalità' della decisione, sempre la seconda.

[13] Così, efficacemente, D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1982, 93 ss.

[14] H.J. Hirsch, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in *Festschrift für Tröndle*, Berlin, 1989, ora in *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, a cura di G. Kohlmann, Berlin, 1999, 112.

[15] Sui profili tipologici e strutturali delle dinamiche ermeneutiche *in malam partem*, cfr. D. Perrone, *op. cit.*, spec. Cap. III, 67-185, con catalogazione ragionata della ricca casistica degli ultimi anni. In particolare, la studiosa rievoca l'estensione applicativa della punibilità per via giurisprudenziale in tema di corruzione *in incertis actis*, di millantato credito, di false comunicazioni sociali, di omessa esibizione dei documenti da parte del clandestino, di tentativo di rapina impropria, di disastro innominato, di rilevanza penale dell'elusione fiscale, di abuso d'ufficio, di reati sessuali (spec. 90-134).

[16] È proprio in tale contesto che gli interventi normativi di – in senso lato – sostegno economico alle imprese hanno alimentato, in uno a nuove fenomenologie di illecito predatorio, nuove esigenze di tutela penalistica.

Ci sembra che proprio l'eccessiva dilatazione dei compiti del giudice si stia concretizzando in tema di qualificazione penalistica *in malam partem* delle disposizioni penali dettate in tema di abusi nelle sovvenzioni pubbliche dopo l'introduzione del c.d. Decreto Liquidità, segnatamente del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (convertito con modifiche in l. 5 giugno 2020, n. 40).

A seguire, quindi, la tematizzazione procederà, in primo luogo, illustrando adeguatamente le principali misure di sostegno pubblico a favore delle imprese previste dal predetto testo normativo; in secondo luogo, enucleando i principali schemi di abusivismo predatorio infiltratisi tra le maglie delle misure di sostegno economico finalizzate a contrastare le conseguenze della pandemia; in terzo luogo, analizzando le recentissime interpretazioni operative della giurisprudenza di legittimità; in quarto luogo, e infine, si metteranno a tema le principali annotazioni critiche in ordine al *vulnus* di legalità *in malam partem* consumatosi nei summenzionati arresti giurisprudenziali.

2. Cenni sulla forma di garanzia pubblica dei finanziamenti ai sensi del d.l. 8 aprile 2020, n. 23

Il d.l. n. 23/2020 (convertito con modifiche in l. n. 40/2020) ha previsto due diversi modelli di erogazione di denaro da parte di istituti di credito, accomunati dal fatto di essere entrambi fondati sulla concessione di una garanzia pubblica.

Il primo, previsto dall'art. 1, individua quale garante SACE s.p.a., società interamente controllata da Cassa Depositi e prestiti e dunque, in ultima istanza, dal Ministero dell'economia e delle finanze. Il secondo, previsto dall'art. 13, mira a rilanciare il già esistente meccanismo contenuto nella l. 23 dicembre 1996, n. 662, relativo al Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, ente posto sotto il controllo del Ministero dello sviluppo economico mediante un raggruppamento temporaneo di imprese individuate in cinque diverse banche.

In relazione a entrambe le ipotesi, il meccanismo inserito nel c.d. Decreto liquidità non prevede finanziamenti "diretti" da parte del "pubblico", e cioè erogazioni di denaro o liquidità a beneficio di professionisti od imprese da parte dello Stato, contemplandosi, piuttosto, un'assistenza solo indiretta da parte di quest'ultimo, mediante un sistema di garanzia "pubblica" prestata agli istituti di credito privati che, diretta-

mente ed esclusivamente, avrebbero 'erogato' i prestiti, i finanziamenti, i mutui, *etc.*

Più nel dettaglio, è previsto che i due operatori 'statali' interessati – SACE s.p.a.[17] e il Fondo centrale per le PMI[18] – si limitino a prestare una garanzia a sostegno di finanziamenti concessi alle imprese e ai liberi professionisti.

Per comprendere adeguatamente il senso dell'evoluzione giurisprudenziale che verrà a breve esaminata e le caratteristiche stuttural-funzionali delle condotte illecite ritenute penalmente rilevanti è indispensabile, a nostro giudizio, conoscere la normativa di settore richiamata dal c.d. Decreto liquidità, la quale, anche nelle più recenti sentenze di legittimità, sembra assumere a tutti gli effetti il ruolo di elemento normativo extra-penale delle fattispecie incriminatrici interessate.

[17] La garanzia fornita da SACE s.p.a. trova la propria disciplina nell'art. 1 Decreto liquidità, che prevede il rilascio della stessa a copertura a una quota del finanziamento, in percentuale variabile in relazione all'importo del fatturato e del numero dei dipendenti della società richiedente. Tra i requisiti principali di una disciplina davvero assai dettagliata, emerge che le somme così erogate vadano destinate al sostegno di «costi del personale, canoni di locazione o di affitto di ramo d'azienda, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia»; che l'impresa beneficiaria non approvi la ripartizione di dividendi o l'acquisto di azioni proprie nel corso del 2020; gestisca i livelli occupazionali mediante opportuni accordi sindacali; non delocalizzi la produzione. Per quanto concerne le modalità di richiesta del finanziamento, la disciplina dell'art. 1 distingue tra le ipotesi in cui l'impresa abbia meno di 5.000 dipendenti in Italia e un fatturato al di sotto di 1,5 miliardi di euro e le ipotesi in cui tali requisiti siano "sopra-soglia", nel primo caso sancendo che la predetta richiesta vada indirizzata alla banca e, da questa a SACE s.p.a.; nel secondo che occorra un'apposita autorizzazione del M.E.F. Per una ricostruzione più capillare della normativa in esame, v. D. Attanasio, *Il sostegno economico alle imprese nella "legislazione pandemica": un'occasione per riflettere sulla revisione dell'apparato punitivo delle frodi pubbliche*, in *DPP*, 2022, 4, pp. 515 ss.; L. Orsi, *La tutela penale del credito garantito dallo Stato alle imprese colpite dalla pandemia Covid-19*, in *Sistema Penale*, 8.6.2020.

[18] Parallelamente alla disciplina di cui all'art. 1, anche ai sensi dell'art. 13 il richiedente trasmette l'istanza di finanziamento all'istituto di credito, corredandola con apposita autocertificazione che attesti la sussistenza dei requisiti prescritti dalla legge. A riguardo, va rilevato come la maggior parte dei casi di malversazione o indebita percezione consistenti in abusi della disciplina del Decreto liquidità e giunti all'attenzione delle Procure origini da violazioni relative ai finanziamenti previsti dall'art. 13 lett. *m*, in forza del quale le banche potevano concedere prestiti per un importo pari al 25% del reddito dichiarato dal richiedente e comunque non superiori a euro 25.000 (soglia elevata ad euro 30.000 in sede di conversione del decreto-legge). Per una compiuta ricognizione della disciplina interessata, cfr. i riferimenti contenuti alla nota che precede.

2.1. Inquadramento normativo del Fondo di garanzia per le PMI

Il Fondo di Garanzia per le PMI (d'ora innanzi anche solo "Fondo" o "Fondo PMI") è stato istituito dall'art. 2 comma 100 l. n. 662/1996, originariamente «*allo scopo di assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito a favore delle piccole e medie imprese*»: il fine istituzionale, infatti, è quello di garantire tutte le operazioni finanziarie direttamente finalizzate all'attività d'impresa concesse da un soggetto finanziatore (banca o altro intermediario finanziario). Sono ammissibili alla garanzia del Fondo i finanziamenti concessi a micro, piccole e medie imprese (successivamente nel novero sono stati inseriti anche i professionisti), appartenenti a qualsiasi settore, con la sola esclusione delle attività finanziarie.

Vale quindi sin da subito segnalare che l'attività del Fondo solo indirettamente si rivolge a beneficio delle PMI, giacché in prima battuta essa è tesa a garantire la posizione creditoria degli istituti bancari finanziatori, mitigandone il rischio e incentivando così l'erogazione di credito. Le forme tecniche attraverso le quali si concretizza l'intervento del Fondo sono la garanzia diretta (a favore dell'istituto finanziatore) o la controgaranzia e la riassicurazione (queste a favore di un eventuale soggetto garante)[19].

Per quanto attiene alla finalità cui l'operazione finanziaria che beneficia della garanzia del Fondo deve essere asservita, la norma istitutiva del Fondo stesso non contiene alcuna prescrizione[20].

Analogamente – eccezion fatta per le 'sezioni speciali' e le 'riserve' di cui, di volta in volta e con disposizioni speciali, il Fondo di Garanzia è stato dotato per fronteggiare le esigenze finanziarie di imprese operanti in specifici settori economici o in determinate aree geografiche – neppure la disciplina generale del Fondo, contenuta nelle corrispondenti Disposizioni Operative[21], individua particolari condizioni quanto alle finalità cui i finanziamenti garantiti devono essere asserviti, limitandosi a prevedere che: «*Ai fini dell'ammissibilità alla garanzia, le operazioni finanziarie:*

a. *devono essere direttamente finalizzate all'attività d'impresa;*
b. *non devono essere finalizzate all'estinzione di finanziamenti, di qualsiasi durata, già erogati al soggetto beneficiario finale dallo*

[19] Cfr. *Disposizioni Operative* del *Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese [legge 662/1996, art. 2, comma 10, lett. a)]*, Parte II, lett. D1, D2, D3.

[20] A parte l'enunciazione di principio generale contenuta, come visto, nell'art. 2 comma 100 della l. 23 dicembre 1996, n. 662, riferita «*allo scopo di assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito a favore delle piccole e medie imprese*».

[21] Cfr. *Disposizioni Operative* del *Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese [legge 662/1996, art. 2, comma 10, lett. a)]*.

stesso soggetto finanziatore o da altri soggetti finanziatori facenti parte dello stesso gruppo bancario e non già garantiti dal Fondo»[22].

Può quindi affermarsi che i finanziamenti che beneficiano della garanzia del Fondo non soggiacciono a particolari vincoli di destinazione normativamente prestabiliti, essendo unicamente richiesto che la liquidità ottenuta sia «finalizzat[a] all'attività d'impresa».

Venendo al provvedimento normativo in esame – il quale, come detto, 'rivitalizza' il ruolo del Fondo PMI –, va rammentato che, nelle circostanze eccezionali determinate dall'epidemia di Covid-19, la Commissione Europea stilava il «*Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*» (comunicazione del 19 marzo 2020, n. 2020/C 91 I/01, altresì nota come «Temporary Framework»), volto a consentire agli Stati membri di approntare misure di sostegno alle imprese duramente colpite dalla crisi, sfruttando la flessibilità massima prevista dalle norme sugli aiuti di Stato. Orbene, al § 3.2. dello stesso si afferma – tra le altre cose – la compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato concessi sottoforma di garanzie pubbliche sui prestiti, prevedendosi – più nel dettaglio – che «*al fine di garantire l'accesso alla liquidità alle imprese che si trovano in una situazione di improvvisa carenza, le garanzie pubbliche sui prestiti per un periodo e un importo del prestito limitati possono costituire una soluzione adeguata, necessaria e mirata nelle attuali circostanze*» (cfr. spec. punto 24).

In forza di ciò, il Governo italiano adottava il d.l. n. 23/2020 (successivamente convertito, con modificazioni, dalla l. n. 40/2020), contenente una serie eterogenea di misure straordinarie volte a favorire l'erogazione del credito da parte degli istituti bancari.

Tra le quali, appunto, figurano quelle di cui all'art. 13[23] (rubricato «Fondo centrale di garanzia PMI«), specificamente orientate verso il

[22] Cfr. *Disposizioni Operative*, parte II, par. C).

[23] Più specificamente, l'art. 13 del d.l. n. 23/2020 contempla plurime modalità di intervento diretto del Fondo. In particolare, tralasciando le fattispecie di riassicurazione e controgaranzia, rilevano le seguenti disposizioni riguardanti le ipotesi di garanzia diretta rivolta a PMI:

- art. 13 comma 1 lett. *c*, che riguarda i finanziamenti ordinariamente garantiti dal Fondo, per i quali la copertura è stabilita al 90% e l'ammontare dell'importo finanziabile viene determinato in funzione di taluni parametri reddituali e dimensionali dell'impresa richiedente;
- art. 13 comma 1 lett. *m*, che riguarda i finanziamenti non superiori ad euro 30.000, per i quali la garanzia del Fondo copre il 100% del capitale mutuato;
- art. 13 comma 1 lett. *n*, che riguarda i finanziamenti a rischio tripartito, nei quali, cioè,

settore delle piccole e medie imprese. Per sommi capi, la disposizione in rassegna rafforza il ruolo del Fondo di Garanzia, prevedendo, *inter alia*: (i) la gratuità della garanzia; (ii) l'innalzamento degli importi suscettibili di beneficiare di essa; (iii) l'innalzamento della percentuale di copertura; (iv) l'affievolimento dei criteri di ammissibilità e di valutazione del merito creditizio (essendo la garanzia concessa, «*senza applicazione del modello di valutazione*» – così la lett. *g* – anche alle imprese che presentano «*inadempienze probabili*» o «*esposizioni scadute*» – così la lett. *g-bis* – o persino a quelle «*ammesse alla procedura del concordato con continuità aziendale*» o che «*hanno presentato un piano ai sensi dell'art. 67*» LFall – così la lett. *g-quater*.

Ebbene, nonostante l'elevato coefficiente di dettaglio, la disciplina di cui all'art. 13 – che, peraltro, introduce una serie di deroghe alle disposizioni generali relative al Fondo di Garanzia – nulla dispone quanto alle finalità cui i finanziamenti devono essere asserviti, con la conseguenza che, a riguardo, deve ritenersi applicabile la normativa originaria, la quale – lo si ricorderà – si limita genericamente a statuire la destinazione della liquidità erogata «all'attività d'impresa»[24].

2.2. Inquadramento normativo del Fondo di Garanzia SACE

Diversamente, in relazione al Fondo di garanzia SACE[25], disciplinato dall'art. 1 d.l. n. 23/2020, vengono previsti chiari vincoli di scopo.

interviene – oltre all'istituto erogante e al Fondo, quale garante – un terzo soggetto abilitato al rilascio di garanzie che integra la garanzia del Fondo fino all'integrale copertura dell'importo mutuato.

[A] riguardo, si segnala che le condizioni di accesso alla garanzia del Fondo divergono a seconda della disposizione applicata. Infatti, tanto i finanziamenti di cui alla lettera *m*, quanto quelli di cui alla lettera *n*, sono riservati alle imprese «*la cui attività d'impresa è stata danneggiata dall'emergenza COVID-19, secondo quanto attestato dall'interessato mediante dichiarazione autocertificata ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445*». Diversamente, analoga previsione non è riprodotta con riguardo ai finanziamenti di cui alla lettera *c*, la cui concessione – dunque – non risulta in alcun modo subordinata all'avvenuto danneggiamento dell'impresa a causa del Covid. Con la conseguenza che, con precipuo riferimento alle richieste di finanziamento garantite ai sensi dell'art. 13 co. 1 lett. *c*, pare potersi affermare che non assumano rilevanza eventuali (mendaci) autocertificazioni con le quali l'impresa richiedente dichiari di essere stata danneggiata dalla pandemia.

[24] Cfr. *supra*, nt. 22.

[25] Finanziamenti tendenzialmente rivolti alle grandi imprese e solo eccezionalmente accessibili alle PMI, allorché queste ultime «*abbiano pienamente utilizzato la loro capacità di accesso al Fondo di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n.*

Con riguardo a tale tipologia di finanziamento – e solo per questa – l'art. 1 comma 2 lett. *n* d.l. n. 23/2020, sancisce che lo stesso «*deve essere destinato a sostenere costi del personale, canoni di locazione o di affitto di ramo d'azienda, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria, e le medesime imprese devono impegnarsi a non delocalizzare le produzioni*».

Ulteriore differenza si registra in tema di dividendi, la cui distribuzione trova un espresso divieto nell'art. 1 comma 2 lett. *i*[26], ma non anche nell'art. 13.

Insomma, il raffronto tra le disposizioni emergenziali contenute, rispettivamente, nell'art. 1 (garanzia SACE) e nell'art. 13 (garanzia Fondo PMI) d.l. 23/2020, rende evidente che solo i finanziamenti SACE soggiacciono a parametri di destinazione rigidi e prestabiliti, nonché al divieto di distribuzione di dividendi. Non altrettanto, invece, risulta disposto con riguardo ai finanziamenti garantiti dal Fondo di Garanzia per le PMI.

Su di un piano più generale, ci sembra che, al di là della gravità delle singole condotte abusive e della specifica rilevanza all'interno dei singoli casi giudiziari, debba riconoscersi come la disciplina ora ripercorsa si componga di norme 'specialissime', costituenti elementi normativi giuridici extrapenali di integrazione della fattispecie penale ai sensi dell'art. 47 comma 3 c.p., con la conseguenza che già una semplice interpretazione 'estensiva' – per non dire, *a fortiori*, una applicazione analogica delle stesse – appare in potenziale frizione vuoi con il principio di stretta legalità, vuoi con l'esigenza di valutare, alla luce del principio di personalità della responsabilità penale, la possibile rilevanza della natura eventualmente colposa dell'errore di diritto che incida sulla tipicità del fatto.

662, nonché alle garanzie concesse ai sensi dell'articolo 17, comma 2, del decreto legislativo 29 marzo 2004, n. 102». In altri termini, la garanzia di SACE poteva essere concessa alle PMI solo a condizione che queste avessero già fruito nella misura massima della garanzia resa dal Fondo di Garanzia.

[26] Che così dispone: «*L'impresa che beneficia della garanzia* [di SACE, n.d.s.] *assume l'impegno che essa, nonché ogni altra impresa con sede in Italia che faccia parte del medesimo gruppo cui la prima appartiene, comprese quelle soggette alla direzione e al coordinamento da parte della medesima, non approvi la distribuzione di dividendi o il riacquisto di azioni nel corso dell'anno 2020. Qualora le suddette imprese abbiano già distribuito dividendi o riacquistato azioni al momento della richiesta del finanziamento, l'impegno è assunto dall'impresa per i dodici mesi successivi alla data della richiesta*».

3. Le principali fenomenologie abusive innestatesi sui meccanismi incentivanti di cui al d.l. n. 23/2020 (c.d. Decreto liquidità)

Quali i sistemi fraudolenti giunti all'attenzione della giurisprudenza di merito e di legittimità, e quali le soluzioni giuridico-penalistiche applicate, in relazione alla disciplina poc'anzi rievocata?

Considerando le manifestazioni empiriche delle condotte abusive, le stesse possono ricondursi sostanzialmente a due meccanismi operativi.

In primo luogo, i casi di richiedenti i quali dichiarino *falsamente*, mediante autocertificazione, che la propria attività *è stata danneggiata* dall'emergenza Covid-19, conseguendo il prestito garantito dal Fondo PMI contando sulla sostanziale mancanza di valutazione di 'merito creditizio', e alla luce della snellezza dell'istruttoria svolta dall'istituto di credito; in secondo luogo, per i casi in cui non fosse necessaria l'autocertificazione di danno (art. 13 comma 1 lett. *c*)[27], ovvero nei quali fosse stata correttamente auto-certificato dal richiedente il pregiudizio subìto in conseguenza della pandemia, la condotta abusiva si sarebbe trasferita dal momento *indebitamente percettivo* a quello *indebitamente malversativo* del finanziamento, insistente cioè sulla illecita destinazione degli importi percepiti al soddisfacimento di finalità diverse da quelle previste normativamente dal Decreto liquidità[28].

Altrimenti detto, sul versante criminologico, la normativa summenzionata ha incoraggiato, da un lato, la produzione di false certificazioni volte ad ottenere indebitamente l'erogazione del finanziamento; da un altro lato, casistiche di distrazione delle somme – ancorché conseguite lecitamente – per finalità difformi da quella prevista *ex lege*, e cioè quella di favorire la celere ripresa economica delle imprese colpite dalla pandemia.

Ebbene, nei procedimenti penali avviati in relazione a tali fenomenologie illecite, le stesse sono state contestate ai sensi, rispettivamente, delle fattispecie delittuose di cui agli artt. 316 *bis* (malversazione di erogazioni pubbliche) e 316 *ter* c.p. (indebita percezione di erogazioni pubbliche), nonostante avessero ad oggetto finanziamenti concessi da istituti di credito privati, pur 'coperti' da una garanzia di matrice pubblicistica.

[27] Cfr. *supra*, nt. 23.

[28] Sul diverso vincolo di destinazione normativa, tuttavia, non sembra rilevante la differenza esistente tra la disciplina del Fondo garanzia SACE e del Fondo di Garanzia PMI; sul punto, cfr. *retro*, § 2.

Sembra che in tale contesto qualificatorio vada colta una sostanziale criticità in termini di configurabilità della tipicità criminosa: al di là del carattere abusivo e illecito dei due predetti moduli comportamentali, si sarebbe dovuto considerare che lo Stato – limitandosi a *garantire* i finanziamenti – non provvede ad alcuna 'erogazione' di liquidità, privilegiando invece l'interposizione tra sé e il richiedente di un soggetto terzo – l'istituto di credito – effettivo 'erogatore' al privato una somma di denaro *propria*. Insomma, il pregiudizio incombente sulle finanze pubbliche è solo eventuale e, in ogni caso, successivo rispetto alla concreta 'erogazione', limitandosi lo Stato a intervenire a posteriori per tenere indenne la banca da un solo possibile inadempimento dell'obbligo restitutorio da parte del richiedente.

Sennonché, la più recente giurisprudenza[29] della Cassazione non ha ravvisato, in proposito, alcuna carenza di tipicità penalistica: dopo un iniziale arresto garantistico, ha infatti esteso la portata semantica dell'espressione «altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concess[e] o erogat[e] dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee» sino a ricomprendervi la strutturalmente diversa, e funzionalmente eterogenea, prestazione pubblica di garanzia[30].

È il momento, quindi, di soffermarsi sulla predetta evoluzione giurisprudenziale e di comprendere in base a quali assunti essa abbia ravvisato l'integrazione delle fattispecie di cui agli artt. 316 *bis* e 316 *ter* c.p.

[29] Dopo che in Cass. pen., 15 aprile 2021, n. 22119, *Rainone* si era esclusa la configurabilità del delitto di cui all'art. 316 *bis* c.p., si sono susseguite, a breve distanza, Cass. Pen. 24 novembre 2021, n. 2125, *Bonfanti*; Cass. pen., 13 gennaio 2022, n. 11246, *Pressiani*; Cass. pen., 6 maggio 2022, n. 28416; Cass. pen., 7 dicembre 2022, n. 49693 – quest'ultima con nota di G. Bondi, *La Cassazione torna sul* discrimen *tra malversazione e indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato in relazione alla legislazione emergenziale per il sostegno delle imprese colpite dagli effetti della pandemia da Covid-19*, in *www.studiumiuris.it*, in corso di pubblicazione – dal tenore opposto, come si dirà appresso.

[30] Si rammenti – ma sul punto si tornerà diffusamente *infra* – che anteriormente alla riforma intervenuta nel 2022 all'esito del c.d. Decreto sostegni *ter* – l'art. 316 *bis* c.p. presentava quale oggetto materiale della malversazione «contributi, sovvenzioni, finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse», con una evidente, sebbene non dichiarata, disparità rispetto all'ampia locuzione «contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee». Come si vedrà, a partire dal 2022 tale difformità è stata appianata, riferendosi ora le condotte punite in entrambe le fattispecie a «contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, destinati alla realizzazione di una o più finalità».

4. Gli orientamenti della Corte di cassazione: tra 'stretta interpretazione' delle fattispecie e cripto-analogia *in malam partem*

La tendenza all'ampliamento giurisprudenziale *contra reum* del penalmente rilevante rappresenta un fenomeno certamente non nuovo proprio in tema di reati contro la Pubblica amministrazione[31].

Sì che la contestazione delle fattispecie di cui agli artt. 316 *bis* e *ter* c.p. in relazione a condotte di false certificazioni o di malversazioni di somme di danaro concesse da un istituto di credito, ma garantite a monte da un organismo pubblico, per quanto non condivisibile per la forzatura ermeneutica della tipicità e della riserva di legge, non può cogliere come un'insospettabile sorpresa.

Si sta in effetti consolidando un orientamento giurisprudenziale[32] (seppur formatosi, allo stato, esclusivamente all'esito di vicende cautelari) che ravvisa l'integrazione delle fattispecie a tutela dei finanziamenti pubblici nonostante le somme conseguite dagli interessati – e asseritamente distratte (o indebitamente ottenute) – non provengano dalle casse pubbliche. A nostro modo di vedere, trattasi di opzione ermeneutica cripto-analogica che assume quel collegamento – a titolo di mera garanzia e solo potenziale esposizione economica effettiva – come condizione sufficiente per qualificare come "erogazioni pubbliche" anche erogazioni "private" solo garantite da fondi od organismi caratterizzati in termini pubblicistici. Il mero collegamento a titolo di garanzia pubblica dell'erogazione viene assunto quale elemento determinante per la concessione del finanziamento, al punto da determinare quasi una sorta di 'mutazione tipologica' dell'erogazione stessa, da privata a pubblica, inscrivibile, in

[31] I delitti di cui al Titolo II da tempo, infatti, costituiscono uno tra gli ambiti maggiormente interessati dalla predetta tendenza espansiva. Dalla corruzione per l'esercizio della funzione al *trading in influence* nel fu millantato credito; dall'eccesso di potere nell'abuso d'ufficio nella versione *ante* 2020 fino alla sostanziale 'privatizzazione' della figura soggettiva dell'incaricato di pubblico servizio, sfociata nella nota vicenda giuridico-qualificatoria del peculato dell'albergatore. In generale, sull'incerto statuto del concetto di "pubblico", con riferimento ai delitti di cui al Titolo II, cfr. la complessiva ricostruzione di N. Amore, *Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta*, Torino, 2020. Per un significativo esempio di segno opposto, con riguardo ai più recenti orientamenti di legittimità, cfr. le pronunce relative ai delitti di turbativa (artt. 353 e 353 *bis* c.p. in particolare) – *infra* citate nel testo – relative ai casi di affidamento diretto di lavori conseguente a condotte perturbatrici volte ad evitare la gara ovvero al contesto – assai noto sul versante mediatico – dei concorsi universitari 'truccati'.

[32] Cfr. *supra*, nt. 29.

quanto tale, nella classe delle 'erogazioni pubbliche' rilevanti ai fini della integrazione dei delitti di cui agli artt. 316 *bis* e *ter* c.p.

A nostro giudizio, trattasi di una forzatura interpretativa *in malam partem* del testo codicistico, non giustificabile nemmeno alla luce delle più elastiche e – per certi versi – "semanticamente lasche" elaborazioni teoriche in tema di legittimità dell'interpretazione "estensiva" nel diritto penale.

A seguire saranno delineati i recentissimi e contrastati itinerari giurisprudenziali.

La caratteristica comune dei predetti precedenti è nota: tutti i procedimenti avviati si riferiscono (a) alla erogazione di somme di danaro[33] conseguite sulla base di false dichiarazioni dei redditi allegate alla richiesta di finanziamento o (b) al distorto utilizzo della somma concessa dall'istituto di credito, ancorché legittimamente ottenuta.

Al fine di meglio inquadrare (cfr. *infra*, § 5) gli assunti del Supremo Collegio nel consolidare il proprio orientamento interpretativo, merita ripercorrere brevemente i fatti oggetto di ciascun procedimento e gli esiti cui la Cassazione è di volta in volta, sinora, pervenuta.

4.1. I buoni auspici (traditi) della sentenza Rainone (*continua*)

Con la sentenza 15 aprile 2021, n. 22119[34], la Suprema Corte aveva adottato un criterio di stretta interpretazione, escludendo il delitto di malversazione in un caso di finanziamento erogato da un istituto di credito privato, solo garantito dal Fondo pubblico gestito da SACE s.p.a.

Il caso maturava all'esito del riesame proposto avverso un decreto di sequestro preventivo – disposto dal G.I.P. di Isernia, quindi confermato dall'omologo Tribunale – di euro 20.000, conseguiti dall'interessato attraverso il finanziamento di cui agli artt. 1 e 1 *bis* del Decreto liquidità[35]. Finanziamento che, secondo la tesi accusatoria, avrebbe costituito invece

[33] Ricordiamo per inciso, rimandando per dettagli ulteriori ai contributi segnalati alla nt. 17, il meccanismo previsto, seppur con diversità di sfumature, dagli artt. 1 e 13 Decreto liquidità: gli enti interessati (Fondo PMI e SACE s.p.a.) rilasciano una garanzia diretta o in riassicurazione – automaticamente e senza valutazione – a sostegno di finanziamenti concessi dagli istituti di credito ai richiedenti che, mediante autocertificazione, attestano la sussistenza dei requisiti prescritti dalla normativa emergenziale, fermo restando che il soggetto che eroga il finanziamento (la banca) non è tenuto a svolgere accertamenti ulteriori rispetto alla verifica formale di quanto dichiarato.

[34] Cass. pen., 15 aprile 2021, n. 22119, *Rainone*.

[35] Trattavasi, appunto, del finanziamento garantito da SACE s.p.a., per cui si rinvia al § 2.2.

oggetto di malversazione. Veniva addebitato al ricorrente di avere impiegato la predetta somma di denaro per finalità distoniche rispetto a quelle previste dal Decreto – mantenimento dei livelli occupazionali, contrasto al fallimento o alla crisi delle imprese per contrazione del fatturato causato dall'emergenza sanitaria, copertura di spese strettamente funzionali a tali finalità – trasferendola, segnatamente, dal conto intestato alla società beneficiaria al proprio e, da ultimo, a quello della figlia, attraverso una serie di bonifici contrassegnati dalla causale 'prestito infruttifero a socio'.

La Suprema Corte disattendeva detta interpretazione, motivando l'annullamento dell'ordinanza impugnata poiché il finanziamento non avrebbe presentato 'matrice pubblicistica', non potendosi certo 'snaturare' il carattere strettamente privatistico del rapporto tra privato ed ente finanziatore alla luce della partecipazione esterna di SACE s.p.a., quale mero garante dell'operazione contrattuale. Proprio la rigida distinzione esistente tra i due rapporti contrattuali – da un lato un mutuo di scopo, tra la banca e il richiedente; da un altro lato una garanzia, tra la banca e SACE s.p.a. – avrebbe condotto a concludere che solo «l'inadempimento di tale obbligazione restitutoria [la restituzione del finanziamento, n.d.s.] rende, dunque, operativa la garanzia pubblica, cosicché, in assenza di tale presupposto, ogni onere connesso all'erogazione del finanziamento rientra esclusivamente nel rapporto principale tra l'impresa e il soggetto finanziatore»[36]. Insomma, un rapporto privatistico, in quanto tale inidoneo a integrare la fattispecie di cui all'art. 316 *bis* c.p.

4.2. (*segue*) La sentenza Bonfanti e il mutamento interpretativo *sub* art. 316 *ter* c.p. (*continua*)

Solo a distanza di alcuni mesi, la soluzione contraria, affermativa della tipicità criminosa, avrebbe trovato un primo riscontro, seguito poi da un continuo e diffuso consenso.

Con sentenza del 15 aprile 2021[37], infatti, veniva posto all'attenzione della Corte un provvedimento di sequestro preventivo di euro 25.000 a carico della ricorrente, alla quale era contestato il delitto di indebita percezione di erogazioni pubbliche in quanto avrebbe potuto accedere ad un prestito bancario sorretto dalla garanzia del Fondo PMI dichiarando, a sostegno della propria richiesta di finanziamento, che i ricavi conseguiti dalla stessa nell'annualità 2018 erano stati pari ad euro 109.680, contro

[36] Cass. pen., 15 aprile 2021, cit., § 1.3.
[37] Cass. pen., 24 novembre 2021, n. 2125, *Bonfanti*.

euro 22.349 effettivi. Di conseguenza, la ricorrente aveva beneficiato di un finanziamento di consistenza maggiore rispetto a quello al quale avrebbe avuto diritto, posto che – lo si rammenta – l'art. 13 lett. *m*[38] del Decreto liquidità, prima della conversione in legge, ammetteva « *nuovi finanziamenti*» per un importo pari al 25% del reddito e, comunque, non superiore ad euro 25.000.

Il caso veniva deciso in senso diametralmente opposto rispetto alla soluzione offerta dalla sentenza *Rainone*; il modello del finanziamento garantito di cui all'art. 13 lett. *m* del Decreto liquidità veniva inquadrato nella nozione delle «*erogazioni pubbliche comunque denominate*», con conseguente integrazione della fattispecie di cui all'art. 316 *ter* c.p.

La motivazione della sentenza insiste particolarmente sulla rilevanza essenziale che la garanzia concessa dallo Stato – in tal caso, per mezzo del Fondo PMI – riveste ai fini della erogazione del finanziamento. Di qui, una lettura – sia consentito – "olisticamente unitaria" della complessiva (e in realtà 'plurima') struttura contrattuale, che – nella prospettiva condivisa dai Giudici di legittimità – si sarebbe senz'altro inscritta nella summenzionata clausola di chiusura: «chiaro indice della volontà legislativa di prescindere dal nomen iuris del vantaggio economico goduto dal privato e di attribuire rilievo a qualsiasi "erogazione" da cui il destinatario tragga un tale vantaggio a spese dello Stato»[39]. Insomma, al di là del senso «*fatto palese dal significato proprio delle parole*» ai sensi dell'art. 12 delle Disposizioni sull'applicazione legge in generale[40], alla cui stre-

[38] Cfr. *supra*, nt. 18 e 23.

[39] Cass. pen., 24 novembre 2021, § 6.

[40] Del resto, proprio il rinvio all'art. 12 Preleggi ha costituito uno degli argomenti con cui la stessa Corte di cassazione ha rivendicato la necessità di una interpretazione stretta del testo di legge, con riferimento al settore dei delitti di turbativa. All'interno di un indirizzo ormai consolidato, si è in particolare affermato che verso una lettura 'minima' del testo di legge «convergono l'interpretazione del significato letterale dell'art. 353 c.p., e la valutazione della sua ratio in linea con l'endiadi esegetica posta dall'art. 12 preleggi per il quale la legge va applicata traendo le premesse "dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore"» (cfr. Cass. pen., 28 giugno 2022, n. 24772). Ancor più esplicita Cass. pen., 16 febbraio 2022, n. 5536, secondo cui «[r]ispetto al dato letterale della norma incriminatrice, non sono dunque condivisibili torsioni interpretative volte a conformare il dato testuale per attribuirgli un significato ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura. Si tratta di opzioni interpretative che finiscono per estendere l'ambito della norma incriminatrice e la tipicità della fattispecie con un procedimento analogico *in malam partem* in cui, attraverso considerazioni di natura teleologica, si varcano i paletti fissati dalla lettera della legge». Per ulteriori approfondimenti sul tema v. N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta: fattispecie a rischio* overbreadth, in *AP*, 2022, 2, pp. 14 ss.; V. Maiello, *La legalità*

gua una "erogazione" non si pone in termini di equipollenza concettuale semantica con la mera "prestazione di una garanzia", l'interpretazione antiletterale della Corte nondimeno equipara i due sintagmi.

4.3. (*segue*) la sentenza Pressiani (*continua*)

La tesi 'rigoristica' si consolidava nelle motivazioni di Cass. pen. 13 gennaio 2022, n. 11246[41].

I profili fattuali che portano a tale decisione risultano sostanzialmente sovrapponibili al caso precedente: veniva interposto ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame di Bergamo che, in accoglimento dell'appello del P.M. ed in riforma del decreto di rigetto del G.I.P. lombardo, aveva disposto il sequestro preventivo di euro 13.000 a carico del ricorrente, accusato di aver potuto accedere al credito garantito dal Fondo PMI «allegando, quale documentazione a sostegno della richiesta, una bozza di dichiarazione dei redditi relativa all'annualità del 2018 per un ammontare di Euro 52.195, in realtà mai presentata»[42].

Ancora una volta, le erogazioni rilevanti ai sensi dell'art. 316 *ter* c.p. erano ritenute agevolmente estensibili al meccanismo introdotto dall'art. 13 lett. *m* del Decreto liquidità. E, ciò, in ragione dell'ampiezza semantica di cui godrebbe la nozione di «*erogazioni pubbliche*», suscettibile di ricomprendere anche i mutui erogati da istituti di credito privati e solo garantiti da fondi di rilevanza pubblicistica, a maggior ragione laddove, come nel caso di specie, le garanzie costituiscano presupposto determinante per la concessione del finanziamento.

Altrimenti detto, l'erogazione privata garantita, secondo lo schema del Decreto liquidità, da fondi a rilevanza pubblicistica diverrebbe, *eo ipso*, "erogazione comunque denominata" rilevante ai sensi dell'art. 316 *ter* c.p.

4.4. (*segue*) Il consolidamento anche *sub* art. 316 *bis* c.p.: le sentenze nn. 28416/2022 e 49693/2022

Nel solco tracciato dai precedenti si collocavano altresì le due più recenti decisioni del Supremo Collegio, proiettando l'estensione applicativa *contra reum* dell'interpretazione altresì sulla diversa fattispecie di mal-

della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive, in *GI*, 2022, pp. 2487 ss.; A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, Bologna, 2023, pp. 115 ss.

[41] Cass. pen., 13 gennaio 2022, n. 11246, *Pressiani*.

[42] Cass. pen., 13 gennaio 2022, § 1.

versazione di cui all'art. 316 *bis* c.p. In certo senso, le stesse portavano a compimento l'estensione applicativa *in malam partem* inaugurata dalla sentenza *Bonfanti*, non solo aderendo ai principii di tale pronuncia, ma trasferendoli anche al diverso delitto di malversazione.

Con la sentenza 6 maggio 2022, n. 28416[43], la Suprema Corte concludeva l'incidente cautelare originato dal sequestro della somma di euro 15.000 ottenuta mediante il consueto finanziamento garantito dal Fondo PMI dal ricorrente, il quale, invece di impiegarla per soddisfare le esigenze di liquidità della propria azienda, avrebbe acquistato un camper adibito a uso privato.

Analogamente, la sentenza 7 dicembre 2022, n. 49693[44] confermava la sussistenza del *fumus* del delitto di cui all'art. 316 *bis* c.p. in capo all'agente, il quale aveva conseguito (in questo caso, peraltro, indebitamente, con la conseguenza che si poneva altresì il problema di corretta individuazione della fattispecie astrattamente applicabile: alternativamente, art. 316 *bis* o art. 316 *ter* c.p.) un finanziamento per euro 836.640, poi "dirottati" dalla società richiedente a una società controllante e, da ultimo, in parte distribuiti quali utili societari.

Orbene, proprio al fine di giustificare la estensione dei principii espressi nella sentenza *Bonfanti* al delitto di malversazione, la Corte – come vedremo – "rafforzava" le proprie motivazioni, non potendosi limitare a riproporre le stesse già utilizzate nelle decisioni precedenti, nella consapevolezza della diversa, e minore, estensione denotativa della formulazione linguistica contenuta nell'art. 316 *bis* c.p. rispetto all'art. 316 *ter* c.p., il primo non contemplando, nella versione *ratione temporis* vigen-

[43] Cass. pen., 6 maggio 2022, n. 28416. Cfr., in particolare, § 9: «Ritiene il Collegio, in continuità con le ricostruzioni dell'operazione di finanziamento assistito dalla garanzia del Fondo PMI operate dalle sentenze Bonfanti e Pressiani, sia pure con diversità di accenti, che il reato di malversazione a danno dello Stato sia configurabile anche in relazione ai finanziamenti erogati sulla base di garanzie pubbliche, orientamento questo da ritenersi ormai consolidato in Sezione».

[44] Cass. pen., 7 dicembre 2022, n. 49693. Sulla linea di continuità coi precedenti, cfr., spec., § 3.1: «Si rinvia a tal fine all'ampia e puntuale trattazione di cui ai paragrafi 10 e 11 della sentenza citata, la n. 28416/2022, a fondamento della conclusione secondo cui le disponibilità economiche oggetto del finanziamento assistito da garanzia del Fondo PMI derivano non già dal puro ricorso al metodo finanziario, quanto dall'intervento indiretto posto dallo Stato, per cui si è in presenza di un ausilio economico «ottenuto dallo Stato», secondo il lessico dell'art. 316 bis c.p.; ausilio che non deve necessariamente avere ad oggetto pecunia pubblica ma può avere anche ad oggetto finanziamenti erogati in ragione di una garanzia pubblica».

te, il riferimento testuale alle « *erogazioni comunque denominate*», bensì il solo riferimento ai «*contributi, sovvenzioni, finanziamenti*»[45].

5. Considerazioni critiche in ordine al consolidamento dell'interpretazione *in malam partem*. L'estensione antigarantistica e antiletterale del penalmente rilevante del sintagma "*erogazioni pubbliche*"

Gli epiloghi decisionali brevemente ripercorsi impongono ora l'adozione di una prospettiva maggiormente analitica. A ben vedere, ampio è il ventaglio di tematiche dispiegato dalle pronunce successive alla sentenza *Rainone*: dal risalente problema riferibile al corretto inquadramento dei rapporti tra gli artt. 316 *bis*, *ter* e 640 *bis* c.p. all'altrettanto proibitivo compito di identificare il confine tra analogia e interpretazione estensiva[46]; dal valore assunto dalle modifiche apportate alle predette fattispecie con il Decreto sostegni *ter* alla esatta perimetrazione dell'oggetto materiale delle stesse.

[45] Cfr. *supra*, nt. 30.

[46] Sul punto, anche per ulteriori richiami bibliografici, cfr. G. Pino, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 1, pp. 77-102, il quale sottolinea come la distinzione tra interpretazione estensiva (come attività interpretativa) e analogia (come attività costruttiva/integrativa) costituisca una delle distinzioni più controverse nella teoria e nella prassi dell'interpretazione giuridica, in considerazione anche delle sue importanti conseguenze pratiche, principalmente per il divieto di analogia in materia penale. In sintesi (richiamando, in particolare, la posizione di R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, spec. pp. 277-279), l'Autore afferma che «l'interpretazione estensiva manipola, per così dire, i bordi della cornice (essa forza, pur se in maniera non irragionevole, i significati riconducibili alla cornice), mentre l'analogia ricade direttamente al di fuori della cornice. Facile da dire in teoria, difficile da accertare in pratica, visto anche che la cornice non solo può essere indeterminata da un punto di vista linguistico, ma – secondo la definizione di Guastini – è anche influenzata dalle costruzioni dogmatiche, dalle tecniche interpretative, *et similia.* D'altronde, nel momento in cui tra tali tecniche interpretative includessimo anche il ricorso a principi (generali o costituzionali), alla *ratio legis*, al criterio di ragionevolezza, all'argomento della coerenza, e così avanti, ci accorgeremmo come vi siano più cose nella cornice di quante ne sogni la nostra filosofia. Probabilmente, qualunque analogia può essere agevolmente, o non troppo irragionevolmente, ricondotta all'interno della cornice, una volta che la cornice sia stata ricostruita in modo da includere tecniche interpretative, tesi dogmatiche, e precedenti interpretazioni creative. La conclusione è scontata: la linea di demarcazione tra l'interpretazione estensiva propriamente detta e la costruzione di una norma inespressa è molto fluida e sottile», sì che interpretazione estensiva e analogia sono due modi «di argomentare o di fraseggiare una medesima operazione» (così R. Guastini, *op. cit.*, p. 282).

La questione al fondo è la seguente: il finanziamento che il privato richiede e ottiene da una banca, il quale sia sostenuto da una garanzia statale è annoverabile, in termini di tipicità criminosa, tra le "erogazioni pubbliche" di cui agli artt. 316 *ter* e, ora, 316 *bis* c.p.? È legittimo assegnare alla mera prestazione di una garanzia il significato di "erogazione"? Nel linguaggio corrente, nel linguaggio specialistico, nei glossari, nei vocabolari, si può affermare che quando un terzo "presta una garanzia" per un credito concesso da una banca a un cliente, il terzo abbia effettuato una "erogazione"? Ci sembra di no. Il comune cittadino, che – dopo tutto, non andrebbe dimenticato – è il principale destinatario del dettame comportamentale contenuto nel precetto penale (non certo il giudice, nel laboratorio euristico dell'esplorazione esegetica, logica od ermeneutica), non penserebbe certo di aver ricevuto una erogazione dallo Stato, o da un Ente pubblico. Il richiedente il finanziamento alla banca, una volta ottenuto l'accredito sul proprio conto corrente e ancorché posto a conoscenza della possibilità di ottenerlo in tempi brevi e secondo condizioni agevolate per alcuni provvedimenti pubblici di sostegno all'economia durante l'emergenza pandemica, riterrebbe, esattamente al contrario, di aver ricevuto una erogazione dalla banca, e di dover restituire nel tempo alla stessa l'importo ricevuto.

L'interpretazione di séguito criticata, prima ancora che analogica, inaccettabilmente estensiva o atipica secondo le diverse e complesse cifre teoriche in tema di interpretazione giuridica, si appalesa, molto più banalmente, "controintuitiva" per il comune cittadino.

A ben vedere, "controintuitive" sono le quattro decisioni successive all'arresto *Rainone*. Esse si fondano sull'estensione applicativa delle fattispecie incriminatrici anche ai predetti finanziamenti, alla stregua della pretesa di ricondurre alla tipicità semantica del sostantivo 'erogazioni' anche la mera prestazione di una garanzia; pertanto, della conseguente pretesa di estendere l'aggettivo, e dunque il carattere pubblico, dell''erogazione-prestazione di garanzia' laddove siano interessati i Fondi di garanzia PMI e SACE s.p.a.

(a) Dopo che nella sentenza *Bonfanti* l'argomentazione veniva soltanto accennata sottotraccia[47], a partire dalla sentenza *Pressiani* la Cassazio-

[47] Non a caso, per stessa ammissione dell'estensore, «il tema centrale [era] quello della delimitazione dell'ambito di rilevanza penale segnato dagli artt. 316-ter e 640-bis c.p., con riferimento al carattere chiuso o aperto della elencazione contenuta nelle predette norme con riguardo alla descrizione delle forme di assistenza ed agevolazione economica che lo Stato concede».

ne riconosce la natura pubblica dei finanziamenti in questione ricavandola dal carattere 'simbiotico' degli stessi rispetto alla garanzia dello Stato, nel senso che quest'ultima costituirebbe la *condicio sine qua non* della concessione del finanziamento a soggetti, altrimenti, «irreparabilmente esclusi [...] in assenza delle ordinarie garanzie negozialmente richieste da parte degli istituti di credito». La pubblicità del finanziamento andrebbe, dunque, rinvenuta nella valenza unitaria[48] che il rapporto triangolare tra Fondo PMI/SACE s.p.a., banca e richiedente assumerebbe, a propria volta riconducibile alla relazione di causa-effetto che lega la garanzia al finanziamento. *Breve*: una natura pubblicistica "per estensione", dedotta dal carattere «causalmente determinante»[49] della garanzia (pubblica) sul finanziamento (privato).

Peraltro, tale tesi troverebbe ulteriore conforto nel dato normativo, posto che l'art. 1 comma 12 del Decreto liquidità subordinerebbe all'approvazione della Commissione europea l'efficacia delle misure in esame, definite espressamente dai giudici di legittimità quali « forme di intervento pubblico»[50].

Viene disattesa, quindi, la tesi inizialmente seguita dalla Suprema Corte (nel primo caso pervenutole in tema di finanziamenti garantiti da SACE s.p.a.), la quale aveva negato l'integrazione del delitto di malversazione sulla base della considerazione, di logica e stretta interpretazione, per cui nei casi in esame difetterebbe una "erogazione *dello Stato*", sussistendo – semmai – due distinti rapporti contrattuali: da un lato, un mutuo di scopo concesso dalla banca al richiedente; da un altro lato, un rapporto, accessorio, di garanzia a prima richiesta rilasciata da organi *lato sensu* "pubblici" alla banca stessa per i casi, solo potenziali al momento dell'erogazione effettiva, di omesso rimborso del finanziamento[51].

[48] Si tratta della tesi proposta a prima lettura della normativa di cui al Decreto liquidità da F. Mucciarelli, *Finanziamenti garantiti* ex *d.l. 23/2020: profili penalistici*, in *Sistema Penale*, 4 maggio 2020, spec. 7; una tesi, essenzialmente, ricostruita su quella che la Suprema Corte ritiene essere la *ratio* ispiratrice della normativa in esame: così G. Sepe, *Brevi osservazioni sulla tutela penale del credito garantito dallo stato in occasione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 (cd. Decreto liquidità)*, in *Giustizia Insieme*, 12 settembre 2022, § 2.

[49] Cass. pen., 24 novembre 2021, *Bonfanti*, cit., § 4.

[50] Cass. pen., 6 maggio 2022, cit., § 10.1.

[51] Cass. 15.4.2021, *Rainone*, cit.: «*Va, inoltre, considerato che lo schema operativo delineato dalla legge n. 40 del 2020 consente di individuare due rapporti giuridici: uno tra l'impresa ed il soggetto finanziatore, riconducibile ad un mutuo di scopo legale; ed uno, di carattere accessorio, avente ad oggetto la garanzia a prima richiesta rilasciata da SACE S.p.A. (a sua volta coperta da garanzia dello Stato) al soggetto finanziatore per il caso di mancata restituzione del finanziamento*».

(b) Tuttavia, l'argomento nevralgico su cui la Cassazione fonda l'applicabilità delle suddette fattispecie si registra nell'asserita 'estrema ampiezza' della formulazione dell'oggetto materiale di ciascuna delle due[52], ulteriormente accentuata dalla clausola di chiusura con cui siffatta elencazione si chiude. Tale estensione applicativa, prosegue la Corte, troverebbe conferma nella giurisprudenza di legittimità (vengono ovviamente richiamate le note sentenze a Sezioni Unite *Carchivi*[53] e *Pizzuto*[54]) anche in materia civile: il riferimento va – in particolare – all'orientamento interpretativo espresso in materia di riconoscimento dei privilegi di cui al d.lgs. n. 123/1998[55] sui crediti vantati dal Fondo PMI in conseguenza della escussione della garanzia, laddove la nozione di 'finanziamenti' sarebbe suscettibile di ricomprendere «tutti gli interventi di sostegno per lo sviluppo delle attività produttive effettuati dalle amministrazioni pubbliche […] in considerazione della unitaria direzione finalistica […] ovvero l'aiuto finanziario alle imprese»[56].

Più specificamente, viene valorizzata una sentenza della Sezione I civile[57] che, trattando dell'ampiezza semantica del termine «*finanziamento*» contenuto nell'art. 9 comma 5 del d.lgs. n. 123/1998 – nella parte in cui vengono regolate le modalità di restituzione dei crediti derivanti dai «*finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo*» –, assu-

[52] Abbiamo già ricordato alla nt. 30 la discrepanza esistente tra l'oggetto materiale dell'art. 316 *bis* c.p. e quello dell'art. 316 *ter* c.p. nelle versioni vigenti *ante* riforma del 2022. L'estrema ampiezza semantica di tali locuzioni – anche prima del 2022 – è, per vero, riconosciuta dalla dottrina maggioritaria, la quale propende per una lettura non strettamente tassativa delle formule in esame: con particolare riferimento all'art. 316 *bis* c.p., cfr. M. Riverditi, *Delitti a tutela dell'attività di finanziamento pubblico*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, C.E. Paliero, Milano, 2015, pp. 146 ss. Per una definizione di ciascuno degli elementi normativi ricompresi nelle succitate formule, G. Amarelli, *Malversazione ed indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di S. Fiore, G. Amarelli, Torino, 2021, p. 83.

[53] Cass. pen., S.U. 19 aprile 2007, n. 16568, *Carchivi*.

[54] Cass. pen., S.U. 16 dicembre 2010, n. 7537, *Pizzuto*.

[55] D.lgs. 31 marzo 1998, n. 123: «*Disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, a norma dell'articolo 4, comma 4, lettera c), della legge 15 marzo 1997, n. 59*».

[56] Cass. pen., 24 novembre 2021, *Bonfanti*, cit., § 5.

[57] Cass. civ., 30 gennaio 2019, n. 2664.

me che tale lemma richiami – seppur con un rinvio «atipico»[58] – tutti i benefici contemplati dalla normativa in esame e, segnatamente, i crediti d'imposta, i *bonus* fiscali, le concessioni di garanzia, i contributi in conto capitale e in conto interessi, i finanziamenti agevolati. E non soltanto questi ultimi, come invece sostenuto dai ricorrenti del caso di specie. Con la conseguenza che, nella nozione di «*finanziamenti*» di cui al d.lgs. n. 123/1998 rientrerebbero altresì le garanzie concesse dallo Stato, nelle quali l'intervento "pubblico" pur risulta soltanto mediato, sostanziandosi in una garanzia a favore del soggetto mutuante.

Di qui, *per relationem*, la espansione concettuale dei «*finanziamenti*» anche sul terreno delle norme penali a tutela delle pubbliche erogazioni[59], suscettibili di estendersi ai finanziamenti privati concessi su sostegno di una garanzia pubblica.

Una motivazione per rinvii e associazioni, fondata su una *regula juris* estrapolata da un contesto estraneo a quello originario eppure considerata dalla Corte, evidentemente, *bonne à tout faire*.

(c) A corroborare ulteriormente la suddetta tesi militerebbe, peraltro, il richiamo alla tendenza ormai radicata della giurisprudenza di legittimità ad avvalersi, nella propria opera "normopoietica", della "tassativizzazione" delle clausole generali[60] e della determinatezza in concreto, concetto – quest'ultimo – ormai sin dalla nota sentenza della Corte costituzionale sul disastro innominato[61] (ab)usato come comodo *escamotage* per cana-

[58] Cass. pen., 13 gennaio 2022, *Pressiani*, cit., § 5. In effetti, il richiamo infratestuale dell'art. 9 comma 5 del d.lgs. n. 123/1998 all'art. 7 comma 1 appare, quantomeno, inusuale, nella misura in cui richiamerebbe una categoria chiusa di benefici adoperando un termine generico che, tuttavia, parrebbe riferirsi soltanto ad una di tali erogazioni (ossia, all'evidenza, i finanziamenti agevolati).

[59] Si rammenti, a riguardo, che già nella formulazione anteriore alle modifiche normative intervenute nel 2022 tanto l'art. 316 *bis*, quanto l'art. 316 *ter* c.p. contemplavano all'interno del rispettivo oggetto materiale i «finanziamenti».

[60] Sul tema delle clausole generali in rapporto all'interpretazione giurisprudenziale si rinvia, per tutti, a D. Castronuovo, *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2018, 18, 2, pp. 11 ss.

[61] Il riferimento è, chiaramente, a Corte cost., 1 agosto2008, n. 327, relativa alla nozione di «*altro disastro*», di cui all'art. 434 co. 1 c.p., che tanto avrebbe fatto discutere la dottrina, anche in relazione a 'fantasiosi' capi di imputazione costruiti dalle Procure per supplire – anteriormente al 2015 – all'assenza di una fattispecie specificamente dedicata ai disastri ambientali e sanitari. Non può, peraltro, sottacersi come l'appello alle clausole generali ad *argumentum* idoneo a svicolare elegantemente, a fronte di chi vi ravvisa un'indebita violazione della tassatività, sovente riemerga in seno alla giurisprudenza di legittimità: tra i casi più noti e recenti, segnaliamo la pronuncia delle Sezioni Unite sul dolo di profitto nel delitto di furto (Cass. pen., S.U., 12 ottobre 2023, n. 41570), nonché la tendenza della

lizzare nel circuito processuale e legittimare interpretazioni estensive *in malam partem*[62].

(d) Da ultimo, come già anticipato, nella sola sentenza n. 28416/2022 (richiamata senza l'aggiunta di considerazioni ulteriori dalla più recente n. 48693/2022) la Corte si sente in dovere di approfondire le proprie argomentazioni, trattando un caso – a differenza dei due precedenti – di malversazione, fattispecie che, come noto, solo all'inizio del 2022[63] ha conosciuto un ampliamento del proprio oggetto materiale, che oggi riporta la locuzione «*contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate*», integralmente sovrapponibile a quella di cui agli artt. 316 *ter* e 640 *bis* c.p. La ragione di una «motivazione rafforzata» appare, dunque, autoevidente, considerata la sicuramente maggiore difficoltà (nonostante quanto sopra osservato) di ricondurre i finanziamenti garantiti dal Fondo PMI e da SACE s.p.a. ai «contributi, sovvenzioni o finanziamenti» cui si limitava a fare riferimento l'art. 316 *bis* c.p. prima del 2022[64] piuttosto che alla onnicomprensiva clausola «*altre erogazioni*» già contenuta – al contrario – nella previgente formulazione dell'art. 316 *ter* c.p. e ora estesa alla malversazione. Nella prospettiva fatta propria dalla Suprema Corte, tuttavia, la sostanza resterebbe la medesima, posto che «le categorie dei finanziamenti, sovvenzioni e contributi esauri[rebbero] i modelli generali delle erogazioni di denaro e beni di provenienza pubblica; dovrebbe, dunque, rifuggirsi da un approccio esasperatamente classificatorio, anche in ragione delle oscillazioni definitorie presenti nella normativa amministrativa di setto-

Suprema Corte a ricondurre il *file* informatico alla nozione di cosa mobile (con riguardo al delitto di cui all'art. 646 c.p.), come confermato da Cass. pen., 7 novembe 2019, n. 11959, con nota di C. Pagella, *La Cassazione sulla riconducibilità dei* file *al concetto di "cosa mobile" oggetto di appropriazione indebita: un caso di analogia* in malam partem*?*, in *Sistema Penale*, 4 marzo 2021.

[62] Richiamano espressamente questa tendenza giurisprudenziale tanto Cass. pen., 24 novembre 2021, *Bonfanti*, cit., § 7, quanto Cass. pen., 13 gennaio 2022, *Pressiani*, cit., § 6.: «l'uso di espressioni sommarie, di vocaboli polisensi, ovvero di clausole generali o concetti "elastici" non viola il parametro costituzionale di determinatezza quando al giudice sia comunque consentito, attraverso la complessiva descrizione del fatto e avuto riguardo alle finalità dell'incriminazione e al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca, di stabilire il significato dell'elemento che isolatamente considerato non sia specifico, e al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del valore precettivo».

[63] V. *amplius infra*, § 6 e, *supra*, nt. 30.

[64] Versione – all'evidenza – vigente e applicabile nel caso di specie, contemplando – a parità di cornice edittale – un raggio di azione sicuramente (dichiaratamente) più circoscritto.

re, in quanto sarebbe palese l'intento del legislatore di prescindere da ogni criterio puramente nominalistico nell'individuazione delle sovvenzioni rilevanti»[65].

Nel complesso, un argomentare indubbiamente ricco che, attraversando un lungo itinerario di rinvii e articolate interrelazioni normative, dalle leggi speciali ai precedenti anche della giurisprudenza civile, infine convince la Corte di legittimità di aver dimostrato che, soprattutto per il comune cittadino che chiede prestiti alle banche, "garantire" significhi "finanziare", che "erogare" significhi "garantire", e che laddove il "garantire" sia a carico del pubblico, al modo di un serrato sillogismo, la prestazione di garanzia integri a tutti gli effetti un caso di "erogazione pubblica" *ex* artt. 316 *bis* e *ter* c.p.

6. Le critiche al riconoscimento della natura "pubblica" dei finanziamenti

Movendo anzitutto dalle critiche al riconoscimento della natura "pubblica" in capo alle erogazioni in esame, le motivazioni rese dalla Corte appaiono – francamente – forzate. Infatti, pur essendo innegabile la necessità di fornire una lettura congiunta del meccanismo di finanziamento previsto dagli artt. 1 e 13, è pur altrettanto innegabile che lo stesso trovi la propria ragion d'essere in due rapporti ben distinti, di cui – volendo – uno pubblico e uno privato.

Pensare al finanziamento garantito come ad una erogazione pubblica significa adombrare la *ratio* che ha indotto il Governo alla introduzione dell'istituto. La finalità perseguita – dare nuova linfa alle imprese poste in difficoltà dagli effetti devastanti della pandemia – doveva essere garantita senza che lo Stato, in realtà, 'erogasse' alcunché, in modo tale da – al contempo – evitare una *deminutio* in termini strettamente patrimoniali delle finanze statali, in un momento storico cruciale per la stabilità delle grandezze macroeconomiche[66]. Quindi, lo Stato ricorreva a una «cinghia di trasmissione»[67], frapponendo tra sé e i privati le banche, limitandosi ad assumere una posizione accessoria, che ne avrebbe previsto un coinvolgimento solo eventuale.

[65] Cass. pen., 6 maggio 2022, n. 28416, cit., § 11.1.
[66] In questo senso, chiaramente, A. Bell, A. Valsecchi, *Finanziamenti garantiti dallo Stato: la disciplina dell'emergenza ridisegna (riducendola) l'area del penalmente rilevante per le imprese e per le banche*, in *Sistema Penale*, 2020, 6, spec. p. 104.
[67] A. Bell-A. Valsecchi, op. cit., p. 90.

Pertanto, diversamente da quanto assunto dal giudice di legittimità, il meccanismo in esame differisce dalla mera interposizione, in base alla quale, squarciato il velo di Maya qui rappresentato dalla banca, dovrebbe rivelarsi lo Stato come reale – benché indiretto – finanziatore. Nel Decreto liquidità si va oltre questo schema, in quanto lo Stato – nella figura del Fondo PMI o di SACE s.p.a. – si colloca semmai *di fianco* al rapporto tra istituto di credito e imprenditore richiedente, delegando al sistema bancario l'onere di garantire la liquidità necessaria per dare attuazione al meccanismo di cui all'art. 13[68].

Non deve – infatti – perdersi il "contatto visivo" con quella che è la effettiva configurazione dei rapporti tra i due schemi contrattuali che costituiscono l'istituto in esame: (a) un mutuo e (b) una garanzia *a sostegno* di tale mutuo, risultando evidente come il baricentro del complessivo costrutto giuridico graviti intorno al primo, principale, polo.

Una prospettiva che – se ci si affida ad una visione soltanto d'insieme – inevitabilmente sfuma.

Di più. Una lettura superficialmente unitaria – per cui il finanziamento «trova causa»[69] nella garanzia – porta con sé la fallacia, quando non il paradosso, di una irrazionale inversione della gerarchia esistente tra rapporto principale e rapporto accessorio. Per quale ragione, infatti, una garanzia – che, per la sua stessa ragion d'essere, tipicamente servente, *accede* ad un negozio principale – dovrebbe essere in grado di influenzare il rapporto posto in primo piano, al punto da mutarne la natura da privata in pubblica[70]?

[68] Analogamente, ci pare, C. Santoriello, *È malversazione utilizzare per fini personali i finanziamenti garantiti dal Fondo per le PMI*, in *www.dejure.it*, 14 settembre 2022: «Il beneficio che il privato riceve dalla pubblica amministrazione è elemento accessorio rispetto al rapporto che il privato che usufruisce della garanzia statuale instaura con un soggetto esterno alla pubblica amministrazione». Segnaliamo, peraltro, che le argomentazioni che cercheremo di avanzare al fine di contestare il carattere asseritamente pubblico dei finanziamenti in esame si discostano dalle motivazioni addotte dalla Corte per pervenire ad analoghe conclusioni nella sentenza *Rainone* (tutte incentrate, come visto, sulla possibilità di scindere i due rapporti contrattuali tra i soggetti coinvolti), che intenzionalmente non ripercorriamo, assumendone l'incontestabile superamento da parte della (cospicua) giurisprudenza successiva.

[69] Cass. pen., 6 maggio 2022, n. 28416, cit., § 10.2.

[70] Parla condivisibilmente, in relazione a siffatta operazione interpretativa, di «"salto" logico abbastanza importante» G. Sepe, *op. cit.*, § 2. Viene, allora, spontaneo chiedersi se un salto logico non sia, forse, un «salto mentale» che, per la dottrina, costituisce sinonimo di analogia *in malam partem*: sulla vertigine dei "salti mentali" v., in particolare, O. Di Giovine, *«Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale)*, in *Questione Giustizia*, 2018, 4, pp. 55 ss.;

Altrimenti detto, garanzia e mutuo (negozio principale) appaiono legati da un rapporto di *simul stabunt, simul cadent* unilaterale: se non ci fosse il mutuo, non ci sarebbe neppure la garanzia[71]. Si tratta di un ragionamento che, tuttavia, non può valere a parti invertite.

Il ragionamento della Corte va, allora, capovolto: ancorché possa sostenersi, sul piano meramente constativo-fattuale, che la garanzia del Fondo PMI o di SACE s.p.a. costituisca la *condicio sine qua non* del finanziamento – sentendosi le banche, grazie ad essa, rassicurate e ben disposte alla erogazione del credito –, si può (si deve!) con altrettanta sicurezza riconoscere che, laddove non esistesse il rapporto principale, allora *a fortiori* non potrebbe trovare alcuna ragion d'essere il rapporto accessorio!

Tanto sembra già bastevole a escludere l'integrazione della tipicità di cui agli artt. 316 *bis* e *ter* c.p. nella casistica qui considerata.

7. Le critiche alla riconduzione dei finanziamenti bancari nelle erogazioni rilevanti ai sensi degli artt. 316 *bis* e *ter* c.p. (*continua*)

Ma anche a volere, per via apagogica, riconoscere la natura 'complessivamente' pubblica del rapporto contrattuale delineato dal Decreto liquidità, siamo certi che il finanziamento garantito venga ricompreso nel (pur fittiziamente tassativo) elenco delle erogazioni contemplate dagli artt. 316 *bis* e *ter* c.p.?

Si è già avuto modo di osservare, nel corso dei paragrafi precedenti, come nelle sentenze in commento la Suprema Corte si affidi all'adagio del «rifuggire da approcci esasperatamente classificatori»[72], al fine di legittimare una lettura dell'oggetto materiale delle fattispecie talmente ampia da risultare a-specifica, al punto di ricomprendere, come avvenuto, i coinvolgimenti soltanto indiretti dello Stato.

[71] Per maggiore completezza, precisiamo come non ci sembri rilevante il fatto che, secondo l'opinione di certa dottrina, l'istituto in esame sia riconducibile alla figura giuridica del contratto autonomo di garanzia, strutturalmente indipendente – a differenza, per esempio, di una fideiussione – dal rapporto principale. A ben vedere, infatti, di accessorietà può in certo senso parlarsi altresì con riguardo a tale atipica tipologia contrattuale, come conferma certa giurisprudenza civile – che va vieppiù consolidandosi – secondo cui, anche con riferimento ai contratti autonomi di garanzia, l'interessato potrebbe comunque far valere in giudizio le eccezioni più 'vistose' concernenti il rapporto sottostante e, segnatamente, quelle di nullità o inefficacia.

[72] Cfr. *supra*, nt. 64.

Come visto, la ragione principale dovrebbe rinvenirsi in una sorta di interpretazione sistematica, ricavabile dalla giurisprudenza civile, che valorizza la corrispondente (ampiezza della) nozione di «finanziamenti» contenuta nel d.lgs. n. 123/1998.

Riteniamo, tuttavia, che – al fondo di una ricostruzione apparentemente rigorosa della normativa in materia di interventi pubblici – si celi un grosso equivoco, addirittura una saliente incoerenza argomentativa.

Perché mai, infatti, nell'interpretazione della fattispecie penale tipica, affidarsi supinamente alla normativa di settore, di natura civile-amministrativa, quando, da tempo, la giurisprudenza di legittimità invita gli interpreti – all'opposto – ad una ricostruzione degli elementi normativi delle fattispecie penali secondo la via 'autonomistica', prescindendo cioè dalle corrispondenti nozioni proprie del diritto civile? Occorre far risaltare, in proposito, la concezione autonomistica del diritto penale, da tempo sostenuta in dottrina[73] e, per vero, ormai da alcuni anni penetrata anche all'interno delle motivazioni della Suprema Corte.

In effetti, la concezione autonomistica degli elementi normativi del diritto penale radica il proprio fondamento nella prospettiva di un *maximum standard* di tutela del bene giuridico che ciascuna fattispecie penale mira specificamente a presidiare. Una ricostruzione del significato di un elemento normativo che si adagiasse sulla interpretazione relativa offerta dalla corrispondente nozione contenuta all'interno delle disposizioni di diritto civile (solo esemplificativamente: possesso, altruità, cosa mobile, atto pubblico) si paleserebbe inadeguata, indebitamente affrancandosi dalla prospettiva per cui il legislatore penale, nel formulare ogni fattispecie, ha soppesato ogni coefficiente di offensività, misurando ogni singolo determinato vocabolo, ogni specifica locuzione al precipuo fine di garantire la tutela del corrispondente bene giuridico.

Al contrario, la mera "trasposizione" di significati dalla materia civile a quella penale rischia di tradire tale prospettiva, restringendo o allargando a dismisura – rispetto a quella che costituisce la vera *ratio* della norma incriminatrice – le maglie della fattispecie penale, a monte, e i confini della punibilità, a valle.

A mo' di esempio, basti richiamare la consolidata giurisprudenza in materia di reati contro il patrimonio, secondo cui la nozione di 'possesso' coincide con «una signoria di fatto che consente di fruire e disporre della

[73] V., per tutti, e per rimandi bibliografici sulla tematica, A. Fiorella, *Interpretazione e autonomia del diritto penale. Il coordinamento tra rami del diritto. Interpretazione e "crisi della legalità"*, in Id., *Le strutture del diritto penale*, Torino, 2018, pp. 115 ss.

cosa in modo indipendente, al di fuori della sfera di vigilanza e controllo di una persona che abbia su di essa un potere giuridico maggiore», in quanto, nella prospettiva delle Sezioni Unite, «le categorie civilistiche non possono essere pedissequamente riproposte. In particolare, l'utilizzazione nel significato civilistico dei termini "detenzione" e "possesso" implicherebbe rilevanti vuoti di tutela» (enfasi nostra)[74].

Ebbene, proprio assumendo a crinale di razionalità interpretativa il riferimento al bene giuridico di categoria (la corretta destinazione del finanziamento pubblico), va rilevato come la soglia di anticipazione della tutela penale implicata dalle recenti decisioni si riveli eccessiva, per certi versi in frizione col principio di offensività penale (oltre che coi canoni di determinatezza e tassatività).

In tale prospettiva, si consideri come l'apparato normativo in esame – costituito dal combinato disposto degli artt. 316 *bis*, 316 *ter* e 640 *bis* c.p. – si prefigga, quale fine primario, quello di evitare che le risorse statali – *rectius*: più in generale, pubbliche – vadano disperse o impiegate per finalità distoniche rispetto a quelle per cui vengono erogate. Ma se lo Stato frappone tra sé e il richiedente-soggetto attivo del reato una figura ulteriore (l'istituto di credito) al dichiarato scopo di *non utilizzare* le proprie liquidità – fino a prova contraria, i soldi malversati sono della banca – come si può ritenere che ciò determini un pregiudizio – anche potenziale – alle finanze pubbliche?

Anche sotto tale riguardo, l'interpretazione *in malam partem* espressa dalle sentenze nn. 2125/2021, 11246/2022, 28416/2022, 49693/2022 perde di vista la finalità concretamente perseguita attraverso le specifiche fattispecie incriminatrici, le quali, da ultimo, finiscono per rimanere deprivate di significato[75], con inaccettabile sacrificio dei principii di tassatività e determinatezza della fattispecie penale[76], sconfessandosi l'anelito garantista che – in altri contesti[77] – ha ispirato recenti decisioni della Cassazione, in

[74] Cass. pen., S.U., 30 settembre 2013, n. 40354, *Sciuscio*, con nota di C. Santoriello, in *AP*, 2013, 3.

[75] G. Sepe, *op. cit.*, § 3: «Pur ammettendo il legittimo ricorso alla interpretazione teleologica (che, cioè, guardi allo scopo, agli interessi, ai "valori" che la norma mira a proteggere), ne avvertiamo i limiti che derivano dal necessario "*self restraint*" che il giudice deve osservare in campo penale. In questo ambito, com'è noto, occorre evitare letture omnicomprensive capaci di minare, svuotandone il senso, i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, che a loro volta presidiano certezza del diritto, conoscibilità, prevedibilità, autonomia e responsabilità personale».

[76] Cfr. *supra*, nt. 61.

[77] Il riferimento è, all'evidenza, al filone giurisprudenziale consolidatosi in seno ai delitti di turbativa, sopra citato (nt. 40) e affermatosi dapprincipio in relazione a casi di affida-

aperto accoglimento dei moniti lanciati dalla Corte costituzionale con la sent. n. 98/2021[78].

7.1. (*segue*) in particolare: le critiche alla configurabilità del delitto *ex* art. 316 *bis* c.p.

Merita un approfondimento ulteriore quanto osservato dalla Suprema Corte con specifico riferimento alla integrazione del delitto di cui all'art. 316 *bis* c.p. nel caso di malversazione delle somme erogate da un istituto di credito in forza del Decreto liquidità (il riferimento va, quindi, alla sentenza n. 28416/2022).

Si è già anticipato (*supra*, § 4.4) l'onere di motivazione rafforzata che induceva la Corte a dilungarsi particolarmente sulla riconducibilità dei finanziamenti all'oggetto materiale del delitto di malversazione. Cionondimeno, una volta di più, le argomentazioni utilizzate non persuadono, esponendosi a rilievi che ci sembrano decisivi.

A prescindere dalla irragionevolezza del riferimento della Corte – come norma-parametro – al d.lgs. n. 123/1998, laddove si consideri che l'art. 316 *bis* c.p. è stato introdotto nel 1990 (di qui, dunque, l'anomalia per cui un elemento della normativa preesistente dovrebbe essere interpreta-

mento diretto di lavori a seguito di condotte 'perturbatrici', poi esteso al noto contesto dei concorsi pubblici e universitari 'truccati'. Oltre alle pronunce e ai contributi già citati alla nt. 40, cfr., avuto riguardo a tale secondo contesto di emersione, G.L. Gatta, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.*, in *Sistema Penale*, 19 giugno 2023; Id., *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al (moribondo) abuso d'ufficio*, *ivi*, 26 luglio 2023, con riferimento, rispettivamente, a Cass. pen., 16 giugno 2023, n. 26225 e Cass. pen., 25 luglio 2023, n. 32319. In dette pronunce viene significativamente ripreso il passaggio della sent. n. 98/2021 della Corte costituzionale in cui si afferma che «è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché *non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore*» (enfasi nostra).

[78] Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, con note di C. Cupelli, *Divieto di analogia* in malam partem *e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. Cost*., 2021, 4, pp. 1807 ss.; F. Palazzo, *Costituzione e divieto di analogia*, in *DPP* 2021, 9, pp. 1218 ss.; L. Risicato, *Argini e derive della tassatività. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *www.DisCrimen.it*, 16 luglio 2021; M. Scoletta, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, 5, pp. 196 ss.; sulle fondamentali implicazioni legalitarie del divieto di analogia, per come ribadito all'esito della sent. n. 98/2021, F. Palazzo, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *RIDPP*, 2022, 3, pp. 992 ss.

to alla luce di una legge di molto successiva e non direttamente collegata), la ragione principale va rinvenuta nella evoluzione subìta – sul piano intertemporale – dalla fattispecie in esame.

Come noto, l'intero "pacchetto" di disposizioni a tutela dei finanziamenti pubblici ha conosciuto una non trascurabile opera di *restyling* per mezzo del d.l. 25 febbraio 2022, n. 13[79]. Tali modifiche si inseriscono, in estrema sintesi, in un più generale intervento volto ad assicurare, da un lato, una efficace risposta penale alle frodi e agli abusi verso i numerosi interventi finanziari previsti nell'ambito del PNRR; da un altro lato, ad adattare lo statuto penale a tutela dei finanziamenti pubblici ai principii contenuti nella direttiva PIF[80].

Con precipuo riguardo alla fattispecie di cui all'art. 316 *bis* c.p. – al di là della modifica apportata alla *rubrica legis* – muta l'oggetto materiale: la norma, che nella previgente versione contemplava «*contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività pubblico interesse*», oggi concerne «*contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, destinati alla realizzazione di una o più finalità*». Come pare evidente, la rinnovata disposizione appare ispirata da un chiaro intento ampliativo, posto che all'oggetto materiale – peraltro arricchito dei mutui agevolati – viene aggiunta la locuzione «*altre erogazioni dello stesso tipo*» (già presente negli artt. 316 *ter* e 640 *bis* c.p.), in funzione di clausola di chiusura con valenza onnicomprensiva. Nello stesso senso, peraltro, opera l'espunzione del riferimento al «*pub-*

[79] L'entrata in vigore delle suddette modifiche legislative conosceva, invero, un *iter* piuttosto inusuale. Il d.l. n. 13/2022 veniva infatti abrogato ad opera dell'art. 1 comma 2 della l. 28 marzo 2022, n. 25. Tuttavia, la medesima legge provvedeva a convertire, con modifiche, il d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 (c.d. Decreto sostegni *ter*). E, nel suddetto testo normativo, ricomparivano i contenuti del d.l. n. 13/2022, mediante la introduzione dell'art. 28 *bis* in sede di conversione: per una dettagliata ricostruzione di tale *iter* e delle modifiche introdotte dalla novella del 2022, cfr. A. Pantanella, D. Federici, *Profili penali del "decreto sostegni* ter*": dalla modifica dei reati di "frode" all'introduzione del delitto di false asseverazioni*, in *www.DisCrimen.it*, 24 maggio 2022.

[80] Con riferimento ai travagliati rapporti tra i delitti a tutela dei finanziamenti pubblici e i principii contenuti nella Direttiva PIF (con riguardo al delitto di indebita percezione di erogazioni e alla truffa aggravata), cfr., per tutti, E. Basile, *Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l'"*evergreen*" dell'art. 316-*ter *c.p.*, in *DPenCont*, 2020, 3, pp. 178 ss. Ancora, sui profili problematici della Direttiva PIF, v. G. Bondi, *La Direttiva relativa alla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Problematiche e prospettive in vista della scadenza dell'obbligo di attuazione*, in *RTrimDPenEc*, 2018, 3-4, pp. 676 ss.

blico interesse», potendo oggi le erogazioni essere dirette a perseguire non meglio precisate «*più finalità*».

Orbene, la tecnica compilativa amplissima con cui il legislatore ha inteso tipizzare l'oggetto materiale della norma in esame depone, inequivocabilmente, nel senso di voler colmare una lacuna e, per l'effetto, rimediare ad una ipotesi di inapplicabilità della fattispecie, come esplicitamente confermato all'interno della stessa Relazione al disegno di legge[81].

Ma dunque, se tale era la intenzione del legislatore – colmare una *lacuna legis* – appare del tutto destituita di fondamento l'interpretazione estensiva che la Suprema Corte fornisce dell'art. 316 *bis* c.p.

Perché ricorrere alla riformulazione della fattispecie se questa risulta già idonea, stando alla impostazione assunta dalla principale giurisprudenza, a perseguire determinati fatti?

La ragione risiede proprio nella assoluta inidoneità – nella formulazione anteriore alla riforma del 2022 – dell'art. 316 *bis* c.p. a punire le malversazioni di somme erogate dalle banche e sostenute da garanzie pubbliche, con la conseguenza che per le condotte poste in essere in epoca anteriore alla entrata in vigore del Decreto sostegni *ter* non potrà ritenersi configurabile il reato *de quo*[82].

[81] Più specificamente, dal testo della Relazione illustrativa al d.d.l. n. 2545, volto alla conversione dell'abrogato d.l. n. 13/2022, reperibile online, si apprende che «*le modifiche apportate al testo della norma rispondono alla comune finalità di un rafforzamento della tutela penale delle risorse pubbliche e a un più puntuale adeguamento alle previsioni della direttiva PIF*. In primo luogo, si provvede ad un ampliamento delle "erogazioni", che costituiscono l'oggetto materiale del reato, la cui descrizione viene allineata a quella già contenuta negli articoli 316-*ter* e 640-*bis* del codice. *Una differenziazione, meramente nominalistica, delle erogazioni nelle varie norme risulta, infatti, intrinsecamente incoerente e, soprattutto, suscettibile di ingenerare incertezze e perplessità in fase applicativa e, con esse, lacune di tutela*. Sotto tale ultimo profilo, appare altresì in contrasto con le ampie – sostanzialmente onnicomprensive – nozioni di "interessi finanziari dell'Unione" […], che non ammettono alcuna differenziazione basata sull'oggetto materiale delle condotte incriminate» (enfasi nostra). Sul punto, v. altresì A. Pantanella, D. Federici, *op. cit.*, p. 9.

[82] Fermo restando che, anche con riferimento alla formulazione attuale, permangono tutte le perplessità sopra illustrate (§ 6) con riguardo alla matrice pubblicistica di strumenti di sostegno analoghi a quelli introdotti con il Decreto liquidità. Proprio muovendo da una simile criticità, i Procuratori della Repubblica di Milano e Napoli, nella nota trasmessa alla Camera dei Deputati e al Ministro della Giustizia (cfr. *supra*, nt. 2), avevano segnalato le modifiche da apportare al codice penale e al codice di procedura penale nella prospettiva di rendere effettivi (e applicabile in concreto) i presidi codicistici a tutela dei finanziamenti pubblici: in particolare, veniva suggerito di arricchire l'oggetto materiale del delitto di cui all'art. 316 *bis* c.p., inserendo accanto a «contributi, sovvenzioni o finanziamenti» la concessione di una «garanzia per la loro erogazione». All'evidenza, una simile soluzione

Peraltro, anche la scomparsa del «*pubblico interesse*» dal testo dell'art. 316 *bis* c.p. – altra novità derivante dalla recente riforma – deve condurre a conclusioni non dissimili. Varrebbe la pena di interrogarsi, infatti, sulla esatta portata della clausola in commento, apparendo quantomeno dubbio che possa ravvisarsi il «*pubblico interesse*» in un caso, come quello di specie, in cui il finanziamento è diretto alle imprese o ai professionisti e, come tale, specificamente destinato a confluire nel settore privato.

Risultando quindi evidente che una tale espunzione ambisce proprio a sopperire alla incapacità della norma nello *status quo ante* di estendersi a condotte come quelle volte ad abusare delle erogazioni previste dal Decreto liquidità[83].

Non può – per vero – sottacersi come la predetta locuzione costituisse oggetto di una interpretazione a maglie larghe almeno in seno a parte della dottrina[84], in adesione ad una giurisprudenza, invero isolata, che ne aveva sposata una concezione ampia, conferendo rilievo alla finalità perseguita dall'ente pubblico erogante e, dunque, al vincolo di destinazione del finanziamento, quale espressione delle scelte di politica economica e sociale perseguite a monte[85]. Seguendo tale orientamento,

– rimasta inattuata anche all'esito della riforma del 2022 – avrebbe permesso di applicare agevolmente la fattispecie a vicende analoghe a quelle in esame, senza il bisogno di 'stiracchiare' – sino a scolorirla – la nozione di «finanziamenti».

[83] Ancora una volta appare indicativo il testo della Relazione illustrativa al d.d.l. n. 2545, in cui si sostiene che la espunzione del riferimento al pubblico interesse delle finalità perseguite per mezzo dei finanziamenti dalla fattispecie sia «*volta ad ampliarne l'alveo applicativo* e, ad un tempo, a conformarla con maggiore precisione e puntualità allo strumento eurounitario. […] Anche in questo caso, dunque, *l'onnicomprensività della formula impiegata* [all'interno della direttiva PIF, n.d.s.] *risulta incompatibile con la selezione delle finalità di impiego attualmente previst*[e] *dalla disposizione codicistica*» (corsivi nostri).

[84] Cfr., in particolare, M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*[4], Milano, 2019; va, però, segnalato come altra parte della dottrina, condivisibilmente, cerchi di conferire una dignità autonoma alla predetta locuzione, dovendosi l'interesse pubblico ancorare alla «natura dell'opera o dell'attività in sé e per sé considerati [e, quindi,] in rapporto al significato e all'importanza sociale dell'iniziativa»: T. Padovani, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in *CGiur*, 1990, p. 542; A. Segreto, G. De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 180.

[85] Cass. pen., 13 dicembre 2011, n. 23778, relativa a un caso di vendita illecita di beni strumentali all'attività imprenditoriale (nella specie, autocarri ed escavatori), ottenuti grazie all'erogazione di contributi regionali. Seguendo tale impostazione, se anche una erogazione specificamente diretta a sostegno dell'attività imprenditoriale – innegabilmente privata – può essere definita di pubblico interesse, ci sembra allora che tale elemento si riduca ad un mero requisito di cartapesta, oggetto di una sostanziale *interpretatio abrogans*.

potrebbe allora obiettarsi che il legislatore del 2022, nell'espungere il «*pubblico interesse*», abbia ritenuto di cristallizzare una interpretazione esistente in giurisprudenza, conferendo la veste (formale) di legge al diritto vivente, come spesso accaduto in passato[86]. In tale prospettiva, allora, la riforma del 2022 realizzerebbe una scelta di politica legislativa specificamente mirata a garantire una maggiore stabilità interpretativa *pro futuro*, corrisposta ratificando[87] quanto già la giurisprudenza aveva anticipato.

Sennonché, una tale argomentazione si profila tutt'altro che irresistibile, laddove ci si limiti a constatare che un orientamento interpretativo, per definirsi tale e per godere di sufficiente autorevolezza (posto che di stretta vincolatività non può tecnicamente parlarsi, ad oggi, nel nostro ordinamento), dovrebbe risultare consolidato e non, come nel caso di specie, il risultato di una sporadica decisione di una sezione semplice, peraltro resa in tempo ormai piuttosto risalente rispetto alla recente riforma[88].

Tirando, dunque, le fila, la novella del 2022 appare significativa nel senso di escludere la configurabilità – rispetto ai fatti da cui le sentenze in commento sono promanate – del delitto di cui all'art. 316 *bis* c.p.

Tanto l'inserimento di una clausola onnicomprensiva, quanto l'eliminazione di una locuzione all'evidenza ritenuta limitativa denotano le carenze – ben compendiate nella Relazione al disegno di legge – di una fattispecie che non si sarebbe potuta applicare alle malversazioni compiute su finanziamenti privati se non ammettendo (come è stato fatto) una interpretazione oltremodo estensiva e – come pare evidente – inconciliabile con il significato sotteso alla riforma introdotta con il Decreto sostegni *ter*.

8. Conclusioni: esiste ancora un confine?

[86] Tra gli esempi più noti, e (tendenzialmente) più recenti, spicca senz'altro la codificazione della corruzione per l'esercizio della funzione, ad opera della l. 6 novembre 2012, n. 190, volta a recepire la giurisprudenza che, sul punto, appariva già consolidata. Per ulteriore casistica, cfr., in particolare, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*[2], Torino, 2014, spec. pp. 97 ss.

[87] Così A. Gargani, *Crisi del diritto sostanziale e* vis expansiva *del processo*, in *Criminalia*, 2016, pp. 307 ss.; D. Perrone, *op. cit.*, pp. 196 ss.

[88] In senso analogo anche A. Pantanella, D. Federici, *op. cit.*, p. 15.

In chiusura, è legittimo chiedersi cosa ci sia di nuovo in un drappello di pronunce – al di là del consolidamento di una determinata opzione ermeneutica – rispetto al *topos* giuridico della crisi della legalità.

Probabilmente, poco, nulla quasi, in termini strettamente 'quantitativi': in fondo, non è la prima volta che un orientamento *in malam partem* si consolida in seno al formante giurisprudenziale, cristallizzando la lettura più severa della disposizione e tracciando per il futuro la via maestra da seguire nella interpretazione di una fattispecie.

Né è la prima volta che il fenomeno di supplenza giurisdizionale beneficia di ratifica postuma da parte del legislatore (tale, almeno, *de jure*) nell'ambito dei delitti contro la Pubblica amministrazione[89].

Lo si è detto: prima delle frodi nei finanziamenti pubblici è toccato alla "messa a libro paga" del pubblico funzionario, che in epoca anteriore alla riforma Severino – con cui si sarebbe imposta la transizione dalla vacua sagoma dell'"atto conforme" all'onnicomprensivo "esercizio delle funzioni" – veniva notoriamente fatta confluire nell'«*atto contrario ai doveri*» dell'ufficio di cui all'art. 319 c.p., e, ancora, al "vecchio" millantato credito, un tempo tralatiziamente esteso ai casi di influenza effettiva e solo dal 2012 formalmente affiancato dal traffico di influenze illecite[90]. Ora è il turno delle malversazioni e delle indebite percezio-

[89] Se eccettuiamo la recente tendenza – a più riprese ricordata nella trattazione (nt. 40, 77) – della stessa giurisprudenza di legittimità a fornire interpretazioni maggiormente aderenti al testo di legge, e ciò in ossequio al divieto di analogia *in malam partem*, su cui la Corte costituzionale è recentemente tornata con sent. 98/2021 al fine di contenere gli esiti antigarantistici di un giudice-scopo sempre più autoreferenziale, fornendo un autentico 'antidoto' al dilagante creazionismo (*recte* «panpenalismo giudiziario»: C. Cupelli, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in *www.penaledp.it*, 11 gennaio 2023). Come visto, contesto di emersione di tale condivisibile tendenza interpretativa è quello relativo ai delitti di turbativa, là dove viene prediletta una interpretazione stretta, in ossequio al disposto dell'art. 12 Preleggi, dei concetti di «gara» e «altro atto equipollente». Analogamente, il recupero di una interpretazione rispettosa degli elementi semantici della fattispecie risulterebbe quantomai auspicabile, eventualmente mediante l'ausilio di un richiamo al summenzionato orientamento di legittimità, anche nel settore delle frodi pubbliche, qui al vaglio: del resto, appare ormai consolidato come un'interpretazione sistematica, che si rifaccia alla esegesi di fattispecie contigue a quella d'interesse (cosa che risulterebbe nel caso di specie, dove tanto i reati a tutela dei finanziamenti pubblici, quanto quelli di turbativa rappresentano delitti commessi da privati contro la P.A.), costituisca un "buon" criterio ermeneutico, come statuito dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 327/2008.

[90] Sulla tendenza dei delitti contro la P.A. a fungere da fattispecie in grado di recepire la «precomprensione etico-politica e amministrativa», nel senso che, con un'inversione logica, è l'evoluzione dell'etica pubblica che si innesta *ex post*, per tramite della giurisprudenza, nella pre-comprensione della fattispecie penale, M. Donini, *Reati contro la P.A. e*

ni, rilevanti benché poste in essere con riferimento a somme di denaro che – per quanto ci si sforzi sul piano ermeneutico di 'stiracchiare' le già slabbrate maglie delle rispettive formule normative – pubbliche non sono.

E, infatti, l'intervento *ex post* da parte di un legislatore ritardatario (ammesso che nella vigente formulazione gli artt. 316 *bis* e *ter* c.p. si prestino agevolmente ad essere applicati con riguardo ai finanziamenti di cui al Decreto liquidità) passa sotto silenzio, poiché ormai l'eccezione si è fatta regola.

Pertanto, l'esempio delle frodi nei finanziamenti pubblici non implica tanto – o, meglio, *soltanto* – una questione di carattere interpretativo, dato per assodato che la rilettura in chiave espansiva offerta dalla Cassazione nelle sentenze prese in esame oltrepassi il confine della interpretazione estensiva.

Ciò che più rileva è la generale assuefazione ad un fenomeno che – oltre a testimoniare, sempre che vi sia ancora bisogno di ulteriori conferme, il tramonto della *lex stricta et scripta* – non pare dogmaticamente accettabile.

Ripetesi: quanto osservato non costituisce certo una esortazione (peraltro, piuttosto *demodè*) a brandire l'arrugginita spada della riserva di legge in senso stretto a presidio di una illusoria rappresentazione del giudice *bouche de la loi*. Piuttosto, si tratta di individuare un limite – «insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo»[91] – che il formante giurisprudenziale non può varcare, oltre il quale la dinamica interazione tra disposizione e norma si traduce in *dissoluzione* della disposizione nella norma.

Un confine che tuttavia – nel momento in cui si ammette che la erogazione pubblica ricomprenda i prestiti concessi da un istituto di credito privato – ci sembra irrimediabilmente violato: un finanziamento materiale erogato da un istituto di credito non può definirsi privato solo in quanto 'supportato' da una garanzia di matrice pubblicistica; un finanziamento garantito dallo Stato non corrisponde ad un diretto esborso di pecunia pubblica. Anzi, l'intervento del legislatore appositamente volto a rendere applicabile – ma evidentemente nel rispetto del principio d'irretroattività di cui all'art. 2 comma 1 c.p. – una normativa ad un fenomeno considerato meritevole di risposta penale, costituisce

riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale, in *AP*, 2020, p. 2.

[91] Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98.

la dimostrazione, *per facta concludentia*, del carattere indebito e cripto-analogico *in malam partem* dell'orientamento interpretativo che allo stato sembra consolidarsi in sede di legittimità.

Così, se fino ad alcuni anni fa articolate elaborazioni giurisprudenziali stimolavano gli studiosi a chiedersi *dove passi* il confine[92] (tra analogia e interpretazione estensiva), gli sviluppi pretori più recenti impongono di domandarsi, semmai, se un tale confine esista ancora.

[92] Sia consentito riprendere, icasticamente, M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.

L'amministrazione giudiziaria: "nuova frontiera" delle misure di prevenzione patrimoniali

Gabriele Civello
Ricercatore di Diritto Penale

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le misure di prevenzione patrimoniali ablative: la confisca c.d. "antimafia". – 3. Le misure patrimoniali non ablative: l'amministrazione giudiziaria. – 4. Alcune considerazioni critiche. – 5. Una breve conclusione.

1. Premessa

Nell'attuale pratica giudiziaria sta emergendo, con sempre maggiore frequenza, l'applicazione di un istituto introdotto nell'anno 2011 ma fino ad oggi riconosciuto solo in casi marginali, vale a dire l'«amministrazione giudiziaria» *ex* art. 34, D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*[1]), nei confronti di imprese indiziate di agevolare altrui comportamenti illeciti o socialmente devianti[2].

[1] Il D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, denominato *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*, rappresenta oggi sostanzialmente il nuovo Testo Unico in tema di misure di prevenzione, avendo abrogato l'ormai obsoleta e criticata L. 27 dicembre 1956, n. 1423 (*Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*). In precedenza, già la L. 31 maggio 1965, n. 575 (*Disposizioni contro la mafia*) aveva esteso alcune misure di cui alla L. n. 1423/1956 ai soggetti «indiziati di appartenere ad associazioni mafiose», prima ancora che venisse introdotto all'interno del codice penale l'art. 416-*bis* c.p. in tema di associazioni di tipo mafioso.

[2] Il presente saggio ripercorre, in parte, le riflessioni già svolte in un articolo in corso di pubblicazione per la rivista *Il lavoro nella giurisprudenza* (2024). In merito alla disposi-

In particolare, in numerosi casi avanti le corti di merito, i giudici delle sezioni di prevenzione hanno recentemente irrogato detta misura nei confronti di imprese – specializzate, soprattutto, nella produzione e vendita di beni di lusso – accusate di avere appaltato in tutto o in parte la produzione industriale a società terze sprovviste di adeguate capacità imprenditoriali, le quali a loro volta si sarebbero avvalse di imprese sub-appaltatrici abitualmente dedite all'intermediazione illecita e allo sfruttamento del lavoro (c.d. "caporalato"), condotte oggi punite dall'art. 603-*bis* c.p.

Tale fenomeno merita senz'altro una particolare attenzione del penalista e dello studioso di misure di prevenzione, rappresentando una direttrice di sviluppo assai rilevante *in subiecta materia*, potenzialmente lesiva di alcuni principi costituzionali e ordinamentali.

Prima di entrare *in medias res*, appare tuttavia opportuno svolgere alcune premesse in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali più in generale[3], per poi soffermare l'attenzione sulla specifica misura dell'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34.

2. Le misure di prevenzione patrimoniali ablative: la confisca c.d. "antimafia"

Uno fra i più rilevanti settori dell'ordinamento giuridico in cui si è assistito, negli ultimi decenni, ad un ricorso massiccio allo strumento delle misure di prevenzione patrimoniali è, senza dubbio, quello della criminalità organizzata[4].

zione dell'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011, cfr. A. Merlo, *Il contrasto al "caporalato grigio" tra prevenzione e repressione*, note a margine di Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 7 maggio 2019, n. 59, Pres. Roia, Ceva Logistics Italia s.r.l., in *Dir. pen. cont.*, 6/2019, 171 ss.; Id., *Sfruttamento dei* riders*: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, in *Sist. pen.*, 2 giugno 2020; Id., *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato" dai braccianti ai* riders. *La fattispecie dell'art. 603-bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Torino, 2020, 100 s. Cfr. anche C. Visconti, *Ancora una decisione innovativa del tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2016; Id., *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, ivi, 20 gennaio 2012.

[3] Sulla confisca di prevenzione, la bibliografia è ormai sterminata. Ci limitiamo a rinviare, quanto agli ultimi lavori monografici, a M. Di Lello Finuoli, *La confisca* ante delictum *e il principio di proporzione*, Milano, 2021, *passim*; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, Torino, 2022, *passim*; D. Albanese, *Cosa giudicata e confisca di prevenzione*, Milano, 2024, *passim*.

[4] M. Mazza, *La mafia come fatto di costume*, in *Riv. polizia*, 1987, p. 6 s.; L. Fornari,

A tal proposito, il "capostipite" legislativo – riguardante, in origine, le sole misure di prevenzione personali – è, come noto, rappresentato dalla L. n. 575/1965, contenente «*Disposizioni contro la mafia*», destinate *illo tempore* ad essere applicate «agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose».

È pur vero che il nostro ordinamento, sin dalla L. n. 1423/1956, aveva già approntato una serie di misure di prevenzione, volte a fronteggiare determinate situazioni di pericolosità sociale non adeguatamente arginate dalle sanzioni penali (pene o misure di sicurezza); tuttavia, con la L. n. 575/1965 si trattò di delineare, all'interno del *genus* dei soggetti pericolosi *praeter delictum*, una particolare *species* rappresentata dai soggetti indiziati di appartenere ad un'associazione mafiosa. Così facendo, il legislatore introdusse una sorta di "presunzione di pericolosità", posto che gli indiziati di appartenere alla mafia – *rectius*, alle "mafie" – risultavano destinatari delle misure di prevenzione *de quibus*, a prescindere da un concreto e ulteriore accertamento di pericolosità sociale, e cioè per il sol fatto dell'appartenenza al sodalizio[5]; inoltre, le "nuove" misure di prevenzione anti-mafia furono munite di un regime procedimentale più snello, come ad esempio l'eliminazione di una previa diffida amministrativa, quale presupposto per la successiva irrogazione della misura[6], nonché l'attribuzione del potere di impulso non già ai soli Questori, ma anche ai Procuratori della Repubblica e, più di recente, al Procuratore Nazionale Antimafia.

È alquanto significativo osservare come, nel nostro ordinamento, il legislatore abbia inteso fronteggiare e combattere il fenomeno mafioso introducendo dapprima mere misure di prevenzione personali (nell'anno 1965), laddove un'apposita disposizione incriminatrice in tema di "mafie", ossia l'art. 416 *bis* c.p., sarebbe stata introdotta solo nell'anno 1982, ad opera della L. n. 646/1982, c.d. "legge Rognoni-La Torre": in tale prospettiva, le misure di prevenzione *de quibus*, dal punto di vista storico-legislativo, non rappresentarono dunque una forma di completamento di una

Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno", Padova, 1997, *passim*; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, *passim*.

[5] Cass., sez. I, 19.10.1979, n. 2700, in *CED*, rv. 143955; Cass., sez. I, 29.10.1969, n. 1458, in *CED*, rv. 113790. Di recente, tuttavia, la Suprema Corte ha precisato che tale "presunzione" può alleggerire il relativo onere motivazionale in capo al giudicante solo nei casi in cui l'appartenenza al sodalizio criminoso sia già stata oggetto di accertamento giudiziale; in caso contrario, il giudice della prevenzione dovrà, sul punto, effettuare un pregnante e autonomo vaglio (Cass., sez. I, 10.4.2014, n. 20348, in *CED Cass.*).

[6] Cass., sez. I, 20.6.1973, n. 1209, in *CED*, rv. 125673.

previgente tutela penale (in ipotesi rivelatasi insoddisfacente), bensì una sorta di "testa d'ariete", con cui si cercò di arginare il fenomeno della criminalità organizzata anzitutto in via extra-penale.

Peraltro, nel ventennio successivo alla L. n. 575/1965, la prassi applicativa avrebbe dimostrato l'assoluta insufficienza delle sole misure di prevenzione personali, inidonee di per sé a tacitare le pressanti esigenze di deterrenza e di lotta al crimine mafioso[7]. Per tale ragione, proprio la summenzionata L. n. 646/1982 avrebbe, *inter alia*, comportato l'introduzione degli artt. 2 *bis* e 2 *ter*, Legge n. 575/1965 (successivamente modificati ai sensi del d.l. n. 306/1992, della L. n. 125/2008 e della L. n. 94/2009[8]), con i quali il legislatore approntò un articolato sotto-sistema di misure di prevenzione patrimoniali, volte a rafforzare ulteriormente la lotta contro la criminalità organizzata mediante istituti di aggressione ai "patrimoni sospetti"; in tal senso, divenne ben presto chiaro come il fenomeno mafioso non attenesse esclusivamente all'ordine pubblico, ma anche e soprattutto all'ordine economico in generale[9].

Non mancavano, peraltro, rilevanti precedenti storici *in subiecta materia*, se si pensa che la c.d. "legge Pica" del 1863 consentiva eccezionalmente l'applicazione del domicilio coatto anche a camorristi e mafiosi, mentre le successive leggi di pubblica sicurezza degli anni 1865-1871, nel contesto della lotta al banditismo meridionale, prevedevano anche provvedimenti extra-penali di natura patrimoniale a carico dei medesimi soggetti[10]. Quanto poi alla legislazione del periodo fascista, sono ben note le misure "antimafia", sia personali sia patrimoniali, adottate dal celebre

[7] G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto pen.*, 4ª ed., VIII, Torino, 1994, p. 121.

[8] In merito alle novelle normative antecedenti al *Codice antimafia*, cfr. G. Pignatone, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniali e il loro impatto applicativo*, in *Scenari di Mafia*, a cura di Fiandaca, Visconti, cit., p. 311 s.

[9] R. Guerrini, L. Mazza, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 1996, p. 136; A. Bargi, *"Processo al patrimonio" e principi del giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi, Cisterna, I, Torino, 2011, p. 8. Si tratta, peraltro, di un aspetto che procede in parallelo allo slittamento «dalla libertà personale ai beni personali, lungo un sentiero normativo che (…) rimodula il fuoco dell'imputazione criminale dalla persona al patrimonio» (L. Fornari, *op. cit.*, p. 5); cfr. E. Amodio, *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in *Giust. pen.*, 1985, p. 632, in cui si pone in luce come, con l'istituto della confisca di prevenzione, si sia passati «dalla sorveglianza speciale (…) alla sorveglianza fiscale [poiché] il controllo si sposta dalla persona al patrimonio». Per un'indagine circa i profili "economici" della criminalità organizzata, cfr. N. Pollari, *Tecniche delle inchieste patrimoniali per la lotta alla criminalità organizzata*, 3ª ed., Roma, *passim*.

[10] Si trattava, in particolare, della l. 20.3.1865, n. 2248, all. B, e della l. 6.7.1871, n. 294.

prefetto Cesare Mori nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata dell'epoca[11].

L'evidente *ratio* di un siffatto sistema sanzionatorio – oggi interamente assorbito e riordinato nel nuovo Codice antimafia (D.Lgs. n. 159/2011[12]), oltre che sostenuto da un folto *Hintergrund* normativo internazionale e comunitario (non ultima la direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea e la direttiva 2024/1260/UE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il recupero e la confisca dei beni[13]) – consiste nell'affiancare, ai tradizionali strumenti penalistici del sequestro preventivo, della "confisca di sicurezza" (art. 240 c.p.) e oggi della c.d. "confisca allargata" (art. 240-*bis* c.p.), un ulteriore plesso di misure "amministrative", volte a saturare e colmare le eventuali lacune di tutela derivanti da un ordinamento penale ancorato alle ordinarie guarentigie sostanziali (fattualità, offensività, colpevolezza, etc.) e processuali (presunzione di non colpevolezza, regime dell'onere della prova, etc.).

A fronte di ciò, anche in tema di "confisca di prevenzione" l'interprete assiste oggi ad opzioni applicative ai limiti della legittimità costituzionale, il più delle volte dettate da emergenziali (se non affrettate) esigenze di difesa sociale ma, al contempo, confliggenti con i principî generali del nostro ordinamento. Il timore dello studioso è che, a fronte di un sistema penale già di per sé ben lontano dai canoni fondamentali

[11] G. Tessitore, *Le misure patrimoniali antimafia: dalle ordinanze del prefetto Mori alla legge Rognoni-La Torre*, in *Ricerche di scienze politiche*, a cura di Teresi, Palermo, 1986, p. 67 s.

[12] Il nuovo provvedimento normativo del 2011 era stato preceduto da un notevole lavoro di approfondimento da parte della c.d. "Commissione Fiandaca" (cfr. sul punto A. Mangione, *Politica del diritto e "retorica dell'antimafia": riflessioni sui recenti progetti di riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1186 s.); tuttavia, il legislatore delegato non sembra avere recepito le più preziose e mature indicazioni fornite dalla Commissione, approdando ad un *corpus* normativo in relazione al quale si è icasticamente affermato: «A uno sguardo d'insieme non si scorge quel colpo d'ala che era lecito attendersi da propositi riformatori così ambiziosi. E mancano altresì soluzioni e spunti originali, moderni e innovativi, quali erano pur presenti nel progetto licenziato dalla Commissione Fiandaca. Così facendo, tuttavia, si è persa una preziosa occasione: i numerosi "cespugli di rovi" disseminati lungo la vasta prateria della prevenzione *praeter delictum* restano ancora in attesa di un'attenta e lungimirante "potatura". A tacer d'altro, una cosa è certa: il decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non possiede né il corpo né l'anima di un vero "codice"» (A. Mangione, *Le misure di prevenzione nel nuovo "Codice antimafia"*, cit., p. 214).

[13] Sul punto, fra tutte, si richiama la recente monografia di C. Grandi, *Mutuo riconoscimento in materia penale e diritti fondamentali. Il nodo delle confische*, Torino, 2023, *passim*.

di frammentarietà, proporzionalità ed *extrema ratio*, si assommi un "soffocante" sistema di prevenzione destinato a colpire anche quei soggetti che, in ipotesi, siano stati "espulsi" dal circuito penale per il mancato raggiungimento di una prova di colpevolezza *oltre ogni ragionevole dubbio*[14], ovvero siano spontaneamente fuoriusciti da qualsivoglia circuito criminoso, non rivestendo più alcuno *status* di pericolosità (si pensi alla non più recente autonomizzazione delle misure di prevenzione patrimoniali rispetto a quelle personali, le prime essendo oggi applicabili anche in assenza delle seconde e, dunque, anche in assenza di un accertamento circa la persistente pericolosità in capo al soggetto proposto).

A tal proposito, la prassi non sconosce affatto casi in cui, a fronte di un'assoluzione "perché il fatto non sussiste" o "per non aver commesso il fatto", il medesimo soggetto si veda poi di lì a poco sottoposto alla confisca di prevenzione, fondata su parametri sostanziali e processuali ben più laschi e flessibili; ciò ha indotto, per l'appunto, la prevalente dottrina ad affermare che la confisca di prevenzione (come d'altra parte tutte le misure di prevenzione) costituisca ormai una sorta di "pena di sospetto", fondata su un giudizio di disvalore della persona e costituente un "surrogato" delle sanzioni penali, da utilizzarsi quando manchino i presupposti di ordine sostanziale e processuale per l'applicazione di queste ultime[15].

Quanto ai presupposti *soggettivi* per l'applicazione della confisca di prevenzione, l'art. 16, 1° co., lett. *a*), D.Lgs. n. 159/2011 (d'ora in poi, Codice antimafia) stabilisce che le misure di prevenzione patrimoniali previste dal Titolo II si applicano ai soggetti di cui al precedente art. 4, ovverosia (*inter alios* e per quanto qui di nostra competenza): «*a*) agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416 *bis* c.p.; *c*) ai soggetti di cui all'articolo 1; (...) *h*) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati».

[14] Sul punto, cfr. Cass., sez. II, 9.5.2000, n. 2542, in *CED*, rv. 217801; Cass., sez. V, 12.1.1999, n. 145, in *CED*, rv. 213189. In dottrina, si è correttamente osservato come le misure di prevenzione rappresentino sovente «un sistema di intervento parallelo e più duttile, da utilizzare come una sorta di "scorciatoia" per sfuggire alle strettoie probatorie del processo penale» (G. Fiandaca, cit., p. 121).

[15] G. Furgiuele, *La disciplina della prova nel procedimento applicativo delle misure patrimoniali di prevenzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi, Cisterna, cit., p. 402, con rinvio ad altre fonti dottrinali.

A sua volta, l'art. 1 Codice antimafia qui richiamato fa riferimento a: «*a*) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; *b*) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; *c*) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica. ».

Dal punto di vista *oggettivo*, l'art. 20 Codice antimafia consente, nei confronti dei predetti soggetti, l'emanazione di un provvedimento di sequestro, avente ad oggetto i «beni dei quali la persona nei cui confronti è stata presentata la proposta risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta *sproporzionato* al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il *frutto* di attività illecite o ne costituiscano il *reimpiego*».

All'esito del procedimento di prevenzione, a mente dell'art. 24 Codice antimafia, il Tribunale può disporre la confisca «dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento *non possa giustificare* la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore *sproporzionato* al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere *frutto* di attività illecite o ne costituiscano il *reimpiego*».

Il susseguente art. 25 consente, poi, l'applicazione di una confisca di prevenzione "per equivalente", così statuendo: «Se non è possibile procedere al sequestro dei beni di cui all'articolo 20, comma 1, perché il proposto non ne ha la disponibilità, diretta o indiretta, anche ove trasferiti legittimamente in qualunque epoca a terzi in buona fede, il sequestro e la confisca hanno ad oggetto altri beni di valore equivalente e di legittima provenienza dei quali il proposto ha la disponibilità, anche per interposta persona»[16].

[16] Così M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, fasc. 2, 2022, p. 402.

3. Le misure patrimoniali non ablative: l'amministrazione giudiziaria

A latere delle misure patrimoniali *ablatorie* come la confisca di prevenzione, il D.Lgs. n. 159/2011 contiene oggi la previsione di misure di prevenzione *non ablatorie*, le quali cioè – quantomeno in un primo momento – non privano integralmente il soggetto proposto dei diritti sulla *res*, ma comprimono solamente gli stessi attraverso rimedi più o meno stringenti di controllo pubblico.

Quanto all'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34, con il decreto applicativo il tribunale nomina il giudice delegato e l'amministratore giudiziario, il quale esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura. Nel caso di imprese esercitate in forma societaria, l'amministratore giudiziario può esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali, secondo le modalità stabilite dal tribunale, tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa. Il decreto *de quo* è eseguito sui beni aziendali con l'immissione dell'amministratore nel loro possesso e con l'iscrizione del provvedimento presso la camera di commercio competente. Qualora oggetto della misura siano beni immobili o altri beni soggetti a iscrizione in pubblici registri, il provvedimento di cui al comma 1 deve essere trascritto nei registri medesimi.

Quanto alla durata della misura, l'amministrazione giudiziaria dei beni può essere adottata per un periodo non superiore a un anno e può essere prorogata di ulteriori sei mesi, per un periodo comunque non superiore complessivamente a due anni, a richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, a seguito di relazione dell'amministratore giudiziario che evidenzi la necessità di completare il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura.

L'amministrazione giudiziaria può essere applicata qualora, a seguito degli accertamenti di cui all'art. 19 D.Lgs. n. 159/2011 o di quelli compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione mafiosa (previsti dall'articolo 92 del medesimo decreto), ovvero di quelli compiuti ai sensi dell'articolo 213 del codice dei contratti pubblici dall'Autorità nazionale anticorruzione, sussistano *sufficienti indizi* per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali

è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del presente decreto, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), b) e i-*bis*), del D.Lgs. n. 159/2011, ovvero per i delitti di cui agli articoli 603-*bis*, 629, 644, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale, e non ricorrano i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al capo I del titolo II (prima fra tutte, la confisca di prevenzione).

Ciò premesso, in due recenti decreti (n. 1 del 15 gennaio 2024; n. 10 del 3 aprile 2024), il Tribunale di Milano ha applicato l'amministrazione giudiziaria a importanti società produttrici di beni di lusso, ritenendo che le stesse avessero agevolato l'attività di alcuni opifici coinvolti in una più ampia indagine in tema di c.d. "caporalato" *ex* art. 603-*bis* c.p. (*Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*)[17]; in particolare, la condotta agevolativa sarebbe consistita nell'appaltare gran parte della produzione ad altre società, in realtà sprovviste di adeguata capacità e organizzazione imprenditoriale, così nella consapevolezza che queste ultime, a loro volta, avrebbero dovuto sub-appaltare la commessa ad alcuni opifici dediti allo sfruttamento del lavoro illegale.

A fronte di tali decisioni, senz'altro innovative rispetto al panorama giurisprudenziale e dirompenti quanto ai loro effetti giuridico-fattuali, è possibile svolgere alcune considerazioni di carattere generale in merito alla misura di prevenzione *de qua*, vale a dire l'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34, D.Lgs. n. 159/2011.

A ben vedere, con riferimento all'istituto in questione, si ripropone l'ormai classico interrogativo, ossia se sia ragionevole e giustificato applicare una misura così limitante, che comprime pesantemente i diritti patrimoniali, a fronte di un generico *quadro indiziario*, nemmeno dotato dei requisiti di gravità, precisione e concordanza. In effetti, se una società coopera intenzionalmente nell'altrui condotta di "caporalato", la stessa potrà essere condannata in sede penale, ai sensi degli artt. 110, 603-*bis* c.p., qualora di tale comportamento concorsuale si sia raggiunta la piena prova "oltre ogni ragionevole dubbio" (art. 533 c.p.p.) e, ai fini di eventuali misure cautelari personali, gli indizi gravi, precisi e concordanti (art.

[17] In tema di "caporalato", quanto alla letteratura gius-lavoristica, si rinvia a D. Garofalo, *Lo sfruttamento del lavoro tra prevenzione e repressione nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 6, 2020, p. 1303 s.; M. Miscione, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, in *Lav. giur.*, n. 2, 2017, p. 118 s.; Id., *Lavoro e schiavitù*, *in Lav. giur.*, n. 2, 2009, p. 158 s.

192, co. 2, c.p.p.). Viceversa, ai fini dell'irrogazione dell'amministrazione giudiziaria – misura, di fatto, non meno afflittiva di una multa o di una confisca penale –, il legislatore si "accontenta" dell'esistenza di «sufficienti indizi», come recita l'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011. Tale aspetto, per la verità, riguarda tutte le misure di prevenzione previste dal citato T.U., le quali per l'appunto non richiedono – per loro stessa natura di rimedi *ante* o *praeter delictum* – che si accerti la sussistenza di un reato con lo *standard* probatorio tipico della materia penale, basandosi esse sul mero accertamento di uno *status* di pericolosità, generica o specifica, in capo al c.d. "soggetto proposto".

Ciò che, invece, aggrava ancor più le perplessità in merito all'istituto dell'amministrazione giudiziaria è la "catena probatoria" che viene costruita dal legislatore nel citato art. 34: infatti, ai fini di tale misura di prevenzione, è sufficiente che il soggetto proposto sia *indiziato* di agevolare – anche solo colposamente – «l'attività [...] di persone *sottoposte a procedimento penale* [...] per i delitti di cui agli articoli 603-*bis*». Ebbene, qui si assiste al vero *vulnus* per le garanzie e persino per i più elementari principi di civiltà giuridica.

Come noto, infatti, il sol fatto che una persona, fisica o giuridica, sia sottoposta a procedimento penale non dovrebbe mai rappresentare il presupposto per l'applicazione, alla stessa e tantomeno ai terzi, di misure o sanzioni restrittive per le libertà fondamentali: ciò rappresenta il diretto portato della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, Cost.

Oggi, peraltro, persino il nuovo art. 335-*bis* c.p.p., introdotto dall'art. 15, co. 1, lett. b), D.Lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. "riforma Cartabia"), anche in attuazione della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento della presunzione di innocenza, statuisce in modo chiarissimo che «la mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito». È pur vero che tale disposizione menziona espressamente «la persona alla quale il reato è attribuito»; tuttavia, criteri logici e di ragionevolezza raccomandano di estendere la nuova garanzia dell'art. 335-*bis* c.p.p. – *a fortiori* – anche ai soggetti terzi che, dall'eventuale altrui iscrizione *ex* art. 335 c.p.p., possano averne astratto pregiudizio.

Pertanto, se si accerta, con sentenza penale passata in giudicato, che una determinata società ha compiuto il delitto di sfruttamento illecito

del lavoro *ex* art. 603-*bis* c.p., appare allora opportuno e persino doveroso sanzionare adeguatamente anche i soggetti terzi che abbiano in qualche modo agevolato la condotta di "caporalato"; e se, in via cautelare, si rende necessario sospendere o interdire determinate attività commerciali, in quanto vi siano precisi indizi che le stesse siano coinvolte in comprovati fatti di "caporalato", appare legittimo che lo Stato approntи adeguati strumenti, anche d'urgenza, per impedire la prosecuzione di tali illegali attività.

Tuttavia, l'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 sembra andare ben oltre tali ragionevoli livelli di tutela e di special-prevenzione, in quanto, ai fini dell'amministrazione giudiziaria, è sufficiente dimostrare – tramite meri *indizi*, anche non gravi, non precisi e non concordanti – che una determinata società stia agevolando l'attività di altro soggetto, persona fisica o giuridica, per il sol fatto che quest'ultimo sia *indagato*, ossia iscritto nel registro *ex* art. 335 c.p.p., senza che sia nemmeno necessario accertare, in capo a quest'ultimo, la presenza di indizi di qualsivoglia genere.

Ora, è pur vero che il nuovo art. 335 c.p.p., al comma 1-*bis*, statuisce che «il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, *indizi* a suo carico». Ciononostante, è fin troppo noto che, nella prassi, tale iscrizione viene perlopiù effettuata per il sol fatto che sia pervenuta una *notitia criminis* all'attenzione del Procuratore della Repubblica, persino una *notitia* palesemente infondata cui il giorno successivo segua una richiesta di archiviazione; in ogni caso, il citato comma 1-*bis* non prevede alcuna sanzione di carattere processuale nel caso di iscrizione effettuata in totale assenza di indizi di colpevolezza.

Per tale ragione, allorquando l'autorità sia stata adita per l'applicazione della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria, la stessa dovrebbe essere gravata dell'onere di accertare non solo gli *indizi* in capo al soggetto proposto, asserito agevolatore dell'altrui condotta di caporalato, ma anche i concreti *indizi* di reità in capo al soggetto asseritamente agevolato. Al contrario, come detto, all'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 il legislatore positivo ha ritenuto di far derivare una conseguenza pregiudizievole a carico di terzi (vale a dire l'irrogazione della amministrazione giudiziaria), per il sol fatto che un determinato soggetto, persona fisica o giuridica, sia stato iscritto nel registro *ex* art.

335 c.p.; opzione legislativa che, come detto, si palesa irragionevole o persino costituzionalmente illegittima.

4. Alcune considerazioni critiche

Nel paragrafo che precede, sono state messe in luce alcune criticità che affliggono, già solo in astratto, la citata disposizione legislativa e che indiziano la stessa di una potenziale illegittimità costituzionale; tuttavia, dall'esame dei singoli provvedimenti con i quali la giurisprudenza di merito ha cominciato ad applicare con una certa "generosità" l'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34 emergono ulteriori perplessità di natura concreta, relative cioè all'effettiva sussunzione dei casi *sub iudice* all'interno del paradigma normativo in questione.

Con particolare riferimento a due recenti provvedimenti emessi nei confronti di importanti società produttrici di beni di lusso[18], infatti, non si rimproverava alle imprese committenti di avere stipulato determinati contratti di appalto *direttamente* con imprese dedite al "caporalato"; piuttosto, nelle vicende *de quibus*, la condotta agevolatrice colposa sarebbe consistita nello stipulare appalti con società asseritamente prive di adeguata capacità imprenditoriale, queste ultime poi essendo destinate a perfezionare i sub-appalti con gli opifici indagati per "caporalato". In tal caso, secondo la ricostruzione accusatoria, l'agevolazione non avrebbe avuto natura diretta e immediata, bensì puramente *indiretta e mediata*, poiché ad essere indagate per "caporalato" erano non già le società appaltatrici, bensì solo le sub-appaltatrici con cui la committente non aveva rapporti giuridici diretti (considerando, peraltro, che l'originaria commessa vietava detto sub-appalto, in concreto stipulato verbalmente).

Tale schema "a catena" di natura presuntivo-indiziaria non appare immune da ulteriori profili problematici, con riferimento sia al nesso di causalità – materiale ma soprattutto *giuridica*, come a breve si vedrà – della agevolazione, sia all'elemento soggettivo della negligenza in capo al soggetto originario committente.

A ben vedere, l'irrogazione dell'amministrazione giudiziaria per presunti fatti di agevolazione colposa dell'altrui "caporalato" finisce per intercettare tre questioni teorico-generali fra le più spinose, vale a dire: i) il tema, in sé già complesso, della responsabilità giuridica colposa; ii) l'argomento, ancor più controverso, del concorso colposo nell'altrui com-

[18] Si fa riferimento ai già citati decreti n. 1 del 15 gennaio 2024 e n. 10 del 3 aprile 2024 del Tribunale di Milano.

portamento doloso[19]; iii) infine, il problema della responsabilità omissiva per l'omesso impedimento di un'altrui condotta illecita[20].

Ebbene, nel caso dell'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011, come concretamente applicato dal Tribunale di Milano, questi tre macro-problemi – sui quali la dottrina penale si interroga da decenni se non da secoli, trattandosi di clausole estensive della punibilità dai contorni alquanto indeterminati – risultano tra loro intrecciati, dando così luogo ad effetti per così dire "esponenziali". Menzionando, infatti, la condotta di agevolazione colposa del "caporalato", si finiscono per moltiplicare gli effetti potenzialmente irragionevoli derivanti dalla sinergia tra il fatto *omissivo* (art. 40, co. 2, c.p.), il fatto *colposo* (art. 43 c.p.) e il fatto *concorsuale* o plurisoggettivo (artt. 110-113 c.p.[21]), affidando di fatto al giudicante un potere discrezionale eccessivamente ampio, in possibile violazione dei princìpi di tassatività e determinatezza che, sorti nella materia penale, sono oggi pacificamente applicati anche alla materia delle misure amministrative di prevenzione[22].

[19] Cfr. F. Albeggiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, *passim*.; F. Argirò, voce *Agevolazione colposa*, in M. Donini (a cura di), *Reato colposo*, in *Enc. dir. – I tematici*, Milano, 2021, p. 20 s.

[20] Fra tutti, limitando lo sguardo ai lavori monografici, G. Grasso, *Il reato omissivo improprio, La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 327 s.; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 193 s.; A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, p. 513 s.; Id., *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, 2022, *passim*; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 122 s. In merito ai rapporti tra principio di affidamento e concorso colposo nell'altrui delitto doloso, cfr. M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 165 s.

[21] Fra tutti, L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, *passim*; F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, *passim*.

[22] Fra tutte, ricordiamo la sentenza *De Tommaso c. Italia* della Corte eur. dir. uomo, 23 febbraio 2017, nel procedimento n. 43395/09, in cui è stata messa in luce l'illegittimità di alcune forme di "pericolosità generica" che, ai sensi della L. n. 1423/1956, consentivano l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale. Nella bibliografia già sterminata, ci limitiamo a ricordare A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2017; F. Menditto, *La sentenza della Corte Edu De Tommaso c. Italia: un'occasione da non perdere per la modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *www.eropeanrights.eu*, 1 marzo 2017; F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017.

Inoltre, il tema dell'agevolazione colposa involge due ulteriori istituti di altrettanto vasto respiro, vale a dire il principio di *autoresponsabilità*[23] e il principio di *affidamento*[24]: il primo dovrebbe tendenzialmente impedire di imputare a soggetti terzi le conseguenze di un determinato comportamento compiuto, in autonomia, da una persona fisica o giuridica definita – per l'appunto – "auto-responsabile"; il secondo, consentirebbe tendenzialmente ad ogni consociato di operare nella ragionevole fiducia che gli altri soggetti, a loro volta, rispettino le norme di legge e gli obblighi loro spettanti. Perché si possa configurare una responsabilità agevolativa colposa, tanto più omissiva, in relazione all'operato – per di più, *doloso* – di soggetti terzi, sarebbe necessario configurare in capo al

[23] S. Pugliatti, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 464; S. Cagli, *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1148 s.; V. Caredda, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, *passim*; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, *passim*; U. Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, 2005, *passim*; A. Sereni, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, *passim*; G. Civello, *Il principio del* sibi imputet *nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2016, *passim*; Id., voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen.*, IX agg., Torino, 2017, p. 102 s.; M. Helfer, *Paternalismo e diritto penale: riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 9 dicembre 2020, p. 8 s.; Id., *L'autoresponsabilità della vittima e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoilluminato*, in G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, p. 92 s.; Id., *L'autoresponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio*, in *Arch. pen.*, 2020, p. 1, on-line; S. Dovere, *L'autoresponsabilità nella giurisprudenza penale italiana in materia di delitti colposi di evento*, in M. Ronco, M. Helfer (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Torino, 2020, p. 175; M. Ronco, *Autoresponsabilità e autodeterminazione*, in M. Ronco, M. Helfer (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., p. 259 s.; G. Fornasari, T. Pasquino, G. Santucci (a cura di), *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto*, Napoli, 2023, *passim.*

[24] Fra tutti, M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., *passim*; Id., voce *Affidamento (principio di)*, in M. Donini (a cura di), *Reato colposo*, in *Enc. dir. – I tematici*, Milano, 2021, p. 1 s.; M.C. Bisacci, *Il principio di affidamento quale formula negativa del giudizio di prevedibilità della colpa*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 204 s.; A. Massaro, *Principio di affidamento e cooperazione colposa nell'attività medico-chirurgica*, in M. Ronco - M. Helfer (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Torino, 2020, p. 215; Id., *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica di équipe*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3857 s.; M.L. Mattheudakis, *Il principio di affidamento nella dialettica cautelare tra datore di lavoro e lavoratore: un argine al paternalismo?*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 571; Id., *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1220 s.

soggetto "cooperante" una sorta di obbligo giuridico di impedire l'altrui condotta illecita, obbligo – come noto – fra i più controversi e dibattuti nella materia penale.

È pur vero che, in tema di misure di prevenzione, non viene tecnicamente in rilievo una *responsabilità ex post* in capo al soggetto proposto, bensì solo la necessità di neutralizzare – *ex ante* e *pro futuro* – i rischi o le condotte antisociali realizzate da quest'ultimo; pur tuttavia, posto che l'irrogazione dell'amministrazione giudiziaria al soggetto committente trova fondamento, in via mediata e incidentale, nel previo accertamento di una sua condotta agevolatrice colposa, all'accertamento di quest'ultima sembrano comunque doversi applicare i princìpi e le garanzie generalmente riconosciuti all'interno dell'ordinamento para-sanzionatorio.

In altri termini, è pur vero che l'amministrazione giudiziaria non è una *sanzione penale* in senso stretto, bensì una misura preventiva *pro futuro*; tuttavia, anche considerata la sua pesante incidenza rispetto a diritti fondamentali costituzionalmente tutelati – come la proprietà privata, la libertà di impresa e, indirettamente, la stessa libertà personale e la libera esplicazione della personalità individuale –, appare comunque opportuno che i presupposti applicativi della stessa (nella specie, l'accertamento di un'agevolazione colposa dell'altrui delitto doloso di "caporalato") vengano interpretati in un modo particolarmente rigoroso, sia in punto di perimetro sostanziale degli istituti, sia in punto di standard processuali e probatori. Ciò al fine di evitare che una misura astrattamente legittima e ragionevole, quale è l'amministrazione giudiziaria, si trasformi in un improprio strumento di dirigismo o persino di *catarsi* giudiziaria, come sembrano suggerire alcuni evocativi passaggi dei provvedimenti milanesi sopra citati, ove il fenomeno dell'agevolazione colposa viene testualmente descritto in termini di *inquinamento*, di *patologia* e di *contaminazione*, con la conseguente necessità di instaurare una nuova forma di *sanità* o *sterilizzazione* economica[25].

A ciò si aggiunga che, mentre il comune schema sotteso al D.Lgs. n. 231/2001 – più volte invocato nei decreti del Tribunale di Milano – prevede l'introduzione di modelli organizzativi, i quali hanno lo scopo di

[25] Si fa riferimento, in particolare, all'affermazione per la quale «la finalità dell'istituto dell'amministrazione giudiziaria non è […] repressiva ma piuttosto preventiva, volta, cioè, non a punire l'imprenditore che sia intraneo all'associazione criminale, quanto a contrastare la *contaminazione* antigiuridica di imprese *sane*, sottoponendole a controllo giudiziario con la finalità di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirle al libero mercato una volta *depurate* dagli elementi *inquinanti*» (Tribunale di Milano, Sez. aut. mis. prev., 3 aprile 2024, n. 10, motivazioni).

prevenire la commissione di determinati fatti illeciti *all'interno* dell'ente e da parte di soggetti anch'essi *interni* all'ente[26], la struttura giuridica dell'agevolazione colposa di cui all'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 sembrerebbe preludere a una sorta di mutamento di paradigma: infatti, per escludere l'applicazione della citata misura di prevenzione, la società è onerata di dimostrare non solo una corretta organizzazione *interna*, ma anche e soprattutto la presenza di un meccanismo volto a prevenire la commissione di fatti *esterni* di "caporalato" da parte di appaltatori e persino di sub-appaltatori. Se al diritto civile non sono ignote forme di responsabilità solidale, anche oggettiva, in capo al committente per determinati fatti od omissioni posti in essere da fornitori o sub-fornitori di beni o servizi, nella materia penale e anche in quella delle misure di prevenzione tale nuovo schema di responsabilità desta non poche perplessità, rischiando di estendere in maniera eccessiva l'area di intervento dello Stato nelle attività economiche private.

In effetti, qualora l'agevolazione dell'altrui condotta di "caporalato" sia intrinsecamente dolosa, integrandosi un vero e proprio concorso *ex* art. 110 c.p. nel delitto *ex* art. 603-*bis* c.p., l'elemento psicologico della intenzionalità appare altamente "tipizzante", ossia capace di colorare in termini di disvalore soggettivo e personale il comportamento cooperativo: se un imprenditore in malafede progetta, in modo deliberato, una catena di appalti e sub-appalti consapevolmente destinata ad agevolare un circuito di sfruttamento del lavoro illegale, non vi è dubbio che tutti i soggetti concorrenti in tale forma di illecito debbano soggiacere a adeguate misure sanzionatorie e interdittive, proporzionate al fatto illecito. Di contro, nei casi di mera agevolazione colposa, l'accertamento del coinvolgimento diretto e personale del soggetto agevolante – pur non dovendo, come detto, raggiungere la prova di un concorso "penalistico" vero e proprio – si fa più incerto e solleva non pochi problemi sia in punto di regola cautelare violata, sia in punto di prevedibilità ed evitabilità del fatto sia, infine, in punto di "competenza" diretta e personale alla gestione di un rischio asseritamente illecito innescato da terzi.

In particolare, quanto alla presunta regola cautelare violata, nel caso di specie il Tribunale di Milano ha ritenuto che l'impresa committente

[26] Come noto, l'art. 5, D.Lgs. n. 231/2001 statuisce che «l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio *solamente* «a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)».

non avrebbe «mai verificato la reale capacità imprenditoriale delle società appaltatrici, alle quali affidare la produzione»; queste ultime, proprio in quanto prive di tale capacità, si sarebbero poi rivolte – a titolo di sub-appalto – a imprese terze, dedite allo sfruttamento del lavoro illegale. A tal riguardo, tuttavia, il quesito dalla non facile soluzione è se davvero, nel nostro ordinamento giuridico, i doveri di solidarietà sociale si spingano sino a istituire, in capo ad un cittadino o a una impresa, il personale obbligo di vigilare affinché determinati soggetti *terzi* – come i fornitori o gli appaltatori – si rivolgano solo a enti o persone i quali siano, a loro volta, ottemperanti agli obblighi di legge; vi è, infatti, da chiedersi se davvero, tra le «normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale», per richiamare una dicitura presente nei decreti sopra menzionati, vi siano anche regole di condotta – che il Tribunale di Milano chiama «*modelli virtuosi*» – volte a impedire che soggetti terzi, sub-contraenti, commettano fatti costituenti reato o comunque fatto illecito.

Il punto, infatti, non è tanto se una determinata prassi imprenditoriale, *de facto*, sia oggettivamente in grado di agevolare circuiti di economia irregolare o illegale, quanto se il soggetto che tale prassi adotti abbia effettivamente e *de iure* la *competenza* a governare ed eventualmente a scongiurare tale "rischio altrui"; ove per "competenza" qui non si intende certo la mera capacità o possibilità di conoscere ed eventualmente di ostacolare un determinato fenomeno materiale od economico (sul piano dell'*essere* fattuale o del *Können*), quanto invece un preciso *dover essere* giuridico (*Sollen*), legalmente fondato.

Nel caso di specie, il giudice della prevenzione ha ritenuto di elevare nei confronti dell'ente proposto un «rimprovero colposo determinato dall'*inerzia* della società»; tuttavia, affinché tale inerzia possa essere equiparata a un positivo comportamento di agevolazione colposa, sarebbe necessario ipotizzare l'esistenza in capo al soggetto committente di un presunto obbligo giuridico di impedire l'evento *ex* art. 40, co. 2, c.p., vale a dire l'obbligo *giuridico* – e non puramente morale o "civico" – di impedire nemmeno al soggetto appaltatore bensì, addirittura, agli ulteriori soggetti sub-appaltatori la commissione di determinate condotte illecite, obbligo che, per l'appunto, non sembra dotato di un fondamento normativo ai fini della citata misura di prevenzione.

Tale ipotetico obbligo impeditivo sembra, in effetti, porsi nel solco di un ulteriore mutamento di paradigma giuridico, vale a dire la progressiva e capillare "delocalizzazione" delle funzioni di vigilanza pubblicistica in capo a soggetti privati: si pensi agli obblighi di segnalazione antiriciclag-

gio, alla normativa in tema di *whistleblowing* e alle numerose altre ipotesi nelle quali gli odierni sistemi giuridici finiscono progressivamente per delegare alle imprese, o persino a singoli cittadini privati, lo svolgimento di compiti di controllo o di denuncia. Parimenti, in tema di amministrazione giudiziaria, sembra che la direttrice di sviluppo di detta misura di prevenzione consista nell'attribuire sempre più alle singole imprese private il compito – e, dunque, l'eventuale *responsabilità* – di controllare, di vigilare, di verificare affinché i soggetti contraenti (nella specie, gli appaltatori) non si rivolgano, a loro volta, a realtà imprenditoriali irregolari o illegali, replicando così il citato schema della delega di funzioni pubblicistiche a soggetti privati.

5. Una breve conclusione

Alla luce delle questioni giuridiche sin qui illustrate, è possibile trarre alcune brevi considerazioni *de iure condito* e *de iure condendo*.

De iure condito, in ragione di quanto dispone l'art. 34, D. Lgs. n. 159/2011, appare necessario che la misura dell'amministrazione giudiziaria venga concretamente disposta solo allorquando vi siano indici univoci di un'agevolazione *diretta e immediata* – seppure di natura colposa – all'attività di soggetti, i quali siano dediti in modo sufficientemente comprovato allo sfruttamento del lavoro illegale; dovrebbe, invece, evitarsi l'applicazione "a catena" di detta misura, nei casi di mera agevolazione indiretta e mediata, i quali sollevano i citati problemi in termini di nesso di causalità (materiale e giuridica) e di nesso colposo, oltre che di evidente "autoresponsabilità". Inoltre, sarebbe opportuno limitare l'area della agevolazione giuridicamente rilevante alle sole condotte strettamente *commissive*, non ravvisandosi tendenzialmente, nei rapporti tra società commerciali, alcun obbligo giuridico di impedire l'evento *ex* art. 40, co. 2, c.p. (nella specie, un presunto obbligo di impedire i fatti dolosi e commissivi di "caporalato" commessi, in ipotesi, da soggetti terzi, nemmeno appaltatori ma persino sub-appaltatori).

De iure condendo, sembrerebbe opportuno che il legislatore, anziché ritenere sufficiente la presenza di indizi di un'agevolazione colposa in favore di soggetti meramente *indagati* per il delitto di "caporalato" – o per gli altri reati di cui al *numerus clausus* –, richiedesse anche in capo al soggetto agevolato la presenza di sufficienti *indizi* di reità, proprio al fine di evitare che, dalla sua mera iscrizione nel registro *ex* art. 335 c.p.p., possano derivare – a carico del soggetto iscritto, o *a fortiori* a carico di

soggetti terzi – conseguenze di carattere pregiudizievole sia in termini sanzionatori, sia in termini preventivi-interdittivi.

Una proposta ancor più rigorosa e "garantistica" potrebbe consistere nell'abolizione dell'amministrazione giudiziaria nei casi di agevolazione meramente colposa dell'altrui "caporalato", limitando la reazione ordinamentale "d'urgenza" alle sole misure cautelari previste dal codice di procedura penale, previa raccolta di gravi indizi di una effettiva partecipazione dolosa *ex* art. 110 c.p. ad altrui condotte sussumibili all'interno dell'art. 603-*bis* c.p.

Nino Levi: formidabile e tragica figura di professore di diritto penale nel ventennio

Giovanni Cocco
Professore ordinario di diritto penale

Sommario: 1. Introduzione al rilievo scientifico e storico di Nino Levi. - 2. Le opere scientifiche. - 3. Il politico liberal-socialista e antifascista. - 4. L'avvocato di larga fama e riconosciuta genialità. - 5. Il riconoscimento dei più importanti accademici dell'epoca. - 6. Qualche annotazione sul metodo scientifico utilizzato nel saggio pubblicato. - 7. Cenni sul contenuto del saggio. - 8. Conclusioni.

[*] Il contributo è destinato alla pubblicazione nella rivista *Studi economico-giuridici*, Jovene editore, Napoli, 2024 (ISSN 1971-5692), quale introduzione alla ristampa del lavoro di Nino Levi, *Dolo e coscienza della illiceità*, e ne è stata autorizzata la pubblicazione anche in questa sede.

[**] Il saggio è dedicato al monitorio ricordo dell'assassinio di Giacomo Matteotti, di cui ricorre il centenario, e si trova a raccontare una storia di pluralismo e universalismo nei rapporti scientifici e culturali, precondizione per la caduta dei pregiudizi alimentati da settarismo e ignoranza e generanti i conflitti. Una storia non certamente di neutralità, ma di superiorità della scienza, della cultura e dell'umanità su faziosità e conflitti dettati dai regimi politici. La vicenda di Nino Levi evidenzia la apertura istituzionale, culturale e personale di alcuni (per non dire gran parte degli) accademici aderenti al regime fascista nei suoi confronti e la generosa accoglienza da parte della comunità scientifica statunitense degli studiosi ebrei in esilio. Fatti che oggi meritano di essere ricordati non tanto per elogiarne i protagonisti, quanto per deprecare le sempre attuali sollecitazioni, per lo più motivate da accattivanti quanto inconsistenti ragioni superiori, alla rottura dei rapporti scientifici e culturali con persone e istituzioni scientifiche, indipendenti da regimi e governi, in odio ai nemici d'occasione o sempiterni.

1. Introduzione al rilievo scientifico e storico di Nino Levi

Vi sono diverse ragioni che giustificano la ristampa dell'importante lavoro di Nino Levi[1], *Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel Progetto*, pubblicato quasi un secolo fa nelle pagine di questa stessa rivista *Studi Economico-Giuridici*, vol. XVI (1925-1927), Cagliari 1928, quale parte importante di un volume dedicato a studi critici sul progetto del nuovo codice penale, che lo stesso Levi, divenuto professore straordinario a Cagliari nel 1926, presentò nella qualità di direttore dell'Istituto Economico-giuridico. Volume contenente anche i contributi del futuro Presidente della Repubblica italiana, Antonio Segni, sui rapporti tra processo civile e codice penale; di uno degli studiosi più eminenti della medicina legale italiana del Novecento, Giorgio Benassi, in quegli anni professore a Cagliari[2]; nonché del penalista Mauro Angioni[3] sulle circostanze e del civilista Marcello Marcello sul titolo X del progetto.

In primo luogo, oltre alla importanza del saggio[4], va sottolineata la levatura scientifica di Nino Levi, figura certamente di primo piano

[1] Nino Levi nacque a Venezia il 7 luglio 1894, nel 1928 - anno della pubblicazione del saggio riprodotto - aveva dunque 34 anni e una vita già intensamente vissuta.

[2] Giorgio Benassi (1882-1968), allievo di Lorenzo Borri, a Cagliari dal 1924 (straordinario dal 1927 e ordinario nel 1930) fino a 1933, insegna a Medicina e Giurisprudenza e dà impulso all'istituto di medicina legale, conclude la sua carriera a Bologna dove dirige l'Istituto di medicina legale dal 1935 al 1952. Oltre al lavoro *Osservazioni medico-legali sul progetto (di codice penale)*, in *Studi economico-giuridici*, vol. XVI (1925-1927), Cagliari, 1928; pubblica in *Studi economico-giuridici*, vol. XVIII-XIX (1930-1931), *Osservazioni medico-legali sul testo definitivo del codice penale*, e in *Studi economico-giuridici*, vol. XX-XXI (1932-1933), *La riforma della legge sugli infortuni*.

[3] Mauro Angioni (1880-1969), formatosi nell'ateneo cagliaritano, è libero docente e, nell'arco di diversi decenni della prima metà del Novecento, viene investito di incarichi per l'insegnamento del diritto penale nello stesso ateneo. Avvocato e politico, è uno degli esponenti di punta del partito dei combattenti - da cui poi nasce il partito sardo d'azione – nelle cui fila viene eletto nel 1919 alla Camera dei deputati, per poi iscriversi al partito nazionale fascista di cui diviene influente esponente locale, oltre ad essere un importante massone. Non riesce a divenire professore straordinario e poi ordinario, in particolare nel concorso nell'Università di Cagliari chiusosi nell'ottobre 1933, pur giudicato maturo, gli vengono preferiti Biagio Petrocelli, Raoul Frosali e Arturo Santoro, da una commissione composta da Ugo Conti Sinibaldi, Vincenzo Manzini, Arturo Rocco, Giuseppe Maggiore e Filippo Crispigni. In definitiva la sorte concorsuale di Angioni è in qualche misura opposta a quella di Levi. Il primo fascista non ottiene la cattedra, pur con valide pubblicazioni, il secondo invece la ottiene, indubbiamente di qualità eccellenti ma antifascista: evidentemente la accademia italiana di quegli anni, aderente in buona parte al fascismo, ha un'alta considerazione della propria autonomia rispetto alla politica.

[4] Alfredo De Marsico (Aldo DEMS), *Nino Levi*, in *Arch. Pen.*, vol. 2. fasc. 3-4, 1946, 160, che di Levi è amico nonché profondo conoscitore dell'opera scientifica, definisce l'ampio

tra gli studiosi e i professori di diritto penale della prima metà del Novecento. Lo conferma la stessa esperienza nell'importante ateneo cagliaritano (università di prima classe dal 1902 e poi classificata di serie A dalla riforma Gentile del 1926), che - diversamente da quella di altre personalità, pur prestigiose, che vi ricoprirono la cattedra di diritto penale - è particolarmente significativa per quanto solamente triennale, come è dimostrato anche dal ruolo conseguito di direttore dell'istituto economico-giuridico e dall'importante e poderoso contributo *de quo* che Levi pubblica negli studi dell'Istituto e ha risonanza nazionale tra i colleghi[5].

Nino Levi si laurea a Pavia nel maggio 1915 e poco meno di un decennio dopo ottiene incarichi di insegnamento del diritto amministrativo nella Università Bocconi di Milano[6] e per le esercitazioni di diritto penale nella Università statale di Milano, all'epoca di recentissima fondazione.

Nel 1926 Levi entra nella terna vincente del concorso per professore non stabile (straordinario) di diritto e procedura penale presso l'Università di Bari[7]. La commissione è composta da Alessandro Stoppato[8],

saggio monografico che ripubblichiamo «una monografia da cui nessuno studioso potrà prescindere». Ritorneremo sull'opera negli ultimi paragrafi.

[5] Giuliano VASSALLI, *Giacomo Delitala*, in *Giust. pen*., LXXVIII (1973), I, c. 175 ss., ora in *Diritto penale del XXI secolo*, VII (2008), 2, 157 ss.., di Nino Levi ricorda, tra l'altro, la brillante esperienza universitaria in Sardegna (v., *infra*, § 5, n. 101).

[6] Sul periodo bocconiano si veda ampiamente, *infra*, il § 3.

[7] V. *Relazione della commissione giudicatrice del concorso per professore non stabile alla cattedra di diritto e procedura penale della R. Università di Bari*, in *Ministero della pubblica istruzione. Bollettino Ufficiale*, II, *Atti dell'amministrazione*, 1927, 294 ss., da cui riprendo i giudizi.

[8] Alessandro Stoppato (1858-1931), libero docente a Padova, professore ordinario a Bologna, esponente della destra liberale, prima deputato e membro della commissione d'inchiesta sui fatti di Caporetto, poi senatore a vita dal 1920. Avvocato di chiara fama, protagonista di una intensa attività umanitaria, aderisce alla scuola classica con profili originali ed è certamente fermo oppositore delle teorie positivistiche (cfr. voce *Alessandro Stoppato*, Treccani, 1932). Alfredo De Marsico (A. DE MARSICO (Aldo DEMS), *Nino Levi*, in *Arch. Pen*., vol. 2. fasc. 3-4, 1946, 158 ss.; v., *infra*, § 5, n. 107) avvicina Levi, come studioso, alla figura di Stoppato, il che lo interpreto, essendo ambedue concorrenti nel concorso di Bari e in stretti rapporti, nel senso che Stoppato ha un ruolo significativo per l'affermazione di Levi in quel concorso.

presidente, Vincenzo Manzini[9], Edoardo Massari[10], Michele Barillari[11] e Giulio Battaglini[12]. Una commissione, dunque, ben lontana ideologicamente da Levi, esponente socialista di primo piano. Undici i concorrenti[13], la commissione chiude i lavori il 21.11.1926, ritenendone maturi cinque[14], Nino Levi entra nella terna vincente[15] e giunge secondo dopo Alfredo De Marsico[16], terzo Marcello Finzi[17].

Significativo il giudizio su Levi: «Libero docente di diritto e procedura penale nella R. Università di Milano e incaricato delle esercitazioni di diritto e procedura penale nella università stessa. La maggioranza della Commissione ha ritenuto ch'egli occupi una posizione assai rilevante fra coloro che partecipano all'attuale concorso, per ingegno, consapevolezza scientifica, rigore di metodo, padronanza diretta della letteratura stranie-

[9] Vincenzo Manzini (1872-1957), uno dei più noti e prestigiosi penalisti della prima metà del Novecento, all'epoca professore ordinario a Padova. Vicino alle posizioni fasciste, tra l'altro si esprime favorevolmente sull'arringa di Farinacci a difesa degli assassini di Matteotti pubblicata con una sua prefazione.

[10] Eduardo Massari (negli atti pubblicati risulta Edoardo) (1874-1933), all'epoca ordinario a Napoli. Della scuola napoletana dei Rocco e vicepresidente della commissione di riforma del codice penale.

[11] Michele Barillari (1872-1965), filosofo del diritto e costituzionalista, docente a Cagliari dal 1915 al 1918, all'epoca ordinario a Bari. Di formazione cattolica e di idee progressiste.

[12] Giulio Battaglini (1885-1961) in quegli anni ordinario a Pavia e incaricato nell'Università cattolica di Milano. Vicino alle posizioni fasciste.

[13] Guglielmo Sabatini, Marcello Finzi, Giovanni Battista De Mauro, Giulio Paoli, Alfredo De Marsico, Domenico Alberto Tolomei, Wolfango Valsecchi, Enrico Romano Di Falco, Nino Levi, Francesco Magri, Alfonso Tesauro.

[14] Finzi, Paoli, De Marsico e Levi all'unanimità, Sabatini tre a due.

[15] Sabatini è escluso all'unanimità, Finzi e De Marsico sono ammessi all'unanimità, Levi supera tre a due Paoli. De Marsico è primo con un voto contrario (è immaginabile da parte di uno dei commissari non fascisti: Barillari?), Levi è secondo con una sola astensione (giudicata poi illegale, ma ininfluente, dal Consiglio superiore della P.I.), dunque senza alcun voto contrario. Curiosamente Levi, che ha meno voti di Finzi per entrare nella terna, lo supera nella votazione della graduatoria finale; infatti, un commissario che preferisce Finzi nella inclusione nella terna preferisce Levi per la graduatoria (voto giudicato poi illegale, ma ininfluente, dal Consiglio superiore della P.I.).

[16] La vita accademica di Levi si incrocia nell'occasione con quella di Alfredo De Marsico (1888-1985), che passa da Cagliari a Bari, mentre Levi viene chiamato a Cagliari. Alfredo de Marsico, avvocato di chiara fama e parlamentare fascista, conclude la carriera accademica alla Sapienza di Roma nel dopo guerra; ministro della giustizia nel 1943, in qualità di membro del Gran consiglio del fascismo vota (e concorre a predisporre) l'ordine del giorno Grandi che determina l'arresto di Mussolini e per questo viene condannato a morte dai tribunali fascisti.

[17] Anche Marcello Finzi, come Levi, è ebreo e subisce gli effetti delle leggi razziali mentre è docente a Modena, deve pertanto emigrare in Argentina.

ra. Il suo lavoro su "La parte civile" e ancor di più quello più recente su "La frode in commercio" assumono una importanza cospicua nella nostra letteratura giuridica per forza dialettica e per criterio equilibrato. Da tali lavori si può arguire che Levi, continuando a dedicarsi alla scienza, potrà diventare di questa una forza sempre più viva»[18]. Va evidenziato che Levi all'epoca ha trentadue anni e ha già una intensissima attività politica e professionale alle spalle[19], che tuttavia non gli impedisce di dedicarsi ad approfonditi studi scientifici, come riconosce una commissione non certo a lui politicamente vicina. Del giudizio merita una sottolineatura, in particolare, il riferimento alla padronanza diretta della letteratura straniera: Levi nelle sue opere mostra, infatti, conoscenza della letteratura francese e tedesca, nonché, circostanza non usuale all'epoca, anche della letteratura inglese, seppure solo occasionalmente nei testi giuridici[20].

A seguito di concorso viene nominato, dal 1° gennaio 1927, professore non stabile (straordinario) di diritto e procedura penale, per un triennio solare, nell'Università di Cagliari[21]. Consegue la stabilizzazione (ordinariato) il 20 febbraio 1930[22], essendo ormai incardinato nell'Università di Catania, con un giudizio all'unanimità di una commissione presieduta da Vincenzo Manzini, che ne è anche il relatore, e composta da Edoardo Massari e Giulio Battaglini[23], tutt'e tre già componenti della commissione barese. La commissione dà atto che Levi ha svolto quasi interamente il suo insegnamento presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di

[18] Prosegue il giudizio: «Uno dei commissari ha fatto notare che il Levi si è cimentato sinora in temi troppo particolari e specifici, in modo da non attestare una visione ampia della scienza ch'egli professa. Qualche altro commissario poi ha rilevato che nel libro recente su "La frode in commercio" vi è qualche sproporzione fra la parte relativa all'indagine storica, che pur ha valore di ricerca diligente e personale, e la parte costruttiva e dogmatica».

[19] Tratteggiata, *infra*, nei §§ 3 e 4.

[20] Tra le opere politiche di Nino Levi vi è la traduzione dall'inglese del volume di uno dei fondatori del partito laburista, James Ramsay MacDonald, *A Policy for the Labour Party*, London, 1920 (*Direttive politiche per il Partito del lavoro*, Alpes, 1924).

[21] Traggo le notizie da *Ministero della pubblica istruzione. Bollettino Ufficiale*, II, *Atti dell'amministrazione*, 1927, 465. Per la curiosità, lo stipendio è di 16.000 lire annue più un supplemento di servizio attivo di 4.200 lire annue.

[22] V. Relazione della commissione esaminatrice dei titoli presentati per conseguire la promozione a stabile dal prof. Nino Levi, in *Bollettino Ufficiale del Ministero dell'educazione nazionale*, II, *Atti dell'amministrazione*, 1930, 1014.

[23] Una commissione, dunque, oltre che indubbiamente prestigiosa, interamente composta da professori vicini al regime, ancor più apprezzabili dunque le parole di particolare elogio per l'opera scientifica di Levi. Dovremmo imparare dalla assenza di faziosità di quelle personalità.

Cagliari, dove «tanto nell'insegnamento, quanto in altri incarichi a lui affidati, ha dimostrato di unire, alle migliori qualità di studioso, quelle dell'insegnante appassionato ed efficace». Eccellente il giudizio sulla produzione scientifica, Levi presenta ben undici pubblicazioni nel triennio dando «mirabile prova d'ininterrotta attività scientifica». Tre le opere di Levi su cui la commissione si sofferma per l'importanza, la prima è quella che si ristampa, definita dalla relazione «studio largo e profondo di uno dei più fondamentali argomenti della scienza del diritto penale, condotto con rara acutezza e precisione e col sussidio di una vastissima cultura anche nelle letterature straniere». Sono poi specialmente valutate le monografie: *In tema di diritto penale internazionale*[24] e *Delitti contro la pubblica amministrazione*[25], nonché i vari lavori sulla riforma del codice penale[26]. Concludendo che in «nessun modo migliore il prof. Levi avrebbe potuto soddisfare a quelle speranze che la nostra scienza aveva tratto dal suo forte ingegno e dalla sua fervida passione sin dall'inizio della carriera».

2. Le opere scientifiche

L'alto livello scientifico di Levi emerge, d'altra parte, dall'esame diretto della imponente mole di lavori scientifici. In primo luogo, lo studio monografico riproposto sull'oggetto del dolo[27], di evidente interesse scientifico per l'acribia e l'acume critico con cui l'autore esamina tutte le tesi contrastanti con le scelte legislative oggetto di puntuale "rendicontazione" (è pro-

[24] Per la commissione: «Lavoro pregevolissimo anche per la esatta impostazione delle questioni». Non ho rinvenuto l'opera (non è presente nella Biblioteca centrale giuridica presso la Corte di cassazione), ritengo trattarsi della provvisoria dell'opera poi pubblicata postuma (pur non del tutto completata anch'essa) dal titolo *Diritto penale internazionale*, Giuffrè Milano, 1949.

[25] Il volume *I delitti contro la pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, Roma 1930, per la commissione «costituisce una vasta e accuratissima trattazione d'una delle più ardue materie della parte speciale del diritto penale, che presuppone una profonda conoscenza anche del diritto amministrativo della quale il Levi dà prova, manifestando sempre quelle cospicue qualità d'ingegno, di serietà, di ottimo senso giuridico, che caratterizzano tutta la sua produzione». A questa opera fece seguito, sul nuovo codice, la più nota ed ancora citata *Delitti contro la pubblica amministrazione titolo 3. del libro 2. del Codice Penale*, Milano, Vallardi, 1935.

[26] Per la commissione: «tali da fornire veramente pregevoli alla riforma medesima».

[27] La cui collocazione negli *Studi economico-giuridici* ne ha forse impedito una più diffusa conoscenza, soprattutto in tempi più recenti, ma non quella degli specialisti della materia.

prio il caso di dire)[28]. Ma, ancor più, di peculiare importanza storica[29] vista l'epoca in cui viene scritta, gli anni duri della conquista del potere da parte del fascismo, di cui Levi subisce personalmente gli effetti[30], e l'oggetto, ovvero la riforma penale "fascista", la cui natura e qualità possiamo misurare attraverso il commento su un tema nevralgico di uno studioso oppositore del regime[31].

Tra le più importanti opere, inoltre, vanno evidenziate le precedenti monografie, su temi per certi versi meno coinvolgenti valutazioni "politico-criminali"[32], che ne giustificarono la cattedra e che ancora oggi costituiscono un significativo punto di riferimento per gli studi in tema: *La parte civile nel processo penale italiano*, 1ª ed., Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1925, di cui una edizione relativa al nuovo codice di rito fu edita

[28] Riprendo le parole di De MARSICO, *Nino Levi*, cit., 160, che lo definisce «forse il lavoro di più ampia informazione scientifica e di più ordinata sintesi storica per chi, ripensando al complesso rapporto tra dolo e inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, voglia decidersi fra le tre soluzioni possibili: la finzione, la presunzione o la imposizione della conoscenza come dovere civico».

[29] Forse non compresa dagli storici che si sono occupati di Nino Levi, che talvolta addirittura omettono di ricordare il lavoro.

[30] Cfr., *infra*, § seg.

[31] Si può anticipare che, in definitiva, il lavoro di Levi sembra confermare quanto testimonia la stessa lunga vita del codice, il quale, sebbene non sia del tutto alieno da significativi interventi autoritari (per tutti, nella parte generale, la previsione del tentativo), pare sostanzialmente in continuità con il codice Zanardelli e con il dibattito scientifico che ne segue, senza una significativa *fascistizzazione* dello stesso. Per tutte, significativa seppur interessata, la testimonianza di uno dei suoi principali autori, V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, Torino, Utet, vol. I, 1948, 74: «Ancorché emesso in regime fascista, il Codice del 1930 mantiene fede ai principî di quello del 1889, e di disposizioni ispirate a idee o a interessi fascisti ne contiene ben poche, nella parte speciale», non ché quella di De Marsico, che proprio in esordio del ricordo di Levi (op. loc. cit., 138), primo di una serie di profili, volti a fare l'inventario della scienza penalistica nel momento immediatamente successivo la fine del regime fascista, afferma che «lo svolgimento del programma porterà, credo, come è stato già avvertito, a riconoscere, che nel cantiere del diritto penale gli artefici migliori, nell'ultimo ventennio, ebbero l'occhio rivolto più ai principi del diritto sottostanti a qualunque regime che ai caratteri o bisogni contingenti di quel periodo storico».

[32] In linea con quanto ritengo debba essere la formazione scientifica anche del penalista contemporaneo che, prima di affrontare le tematiche politico-criminali, deve dimostrare di avere una solidissima preparazione dogmatica, l'unica che in effetti consente di vedere in filigrana la matrice ideologica delle norme esistenti e di quelle proposte e che costituisce un antidoto alle superficiali letture ideologiche. Tradizione scientifica italiana che mi pare si vada perdendo in questi ultimi anni, in cui si propongono ricostruzioni storiche e politico-criminali, pur interessanti ma che non possono dare piena dimostrazione della maturità degli autori per la ragione detta.

a Padova, Cedam, 1936; e *La frode in commercio*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1926. Successiva all'esperienza cagliaritana, una opera fondamentale ancora oggi utilizzata dalla letteratura italiana in materia: *Delitti contro la pubblica amministrazione titolo 3. del libro 2. del codice penale*, 1935, pubblicata nella quarta edizione, rinnovata in conformità al codice penale italiano vigente, del *Trattato di diritto penale* edito da Vallardi, coordinato da Eugenio Florian[33]. Infine, postuma: *Diritto penale internazionale*, Milano, A. Giuffrè, 1949, ma scritta circa un decennio prima, che costituisce il primo ampio contributo monografico all'approfondimento scientifico della materia[34], ampiamente citata anche nella letteratura internazionale.

Di rilievo anche la partecipazione al primo volume del commentario diretto da Ugo Conti Sinibaldi[35], *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, in cui Levi commenta i primi tre titoli del Libro I[36], con la collaborazione di alcuni tra i più importanti penalisti dell'epoca: il già citato Alfredo De Marsico, Eugenio Jannitti Piromallo, Guglielmo Sabatini, Ottorino Vannini, Adolfo Zerboglio. A cui vanno aggiunte numerose opere, per così dire, minori[37].

[33] Autori delle distinte monografie Enrico Altavilla, Dante Angelotti, Agostino Berenini, Eugenio Florian, Nino Levi, Giovanni Lombardi, Mario Manfredini, Guglielmo Sabatini e Adolfo Zerboglio.

[34] Lo sottolinea G. VASSALLI, *Alfredo De Marsico* (Commemorazione tenuta in Sala Consilina, città natale di Alfredo de Marsico, il 25 maggio 1986), in *Arch. Pen.*, 1986, 159 (ove parla di Levi e di de Marsico nei rapporti con il primo).

[35] Ugo CONTI SINIBALDI (1864-1942), agli inizi del Novecento docente a Cagliari, in particolare autore di *Diritto penale e suoi limiti naturali*, complessivamente di oltre 160 pagine, pubblicata nel corso di diversi anni sulla rivista *Studi economico-giuridici* (vol. III [1911], parte terza; vol. V [1913], parte I; vol. VI [1914], parte I). Concluse la sua carriera accademica a Pisa dove fu anche preside della Facoltà di giurisprudenza.

[36] Di cui particolarmente apprezzate le pagine sulla causalità (v. De MARSICO, *Nino Levi*, cit., 163).

[37] Propongo di seguito - non certo della sua completezza con riferimento alle opere minori, ma comunque molto accurata - la bibliografia giuridica di Nino Levi, utilizzando, in particolare, ma non solo, i testi presenti nel catalogo della Biblioteca centrale giuridica presso la Corte di Cassazione: *Rivendicazione presso il terzo possessore di buona fede di cosa mobile proveniente da delitto*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XVIII, 1921, n. 11-12 I, 673; *Lezioni sugli enti locali territoriali*, Tipo litografia Tenconi, 1922; *Diritto amministrativo. Lezioni*, Tipo litografia Tenconi 1924; *Contributo alla nozione di parte lesa*, estratto Società modenese 1924 (in *Arch. Giuridico Serafini*, XCI, fasc. 2); *La parte civile nel processo penale italiano*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1925; *Costituzione di parte civile contro l'imputato di violenza carnale in persona della moglie*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925; *Sulla natura del reato di frode nella consegna (Art. 295 C.P.)*, Matti, 1925; *La frode in commercio*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1926; *Perito revisore di perizia individuale*, in *Rassegna penale*, 1928, 341; *In tema di tenta-*

Nino Levi si misura, pertanto, evidenziando una notevole ampiezza di interessi, con temi nevralgici della parte generale del diritto penale: i rapporti tra diritto (e procedura) civile e diritto (e procedura) penale, la causalità, l'elemento soggettivo del reato, l'imputabilità, il diritto penale interna-

tivo di subornazione, in *Scuola pos.* 1928; *Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel Progetto*, in *Studi Economico-Giuridici*, vol. XVI, Cagliari, 1928; *I reati del capo 5. titolo 6. del codice penale nelle disposizioni corrispondenti del progetto*, Tipografia Industriale, 1929; *Statistica criminale riforma della legislazione penale*, in *Studi in onore di Enrico Ferri per il cinquantesimo anno di suo insegnamento universitario*, Unione tipografico-editrice torinese, 1929, 267 ss.; *I delitti contro la pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, Roma, Società Editrice del Foro italiano, 1930; *Il curatore di fallimento pubblico ufficiale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1930, n. 12; *Reati perseguibili eccezionalmente a querela di parte e fatti di riconciliazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, I, 309; *La responsabilità per bancarotta del socio non commerciante di una collettiva*, in *Il foro della Lombardia*, 1932, n. 12; *Questioni di retroattività di competenza sulla Legge 25 novembre 1926, n. 2008*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1932, n. 6; Tempus commissi delicti, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1933, n. 4; *Recensione a* Francesco Carnelutti, Teoria generale del reato, in *Temi emiliana*, 1933, n. 6; *Delitti contro la pubblica amministrazione titolo 3. del libro 2. del codice penale*, Milano, Vallardi, 1935; *L'art. 857 n. 3 Cod. comm. e l'inadempienza al concordato preventivo*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1935, II, n. 3-4; *Restituzioni*, in *Rivista di diritto privato*, 1935, n. 3-4; *In tema di reati commessi all'estero*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1935, n. 4); *La pubblicazione delle sentenze a spese della parte soccombente*, Milano, Vallardi, rist. 1935; *Errore sui presupposti del fatto e sottrazione di cose pignorate*, Tipografia sociale torinese, 1936; *Concetto di appartenenza e tutela penale del patrimonio*, in *Riv. pen.*, 1935, fasc. 1-5; *Malversazione del curatore*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1936, II, n. 5-6; *La parte civile nel processo penale italiano*, Padova, Cedam, 1936; *Inabilitazione all'esercizio di uffici amministrativi*, Tipografia delle Mantellate, 1936; *La costituzione in carcere del latitante agli effetti dell'ammissibilità dell'impugnazione*, in *Scuola positiva, rivista di diritto e procedura penale*, 1936, n. 5-6; *La sanzione applicabile nel caso di abusivo esercizio della professione sanitaria*, in *Foro it.*, 1936, II; *In tema di vendita di cocaina in polvere da parte dei farmacisti*, in *Foro it.*, 1936, II; *In tema di costituzione di parte civile*, V. Caputo, 1937; *Ancora in tema di illiceità speciale*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, Casa editrice Dott. E. Jovene, 1938; *Imputabilità*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1938; *Appartenenza (diritto penale)*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1938 (voce del *Nuovo digesto italiano*, I); *Capacità d'intendere e di volere*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1938 (voce del *Nuovo digesto italiano*, II); *Parte civile*, Milano, F. Vallardi, 1938; *Infermità di mente (diritto penale)*, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1938 (voce del *Nuovo digesto italiano*, VI); *Presenza nel territorio dello Stato e art. 22 del trattato del Laterano*, in *Riv. pen.*, 1938, fasc. 9, 1131; *Contributo alla nozione di parte lesa,* in *Archivio giuridico*, vol. XCI, 1939, fasc. 2. Postumi: Locus commissi delicti, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 15; *Diritto penale internazionale*, Milano, A. Giuffrè, 1949 (peraltro di stesura risalente a un decennio prima). Nonché l'opera collettanea, A. DE MARSICO, E. JANNITI PIROMALLO, N. LEVI, G. SABATINI, O. VANNINI, A. ZERBOGLIO, *Il codice penale illustrato articolo per articolo* (diretto da Ugo Conti), vol. I, Società editrice libraria, Milano, 1934.

zionale; nonché con tematiche di parte speciale, in particolare i reati contro la pubblica amministrazione, e di diritto penale commerciale.

Il riconosciuto rilievo scientifico è confermato dalla sua partecipazione alla direzione delle riviste *Rivista italiana di diritto penale*[38] e *Rivista penale*[39], tra le più importanti dell'epoca. È inoltre collaboratore del *Foro italiano*. Significativa anche la collaborazione con riviste non penalistiche, ma contenenti materiali anche penalistici, in particolare la *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*[40], in cui trovano collocazione diversi suoi scritti.

Infine, relativamente all'attività scientifica statunitense, in seguito all'esilio dovuto alle leggi razziali, non più strettamente penalistica, ma di carattere prevalentemente criminologico e internazionalistico, ho notizia della collaborazione al volume di Jerome Michael e Herbert Wechsler, *Criminal Law and Its Administration: Cases, Statutes, and Commentaries*, Foundation Press, 1940[41], nonché della pubblicazione dei saggi: *Internal structure and international order*, in *Social Research: An international quarterly* (edita da New School for Social Research), marzo 1941[42], e *For a mediterranean federation*, in *Quaderni italiani*[43], vol. I, Boston, gennaio 1942, pp. 51-53[44]. Quest'ultimo preconizza una federazione dei Paesi del Mediterraneo e costituisce con ogni probabilità l'ultimo saggio di Levi prima della prematura scomparsa[45]. Va anche ricordata la recensione di Levi al volume di Luciano

[38] Rivista (di cui è erede la rivista italiana di diritto e procedura penale) diretta da Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, alla quale il Guardasigilli riconobbe il merito della «riforma fascista», nel superamento dei «fardelli» contrapposti, «esagerazioni liberali» e «fatalità del delitto» (Art. Rocco, V. Manzini, *Ai lettori,* «Rivista di diritto penale», 1929, pp. 3-6).

[39] Nino Levi è nominato direttore della terza serie della rivista fondata da Luigi Lucchini nel 1874, per scomparire dal frontespizio della rivista a partire dal novembre 1938 (cfr. S. FALCONIERI, *I decreti antiebraici nei periodici giuridici italiani (1938-1943)*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich (cur.), *Leggi razziali. Passato/Presente*, Roma-Tre Press, 2015, 52).

[40] Rivista fondata nel 1903 da Cesare Vivante e Angelo Sraffa, con quest'ultimo Levi ebbe rapporti in occasione del suo insegnamento nell'Università Bocconi (v., infra, § 3, nn. 75 ss.).

[41] Con una nota in tema di *criminal conspiracy*, di cui evidenzia l'analogia con la associazione per delinquere (p. 639 n. 4), e più ampiamente in tema di *Insanity* (p. 856).

[42] Tratta temi di diritto internazionale e della guerra.

[43] Rivista fondata a Boston da A. Garosci, E. Tagliacozzo, R. Poggioli e B. Zevi, con l'idea di continuare l'opera dei *Quaderni di Giustizia e Libertà* pubblicati in Francia da Carlo Rosselli.

[44] Ora in Walter LIPGENS, Istituto Universitario europeo-Badia Fiesolana. *Documents on the History of European Integration*, vol. 2: *Plans for European Union in Great Britain and in Exile 1939–1945*, De Gruyter Berlin-New York, 1986, 510 (doc. 192).

[45] La rivista gli dedica una breve biografia in inglese così descrivendolo: Nino Levi, nato

Elmo, *La condizione giuridica degli ebrei in Italia (1939)*, in *Jewish social studies*, New York, jan. 1941, vol. 3, 108-109.

3. Il politico liberal-socialista e antifascista

Nel tratteggiare la figura di studioso di Nino Levi ha un significato importante evidenziarne le idee e l'impegno politico, in verità di così eccezionale rilievo da meritare una trattazione a sé stante[46]. Infatti, pur trattandosi di profili raramente rilevanti con riferimento all'attività scientifica degli autori contemporanei, paiono invece di sicuro interesse con riferimento all'epoca dittatoriale nella quale si svolse pressoché integralmente l'attività scientifica e accademica di Levi, giacché consentono di verificare se e come idee politiche e attività scientifica abbiano interagito. In particolare, è interessante valutare due aspetti: da un lato, la eventuale incidenza delle posizioni politiche sul metodo scientifico e le tesi accolte, considerato il momento storico e le riforme all'epoca attuate; dall'altro, l'influenza delle posizioni politiche di Levi nelle relazioni accademiche e, dunque, misurare il pluralismo delle idee nella comunità scientifica dei penalisti in epoca fascista, ovvero la resistenza della stessa comunità alla faziosità politica, in un contesto certo molto difficile per la università italiana, testimoniato - come vedremo - dalla stessa prima esperienza di Nino Levi nell'Università Bocconi di Milano oltre che in altre vicende non accademiche.

La storia personale di Nino Levi è particolarmente interessante e significativa. La sua vicenda politica inizia, giovanissimo diciottenne, nelle prigioni milanesi dove viene rinchiuso nel 1912 quale vivace esponente

a Venezia nel 1894, è stato un militante rivoluzionario nel movimento socialista. Durante la Prima guerra mondiale è stato un fervente neutralista, ritenendo che la missione dell'Italia fosse quella di formare un blocco di paesi neutrali che potessero formulare un programma di pace costruttivo. Negli anni 1912-22 [*recte* 1920-22] fu a capo della amministrazione socialista della Provincia di Milano; dopo l'assassinio di Matteotti nel 1924 gli successe come rappresentante dell'Italia nell'Internazionale socialista. Ebbe asilo negli USA a causa della persecuzione razziale e politica, dove, con Salvemini, fu tra i fondatori della *Mazzini Society*. Anche la rivista *International Science*, I, vol. 1, New World Club, New York 1941, ricorda Levi: *In memoriam Nino Levi*.

[46] Non sono evidentemente uno storico della politica, ma affrontando la preparazione di questo saggio, che doveva essere di carattere giuridico, sono stato attratto dall'affascinante complessiva vicenda personale di Levi e ne ho constatato l'assenza di un adeguato approfondimento, il che mi ha indotto a raccogliere con la dovuta cura quante più informazioni possibili sul suo impegno politico e storia personale, anche per essere di stimolo agli storici, in particolare ai più giovani, per ricostruire adeguatamente una personalità che appare di eccezionale rilievo ed è ingiustamente dimenticata.

della gioventù socialista[47]; collabora, diciannovenne studente universitario a Pavia[48], a *Utopia. Rivista quindicinale del socialismo rivoluzionario italiano* (1913-1914)[49], diretta da Benito Mussolini, all'epoca direttore anche del quotidiano socialista *Avanti!*. Negli anni seguenti Levi si afferma come esponente di rilievo del movimento socialista rivoluzionario[50], prende parte alle manifestazioni contro la guerra "imperialista" prima del "Maggio radioso" (1915), in qualità di componente del comitato direttivo della sezione socialista milanese in cui è eletto nel dicembre 1913. Durante la guerra

[47] V. G. ISOLA, *Nino Levi*, in *Il movimento operaio italiano. Dizionario biografico*, 1853-1943, a cura di F. Andreucci e T. Detti, Roma, Riuniti, 1977, vol. III, 110 s.

[48] L'uomo è molto precoce sotto ogni punto di vista, del 1913 è anche il suo primo figlio Livio Catullo, frutto di una relazione con una donna sposata più grande di lui e molto ricca, con cui legalizzerà in seguito il rapporto (Patrizia GUARNIERI, Displaced scholars *in cerca di libertà e lavoro in America*, in P. Guarnieri (cur.), *L'emigrazione intellettuale dall'Italia fascista. Studenti e studiosi ebrei dell'Università di Firenze in fuga all'estero*, Firenze, 2019, 105).

[49] La rivista *Utopia* è riedita da *Feltrinelli reprint* con la presentazione di Renzo de Felice. Vi è un Nino Levi tra gli autori, definito in una nota della redazione compagno e amico, che direi essere proprio il nostro, del resto la genialità dell'autore universalmente riconosciuta e gli incarichi apicali avuti negli anni seguenti, ne evidenziano una storia molto importante nel movimento socialista milanese già giovanissimo. La sezione milanese del Partito socialista nomina delegati al congresso di Ancona dell'aprile 1914 tra gli altri Nino Levi e Benito Mussolini (v. C. PALMIERI, *Mussolini e la massoneria 1914-1917. Contributo per una storia della libera muratoria in Italia*, Mimesis, 2019, n. 37). Dunque, Nino Levi ha una forte conoscenza personale ed è financo amico del Mussolini socialista, trasferitosi a Milano dopo la nomina all'Avanti nel 1912, che giustifica il noto incontro di un gruppo di socialisti milanesi con Mussolini nel 1934 di cui parlerò più avanti (v. alla fine di questo paragrafo), il che può ipotizzarsi essere una delle chiavi di lettura della tolleranza di cui Levi gode ad un certo livello nel Ventennio (ma non certo da parte della base fascista di cui è uno dei bersagli preferiti) (che del resto Mussolini ha notoriamente nei riguardi di Pietro Nenni), malgrado le sue posizioni politiche di oppositore al regime.

[50] Nino Levi con Giuseppe Bianchi e Angelo Filippetti il 12.10.1920 pubblica su *Avanti! Edizione piemontese* una «dichiarazioni di principi» dei «rivoluzionari intransigenti», che si definiscono antiriformisti, in quanto marxisti, e anticomunisti (v. G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 111). Si tratta dei seguaci di Costantino Lazzari, il quale al Congresso di Livorno del 1921 capeggia una mozione nella quale confluiscono i riformisti (v. Luigi CORTESI, *Le origini del PCI: studi e interventi sulla storia del comunismo in Italia*, Franco Angeli, Milano, 1999, 239). In un ricorso contro un provvedimento disciplinare del 20.2.1925 di Giovanni Nicola ai dirigenti della Confederazione generale del lavoro, si legge - tra l'altro - «fui […] l'unico membro operaio (designato dalla C.E. della locale camera del lavoro) in seno al Comitato direttivo della Sezione Milanese del Partito Socialista coi rivoluzionari d'allora: Nino Levi, Filippetti, Veratti ed altri» (v. Comitato nazionale sindacale comunista, *L'unità sindacale. I comunisti contro la manovra scissionista dei riformisti confederali*, Milano, 1925, 49).

l'impegno politico tace e Levi si laurea e avvia la professione forense e i primi studi[51].

Nel dopo guerra, con la piena maturità, assume posizioni sempre più riformiste e copre anche significativi incarichi pubblici, in particolare appena ventiseienne diviene presidente della giunta esecutiva della Deputazione provinciale di Milano tra il 1920 e il 1922[52]. Partecipa nel 1922 alla fondazione – con Giacomo Matteotti, che ne diviene segretario, Filippo Turati, Giuseppe Emanuele Modigliani, Claudio Treves e Giuseppe Saragat[53] – del Partito socialista unitario (P.S.U.), di ispirazione riformista (gradualista), nato dalla espulsione di Turati e i suoi dal partito socialista italiano, divenuto di ispirazione massimalista, per quanto Levi si consideri la sinistra del gruppo riformista, lavorando per la riunificazione dei due partiti socialisti[54]. Levi è anche uno dei principali ispiratori[55] del quindicinale *Libertà!*, della gioventù socialista, che ha come sottotitolo la frase di Marx ed Engels: «Alla società borghese, con le sue classi e con i suoi antagonismi di classe, subentrerà un'associazione nella quale il libero sviluppo di ciascuno sarà la condizione del libero sviluppo di tutti»[56]. Collabora, inoltre, alla rivista *Rivoluzione liberale* di Piero Gobetti[57].

[51] V. G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 110 s..

[52] V. *Sito online* della Città metropolitana di Milano. Dimessosi nel 1922, per le violenze e pressioni fasciste, è rieletto consigliere del Comune di Milano nel dicembre 1922, in rappresentanza della minoranza dei socialisti unitari (v. G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 111).

[53] Giuseppe Saragat, Claudio Treves e Carlo Rosselli, a seguito dello scioglimento del P.S.U., a causa dell'attentato a Mussolini di T. Zaniboni, fondano il 29.11.1925 in clandestinità il Partito Socialista dei Lavoratori Italiani, nella direzione anche Nino Levi che si dimette perché nel direttivo della CGdL (v. Simone NERI SERNERI, *Democrazia e stato: l'antifascismo liberaldemocratico e socialista dal 1923 al 1933*, Franco Angeli, 1989, 175) o, forse, per ragioni di cautela essendo la sua abitazione milanese oggetto di plurime incursioni da parte delle squadracce fasciste (v. G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 112).

[54] Nel congresso nazionale del marzo 1925 è eletto nel direttivo nazionale del PSU (v. G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 111-112).

[55] Unitamente a Roberto Veratti e Antonio Greppi.

[56] V. Luigi ROCCA, *Carlo Rosselli*, Tesi di laurea in Filosofia Politica - A. A. 2001/02 - Relatore: Prof. Giovanni Giorgini, in *homolaicus.com*, in particolare il capitolo *Liberalismo socialista.*

[57] In particolare, a *Rivoluzione liberale*, Anno III, n. 13-14, 25.3.1924, intitolato *Che cos'è l'Inghilterra.*

È in stretti rapporti personali e politici, in particolare, con il liberal-socialista Carlo Rosselli[58], ambedue con incarichi accademici in Bocconi[59] ed insieme impegnati nella Università proletaria milanese[60], nata come università popolare diretta al dopolavoro e indirizzata agli operai. Più tardi Levi collabora (con lo pseudonimo Guido da Ferrara[61]) alla rivista di esplicita opposizione al fascismo, fondata da Carlo Rosselli e Pietro Nenni (anch'egli fuoriuscito dal P.S.I. e da l'Avanti in polemica con chi rifiuta la riunione con Turati), "Il Quarto Stato"[62], pubblicata da marzo a ottobre 1926[63].

[58] Colpisce, tra l'altro, che nella relazione di Nicola del CORNO, *Cultura e impegno civile negli Anni Venti. Carlo Rosselli a Milano*, presentata al Convegno di studi: *Carlo Rosselli. Gli anni della formazione e Milano*, tenutosi presso l'Università Luigi Bocconi il 26.9.2007, tra le relazioni di Carlo Rosselli a Milano, la più ampiamente descritta è proprio quella con Nino Levi.

[59] Carlo Rosselli come assistente di Luigi Einaudi, su "raccomandazione" di Gaetano Salvemini al rettore Angelo Sraffa (v. Nicola del CORNO, *Cultura e impegno civile negli Anni Venti*, loc. cit., e fonti ivi cit.). In particolare, Levi accompagna Carlo Rosselli [presente a Londra anche Gaetano Salvemini: v. foto Arch. E. Rossi, Fondazione E. Rossi G. Salvemini Firenze; pubblicata in Filomena FANTARELLA, *The Family of Gaetano Salvemini Under Fascism: The Inimical Son*, Palgrave Macmillan, 2 ed., 2023] a Parigi e Londra nell'estate 1923 (luglio-ottobre) in un viaggio formativo che li ispira nella fondazione dell'Università proletaria milanese (Levi ne trae anche stimolo a tradurre James Ramsay MacDonald) (cfr. anche G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 111).

[60] Levi è membro sin dalla fondazione del comitato esecutivo del gruppo italiano di Clarté, l'organizzazione internazionale fondata da Henri Barbusse con lo scopo di «combattere efficacemente le ideologie, gli istituti, gli atti che provocano le guerre fra i popoli …» (v. G. ISOLA, *Nino Levi*, 111). Carlo Rosselli, in una lettera alla madre del 15.12.1923, fa cenno ad una conferenza di Nino Levi sull'Inghilterra all'Università proletaria (cfr. C. CALABRÒ, *Liberalismo, democrazia, socialismo. L'itinerario di Carlo Rosselli (1917-1930)*, Firenze, 2009, 59).

[61] Tra i contributi, *Il valore del socialismo*, 7 agosto 1926 (cfr. C. CAROTTI (cur.), *Saggi, sguardi e testimonianze sui socialisti a Milano dal 1891 al 2000*, Lampi di stampa, 2014, 120, n. 147); *Unità socialista e pregiudiziale repubblicana*, 4 settembre 1926, in cui sembra criticare la pregiudiziale repubblicana (cfr. C. CALABRÒ, *Liberalismo, democrazia, socialismo*, cit., 76).

[62] Sembra che in un primo tempo Nino Levi debba essere uno dei direttori della rivista (v. G. BELARDELLI, *Recensione a* Il Quarto Stato di Nenni e Rosselli, a cura di D. Zucàro, Milano, Sugarco, 1977, in *Storia contemporanea*, Il Mulino, Bologna, n. 2/1978, 366), evidentemente ragioni di cautela, probabilmente anche accademica consigliano a Levi l'uso dello pseudonimo e la rinuncia alla direzione, nei mesi seguenti Levi entra nella terna del concorso di Bari che lo porta a quale professore straordinario a Cagliari.

[63] V. G. FIORI, *Casa Rosselli. Vita di Carlo e Nello, Amelia, Marion e Maria*, Torino 1999, 64; e F. FIORANI, *Paolo Treves: Tra esilio e impegno repubblicano (1908-1958)*, Donzelli, 2020, che lo inserisce con Giuseppe Saragat e Max Ascoli nel gruppo dei "riformisti" collaboratori della rivista, pubblicata dal 27.3.1926. Max Ascoli (1898-1978), di origini ferraresi, libero docente di filosofia del diritto nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Caglia-

È anche in rapporti strettissimi, personali e politici, con Piero Sraffa (1898-1983)[64], poi divenuto economista di fama internazionale a Cambridge, il quale nel 1922 assume la direzione dell'Ufficio Provinciale del Lavoro di Milano offertagli dai socialisti turatiani (*in primis* Levi e Rosselli)[65], dimettendosi con la caduta della giunta provinciale presieduta da Nino Levi quando i fascisti prendono il potere il 30 ottobre 1922[66].

Levi, Rosselli, Sraffa e altri pongono le basi nel 1924 di un laboratorio di studi socio-economici analogo alla "Società Fabiana"[67], con l'approvazione di Filippo Turati[68] e la sua compagna Anna Kuliscioff, idea che si concre-

ri, ivi nell'a.a. 1930-31 incaricato di filosofia del diritto e di istituzioni di diritto pubblico, dal 1931 in cattedra nella *New School for Social Research* di New York, grazie ad una borsa della Fondazione Rockfeller (v. R. CAMURRI (cur.), *Max Ascoli. Antifascista, intellettuale, giornalista*, Franco Angeli, 2012). Ascoli è un fondamentale punto di riferimento per tutti gli intellettuali ebrei espatriati negli USA a seguito delle leggi razziali.

[64] Sraffa è avvicinato a Nino Levi da Carlo Rosselli (cugino del primo) che con Sraffa e Levi (tutti e tre di famiglia ebraica) passa le vacanze estive sulle Dolomiti o in giro per l'Europa (v. M.A. ROMANI, «Bocconi über alles*!»: l'organizzazione della didattica e la ricerca (1914-1945)*, in M. Cattini e altri, *Storia di una libera università*, II, *L'Università commerciale Luigi Bocconi dal 1915 al 1945*, Milano, 1997, *nel capitolo su L'istituzionalizzazione della ricerca scientifica e l'avvio del processo di internazionalizzazione dell'Università (1922-1926)*; nonché M. CATTINI, *La contrastata penetrazione fascista*, in M. Cattini e altri, *Storia di una libera università, La Bocconi dal 1902 ad oggi*, vol. II, *L'Università commerciale Luigi Bocconi dal 1915 al 1945*, Milano, 1997).

[65] Presidente della Commissione è lo stesso Nino Levi e tra i membri Attilio Cabiati (1872-1950) (F. MORES, *Antifascista antisemita, gunman. Aristide Raimondi e la "Rivista di Milano", Piero Sraffa e l'avvento del fascismo al potere*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia*, serie 5, Vol. 9, No. 1 (2017), 219 ss., 238; in tema anche Salvatore SECHI, *Democrazia Futura. Piero Sraffa, il Pci e la storia d'Italia*, in *key4biz* 11.5.2023, nonché ID., *La sosta nel Psu di Piero Sraffa e il dissenso da Gramsci*, in lagiustizia.net (11.12.2023)). Sul sito della *Fondazione Antonio Gramsci*, alla voce *Piero Sraffa*, si parla di *Ufficio statistico del lavoro del Comune di Milano* (rinviando a Nerio NALDI, *Piero Sraffa "politico" nel 1924. Una lettura*, in Istituto Gramsci, *Annale XVI, Gramsci nel suo tempo*, a cura di Francesco Giasi, Roma Carocci, 2008, 943 [il contributo si trova nella parte seconda "La rivoluzione italiana" del primo tomo]).

[66] J.P. POTIER, *Un économiste non conformiste. Piero Sraffa (1898-1983)*, Lyon, 1987, cap. I, § 6.

[67] «Nino Levi, giovane avvocato socialista milanese iscritto al partito socialista unitario. Molto amico di Rosselli, nel giugno del 1924 tentò di fondare a Milano con Fausto Pagliari, Piero Sraffa (figlio di Angelo), Alessandro Schiavi e lo stesso Rosselli, un Istituto di studi simile per scopi e finalità alla società fabiana» (v. Z. CIUFFOLETTI (cur.), *I Rosselli. Epistolario familiare 1914-1937*, Mondadori, Milano, 1997, 163). All'Istituto doveva essere affiancato il periodico 'La lotta politica', diretto da Levi, che rimase nelle intenzioni (G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 112).

[68] Mauro CANALI, *Il tradimento: Gramsci, Togliatti e la verità negata*, Marsilio, 2013, definisce Nino Levi giovane collaboratore di Turati.

tizza qualche tempo dopo in un piccolo Istituto di Studi Sociali, che prende il nome di Giacomo Matteotti, con presidente Filippo Turati e segretario Alessandro Schiavi[69].

Piero Sraffa anticipa Levi, nella chiamata presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Cagliari nel 1926, quale vincitore di concorso per la cattedra di economia politica[70], che copre fino all'estate del 1927[71].

Insomma, Nino Levi è attivamente impegnato in politica nei movimenti socialisti riformisti dell'epoca ed ha una posizione preminente nel movimento socialista milanese (e, dunque, nazionale) di quegli anni[72], direi – anche per il contenuto e la metodologia utilizzata nel saggio giuridico che ci occupa – che Levi possa definirsi, dopo le giovanili manifestazioni

[69] J.P. POTIER, *Un économiste non conformiste. Piero Sraffa*, loc. cit.

[70] Tra i commissari l'unico giurista è Lorenzo Mossa (1886-1957), allievo di Angelo Sraffa (padre di Piero) durante il perfezionamento torinese, segretario della commissione, commercialista di chiara fama, anche l'unico non antifascista (secondo J.P. POTIER, *Un économiste non conformiste. Piero Sraffa*, cap. I, § 7; forse più corretto il giudizio di L. MATTONE, *Lorenzo Mossa*, in *Dizionario Biografico degli Italiani* - Volume 77 (2012), secondo cui, «[p]ur antifascista, Mossa finì per identificarsi con la politica sociale del regime»). In commissione anche Attilio Cabiati (1872-1950), maestro di Piero Sraffa in Bocconi. Tra i partecipanti al concorso Carlo Rosselli (tra i concorrenti meritevoli di considerazione, ma non entra nella terna vincitrice) (v. anche Ministero della Pubblica Istruzione - *Bollettino Ufficiale* - Parte II - *Atti di amministrazione*, anno LIII, volume I, no 9, 4 marzo 1926, 776). Sraffa succede ad Antonio Graziadei, cui è legato da rapporti familiari e di amicizia. Graziadei deputato del partito socialista fin dal 1910, nel 1921 aderisce alla scissione di Livorno e viene poi rieletto in quell'anno nelle liste del partito comunista.

[71] Nell'*Annuario del Ministero della Pubblica Istruzione. Anno 1927*, Roma, 1927, 119, relativamente all'Università di Cagliari, viene indicato preside della Facoltà di giurisprudenza Antonio Segni (anche membro del senato accademico), unico altro professore stabile (ordinario) Francesco Atzeri Vacca; tra i pochi professori straordinari, Nino Levi (che nell'Annuario 1928, p. 104, viene anche indicato come direttore dell'Istituto economico giuridico) professore non stabile di diritto e procedura penale nonché incaricato di diritto amministrativo, Piero Sraffa, professore non stabile di economia politica, e Tullio Ascarelli, professore non stabile di diritto commerciale e incaricato di diritto marittimo.

[72] Non esito a dire che, se Levi fosse sopravvissuto, per la storia politica personale e la ricchissima cultura cosmopolita, avrebbe potuto avere nell'Italia repubblicana un ruolo di primissimo piano, al pari di Giuseppe Saragat, Sandro Pertini e Pietro Nenni.

rivoluzionarie, un liberal-socialista[73] al pari di Carlo Rosselli e, all'epoca, dello stesso Piero Sraffa[74].

Anni turbolenti: durante il periodo bocconiano di insegnamento per incarico del diritto amministrativo[75], Nino Levi viene duramente contestato e minacciato dai fascisti[76]. Oratore ufficiale in una manifestazione del 1 maggio 1924 presso la sede milanese del partito socialista unitario[77],

[73] Nino Levi condivide con Carlo Rosselli e Piero Sraffa la fiducia nel laburismo inglese, di cui fu espressione il nuovo giornale giovanile "Libertà", che contribuisce a fondare, al quale collabora anche Carlo Rosselli, che per il nuovo giornale scrive l'articolo su "Il partito del lavoro in Inghilterra", nel numero 3 del 1 febbraio 1924 (Luigi ROCCA, *Carlo Rosselli*, Tesi di laurea cit.). Parlando di Piero Sraffa, Lucia MORRA (*Piero Sraffa and Raffaello Piccoli, two Italian Scholars in Cambridge in 1929-1932*, in *Centro Sraffa Working Papers*, n. 44, August 2020, 5) evidenzia i suoi collegamenti con coloro che revisionarono criticamente il socialismo in una prospettiva liberale, tra cui affianca Nino Levi a Gaetano Salvemini, Piero Gobetti e Carlo Rosselli «however, he had had (and still had) several connections also amongst those who critically revised socialism through a liberal perspective (Gaetano Salvemini, Piero Gobetti, Carlo Rosselli and Nino Levi); and the salon of his best friend Raffaele Mattioli, in fact, was attended also by Piccoli's best friend Flora (Bacchelli 2017)».

[74] Cultura liberale che emerge chiaramente nelle pagine di S. SECHI (*Democrazia Futura*, loc. cit.) sui rapporti tra Piero Sraffa, Antonio Gramsci e il PCI nel 1924, «dopo l'assassinio di Giacomo Matteotti, [Piero Sraffa] ribadisce che il momento storico è prioritariamente quello della lotta per ripristinare il vecchio "ordine borghese", cioè lo stato di diritto in vigore nell'Italia liberale e in particolare (sembra di capire) nell'età giolittiana quando il governo rinunciò a intervenire nei conflitti tra imprenditori e sindacati. Ai comunisti, ai quali per qualche tempo si è sentito vicino, scrive - senza mezzi termini e alcuna reverenza - che non restava altro da fare se non esercitare il ruolo della mosca cocchiera nei confronti delle opposizioni aventiniane». È lo stesso Antonio Gramsci (*La costruzione del Partito Comunista Italiano, 1923-1926*, Torino, Einaudi, 1971, XV, 175 ss.) ad "accusare" Sraffa di essere rimasto influenzato dal liberalismo, etc.. L'amicizia di Gramsci con Sraffa rimane, comunque, immutata ed è Piero Sraffa a fare da perno dei tentativi di liberare Gramsci dal carcere, come vedremo.

[75] Nino Levi, probabilmente anche in ragione del suo ruolo di Presidente della giunta esecutiva della Deputazione provinciale di Milano, è titolare del corso speciale «Enti locali territoriali» (cfr. *Annuario Bocconi 1922-23*, 28).

[76] La ricostruzione dei fatti è ripresa da M. CATTINI, *La contrastata penetrazione fascista*, loc. cit., e dalle pagine dedicate al periodo di rettorato in Bocconi di Angelo Sraffa del saggio di M.A. ROMANI, *Le leggi raziali e gli economisti ebrei alla Bocconi*, in *Il pensiero economico italiano*, vol. XXVII, 1/2019, 166; M.A. ROMANI, «Bocconi über alles!», loc. cit.).

[77] Nino Levi viene eletto, dopo la batosta elettorale del 1924, presidente del "Gruppo di azione unitaria", ricostituito a Milano su iniziativa di Adelchi Baratono (esponente socialista riformista di primo piano tra le due guerre e professore di filosofia teoretica nell'Università di Cagliari dal 1924, poi a Milano dal 1932) e Federico Cazzamalli (importante esponente socialista riformista e docente universitario di neuropsichiatria), finalizzato all'unità dei due partiti socialisti (v. F. FLORINDI, *La missione impossibile: il PSU e la lotta*

successiva alle elezioni politiche del 6 aprile[78] che vedono la netta affermazione nazionale (ma non a Milano) del listone fascista, viene coinvolto (ne sia l'autore o meno[79]) nella votazione di un ordine del giorno da parte di un gruppo di giovani studenti in assemblea, che denunzia «la politica liberticida del fascismo, il contenuto reazionario e antiproletario della sua azione, la violenza e la sopraffazione che ne costituiscono i mezzi di lotta, la vacuità ideologica e l'intolleranza sistematica che lo contraddistinguono»[80].

Ne segue la reazione degli studenti fascisti della Bocconi che, in una lettera al Popolo d'Italia[81], indicano Levi come l'autore dell'ordine del giorno e dichiarano che «se il suddetto avvocato non avesse chiuso il suo corso, avrebbero saputo infliggergli una meritata lezione», il che provoca anche l'intervento del segretario politico del GUF, che denunzia al rettore Angelo Sraffa[82] il «mascalzonesco ordine del giorno», chiedendo l'assunzione di seri provvedimenti «contro chi si vale della sua cattedra per calunniare il Capo, il Governo fascista e la Nazione». Alla prudente ma ferma risposta di Sraffa, che rivendica «fra i compiti morali delle autorità direttiva di un istituto di alta cultura di vigilare a che nell'esercizio dell'insegnamento nelle aule della Scuola non venga esplicata opera di propaganda politica o religiosa», ma dichiara la sua incompetenza a «sindacare fatti d'indole politica avvenuti fuori della scuola», segue la dura presa di posizione del fiduciario del GUF, che taccia l'intero consiglio direttivo dell'università di pusillanimità, se non addirittura di complicità con Nino Levi, rinnovando a quest'ultimo i minacciosi avvertimenti già apparsi sul Popolo d'Italia[83].

al Fascismo, Arcadia edizioni, 2021).

[78] Elezioni cui sembra Levi partecipare senza essere eletto, come pare potersi evincere dalle affermazioni polemiche (lo definisce mancato deputato) del segretario milanese del G.U.F., nella vicenda che racconto.

[79] Il resoconto successivo sul giornale dei socialisti milanesi esclude una partecipazione di Nino Levi alla formulazione dell'ordine del giorno e relativo voto, ma potrebbe essere una ricostruzione a posteriori per non mettere in difficoltà Levi nel suo insegnamento universitario (v. M. CATTINI, *La contrastata penetrazione fascista*, loc. cit.).

[80] *Da Milano. Gli studenti in una vibrante manifestazione per il 1° maggio inneggiano alla libertà*, in «Libertà» del 15 maggio 1924.

[81] Cfr. *Ancora del comizio degli scemi*, in *Il Popolo d'Italia* del 10 maggio 1924.

[82] Angelo Sraffa (1865-1937), padre di Piero, importante studioso e professore di diritto commerciale.

[83] Comunque, l'anno successivo a Nino Levi non viene rinnovato l'incarico (v. M. CATTINI, *La contrastata penetrazione fascista*, loc. cit.).

Tempi drammatici, il mese seguente, il 10 giugno 1924, accade l'assassinio di Giacomo Matteotti e Levi è a Roma con Gariboldi a rappresentare i socialisti unitari (il partito di Matteotti) nella prima riunione dei partiti antifascisti, in cui è il principale oppositore allo sciopero generale proposto da Nenni e Pastore, conformemente alla presa di posizione della dirigenza (di cui è componente) della CGdL[84].

Nino Levi è anche tra coloro (unitamente a Enrico Gonzales e Emilio Caldara[85]) che vengono incarcerati per pochi giorni a San Vittore nel dicembre 1926 perché sospettati di avere favorito la fuga di Turati in Francia[86], per la quale sono poi processati Carlo Rosselli e Ferruccio Parri.

Ma ciò non preclude a Nino Levi la chiamata a Cagliari e la brillante prosecuzione della sua carriera universitaria fino alle leggi razziali.

Sono probabilmente gli antichi rapporti di collaborazione con Mussolini, in quelli che De Felice definisce gli anni del consenso, a produrre un tentativo, a seguito della promulgazione delle leggi sulle corporazioni, di alcuni importanti socialisti milanesi – tra cui Nino Levi ed Emilio Caldara, nonché Alessandro Schiavi e Gustavo Sacerdote – di affrontare con Mussolini il tema della attenuazione della legislazione autoritaria del regime, in cambio dell'adesione alle politiche dello stato corporativo, recandosi dallo stesso il 18 aprile 1934[87]. In particolare, Caldara propone che la collaborazione critica al corporativismo già portata avanti dall'*Associazione nazionale per lo studio dei problemi del lavoro* di Rinaldo Rigola (tra i fondatori e primo segretario generale della *Confederazione generale del lavoro* CGdL) dal piano tecnico-culturale divenga politica. Ricevendo però la sconfessione di Rodolfo Morandi e dei socialisti in esilio, Carlo Rosselli nell'occasione scrive *Pericolose illusioni!*, in *Giustizia e Libertà* del 15 giugno 1934[88].

[84] V. G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 112.

[85] Su Gonzales v. *infra*, n. 94. Emilio Caldara (1868-1942) fu il primo sindaco socialista di Milano dal 1914 al 1920, poi deputato del P.S.I. e P.S.U., venne dichiarato decaduto da deputato nel 1926, dopo avere partecipato all'Aventino.

[86] Sull'arresto anche di Nino Levi si veda il ricordo dedicato a *Enrico Gonzales (1882-1965)*, in *Collegio Ghislieri. Associazione Alunni. Annuario 1964-1968*, Pavia 1969, 100; nonché G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 112.

[87] V. G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 112.

[88] V. Andrea RICCIARDI, *Paolo Treves: Biografia di un socialista diffidente*, Franco Angeli, 2018; *Carlo e Nello Rosselli: catalogo delle mostre ed edizioni di fonti*, [Roma] Edimond: Direzione generale per gli archivi, 2002, 57.

4. L'avvocato di larga fama e riconosciuta genialità

Nino Levi è anche avvocato di larga fama[89], con studio a Milano[90]. In particolare, coerentemente con la sua fede e relazioni politiche il 14 luglio 1925 difende a Firenze, per iniziativa di Carlo Rosselli[91], Gaetano Salvemini, arrestato per la pubblicazione clandestina del foglio "Non Mollare", il quale ottiene la libertà provvisoria all'avvio del processo, poi prontamente rinviato. Nell'occasione si verifica dentro il Palazzo di Giustizia poi estesasi alla piazza antistante un'aggressione fascista agli avvocati della difesa e allo stesso Nino Levi, che ne ricava la lesione permanente di una mano[92].

Sul Levi avvocato meritano di essere riportati alcuni brani pungenti della descrizione che ne effettua nel 1934 la rivista *L'eloquenza*[93]: «Uno dei più importanti avvocati di Milano, è senza alcun dubbio, il piemontese Nino Levi, professore ordinario di diritto e procedura penale all'Università di Genova. Alto, magrissimo, giallo e sbilenco, con l'andatura stanca ed a zig zag, ha l'aspetto di un frate domenicano e l'anima di un matematico. È un vero "arsenale ambulante" di questioni di diritto ed ha un cervello a casellario. Premete un bottone ed egli vi porrà dinanzi, a plotoni affiancati, tutti gli articoli del codice penale. Premetene un secondo e, come per miracolo, egli vi farà la storia di ogni articolo e vi porrà dinanzi i vincoli di parentela che lo legano a tutti gli altri. Schiacciatene un terzo, e come per prodigio, avete dinanzi la data e l'*ubicazione* delle sentenze del «Supremo Collegio» che si sono occupate dell'articolo ed il nome e cognome di cento scrittori italiani e stranieri che, esplicitamente o incidentalmente, hanno speculato (*sic*) attorno al medesimo ponendo la tale o tal altra questione, risolvendola nel tale o tal altro modo dal punto di vista tecnico-giuridico oppure "deviandola (l'espressione è sua) con oziose o melense considerazioni ed elucubrazioni biologiche, psicologiche, sociologiche

[89] Così alla voce *Levi Nino* il *Dizionario Enciclopedico italiano*, Roma, 1957, 844; analogamente la voce *Levi Nino*, in *Novissimo digesto*, vol. IX, Torino, 1957, 786 (s.a.).

[90] Nella casa di Levi a Milano, in corso di Porta Vittoria 7, avvenivano le riunioni degli antifascisti, oltre a Levi, Lelio Basso, Rodolfo Morandi, Lucio Luzzatto, Domenico Viotto, Umberto Recalcati e Luigi Rossi (Presentazione di S. Merli alla ristampa di Rodolfo Morandi, *La democrazia del socialismo* (1923), Einaudi, 1975, XIII).

[91] V. N. del CORNO, *Cultura e impegno civile negli Anni Venti. Carlo Rosselli a Milano*, loc. cit.

[92] I fatti sono raccontati (riprendendo la cronaca del quotidiano fiorentino *La Nazione*) anche da G. SALVEMINI, *Scritti sul fascismo*, Feltrinelli, Milano, 1962, 162-163; G. SALVEMINI, "Non mollare" (1925), Bollati Boringhieri, 2005, 17.

[93] *L'eloquenza. Antologia. Critica. Cronaca*, Anno XXIV (1934), fasc. 11-12, vol. II, 596-598,

o letterarie". In realtà Levi non si appassiona di nulla. "Non ha cuore" direbbe Danesi. In aule affollatissime parla freddo e compassato, come se parlasse in un salotto a due buoni amici. Gli è che Nino Levi … *non crede a niente!* […] Da persona "navigata" ha la capacità di *adattarsi a tutte le circostanze* senza mai aderire a nessuna restando sempre padrone di sé e della situazione. Nel campo "scientifico" è riuscito a penetrare ed a fare passi giganteschi camminando in punta di piedi, *sgusciando di qua e di là*, senza urtare nessuno, senza suscitare ostilità o scandali. Come abbia fatto a salire con tanta fretta in un campo in cui gli uomini di *vero ingegno* (e Levi è uno di questi) faticano tanto a giungere sulla soglia, francamente, non si riesce a comprendere».

Sulla genialità di Levi anche la testimonianza di Antonio Greppi, primo sindaco di Milano dopo la Liberazione: «Di Nino Levi, penalista e precocissimo docente universitario, usava dire Gonzales[94] che aveva ricevuto in dono dall'Onnipotente una lampadina nel cervello»[95].

L'elevato livello professionale di Levi è del resto confermato anche la lettera, pur diffamatoria, sui suoi rapporti professionali con Arturo Rocco che giunge al prefetto di Genova in occasione della sua chiamata da parte dell'Università di Genova[96].

Esemplare dimostrazione del riconoscimento delle qualità tecniche del nostro, al più alto livello, il suo coinvolgimento nella vicenda giudiziaria di Antonio Gramsci. Nino Levi viene infatti consultato nel 1934 sulla posizione giudiziaria di Antonio Gramsci da Mariano D'Amelio, primo presidente della Corte di cassazione e giurista di altissimo livello ma civilista[97], che segue a titolo personale (con il concorso della famiglia Sraffa) la questione della liberazione di Gramsci, nel contesto delle trattative con l'URSS mediate dal Vaticano. Gramsci in effetti ottiene la liberazione condizionale nel 1934, sulla base di una sottile argomentazione giuridica, probabilmente fornita da Levi, con il supporto e le relazioni nell'amministrazione della Giustizia di D'Amelio[98].

[94] Enrico Gonzales, brillante avvocato milanese e deputato socialista, amico di Turati e Saragat, difensore di Mussolini ai tempi dell'Avanti!, accompagna per solidarietà Levi a Firenze per il processo a Salvemini.

[95] In *La coscienza in pace: cinquant'anni di socialismo*, Edizioni Avanti!, 1963, 193.

[96] V., *infra*, par. seg., n. 104.

[97] Primo presidente della Corte di cassazione unificata dal 1923 fino al 1941 e senatore dal 1924.

[98] Vi è espresso riferimento al colloquio tra Nino Levi e D'Amelio nella corrispondenza di Irma Tivoli (cognata di Mariano D'Amelio che ne aveva sposato la sorella Maria) e Angelo Sraffa al figlio Piero il 28.5.1934 (vedi F. FROSINI, F. GIASI, *Egemonia e modernità:*

5. La considerazione dei più importanti accademici dell'epoca

Oltre ai numerosi e importanti scritti e alle collaborazioni scientifiche che lo testimoniano, il prestigio scientifico e accademico raggiunto da Levi è testimoniato da una personalità di rilievo assoluto della scienza penalistica del Novecento, quale Giuliano Vassalli[99], il quale ricorda le indicazioni ricevute da Francesco Carnelutti, uno dei massimi giuristi italiani dell'epoca[100], subito dopo essersi laureato alla Sapienza nel 1936 con Arturo Rocco. Carnelutti per la prosecuzione degli studi penalistici lo invita "perentoriamente" a farsi seguire o da Nino Levi, ormai a Genova[101], o da Giacomo Delitala a Milano, e la scelta di Vassalli cade sul secondo solo per ragioni organizzative (Levi è pendolare tra Milano e Genova, come peraltro molti accademici dell'epoca) e non di merito.

Infatti, Levi, dopo un breve periodo a Catania, viene chiamato dalla Facoltà di giurisprudenza di Genova nel novembre 1931[102], che si esprime nei suoi confronti in termini di eccellenza. Si legge nel relativo verbale: ha superato molto brillantemente i concorsi, ha una «continua e

Gramsci in Italia e nella cultura internazionale, Viella, Roma, 2019, n. 338; sulla vicenda, in generale, cfr. Giorgio FABRE, *Lo scambio. Come Gramsci non fu liberato*, Sellerio editore, Palermo, 2015).

[99] Giuliano Vassalli (1915-2009), professore ordinario di diritto penale, avvocato di chiara fama, parlamentare socialista, ministro della giustizia, giudice e presidente della Corte costituzionale.

[100] Francesco Carnelutti (1879-1965), per vent'anni professore a Padova e dieci alla Statale di Milano, oltre che per brevi periodi in altre università, maestro del diritto e della procedura civile ma, fatto unico nella storia della scienza giuridica italiana, probabilmente sollecitato anche da una prestigiosa attività forense, autore di significativi contributi scientifici anche nel diritto e nella procedura penale con ampi studi monografici. Tra i tratti che accomunano Nino Levi a Francesco Carnelutti - di cui il primo recensisce la *Teoria generale del reato* (v., *supra*, nota 37), ricevendone la recensione del volume su *I delitti della pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, 1930 (in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 197) - vi è la passione per i temi di confine tra i diversi settori dell'ordinamento giuridico, che Levi esplora in diversi importanti scritti.

[101] Racconta lo stesso Giuliano Vassalli: «Nino Levi lo conoscevo bene. Era amico di mio padre, proveniva da una brillante esperienza universitaria in Sardegna … e con lui e i suoi cari ci vedevamo spesso l'estate … ma la vita di Nino Levi era molto movimentata: viveva a Milano ed insegnava all'università di Genova. Scelsi così Delitala, che non conoscevo personalmente, egli mi accolse molto simpaticamente» (il brano è riportato anche da G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia*, Milano, 2022, 32). Filippo Vassalli, padre di Giuliano, fu professore ordinario di diritto romano a Cagliari dove insegnò per un triennio (1915-18), poi a Roma.

[102] M.S. ROLLANDI, *Le leggi razziali e l'università di Genova*, cit., 482.

seria produzione scientifica che attesta ingegno acuto, criterio giuridico, conoscenza ampia della dottrina italiana e straniera»[103].

A Genova, peraltro, Levi giunge con la fama di antifascista, si legge, infatti, in una lettera pervenuta al prefetto di Genova e trasmessa al Rettore di quella università: «È ormai tempo di smascherare l'antifascismo nelle università. Dopo tutti gli incidenti verificatisi nell'Università si insiste nel solito sistema di chiamare a ricoprire cattedre persone di fede politica contraria al Regime. Così alla cattedra di diritto e procedura penale si chiama il prof. Levi la cui vita e attività politica è consacrata in tutti i giornali antifascisti tra i quali sarebbe interessante leggere quelli relativi all'epoca del delitto Matteotti, e delle elezioni politiche. Se questi devono salire in alto nella grande Genova lo valutino le Autorità Politiche»[104]. Ma evidentemente sostenuto accademicamente anche da importanti esponenti della cultura fascista, in particolare dallo stesso Arturo Rocco[105], come emerge chiaramente dalla stessa lettera (sostanzialmente anonima), la cui interpretazione malevola del rapporto tra i due mi induce a ritenerla proveniente da ambienti accademici concorrenti di Levi e frustrati nelle aspirazioni di carriera. Vi si legge: «Il Prof. Levi è in rapporti di affari per cause col Prof. Rocco che lo sostiene esclusivamente per ragioni personali».

Il che evidenzia anche una certa tolleranza del regime (o un controllo non pervasivo) sulla presenza in importanti ruoli accademici di personalità indipendenti, dovuto in parte significativa all'elevato senso dell'autonomia della sfera scientifica e accademica dei docenti che rivestono ruoli importanti nel regime. Insomma, sembra potersi intravvedere in alcuni importanti professori di diritto penale, pur esponenti del fascismo, una "impronta liberale"[106] e, comunque, la prevalenza nei rap-

[103] V. M.S. ROLLANDI, *Le leggi razziali e l'università di Genova: prime ricerche sui docenti*, in *Atti della società ligure di storia patria*, Nuova serie, XLII (CXVI), fasc. II, Genova 2002, 477 ss., in part. 482.

[104] Riportata M.S. ROLLANDI, *Le leggi razziali e l'università di Genova*, cit., 483.

[105] M.S. ROLLANDI, *Le leggi razziali e l'università di Genova*, cit., 483. Arturo Rocco (1876-1942), professore di diritto penale, tra le altre, nelle università di Cagliari (1907-1909) e Sassari (1909-1911), e poi nelle università di Napoli, Milano e Roma. Fratello di Alfredo Rocco (1875-1935), illustre accademico e ministro della giustizia che dà il nome al codice penale, Arturo Rocco è uno dei più importanti artefici del codice penale nonché fondatore della scuola tecnico-giuridica, oltre ad essere uno dei più importanti accademici dell'epoca.

[106] Riprendo l'espressione riferita ad Alfredo De Marsico di Giuliano Vassalli, *Alfredo De Marsico*, loc. cit., che forse può estendersi ad alcuni importanti professori di diritto penale che, saliti in cattedra prima del fascismo, vi aderirono, ed in particolare con tutte le riser-

porti accademici della stima personale e scientifica sulla diversità pur radicale delle opinioni politiche. Significativo, in particolare, il rapporto di Nino Levi con Alfredo de Marsico[107] che lo commemora su Archivio penale nel 1946[108], tra l'altro con il ricordo di un incontro fra i due a Parigi al Congresso internazionale di diritto penale del 1937, in pieno regime fascista[109].

Va, peraltro, ricordato nel 1931 viene imposto ai docenti il giuramento di fedeltà al fascismo a cui si assoggetta la stragrande maggioranza per non perdere la cattedra, con l'eccezione tra i giuristi del repubblicano (ed ebreo) Fabio Luzzatto (diritto civile), nonché dei liberali Enrico Presutti (diritto amministrativo e costituzionale), Francesco Ruffini (diritto ecclesiastico) ed Edoardo Ruffini (storia del diritto). I cattolici giurano, però, con riserva interiore, ovvero giurano al governo dello stato, mentre il partito comunista autorizza espressamente il giuramento e persino l'iscrizione al P.N.F. dei propri (pochi) membri e lo stesso

ve del caso allo stesso Arturo Rocco, che fu tra i maestri di Vassalli. Per comprendere la definizione merita di essere riportato un brano del discorso di De Marsico alla Camera del 28 maggio 1925 (citato dallo stesso Vassalli): «se un momento giungesse in cui mi toccasse scegliere tra la mia coscienza giuridica e la ragione di parte, io non esiterei a scegliere sacrificando questa per non piegare un lembo solo della mia libertà di cultore del diritto». Quest'ultimo concetto, certo formulato in tempi non sospetti, è ripreso da De MARSICO, *Nino Levi*, cit., 164, quando - mentre ricorda la teorizzazione di Levi (in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 134-154) secondo cui «l'abuso scrimina per quel tanto in cui un rapporto tra privato e privato può scriminare quel comportamento», giustificando dunque la ritorsione dell'ingiuria al pubblico agente che commetta abuso - afferma che «lo studioso fu libero di esporre la sua opinione; i tribunali – è dovere riconoscerlo – di accoglierla. Per questa via i giuristi difendevano il diritto e, nel diritto, la libertà: si adunavano, in un accordo nascente, per moto spontaneo, dalla coscienza della missione comune, dietro il pensiero di Lacordaire, come dietro un'insegna: che la tirannia sarebbe invincibile se riuscisse ad annientare l'idea e il nome del diritto, a creare sulla terra il silenzio del diritto. Che, insomma, basta difendere il diritto, per tenere in ceppi la tirannia».

[107] Significativamente li accomuna nel ricordo Giuliano Vassalli, che commemorando Alfredo De Marsico dedica una pagina a Nino Levi (G. VASSALLI, *Alfredo De Marsico*, cit., 159).

[108] Non è un caso che Nino Levi venga commemorato su *Archivio penale*, si tratta infatti della rivista fondata nel 1945 da Remo Pannain (1901-1967), collaboratore di Levi negli anni in cui è giudice a Genova (gennaio 1932-gennaio1935) e ha un incarico di diritto penale nella locale università. In particolare, Pannain collabora alla redazione del volume di Levi su *I delitti contro la pubblica amministrazione*, pubblicato nel 1936, raccogliendo i materiali, discutendone con l'autore i temi nonché curando l'indice alfabetico (così Levi nella prefazione al volume). Nel 1953 la stessa rivista ripubblica un saggio di A.E. CAMMARATA, *Sulla cosiddetta coattività delle norme giuridiche* (1932), dedicato a Nino Levi (ora pubblicato in *Scritti sul formalismo giuridico*, 2023, 233 ss.).

[109] A. DE MARSICO, *Nino Levi*, cit., 158-165.

Benedetto Croce, redattore del *Manifesto degli intellettuali antifascisti*, invita a prestare il giuramento «per continuarvi il filo dell'insegnamento secondo l'idea della libertà» ed evitare l'occupazione delle cattedre universitarie da parte dei professori fascisti.

Durante la sua docenza a Genova Nino Levi viene sospeso e poi dispensato dall'insegnamento universitario a causa delle leggi razziali del 1938[110], ma anche nell'occasione non manca il riconoscimento delle sue qualità - a testimonianza della altissima levatura umana e scientifica, cui evidentemente non fa velo negli accademici fascisti né la sua militanza politica né la sua religione - confermato dalla lettera in data 17.11.1938, del prefetto di Pavia, avv. Leone Leone[111], presumibilmente su richiesta di De Marsico e/o Arturo Rocco, al Rettore genovese in occasione della attuazione delle dette leggi razziali, con la quale il primo avanza la possibilità che a Levi vengano affidati incarichi di studio «estranei all'insegnamento», ma svolti certamente ad alto livello date le sue competenze e il suo valore[112].

[110] In particolare, il r.d.l. 5.9.1938, n. 1390 (provvedimenti per la razza nella scuola fascista), dispose la sospensione del servizio dei professori ordinari e straordinari, assistenti e liberi docenti ebrei, vietando anche le nuove iscrizioni all'università degli studenti ebrei. La sospensione venne trasformata in una definitiva dispensa dal servizio con il r.d.l. 15.11.1938, n. 1779. Il r.d.l. 17.11.1938, n. 1728, raccolse i provvedimenti precedenti e tra l'altro pose il divieto agli ebrei di lavorare nella pubblica amministrazione, complessivamente cancellando la parità di diritti riconosciuta agli ebrei fin dalle leggi sabaude del regno di Sardegna e poi d'Italia. Come noto, il 29 marzo 1848, il decreto albertino n. 688 (firmato sul campo di battaglia di Voghera) riconobbe i diritti civili per gli ebrei del regno di Sardegna (volontari nella guerra contro l'Austria), che a Torino, fino a quel momento, erano confinati all'interno dei ghetti. Nel giugno 1848, entrò in vigore la legge Sineo, n. 735 (divieto di discriminazione in base alle differenze di culto) e furono concessi agli ebrei i diritti politici, per cui fu possibile anche per loro accedere alle cariche civili e raggiungere ruoli di responsabilità (v. E. CAMPELLI, *Emancipazione ebraica e* drafting revolution *in Israele: Le funzioni latenti di una norma giuridica*, in *Nomos* n. 2/2018).

[111] Esponente del partito fascista, prima ancora di intraprendere la carriera prefettizia, già deputato nella XXVII legislatura del regno (1924-1929), eletto nel listone fascista come De Marsico.

[112] A cui il rettore Mattia Moresco risponde positivamente, assicurando che «l'Università di Genova, ove le direttive del Regime siano per consentirlo, sarà sempre molto lieta di poter continuare ad avere la collaborazione di uno scienziato di valore così singolare com'è il prof. Nino Levi» (v. M.S. ROLLANDI, *Le leggi razziali e l'università di Genova*, cit., 483).

Levi comunque decide di espatriare con i figli[113] prendendo la residenza negli U.S.A.[114], a New York, poco dopo il 21 maggio 1939, dove gode di buone relazioni professionali e personali[115] e dove riprende la ricerca e l'insegnamento nella *University in Exile* della *New School of Social Research* di New York[116], in cui tiene i corsi di base di *Sociology of law: Law and the layman; Cultural conflict and Delinquency* (con A.L. Swift jr.) e di *The international factor in crime*, oggetto anche delle sue ricerche. I corsi avanzati (per possessori di degree A.B) e i seminari nella "The Graduate Faculty of political and social science" tenuti da Levi sono: *History of Criminological Thought*; *Theory of Crime Causation* (seminar); *Criminal Statistics* (seminar)[117]. Negli USA Levi si impegna attivamente - confer-

[113] I figli di Levi: Livio Catullo Stecchini (1916-1979) e Albert Vieri (1923-2008), assumono un cognome differente da quello paterno, di chiara origine ebraica, il primo quello della madre, e divengono il primo un noto professore di storia antica nella William Paterson University del New Jersey e l'altro avvocato in California (v. P. GUARNERI, Displaced scholars *in cerca di libertà e lavoro in America, rete familiari, genere e generazioni*, in P. Guarneri (cur.), in *L'emigrazione intellettuale dell'Italia fascista*, Firenze University Press, 2019, 106).

[114] Le istituzioni scientifiche statunitensi accolsero molti docenti universitari italiani, dispensati dal servizio per l'appartenenza alla "razza" ebraica, tra cui - all'*Institute for Advanced Studies* di Princeton - Teodoro (Doro) Levi (1898-1991), professore straordinario di Archeologia e Storia dell'arte antica, sospeso dall'Università di Cagliari unitamente a Alberto Pincherle (1894-1979), professore straordinario di Storia delle religioni (che emigra e insegna nelle università del Perù, tra cui la Pontificia), Camillo Viterbo (1900-1948), professore straordinario di Diritto commerciale (per tutti C. TASCA, M. RAPETTI, *Tracce di ebraismo in Sardegna tra esodi e ritorni*, in *Rivista dell'Istituto di Storia dell'Europa Mediterranea*, n. 10/I n.s., giugno 2022, ivi ult. rif.)

[115] Basti ricordare la difesa a Firenze nel 1925 di Gaetano Salvemini, dal 1933 membro a pieno titolo del dipartimento di storia della Harvard University (Cambridge, Massachusetts) e che tra i suoi amici più stretti vi è Max Ascoli (v., *supra*, n. 63). Nino Levi e i suoi figli, d'altra parte, vengono aiutati quando si rifugiano all'estero nel 1939 da Piero Sraffa, all'epoca da tempo professore a Cambridge. Della introduzione di Levi negli USA è testimone una sua laureata dell'Università di Genova, poi famosa avvocata per i diritti umani (Zara Olivia ALGARDI, *Minima personalia*, in Belfagor 1993, 95 ss.), la quale ricorda che Levi, docente di sociologia all'Università di Washington, le trasmette l'invito della «fondazione Rockfeller» a trascorrere, con una borsa di studio, un anno negli USA: invito che Algardi non può accettare solo perché la lettera giunge appena iniziata la guerra. Algardi ricorda anche che Levi muore mentre si esercita nella corsa a cavallo.

[116] Istituzione in cui opera il vecchio amico di Levi Max Ascoli e che accoglie in quesgli anni prestigiosi studiosi in esilio, tra cui, Hannah Arendt, Claude Lévi-Strauss, Wilhelm Reich, Hanns Eisler, Erwin Piscator, Bronislaw Malinowski, George Szell (riprendo integralmente l'elenco, contenente Nino Levi, da John STRAUSBAUGH, *Victory City. A History of New York and New Yorkers During World War II*, Grand Central Publishing, 2018).

[117] Notizie tratte dal *Curriculum New School for Social Research*, New York, N.Y., 1940-1941. Di Levi in quegli anni è assistente e amica Renata Calabresi (1899-1995) - psicologa di

mando anche il suo tratto umanitario - per trovare una sistemazione ad altri professori ebrei colpiti dalle leggi razziali[118]. A New York Nino Levi muore prematuramente a causa di un incidente a cavallo il 25 marzo 1941.

Purtroppo, le famigerate leggi razziali e la sua prematura scomparsa, con in mezzo le tragiche vicende belliche, sono la causa per cui oggi la figura e il contributo scientifico di Nino Levi non sono adeguatamente (ri) conosciuti[119], la ristampa *de qua* assolve, dunque, anche al dovere morale di favorire la lettura e ricordare i testi[120] – a maggior ragione in tempi di riproposizione occulta o palese dell'antisemitismo – di chi venne allontanato per ragioni *razziali* dalle facoltà giuridiche italiane, «travolto – come afferma de Marsico[121] – da una crisi di oscuramento, che si abbatté nel

fama internazionale (tra l'altro zia del noto giurista italo-americano Guido Calabresi) - per un progetto sulla criminalità degli italo-americani di seconda generazione (Patrizia GUARNERI, Displaced scholars, cit., 105-106). Delle ricerche criminologiche statunitensi di Levi vi è traccia anche in un saggio di Raymond CORSINI, *A study of certain attitudes of prison inmates*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1946, vol. 37, fasc. 2 132 ss., anch'egli poi divenuto un importante psicologo, che ricorda che la ricerca di cui riferisce è avviata da Nino Levi prima della sua scomparsa.

[118] In particolare, Nino Levi fornisce l'*affidavit* (necessario per il visto statunitense) a Ezio Levi (noto filologo) affinché possa insegnare a Boston alla rinomata università femminile Wellesley College nel Massachussetts come Visiting Professor of Italian per l'anno 1940-1941 (L. LEVI D'ANCONA MODENA, *Introduzione*, in Flora Aghib LEVI D'ANCONA, *La nostra vita con Ezio*, Firenze, 2021). Inoltre, è noto l'impegno di Nino Levi per Edoardo Volterra (con cui ha condiviso l'esperienza universitaria cagliaritana), a cui, pur non tacendo «la spaventosa disoccupazione nel ceto degli insegnanti», consiglia di raggiungere gli Stati Uniti per poi ricercare un insegnamento di storia in una grande università, non essendo il diritto romano appetibile, perché gli USA non offrono al tempo preventivamente neppure un breve incarico; la totale assenza di garanzie impedisce però la partenza di Volterra (v. P. GUARNERI, *Intellettuali in fuga dall'Italia fascista*, Firenze, 2023). Si occupa anche di Leone Ginzburg (fa riferimento ad una lettera di Nino Levi a Max Ascoli del 25.9.1938 Francesco BELLO (cur.), *Bruno Zevi intellettuale di confine: L'esilio e la guerra fredda culturale italiana 1938-1950*, Viella, Roma, 2020).

[119] Si può confermare quanto sostenuto dai compilatori de *La biblioteca centrale giuridica nel Giorno della Memoria 27.1.2020*: «sebbene dimenticato dagli storici del diritto e poco citato dalla dottrina successiva, le sue pubblicazioni sono considerate pietre miliari della scienza penale, per originalità e profondità di analisi». Peraltro, tra i suoi scritti proprio l'oggetto della ristampa *de qua* ha avuto un certo riscontro nelle citazioni anche nel dopoguerra, e personalmente lo ricordo come una delle poche citazioni (se non l'unica) degli *Studi economico-giuridici* dell'Università di Cagliari in cui mi sono imbattuto già negli studi universitari.

[120] In particolare, quello che si ripubblica, «alla cui diffusione nuoce ancora essere stata inclusa in una pubblicazione periodica di cui non è agevole la consultazione» (così De MARSICO, Nino Levi, cit., 160), oltre ovviamente ai più rilevanti motivi citati nel testo.

[121] Che per primo lo rievoca nei suoi ritratti post-bellici su Archivio penale.

nostro paese, egli sollecita il nostro ricordo anche per la sua subitanea scomparsa dalla scena dei nostri studi».

Ma, evidentemente, la riproposizione non avrebbe una sede scientifica se non si trattasse di uno studioso del diritto penale di primissimo piano, il che costituisce la seconda ragione della riproposizione, oltre che una *conditio sine qua non*. Del resto, abbiamo visto quanto interessante sia anche il profilo politico di Levi, che rende la lettura dell'opera scientifica una interessante verifica sui rapporti tra pensiero politico e attività scientifica.

6. Qualche annotazione sul metodo scientifico utilizzato nel saggio ripubblicato

L'orientamento politico di Levi non sembra influenzare la sua opera scientifica, o meglio, proprio dalla opera scientifica appare potersi collocare, semplificando, tra i penalisti *liberali* invece che tra i *socialisti*, ovvero vicino alla scuola classica e alla scuola tecnico-giuridica e non alla scuola sociologica, cui tradizionalmente sono ascrivibili alcuni tra i più importanti penalisti o criminologi di orientamento socialista, tra gli altri: Enrico Ferri[122], sebbene abbia poi seguito Mussolini nel suo percorso politico, Cesare Lombroso[123], Eugenio Florian[124] e Napoleone Colajanni[125], compreso quello che pare uno dei suoi più importanti maestri politici: Filippo Turati[126].

Secondo De Marsico, che certo aveva tutti gli strumenti e conoscenze per affermarlo anche sul piano dei dialoghi personali, Levi non è ascrivibile alle scuole in campo nella prima metà del Novecento, quella di indi-

[122] È noto il percorso di Ferri (1856-1929) da socialista impegnato (*Socialismo e criminalità,* 1883), al punto di essere perciò allontanato dall'Università di Pisa, a fascista convinto in tarda età.

[123] In particolare, la figura di Cesare Lombroso, aderente a fine Ottocento al partito socialista come lo stesso Ferri (per tutti v. F. COLAO, *Le scuole penalistiche*, 2012, in *Treccani.it*), sembra evidenziare che i germi del totalitarismo e del razzismo sono rinvenibili in orientamenti politico-criminali asseritamente progressisti, per contro le ideologie liberali di fine Ottocento furono un antidoto rispetto all'assunzione di posizioni estremamente faziose in alcuni esponenti di punta tra i penalisti aderenti al regime.

[124] Peraltro, nel trattato diretto da Eugenio Florian è collocata una delle opere più importanti di Nino Levi, *Delitti contro la pubblica amministrazione titolo 3. del libro 2. del codice penale*, 1935.

[125] Napoleone Colajanni è autore di: *Socialismo e sociologia criminale*, I, *Il socialismo*, Catania, 1884.

[126] Filippo Turati è autore, tra l'altro, di: *Il delitto e la questione sociale*, Milano, 1883.

rizzo logico-formale (da noi conosciuta come tecnico-giuridica) e quella positivista. L'opera Levi è, invece, ascrivibile ad un indirizzo ermeneutico di stampo liberale ottocentesco che riconosce la centralità della legge positiva[127] e lo avvicina a Giovanni Battista Impallomeni[128], Luigi Majno[129], Luigi Masucci e Alessandro Stoppato[130], i quali «si servivano della robusta preparazione dottrinale non per stemperarvi la legge e volatilizzarvi il giurista ma a servizio dell'una e dell'altro nei compiti concreti della giustizia»[131]. I penalisti a cui Levi viene avvicinato sono tutti sostanzialmente definibili liberali riformatori, comunque ben lontani dalla scuola positiva a fine Ottocento essenzialmente di impronta socialista e della loro opera Levi viene indicato da de Marsico come il continuatore – dopo un lungo abbandono – e la punta più alta di «questi grandi elaboratori di problemi e di soluzioni, di interpretazioni e di coordinamenti», di «questi nobili costruttori della verità giuridica sulla base delle leggi».

[127] Certo più acutamente e/o traendo insegnamento dall'esperienza politicamente disastrosa del Ferri socialista, che usava definire «liberalesco» il codice Zanardelli (*La legge eccezionale 19 Luglio 1894 e l'art. 2 del codice penale,* «La Scuola positiva», 1896, p. 106; e *Atti Parlamentari Camera dei deputati legislatura XIX, 1 sessione, discussioni, tornata del 18 marzo 1896*, 3477). Purtroppo, nella definizione spregiativa di *liberalesco* del codice liberale è già insita la evoluzione di Ferri da socialista ad autore dell'elogio di Mussolini in *Mussolini uomo di stato*, Mantova, 1931.

[128] Giovanni Battista IMPALLOMENI (1846-1907), ascritto alla scuola classica ma con sensibilità per il sociale (v. Alessandro DANI, *Cenni sulle scuole penalistiche dell'Ottocento*, appunti delle lezioni), è figura certamente sensibile al principio di legalità e precursore della difesa dello stato di diritto, il cui mancato rispetto coglie nelle condanne per i promotori dei Fasci siciliani, per «elevare a reati dei fatti che la legge non prevede come reati» (*I metodi della Corte di Cassazione nel ricorso di De Felice e compagni*, in *Rivista penale*, 1894, 251). Impallomeni, inoltre, evidenzia nell'aggiramento del codice penale e dello Statuto i «vecchi e nuovi arnesi del reazionarismo autoritario» e li indica come i più «pericolosi nemici delle istituzioni» (*Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, in *La Giustizia penale*, 1897, 414). Esprime, comunque, fiducia nello sviluppo di «forme democratiche di governo», assegnando al penale il senso di «limite all'urto delle forze e tutela degli interessi della totalità dei cittadini» (*La funzione sociale nel diritto penale*, 1905, 4) (v. l'analisi di F. COLAO, *Le scuole penalistiche*, Treccani online, 2012).

[129] Sottolinea il ruolo della legge penale come limite Luigi MAJNO (1852-1915) che, quale difensore dei «giornalisti e deputati», indica alla Cassazione che «la Carta costituzionale» e le «leggi penali» erano state scritte per «dar forma e limiti allo *jus imperii*» (*Ricorso alla Cassazione di Roma*, in *La Scuola positiva*, 1898, 524) (cfr. F. COLAO, *Le scuole penalistiche*, cit.).

[130] Come abbiamo visto (v., *supra*, § 1, n. 8), Stoppato è il presidente della commissione che consacra Levi professore universitario.

[131] A. De MARSICO, *Nino Levi*, cit., 159.

In verità, il metodo utilizzato nel saggio ripubblicato non mi pare lontano da quello tecnico-giuridico[132], così come l'abbiamo conosciuto negli anni Ottanta del Novecento, ovvero ovviamente depurato della componente ideologica di Rocco ed emuli, di cui Levi deve avere assorbito i fondamenti durante gli studi a Pavia, dove si laurea in Giurisprudenza nel maggio 1915, negli anni in cui vi insegna diritto penale Cesare Civoli[133], considerato dallo stesso Arturo Rocco[134] tra i padri del metodo-tecnico giuridico unitamente a Vincenzo Manzini e all'ultimo Pessina[135]. Lo scritto pare aderire alle scelte del progetto preliminare del 1927, peraltro in linea con quelle del codice Zanardelli, sintetizzabili nella definizione del dolo come rappresentazione e volontà del fatto materiale, ed appare decisamente lontano dalle posizioni positivistiche, su un tema, quale quello della consapevolezza dell'antigiuridicità del fatto, che certamente si presta a influenze di tipo politico-sociale e a valutazioni improntate alla valorizzazione di aspetti soggettivi.

Si attribuisce a Levi, in vero, in ragione della sua impostazione attenta al diritto positivo, un particolare interesse per la parte speciale[136], ma in realtà non ritengo che vi sia una correlazione, poiché le scelte scientifiche verso la parte speciale sembrano attribuibili agli stimoli derivanti dalla peculiare formazione di Levi, segnata dalla pratica forense e dalla attività politico-amministrativa. D'altra parte, non pare nemmeno esatta l'attribuzione di tale preferenza, basti considerare l'opera in esame, la quale,

[132] Anche nella Prefazione al volume del 1935 sui *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Levi evidenzia la novità del testo rispetto a quello su analoga tematica del 1930, perché: «la realtà del nuovo diritto spesso allontana da soluzioni che mi parevano da accogliere in relazione al Codice abrogato», sottolineando il suo approccio metodologico di riconoscimento della centralità del diritto positivo. D'altra parte, nell'opera ripubblicata (*Dolo e coscienza dell'illiceità*, p. 17), Levi evidenzia la superiorità «dal punto di vista della elaborazione tecnico-giuridica» della dottrina italiana rispetto a quella francese.

[133] Cesare Civoli (1861-1931) insegna a Pavia dal 1898 (dal 1902 quale ordinario sostituendo Felice Cattaneo) e fino a tutto il 1915, rimanendone docente onorario anche dopo il trasferimento a Torino e poi a Genova.

[134] Art. ROCCO, *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, 500.

[135] V. F. BATTAGLIA, M. BETTINAZZI, F. BONO, L. PELLECCHI, in *La facoltà di giurisprudenza pavese nei primi decenni postunitari*, in D. Mantovani (cur.), Almum Studium Papiense. *Storia dell'Università di Pavia*, Volume 2. *Dall'età austriaca alla nuova Italia*, Tomo II, Milano, 2017, 1225-1226.

[136] V. De MARSICO, *Nino Levi*, cit., 159 ss.; ripreso da R. CAPPITELLI, *Attualità di Nino Levi*, in *Cass. pen.*, 2007, f. 9, 3532; nonché da E. MURA, *Nino Levi*, in *Dizionario bibliografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, II, Bologna, Il Mulino, 2013, 1178.

unitamente agli scritti in tema di imputabilità e allo studio sul diritto penale internazionale, evidenzia l'ampiezza degli interessi scientifici di Levi e l'attenzione anche per le tematiche di parte generale, in particolare dopo il conseguimento dell'ordinariato. Semmai Levi, come dovrebbe ogni giuspositivista che si rispetti, disdegna le costruzioni astratte e distanti dalle esigenze applicative, come sottolinea nella recensione a Carnelutti, criticando severamente i penalisti che «arricchiscono la nostra più moderna letteratura di una serie di disquisizioni generalizzanti nelle quali gl'istituti della parte generale sono dotati di un'inesistente concretezza e non si sa qual valore assoluto, indipendente dalla destinazione a pratiche applicazioni, cosicché questo complesso di norme che dovrebbe essere formato e si è formato storicamente per una necessità di economia e di chiarezza diverrebbe così astruso, macchinoso e incomprensibile da fare augurare addirittura un ritorno a forme più antiche, ma più semplici e sode, di argomentazione e di studio»[137].

Nello studio della parte generale Levi conferma la sua particolare attenzione al diritto positivo[138], fino ad affermare in un tema centrale quale il dolo che «è possibile in diritto positivo italiano pervenire ad una soluzione del problema, fondata su elementi obbiettivi e inoppugnabili, talché il tema del dolo possa essere considerato come un punto di partenza, anziché un punto di arrivo, in rapporto ai quesiti, che affaticano la scienza giuridica penale»[139]. Assunto che può essere una delle cifre del pensiero dell'eccellente autore: la costruzione del sistema penale a partire dal diritto positivo e non la derivazione delle soluzioni dei problemi applicativi da costruzioni teoriche astratte.

Un altro tratto caratterizzante l'opera di Levi, che direi estremamente contemporaneo, è l'ampia indagine comparatistica, in particolare rivolta alla dottrina tedesca e francese, nei cui confronti non v'è tuttavia alcuna sudditanza culturale aprioristica, presente talvolta nella più recente dottrina che prescinde persino dal nostro diritto positivo per inseguire la dottrina tedesca nelle sue costruzioni dogmatiche, ma, al contrario, ne evidenzia i limiti[140] e se del caso la contrarietà al diritto positivo italiano,

[137] *Recensione a* Francesco Carnelutti, Teoria generale del reato, in *Temi emiliana*, 1933, n. 6, 5-6 dell'estratto.

[138] Levi evidenzia, in particolare, che il progetto in tema di dolo, esplicita ciò che era già implicito nel codice Zanardelli.

[139] *Dolo e coscienza dell'illiceità*, 17.

[140] Il seguente passaggio censorio sembra permanentemente valido - anche se certo non possiamo non apprezzare comunque l'elevato valore degli autori tedeschi contemporanei, così come di quelli a cavallo del Novecento -: «lo sforzo degli studiosi si è risolto nel

di cui rileva la natura di gran lunga più moderna dei codici francese e tedesco dell'epoca[141]. Levi, peraltro, conosce bene anche l'inglese, seppure faccia limitatissimi riferimenti nelle sue opere giuridiche a quella letteratura, evidentemente consapevole delle differenze strutturali dei sistemi giuridici anglosassoni con il nostro.

Sul piano delle teorie della pena altrettanto chiaro in Levi il superamento dell'antica concezione feuerbachiana della coazione psicologica[142], così come la non adesione alla concezione retributiva bindinghiana.

Levi, d'altra parte, sempre in punto di metodo, evidenzia in tempi in cui poteva apparire rivoluzionario, la totale autonomia del concetto di dolo da quello del diritto romano[143], poiché «[t]ale nozione sarebbe affatto inconcludente per noi, data la manifesta diversità dei due diritti, romano e italiano vigente»[144], pur essendo certamente ferrato nella indagine storica, capacità di cui da ampia prova, in particolare, nel volume sulla *Frode in commercio*, criticata da qualche componente della commissione per lo straordinariato proprio per la prevalenza di quell'indagine.

Propone anche il radicale rifiuto di superfetazioni teoriche prive di impatto pratico, ad esempio, quando rileva che «la controversia relativa alla appartenenza o meno alla nozione di dolo della coscienza e volontà di violare la legge penale si riduce ad una disputa meramente verbale poiché, che sia dichiarato indifferente, o costantemente presunto, il risultato pratico è che di questo requisito non ci si cura»[145].

Una ultima annotazione concerne le limitatissime citazioni, rispetto alla ampia attenzione prestata alla dottrina tedesca, di von Listz[146], con cui

moltiplicarsi di enunciazioni teoriche più o meno ingegnose, l'una all'altra radicalmente antitetica, in relazione a concezioni sistematiche generali tra loro profondamente diverse» (*Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 17).

[141] *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 17.

[142] Di cui rileva la influenza sul codice tedesco che lo rendevano non attuale.

[143] È noto, tra l'altro che uno dei più potenti penalisti del tempo, caposcuola delle posizioni conservatrici-reazionarie - Karl Binding - abbia una impostazione opposta, fin dalla tesi di dottorato a Göttingen in latino: *De natura inquisitionis processus criminalis romanorum praesertim ex eo tempore quo ordo judiciorum publicorum in usu esse desiit. Commentatio praemio regio ornata*. Una espressione ne può essere l'attribuzione del rilievo abrogativo alla consuetudine (K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, 197), che Levi considera la caratteristica del diritto romano che ne impedisce l'attualità (*Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 19, n. 249).

[144] Manifestando, invece, interesse per «la nozione di dolo che i giureconsulti intermedi costrussero sul *Corpus juris* la quale ha per il diritto moderno un valore» (*Dolo e coscienza dell'illiceità*, 17).

[145] *Dolo e coscienza dell'illiceità*, 39.

[146] Franz von Listz (1851-1919), uno dei capiscuola del diritto penale tedesco a cavallo del

Levi può avere diversi punti in comune, quanto meno sul piano politico, certamente meno sul piano delle dottrine penalistiche. La ragione pare debba essere individuata, però, in mere ma significative ragioni metodologiche: von Listz e la sua scuola sono sostenitori di una nozione del dolo analoga a quella accolta da Levi[147], che ritiene evidentemente necessario soffermarsi sugli autori che la contrastano, per affrontarne criticamente le tesi e superarle, mentre quanto alla conferma reputa argomento necessario e sufficiente il diritto positivo e il Progetto, che analizza approfonditamente.

7. Cenni sul contenuto del saggio

In tema di soluzioni dogmatiche accolte nel saggio non c'è molto da dire, se non la contemporaneità di parte significativa del pensiero di Levi sul dolo[148] proprio perché fortemente legato al diritto positivo del codice Zanardelli e al Progetto che anticipa il codice Rocco, che sul punto afferma essere in continuità ed esplicitare il primo, scarsamente attratto dalle critiche politiche quand'anche di segno asseritamente progressista[149].

Novecento, di indirizzo progressista, tra l'altro deputato liberal-socialista del *Fortschrittliche Volkspartei*. Fondatore della scuola sociologica tedesca, riconosce dignità di scuola anche all'indirizzo socialista-sociologico italiano (Lombroso, Ferri, Garofalo, Turati, Colajanni, Sighele) e nel 1882 si confronta con le «rivoluzionarie tesi degli Italiani» nel *Programma di Marburgo*, ponendo il tema del superamento dell'oggettività delle pene (F. von LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *ZStW* 1883, 1 ss.; trad. it. Milano, 1962, 9).

[147] Come emerge chiaramente dallo stesso saggio in commento. L'unica citazione pare quella in nota 1 riferita alle tesi in argomento (conformi a quella accolta da Levi, ovvero dai testi legislativi dallo stesso esaminati) della scuola di von Listz.

[148] Basti leggere la definizione di *dolus facti* per la cui sussistenza «occorre che l'agente abbia avuto presente la concreta situazione di fatto, in modo "tale che il quadro rappresentativo che egli se ne è formato corrisponda esattamente al complesso degli estremi di fatto previsti dal precetto penale"» (che riprende tra virgolette la definizione di E. BELING, *Grundzüge des strafrechts*, Tübingen, 6ª ed., 1920, 45).

[149] Tratta con evidente sufficienza, ad esempio, quelle posizioni marcatamente ideologiche di critica all'art. 44 del codice Zanardelli, secondo cui «nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale», riguardo ad alcune delle quali basta leggere i titoli per comprenderne il forte tasso socialista: E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali nel codice penale*, (estratto da *Scienza del diritto privato*, Firenze, anno IV, fasc. 1-2), Prato, 1896, par. 2; N. CANTORE, *L'ignoranza di legge in materia penale*, in *Giust. Pen.*, 1906, 241-281, 321-353; G. SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e al diritto nuovo*, Reber, Palermo, 2ª ed., 1906; A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *Sc. Pos.*, VI, 1896, 68 ss., in part. 88.

È, tuttavia, molto interessante l'attenta indagine critica proposta delle differenti posizioni dottrinali. Non soltanto perché porta alla conferma della bontà del diritto positivo, conducendoci alle radici del principio secondo cui l'ignoranza della legge penale non scusa e al dolo come rappresentazione e volontà del fatto tipico, con i corollari in particolare in materia di errore. Ma, soprattutto, perché ne emerge un metodo rigoroso e un ricco apparato concettuale, di permanente interesse per le nostre conoscenze, ricavabile dalla accurata analisi delle pur contestate tesi: dalla differenza tra reati *naturali ratione* e quelli di creazione legislativa[150], alla autonomia della scusabilità dell'errore di diritto (*recte* sul precetto) rispetto al concetto di dolo[151], alla irriducibilità della illiceità penale alla morale[152].

Su quest'ultimo punto – di particolare rilievo considerate le posizioni politiche e la religione – Nino Levi si sofferma quando esamina il Progetto[153], sostanzialmente demolendo l'assunto della identificazione di colpa penale con colpa morale, sottolineando l'inconsistenza di ogni parametro ed in particolare quello della morale della maggioranza, esprimendosi in termini che sembrano rappresentare anche il suo modo di intendere l'attività del giurista e di stare nello stato e nel regime: «Cittadini obbediamo alle leggi penali che non approviamo, giuristi le illustriamo, funzionari e giudici ne facciamo applicazione senza turbamento della nostra coscienza poiché, un supremo dovere civico impone di dare a Cesare quel che è di Cesare: ma sarebbe ben diverso, se ciò implicasse il riconoscere "immorali" le idee religiose, politiche, etiche che a quei precetti siano in contrasto»[154].

Nell'analisi del Progetto - di cui sembra condividere gli assunti sul tema, rimarcando che confermano le sue precedenti conclusioni sulla disamina delle posizioni dottrinali - Levi esordisce con una puntuale ricostruzione della dottrina sull'errore di diritto che produca un errore

[150] *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 25 ss. e 62 ss., in cui Levi procede alla critica delle tesi, ancora oggi molto note, di Max Ernst Mayer (1875-1923) (*Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903) sulla coscienza dell'immoralità dell'azione ovvero alle norme di civiltà, e p. 82, in cui ne rileva la non conciliabilità con il progetto.

[151] *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 45 e n. 103, e nelle pagine di commento al Progetto tedesco del 1927 (85 ss.)

[152] V. *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., in part. 51 ss., 91 ss.. Da annotare in tema alcune citazioni di autori cristiani: Rosmini, S. Agostino, S. Tommaso d'Aquino, e, *en passant*, del Levitico (libro sacro per ebrei e cristiani), tanto per rilevare la perfetta integrazione di Levi nella cultura diffusa nel Paese.

[153] V. *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 99 ss.

[154] Significativamente Levi dedica un corso tenuto negli USA ai rapporti tra legge e laicità.

sul fatto, secondo il suo linguaggio «un errore di diritto che si sia risolto in errore di fatto», assolutamente in linea con quelle contemporanee, con una annotazione non seguita dalla dottrina contemporanea, ovvero la rilevanza escludente l'elemento soggettivo anche dell'errore di diritto colposo quando produca un errore sul fatto, che per Levi vuol significare anche l'assenza di qualsiasi dovere civico di conoscere la legge che fondi il principio che l'ignoranza della legge non scusi.

Su un punto Levi esprime una visione autonoma rispetto alla legge positiva, di cui è un raffinato esegeta, ovvero sul carattere di comando o imperativo delle norme penale e sui destinatari dello stesso (tra giudici e *sudditi*), evidenziando anche le sue qualità speculative. In tema propone una distinzione che direi alquanto attuale, tra, da un lato, «il momento astratto, nel quale si rivela la finalità della norma, … che … è necessariamente di determinare i sudditi a comportarsi in un certo modo: questi sono quindi i primi destinatari delle norme. Non certo infatti si emanano leggi per ordinare al giudice di punire bensì si provvede alla tutela di beni interessi tendendo a determinare i sudditi ad agire in modo da non turbarli: i sudditi quindi non il giudice sono primi». Aderendo insomma alle teorie generalpreventive, secondo la versione utilitaristica ed evincendone i classici principi «che le leggi penali debbono essere chiare e semplici spoglie di terminologia tecnica, di richiami ad altri testi … e soprattutto non sarà mai abbastanza ridetto che le leggi penali non sono l'unico, né sempre il migliore mezzo di provvedere alla tutela di beni interessi e che quindi esse dovrebbero essere quanto più poche è possibile». E, dall'altro, la fase applicativa, in cui reputa che destinatario della norma sia il giudice. Al di là di quest'ultima specificazione, che non appassiona più i giuristi contemporanei, la distinzione tra la comminatoria e la applicazione indubbiamente è apprezzabile ed assume un ruolo importante. Manca, invece, una valorizzazione della fase esecutiva, oggi al centro della attenzione dei penalisti e della politica.

7. Conclusioni

Insomma, la storia personale e accademica di Nino Levi così come il suo contributo scientifico paiono in sé di assoluto rilievo, ma ancor più interessante per il penalista contemporaneo pare l'esperienza di un giurista antifascista nella comunità scientifica di riferimento durante gli oscuri anni del Ventennio, da cui si possono trarre in definitiva valutazioni ponderatamente non negative sulla scienza penalistica dell'epoca, pur in gran

parte schierata con il regime, ma che seppe – quanto meno fino alle famigerate leggi razziali – apprezzare il valore di una personalità così elevata.

Certo sarebbe impossibile - pur volendo distinguere radicalmente l'opera giuridica dal pensiero e dall'azione politici - apprezzare i contributi scientifici e l'apporto al codice dei vari De Marsico, Manzini e Arturo Rocco, tra gli altri, se non trasparisse, tra mille errori e responsabilità, emblematicamente proprio nella vicenda di Nino Levi, la loro onestà intellettuale nonché l'umano rispetto nel riconoscimento della qualità intellettuale di un portatore di una visione del mondo radicalmente contrapposta alla loro.

Lo studio della figura e dell'opera di Nino Levi apporta, in definitiva, un importante contributo culturale anche alla spiegazione del perché il codice Rocco - pur con interventi significativi - è ancora vigente in Italia e del perché, tutto sommato, tra i penalisti di oggi e quei penalisti non possa dirsi esservi stata una radicale cesura, piuttosto un netto progresso che dobbiamo ai nostri maestri più prossimi.

Omogeneità 'federale' e conflitti tra identità nello scenario costituzionale europeo. Il caso del regolamento sulla condizionalità*

Giovanni Comazzetto
Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale

Sommario: 1. Premessa. – 2. La nozione di omogeneità e i meccanismi di tutela dello Stato di diritto. – 2.1. L'omogeneità al crocevia tra teoria dello Stato e dottrine federalistiche. – 2.2. L'omogeneità nel diritto dell'Unione europea. – 2.3. Omogeneità e conflitti tra identità costituzionali nello scenario europeo. – 3. Le condizionalità macroeconomiche a tutela del *rule of law*: prospettive e limiti. – 4. Postilla. L'Unione europea come società democratica: forza e debolezza di un concetto.

1. Premessa

Il tema dell'omogeneità costituzionale nell'Unione europea si è imposto con una certa evidenza nel momento in cui la fisionomia della comunità sovranazionale ha assunto i tratti sempre più marcati di un processo di unificazione politica. Sebbene l'esigenza di un *idem sentire* tra i popoli dell'Unione fosse già stata evidenziata negli anni Sessanta in sede di discussione sull'ammissione di nuovi Stati, si è iniziato a discuterne intensamente solo a partire dagli anni Novanta, a fronte di momenti cruciali di svolta quali l'allargamento dell'Unione a est – al punto che la compatibi-

*Il presente contributo costituisce lo sviluppo di una relazione dal titolo *Omogeneità 'federale' e conflitti tra identità nell'orizzonte costituzionale europeo*, tenuta nell'ambito della *V Summer School e Conferenza di Ventotene* "Ex pluribus unum: le identità in Europa" (9-14 luglio 2023), ed è già stato pubblicato nel numero speciale 1/2024 della rivista *Diritto pubblico europeo - Rassegna on line*.

lità tra i valori ispiratori dei nuovi aderenti e i valori posti alla base del progetto di unificazione non poteva più essere data in alcun modo per scontata –, il passaggio all'unione monetaria, e infine il tentativo, fallito, di approvare un testo (*rectius*: un «trattato») costituzionale per l'Unione.

L'esigenza di un grado minimo di compatibilità valoriale tra l'ordinamento dell'Unione e gli ordinamenti degli Stati membri, così come tra gli stessi ordinamenti degli Stati membri, ha fatto sì che si giungesse alla codificazione nei Trattati di quella che è stata definita una clausola di omogeneità «complessa e dissimulata»[1], oggi enunciata all'articolo 2 TUE – letto alla luce della previsione del meccanismo sanzionatorio di cui all'articolo 7 TUE e dei criteri di ammissione di nuovi Stati stabiliti all'articolo 49 TUE. La complessità della clausola può spiegarsi con la natura «composita» dell'Unione, nonché con la costante oscillazione della normazione fondamentale eurounitaria tra la mimesi federale e la sperimentazione di soluzioni normative irriducibili alle esperienze ordinamentali finora «ingabbiate» nella trappola concettuale della statualità[2]. In questo senso, si possono leggere sia il carattere apparentemente assertivo, piuttosto che apertamente prescrittivo, del succitato articolo 2 TUE (ove si dice che l'Unione «*si fonda* sui valori della dignità umana […]» etc., o che «Questi valori *sono* comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo […]»), sia gli innumerevoli riferimenti, in altri luoghi dei Trattati, al rispetto, da parte dell'Unione, della struttura ordinamentale degli Stati membri (tra tutti, l'articolo 4, paragrafo 2 TUE), sia, infine, la presenza non eludibile – al di fuori dei Trattati – delle «clausole di integrazione» nelle costituzioni degli Stati membri, che concorrono complessivamente a far intendere l'omogeneità costituzionale nell'Unione come omogeneità *bidirezionale* e non certo unidirezionale, quale invece emerge nelle costituzioni degli Stati federali «classicamente» intesi[3].

[1] F. Palermo, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005, p. 132.

[2] Si consenta di rinviare, sul punto, a quanto osservato in G. Comazzetto, *La solidarietà europea dalle origini al Next Generation EU*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2023, 1, p. 17: «La confederazione di Stati rimane un rapporto di diritto internazionale; lo Stato federale non è che una variante dello Stato unitario, dove il problema della sovranità è già stato risolto una volta per tutte con la sua attribuzione al livello di governo più alto. Ma se non si supera il "dilemma di Calhoun" (per il quale "o sovrani resterebbero i singoli Stati o sovrano diventerebbe il nuovo Stato europeo"), la riflessione sull'Unione europea non può emanciparsi da tale blocco concettuale». Sul tema, v. G. Duso, *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, pp. 1882 ss.

[3] Osserva G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli,

Sotto questo profilo, al netto delle difficoltà di inquadrare la suddetta clausola di omogeneità sul piano teorico, anche alla luce delle persistenti incertezze sulla natura dell'ordinamento dell'Unione, è stata pressoché unanimemente constatata «l'inefficacia del binomio art. 2-art. 7 TUE (e, quindi, del meccanismo di tutela dello Stato di diritto previsto dai Trattati)»[4]. Occorre tuttavia chiedersi se l'anacronismo cui sembra destinato il binomio in questione non possa ora leggersi nel prisma della parallela affermazione dei meccanismi di condizionalità, i quali, pur incentrandosi sulla leva economico-finanziaria, sono stati recentemente valorizzati proprio in funzione di difesa (anche) del *rule of law* europeo.

Tali sviluppi danno quindi l'abbrivio alla presente riflessione, che sarà così tripartita: ci si interrogherà innanzitutto sul concetto di «omogeneità costituzionale» e sulla sua rilevanza nello spazio costituzionale europeo; si porrà poi in relazione tale disamina con due recenti decisioni della Corte di giustizia in merito alla compatibilità tra i meccanismi di condizionalità a tutela del *rule of law* e le previsioni dei Trattati; infine, si articoleranno alcune brevi notazioni sul concetto di «società democratica europea», posto al centro del dibattito giuspubblicistico grazie a un'importante opera di Armin von Bogdandy[5], di grande rilevanza anche ai fini della definizione del ruolo del concetto di «omogeneità costituzionale» nel diritto pubblico europeo.

2. La nozione di omogeneità e i meccanismi di tutela dello Stato di diritto

Ricorrere alla nozione di omogeneità comporta non poche difficoltà nel contesto degli studi di diritto pubblico europeo, vieppiù alla luce della complessa genealogia del concetto.

Una prima difficoltà è legata proprio alla definizione di *omogeneità*. È ovviamente possibile declinare questo concetto in diversi modi, ritenendo ad esempio che esso corrisponda non a un codice valoriale uniforme e presupposto (come l'etimologia del termine porterebbe a ritenere), bensì

2017, p. 273, che la clausola di omogeneità non si presenta «nell'ordinamento dell'UE negli stessi termini in cui ciò avviene in un ordinamento federale classicamente inteso [...]. Il punto su cui diverse opinioni concordano [...] è la natura non unidirezionale dell'"imposizione di valori" veicolata dalla clausola di omogeneità dell'art. 2 TUE».

[4] A. Sandulli, *L'ordinamento giuridico europeo e il suo diritto pubblico: una fattispecie a formazione progressiva*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2023, 3, p. 990.

[5] A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlin, 2022.

a una sorta di minimo comune denominatore «che dovrebbe assicurare il perdurare di condizioni di compatibilità fra gli spazi costituzionali» dei diversi livelli di governo[6]. L'insistenza con cui i Trattati europei affrontano il tema delle *diversità* tra gli Stati membri quale valore da tutelare e difendere, induce a ritenere che, se del concetto di omogeneità può effettivamente farsi uso nel diritto pubblico europeo, deve trattarsi di una omogeneità intesa come idoneità delle parti di un tutto ad accordarsi ed agire insieme *mantenendo le proprie differenze entro un orizzonte valoriale comune*; e non certo di una omogeneità intesa come il riferimento ad un tutto ove le singole parti finiscano per diventare *indistinguibili*.

Una seconda difficoltà attiene al ruolo che generalmente rivestono le clausole di omogeneità nei sistemi di carattere federale, al di là di astrazioni classificatorie come la distinzione tra omogeneità «verticale» ed «orizzontale».

2.1. L'omogeneità al crocevia tra teoria dello Stato e dottrine federalistiche

Gli studi consolidati sull'omogeneità federale inducono ad interrogarsi sulla rilevanza di clausole siffatte nella concreta evoluzione degli ordinamenti composti. È stato efficacemente detto che la concezione della clausola di omogeneità come *extrema ratio*, attivabile solo in presenza di gravi crisi costituzionali, finisce per stringerla «tra la formalizzazione di una sorta di consenso costituzionale minimo e il presentarsi di crisi esistenziali»[7]. Il problema, per dirlo in altro modo, è quello della *chiusura* di un ordinamento, del tentativo di fissare (e custodire) i suoi fondamenti assiologici. Guardando al quadro storico-comparatistico, viene in rilievo il caso *Luther vs. Borden*, trattato dalla Corte suprema statunitense nell'anno 1849: era in discussione, in particolare, l'articolo IV, sezione 4 della Costituzione americana e la cosiddetta *republican clause*, che la Corte ha giudicato *political question*, dunque non giustiziabile. Stando appunto all'esperienza degli Stati federali, sembra di potersi desumere che il ruolo delle clausole di omogeneità sia stato (generalmente) non tanto (o meglio, non solo) quello di tutelare esigenze unitarie, bensì soprattutto quello di avvalorare la «sovranità federale»[8]. Ci si deve allora chiedere se effettivamente l'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea possa essere letto

[6] G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale*, cit., p. 21.
[7] G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale*, cit., p. 313.
[8] G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2022, p. 306 ss.

in questa chiave, di spinta all'uniformizzazione proveniente dall'alto, o se in gioco – nell'interpretazione di questa norma – non sia piuttosto la definizione della stessa natura del processo federativo europeo.

In ogni caso, di omogeneità non si discorre solo con riguardo alle esperienze federali: essa è tematizzata anche negli studi sullo Stato. Ricordando un importante lavoro di Antonio La Pergola[9], si può osservare come si corra sempre il rischio di risolvere i dilemmi posti dalle esperienze di carattere federativo nelle strutture concettuali disegnate sulla forma-Stato. Soccorre, sotto questo profilo, l'esempio del vicolo cieco in cui incorre concettualmente l'indagine schmittiana. Nella *Verfassungslehre* l'omogeneità non è altro che la sostanza dell'eguaglianza democratica, e dunque corrisponde all'elemento (o all'insieme degli elementi) grazie al quale all'interno di una comunità politica questa eguaglianza democratica è pensabile. L'omogeneità consiste allora nelle comuni convinzioni religiose, nel principio nazionale, o nell'appartenenza a una medesima classe[10]. Il fatto che poi il concetto di omogeneità sia centrale anche nelle pagine schmittiane sulla teoria della federazione fa comprendere come il problema si trovi in un certo senso «a monte», nel modo in cui Schmitt intende l'unità politica: per l'autore del *Begriff des Politischen* la coesistenza di unità politiche distinte, riunite entro la cornice di un'unità complessiva, appare come una contraddizione[11]; e la federazione non è altro che una fase temporanea nel processo di formazione di una unità statale (o della sua dissoluzione)[12].

Per Hermann Heller il concetto di omogeneità è ugualmente centrale, ma nel senso che deve sussistere un grado determinato di omogeneità sociale, senza il quale non è assolutamente possibile la formazione de-

[9] A. La Pergola, *Residui "contrattualistici" e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969, pp. 11-12.

[10] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, p. 299 ss.

[11] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 487. Sottolinea A. Scalone, *Federalismo e decentramento tra Schmitt e Kelsen*, in G. Duso e A. Scalone (a cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Monza 2010, p. 250, che «la concezione monista dell'unità politica e la concezione assoluta della sovranità, così come si presentano in Schmitt, non permettono di pensare in modo del tutto adeguato le questioni della pluralità e del federalismo, rispetto alle quali non a caso Schmitt parla di antinomie. Esse possono venir governate sul piano politico, possono essere decise, ma non possono trovare una risoluzione sul piano teorico. Costituiscono piuttosto un elemento perturbante che contraddittoriamente, ma significativamente, riemerge in alcuni punti cruciali della logica giuridico-politica della modernità».

[12] G. Comazzetto, *Pensare l'Europa federale: contributo alla discussione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2020, 1, p. 11 ss.

mocratica di una unità politica. Ciò non significa che questa omogeneità sia associata all'eliminazione della struttura necessariamente antagonistica della società. Piuttosto, l'omogeneità designa quel «senso del noi» (*Wir-Bewusstsein*) – che è condizione socio-psicologica[13] – grazie al quale una comunità può elaborare e contenere al suo interno anche enormi tensioni e contraddizioni.

Sia la tradizione federalistica sia la concettualità statal-nazionale sembrano insomma porre una pesante ipoteca sul concetto di omogeneità, rendendone ambiguo l'utilizzo per l'ordinamento europeo, nonché incerte le conseguenze nei termini del rapporto tra l'Unione e gli Stati membri. Ci si può quindi avvalere di tale concetto solo con l'accortezza di specificare che la qualità giuridica dell'Unione europea non è assimilabile a quella del livello di governo superiore quale si pone negli ordinamenti federali classicamente intesi: il rapporto di omogeneità verticale istituito dagli articoli 2 e 7 del Trattato sull'Unione europea va piuttosto inteso come l'effetto di una «interazione istituzionale, personale, funzionale e procedurale molto estesa tra i due livelli costituzionali (interno ed europeo) che, insieme, formano una "comunità costituzionale in continuo divenire" [...]. In un siffatto quadro costituzionale, rappresentato da un insieme di costituzioni parziali scritte e non scritte, che prende atto dell'affermarsi di un concetto "post-nazionale" di costituzione, il contenuto essenziale del principio di omogeneità e gli strumenti apprestati per la sua garanzia possono dare la misura, il grado, ormai raggiunto dal processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea»[14].

[13] H. Heller, *Democrazia politica ed omogeneità sociale*, in *Quaderni piacentini*, 1983, 10, p. 145.

[14] Così R. Miccù, *Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in V. Atripaldi e R. Miccù (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea dopo il "caso Austria" e la Carta dei diritti fondamentali*, Padova 2003, pp. 104-105, il quale prosegue osservando che «[Il principio di omogeneità e gli strumenti apprestati per la sua garanzia] rappresentano, contemporaneamente, anche un veicolo di reciproca stabilizzazione costituzionale tra Unione e Stati membri, attraverso una influenza reciproca in cui gli Stati vedono mutare la loro propria dimensione costituzionale, mentre l'Unione definisce i propri contorni attraverso un movimento progressivo di codificazione». Sulla «scienza della cultura» che mette in luce la natura costituzionale dell'ordinamento sovranazionale, e al contempo il fenomeno della «relativizzazione delle Costituzioni dello Stato nazionale in Costituzioni parziali» v. soprattutto P. Häberle, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale. Il Grundgesetz come Costituzione parziale nel contesto della Unione europea: aspetti di un problema*, «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2002, p. 460 ss., e, più diffusamente, Id., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, sp. pp. 113 ss.

2.2. L'omogeneità nel diritto dell'Unione europea

Quanto alle disposizioni di diritto primario, difficilmente poteva ritenersi enunciato un principio assimilabile a quello di omogeneità nel Trattato CEE, che all'articolo 237 richiedeva come unico requisito per essere ammessi nella Comunità quello di essere uno Stato europeo[15]; il problema della «compatibilità costituzionale» tra gli ordinamenti degli Stati membri e gli Stati desiderosi di aderire alla Comunità si impose comunque nella prassi dei negoziati fin dagli anni Sessanta, ad esempio con riferimento ai casi di Grecia e Spagna, al punto che la dottrina dell'epoca «iniziava a ritenere che il regime politico dello Stato candidato all'adesione non potesse non essere una significativa condizione di ricevibilità della domanda di ammissione»[16]. Si ebbe quindi un'evoluzione nel senso di colmare la lacuna del Trattato di Roma, assegnando ai valori della democrazia pluralista e del rispetto dei diritti dell'uomo «il ruolo, al contempo, di limite da rispettare per chi, dall'esterno, chiedeva di entrare nella Comunità, e di elemento costitutivo dell'identità europea, secondo la prospettiva, interna, di coloro che già avevano sottoscritto i Trattati»[17]. I c.d. criteri di Copenhagen non fecero quindi che stabilizzare e codificare questo processo di consolidamento dei valori comuni, giungendo a stabilire che «L'appartenenza all'Unione richiede che il paese candidato abbia raggiunto una stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, il principio di legalità, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze, l'esistenza di una economia di mercato funzionante»[18]. Nel passaggio da Maastricht ad Amsterdam, fino all'odierna formulazione consolidata a Lisbona, il principio di omogeneità ha visto quindi affiancarsi alla previsione dei «valori comuni» all'Unione europea e agli Stati membri l'espresso riferimento al rispetto di questi ultimi quale condizione per l'adesione di nuovi Stati all'Unione (articolo 49 TFUE), nonché l'istituzione di un meccanismo sanzionatorio (articolo 7 TUE) che prevede tuttavia, affinchè possa giungersi alla constatazione di una violazione grave e persistente dei valori summenzionati da parte di uno Stato membro, la decisione unanime del Consiglio europeo. Le difficoltà applicative della disposizione in

[15] L. Cappuccio, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2006, p. 1.
[16] G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale*, cit., p. 239.
[17] L. Cappuccio, *Le condizioni costituzionali di adesione*, cit., p. 5.
[18] Consiglio europeo, *Estratto delle conclusioni della presidenza: Consiglio Europeo di Copenaghen, 21 e 22 Giugno 1993*, reperibile all'indirizzo *https://www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/cop_it.htm*.

oggetto, sebbene in una sua precedente formulazione, erano state rilevate già a seguito del noto «caso Haider»[19] (1999-2000), e sono riemerse al momento dell'adozione di misure nei confronti di Polonia e Ungheria rispettivamente il 20 dicembre 2017 – quando la Commissione ha attivato la procedura *ex* articolo 7 TUE in relazione a provvedimenti lesivi dell'indipendenza del potere giudiziario – e il 12 settembre 2018 – quando il Parlamento europeo si è attivato nello stesso senso rispetto ai provvedimenti relativi al funzionamento del sistema costituzionale e del sistema elettorale ungheresi, all'indipendenza della magistratura e alla tutela di altri diritti e libertà fondamentali. Nessuna di queste iniziative, tuttavia, ha avuto un seguito: l'eccessiva macchinosità della procedura ha spinto a dire, non senza ragione, che «il meccanismo in parola non sembra reggere il confronto con la realtà»[20].

2.3. Omogeneità e conflitti tra identità costituzionali nello scenario europeo

Sul piano della giurisprudenza, per contro, il tema dell'omogeneità è emerso in tralice, nell'ambito del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico eurounitario.

Gli argomenti sull'identità costituzionale, oggetto di una vivace dialettica giurisprudenziale tra la Corte di giustizia e le corti costituzionali nazionali, hanno spesso adombrato il tema dell'omogeneità, cui indubbiamente sono connessi. L'*identity turn* ha costituito un momento centrale nello stesso processo di costituzionalizzazione dell'Unione, in quanto ha favorito l'inserimento nel diritto eurounitario di clausole che fanno riferimento ai materiali costituzionali nazionali (precipuamente in tema di tutela dei diritti fondamentali) e dato successivamente origine a peculiari conflitti costituzionali che si possono definire *conflitti di convergenza* – ovvero «nuove forme di concorrenza interpretativa fra la Corte di giustizia dell'UE (CGUE) e le Corti costituzionali nazionali sul significato da attribuire a una serie di norme condivise»[21]. La dottrina *Solange*, così come la dottrina dei controlimiti, per quanto spesso intese come portatrici di ragioni ostative ad una maggiore integrazione, andrebbero più opportu-

[19] Si veda la ricostruzione di R. Pepe, *Il "caso Austria": cronaca politico-costituzionale*, in V. Atripaldi e R. Miccù (a cura di), *L'omogeneità costituzionale*, cit., pp. 137-155.
[20] A. Rosanò, *The Battle of Evermore, ovvero considerazioni sui meccanismi attivabili dall'Unione europea per la tutela dello Stato di diritto*, in *SIDIBlog*, 19 ottobre 2018.
[21] G. Martinico, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 3, p. 783.

namente lette (anche) in questa chiave di influenza «positiva» da parte dei materiali costituzionali nazionali sul materiale costituzionale europeo, vieppiù alla luce della progressiva interiorizzazione da parte della Corte di giustizia del rispetto dei diritti fondamentali e della loro successiva codificazione nella Carta di Nizza-Strasburgo[22]. Quel che è certo, è che questa dialettica si è dimostrata spesso ambivalente, in quanto non sono ovviamente mancati i tentativi di valorizzazione dei profili «identitari» degli ordinamenti costituzionali nazionali in funzione meramente difensiva, anziché «proattiva» e pluralisticamente orientata. In quest'ultimo senso, può generalmente leggersi la giurisprudenza costituzionale italiana sul principio di legalità in materia penale, oggetto della nota «saga Taricco»[23], e sul diritto di difesa, nonché l'ugualmente recente evoluzione sul punto della doppia pregiudizialità[24]; più ambigua, per contro, è stata la nota giurisprudenza «europea» del *Bundesverfassungsgericht*, talvolta connotata da un atteggiamento «quasi di sfida»[25], e tale forse da ispirare

[22] Osserva ad esempio P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2016, 2, p. 436, che la giurisprudenza della Corte di giustizia «già significativamente sviluppata nel senso di includere la tutela dei diritti fondamentali tra i suoi obiettivi – uscì rafforzata dalla "minaccia" di *Solange I*. La sentenza del Tribunale costituzionale federale fu dunque un *input* straordinario per sviluppare una nuova fase dell'Europa del diritto, che in alcune sentenze fondamentali segnava un cambio di passo qualitativo sulla strada del processo di costituzionalizzazione giurisdizionale delle Comunità».

[23] V., *ex multis*, P. Mengozzi, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga "Taricco"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, 1, pp. 9-21; G. Di Federico, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della "regola Taricco" nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE*, in *federalismi.it*, 2019, 4, pp. 1-20; A. Ruggeri, *Dopo "Taricco": identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *La legislazione penale*, 4 febbraio 2019, pp. 1-17; F. Torre, *Taricco iactum est ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituente europeo*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, 1, pp. 1-26; B. Guastaferro, *"Derubricare" i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso "Taricco"*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 2, pp. 441-461.

[24] V., tra i tanti, A. Marcheselli, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021)*, in *Consulta OnLine*, 2021, 2, pp. 530-542; B. Sboro, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in *Diritti Comparati*, 5 luglio 2021, pp. 1-5; D. Coduti, *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *federalismi.it*, 2021, 2, pp. 121-137; P. Gambatesa, *Riflessioni sulla prima occasione di "dialogo" tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in *federalismi.it*, 2021, 23, pp. 64-90; S. Catalano, *La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di "buon dialogo" fra Corti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 4, pp. 296-310.

[25] Osservano A. von Bogdandy e D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni*

una recente e preoccupante svolta «identitaria» delle corti costituzionali dell'est[26].

3. Le condizionalità macroeconomiche a tutela del *rule of law*: prospettive e limiti

È generalmente inevitabile che, trovandosi ostruita la strada maestra, si cerchino altre vie da percorrere per giungere alla destinazione – per quanto si tratti di strade talvolta impervie e malagevoli. Di ciò sembra essere conferma quanto accaduto nella vicenda che ha portato alle decisioni della Corte di giustizia nelle cause *Ungheria* e *Polonia c. Parlamento e Consiglio*[27]; in esse la Corte ha giudicato della legittimità del Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, contestato in particolare da Ungheria e Polonia.

Iniziative a protezione dei valori dello Stato di diritto nei confronti di questi due Stati, che da tempo vivono una deriva illiberale, erano state avviate già negli anni precedenti: oltre agli infruottosi tentativi di applicazione del meccanismo di cui all'articolo 7 TUE, cui s'è testè accennato, si veda ad esempio la Comunicazione della Commissione sul nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto[28], del 2014, nella quale si afferma che lo Stato di diritto è la «spina dorsale di ogni democrazia costituzionale moderna», nonché «uno dei valori principali su cui si fonda l'Unione»; e si mette significativamente in evidenza che «La fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'UE e i rispettivi sistemi giuridici è il

costituzionali, 2020, 1, p. 19, che «mentre l'approccio del *Bundesverfassungsgericht* sembra improntato a un confronto aperto e diretto, quasi di sfida, con la controparte europea, l'atteggiamento della Corte costituzionale ricorda piuttosto quello di un giocatore di carte che apre la partita e attende la reazione dell'avversario tenendo coperte le sue carte migliori. E un simile atteggiamento forse meglio si addice a una corte che, nell'arena europea, non dispone della stessa forza contrattuale del *Bundesverfassungsgericht*».

[26] Oltre alla nota giurisprudenza delle corti polacca e ungherese, si segnala l'«acceso dialogo» tra la Corte di giustizia e le corti romene sul principio del primato e sullo Stato di diritto: v. ad esempio Corte giust., sent. 22 febbraio 2022, Causa C-430/21, *RS*, e il commento di D. Gallo, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, 2, pp. 374-378.

[27] Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*.

[28] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014) 158 final, 11 marzo 2014.

fondamento dell'Unione e in questo ambito riveste un ruolo essenziale il modo in cui lo Stato di diritto è attuato a livello nazionale. La fiducia di tutti i cittadini dell'Unione e delle autorità nazionali nel funzionamento dello Stato di diritto è particolarmente cruciale per l'ulteriore sviluppo dell'UE come "spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne". Questa fiducia verrà costruita e confermata soltanto se lo Stato di diritto verrà rispettato in tutti gli Stati membri». Di rilievo, altresì, l'istituzione del dialogo annuale sullo Stato di diritto da parte del Consiglio e degli Stati membri[29], così come diverse decisioni della Corte di giustizia che, sollecitata dalla Commissione e dai giudici nazionali, ha statuito sulle violazioni dei princìpi dello Stato di diritto nei Paesi summenzionati[30]. L'inefficacia di tali misure, e in particolare del meccanismo sanzionatorio di cui all'articolo 7, ha condotto quindi all'adozione di una proposta di atto legislativo dal titolo *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*[31]. La proposta guardava all'articolo 322, paragrafo 1, lettera a), quale base giuridica del regolamento: ai sensi della disposizione citata, «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione della Corte dei conti, adottano mediante regolamenti: a) le regole finanziarie che stabiliscono in particolare le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio, al rendiconto e alla verifica dei conti […]». La proposta di regolamento si poneva l'obiettivo, in particolare, di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione dal rischio di perdite

[29] Council of the European Union, *Conclusions of the Council of the European Union and the member states meeting within the Council on ensuring respect for the rule of law*, 16862/14, 16 dicembre 2014.

[30] Tra le tante, vedi Corte giust., sent. 5 giugno 2023, Causa C-204/21, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*; Corte giust., sent. 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a. contro Krajowa Rada Sądownictwa e a.*; Corte giust., sent. 17 dicembre 2020, Causa C-808/18, *Commissione europea contro Ungheria*; Corte giust., sent. 14 maggio 2020, Cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e. a. contro Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*; Corte giust., sent. 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*; Corte giust., sent. 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*. Per un commento sui rapporti tra Corti europee e polacche, v. E. De Falco, *Chi semina vento raccoglie tempesta? L'epilogo – non troppo scontato – della causa C-204/21, Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna on-line*, 2023, 2, pp. 1-23.

[31] Commissione Europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*, COM/2018/324 final, 2 maggio 2018.

finanziarie causate da carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto in uno Stato membro; per ovviare alla carenza di strumenti di intervento in capo all'Unione in tale settore, occorreva attribuirle la facoltà di intraprendere le misure opportune; si sarebbe dovuto trattare, in ogni caso, di «misure proporzionate alle carenze generalizzate per quanto riguarda lo Stato di diritto, tra cui la sospensione e la riduzione dei finanziamenti nell'ambito degli impegni esistenti o il divieto di concludere nuovi impegni con categorie specifiche di destinatari». Sebbene l'approvazione del regolamento in questione sembrasse ad un certo punto improbabile, vista l'opposizione di alcuni Stati membri e le perplessità sollevate in un parere del Servizio giuridico del Consiglio[32], l'arrivo della pandemia da Covid-19 ha ravvivato il dibattito sulle condizionalità, dando vita a un contesto nel quale *Next Generation EU*, Quadro Finanziario Pluriennale e regime

[32] V. Consiglio dell'Unione europea, *Parere del Servizio giuridico: Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri – Compatibilità con i trattati dell'UE*, 13593/18, 25 ottobre 2018, ove, riferendosi al meccanismo di cui all'articolo 7 TUE e all'istituendo meccanismo di condizionalità finanziaria connesso a violazioni dello Stato di diritto, si osservava che «La questione se le due procedure perseguano scopi diversi merita un'attenzione particolare. Occorre chiarire se la condizionalità prevista nella proposta consista in un meccanismo effettivamente volto a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e il principio della sana gestione finanziaria o se debba essere considerato un meccanismo inteso a garantire il rispetto di un valore fondamentale dell'Unione, ossia lo Stato di diritto, per il quale l'articolo 7 TUE stabilisce un meccanismo *ad hoc* di controllo e sanzione. Il Servizio giuridico ha già avuto occasione di precisare che, se costituiscono una componente logica del corretto funzionamento di un particolare regime di finanziamento e sono necessarie per conseguire o preservare gli obiettivi di tale regime, le norme in materia di conformità rappresentano condizioni effettive, compatibili con i trattati. Se, al contrario, le disposizioni non individuano un nesso sufficiente tra la mancata conformità e la perdita del diritto al finanziamento o se non vi è un nesso logico tra i due elementi, la perdita del finanziamento non costituirebbe una condizione effettiva della spesa ma rappresenterebbe piuttosto una forma di sanzione […]» (parr. 19-20). Il testo della proposta suggeriva tuttavia proprio la seconda opzione, ponendosi così in una condizione di probabile incompatibilità con i Trattati: «In effetti, il riferimento alle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto come premessa per attivare il meccanismo non è né necessario né sufficiente per stabilire un nesso con la sana esecuzione del bilancio. Non è necessario, perché è possibile individuare carenze sistemiche correlate al funzionamento delle autorità degli Stati membri che possono avere ripercussioni sull'esecuzione del bilancio e che tuttavia non riguardano lo Stato di diritto. E non è neppure sufficiente, perché non tutte le carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto potrebbero avere ripercussioni sull'impiego efficace dei finanziamenti dell'UE da parte degli Stati membri» (ivi, par. 28).

di condizionalità sono sembrati formare un «pacchetto» di misure non scindibili[33].

L'impugnazione del Regolamento da parte di Polonia e Ungheria – scontata, e in qualche modo prevista dall'accordo che aveva portato all'approvazione dell'atto – ha quindi portato alle citate decisioni della Corte di giustizia. L'argomentazione dei giudici di Lussemburgo si è soffermata in particolare sulle obiezioni concernenti l'incompetenza dell'Unione ad adottare il summenzionato meccanismo di condizionalità c.d. orizzontale, e il rapporto tra quest'ultimo e il meccanismo sanzionatorio di cui all'articolo 7 TUE.

Con riferimento al primo profilo, la Corte ha valutato l'appropriatezza della base giuridica del Regolamento, costituita dall'articolo 322 TFUE. A tale riguardo, la critica sollevata dalle ricorrenti si appuntava sul fatto che finalità precipua dell'atto impugnato non fosse la protezione del bilancio dell'Unione, bensì la sanzione delle violazioni dello Stato di diritto *sic et simpliciter*. Sul punto, la Corte ha valorizzato la previsione di cui all'articolo 4 del Regolamento, ai sensi della quale «Sono adottate opportune misure qualora siano accertate, ai sensi dell'articolo 6, violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro che compromettono o rischiano seriamente di compromettere *in modo sufficientemente diretto* la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione», nonché le tipologie di misure adottabili e la disciplina del procedimento (articoli 5 e 7 del Regolamento), al fine di accertare la strumentalità del meccanismo condizionale alla tutela della sana gestione finanziaria del bilancio unionale. La stretta connessione tra i principi elencati all'art. 2 del Regolamento (ove si offre una definizione dello Stato di diritto ricomprendendovi i principi di legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, tutela giurisdizionale effettiva, separazione dei poteri, non discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge) e i comportamenti descritti all'art. 3 (ritenuti esemplificativi di violazioni dello Stato di diritto: ad esempio, le minacce all'indipendenza della magistratura, o l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche) non è sufficiente, constata la Corte, all'applicazione della condizionalità: occorre che vi sia altresì un impatto di queste violazioni sul bilancio dell'Unione o comunque sui suoi interessi finanziari. Da ciò, la Corte deduce che «la finalità del regolamento impugnato consiste nel proteggere il bilancio

[33] G. Rugge, *L'operazione è riuscita, ma cosa ne è del paziente? Le sentenze della Corte di giustizia in merito al Regolamento sulla condizionalità*, in *JUS*, 2022, 1-2, pp. 12-13.

dell'Unione da pregiudizi derivanti per quest'ultimo in modo sufficientemente diretto da violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro, e non già nel sanzionare, di per sé, simili violazioni»[34]. Le ricorrenti contestano tuttavia il fatto che l'applicazione del regolamento non sia collegata al settore nella quale la violazione viene commessa, bensì proponga una *condizionalità orizzontale*, che prescinde dallo specifico programma o dall'azione dell'Unione direttamente interessati, estendendosi a tutto l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Il giudice replica mediante un passaggio di grande interesse, per quanto non privo di criticità. Si osserva infatti che lo Stato di diritto rappresenta uno dei valori su cui l'Unione si fonda, *ex* articolo 2 TUE, e che l'adesione a tali valori, conformemente all'articolo 49 TUE, è una condizione preliminare ai fini dell'adesione all'Unione[35]. Il rispetto di tali valori non potrebbe tuttavia ridursi a un obbligo cui gli Stati si conformano in vista dell'adesione all'Unione, per poi sottrarsi ad esso successivamente[36]. Il sostrato valoriale comune, enunciato all'articolo 2 TUE, rappresenta la base stessa della costruzione giuridica europea; tale premessa «fa parte delle caratteristiche specifiche ed essenziali del diritto dell'Unione, attinenti alla sua stessa natura, che risultano dall'autonomia di cui gode detto diritto nei confronti dei diritti degli Stati membri nonché del diritto internazionale. Essa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, pertanto, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua […]. Ne consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro […]. I valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori. Ne consegue che, conformemente al principio di attribuzione delle competenze sancito all'articolo 5, paragrafo 2 TUE, nonché al principio di coerenza delle politiche dell'Unione previsto all'articolo 7 TFUE, il valore comune all'Unione e agli Stati

[34] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 119; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 137.
[35] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 124; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 142.
[36] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 126; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., par. 144. Nello stesso senso anche Corte giust., sent. 5 giugno 2023, Causa C-204/21, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, par. 68.

membri costituito dallo Stato di diritto, il quale fa parte dei fondamenti stessi dell'Unione e del suo ordinamento giuridico, è idoneo a fondare un meccanismo di condizionalità rientrante nella nozione di "regole finanziarie" ai sensi dell'articolo 322, paragrafo 1, lettera a), TFUE»[37].

Dal ragionamento della Corte sembra potersi desumere che un meccanismo di condizionalità come quello sin qui analizzato, ossia non strettamente connesso all'azione specifica o al programma dell'Unione cui si applica, sia legittimo se orientato alla garanzia o al rafforzamento di standard normativi dotati di una solida base nel diritto dell'Unione – e di certo questa condizione sussiste nel caso di specie, essendo anzi lo Stato di diritto proprio uno degli elementi su cui l'Unione *si fonda* – e se le violazioni sanzionate presentino comunque un nesso significativo con la protezione degli interessi finanziari dell'Unione – ciò che, sulla base di una lettura complessiva del Regolamento, la Corte ritiene ugualmente sussistente. Riguardo a quest'ultimo profilo, l'argomentazione della Corte, alla luce dell'insistenza «quasi martellante»[38] con cui è stato valorizzato il nesso tra le violazioni dello Stato di diritto e la messa in pericolo degli interessi finanziari dell'Unione, rischia peraltro di compromettere l'utilità futura dello strumento così approntato.

Con riferimento all'altro nucleo argomentativo sollevato dalle ricorrenti, quello inerente alla sovrapposizione tra il meccanismo di condizionalità finanziaria di cui al regolamento in questione e il meccanismo sanzionatorio di cui all'articolo 7 TUE, la Corte nega che l'atto impugnato determini una elusione della succitata previsione del Trattato, e ciò essenzialmente per due ragioni: in primo luogo, numerose disposizioni dei Trattati – dunque, non solo l'articolo 7 – conferiscono alle istituzioni la competenza ad esaminare, constatare e, se del caso, sanzionare violazioni dei valori enunciati all'articolo 2 TUE[39]; in secondo luogo, la procedu-

[37] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 125-128; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 143-146.

[38] G. Rugge, *L'operazione è riuscita, ma cosa ne è del paziente?*, cit., p. 21.

[39] «Il preambolo della Carta ricorda, in particolare, che l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello Stato di diritto e riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati nella stessa Carta. Gli articoli 6, da 10 a 13, 15, 16, 20, 21 e 23 di quest'ultima precisano la portata dei valori della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza, del rispetto dei diritti umani, della non discriminazione e della parità tra donne e uomini, contenuti nell'articolo 2 TUE. L'articolo 47 della Carta e l'articolo 19 TUE garantiscono in particolare il diritto a un ricorso effettivo e il diritto a un giudice indipendente e imparziale precostituito per legge, per quanto riguarda la tutela dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione. Inoltre, gli articoli 8 e 10, l'articolo 19, paragrafo 1, l'articolo 153, paragrafo 1, lettera i), e l'articolo 157, paragrafo 1, TFUE precisano la portata dei valori di uguaglianza, di non

ra prevista dal regolamento impugnato persegue una finalità diversa da quella dell'articolo 7 TUE – esso «autorizza l'esame delle violazioni dei principi dello Stato di diritto […] solo laddove sussistano motivi fondati per ritenere che esse abbiano un'incidenza sul bilancio»[40].

Le decisioni sin qui esaminate meritano di essere accolte con favore, in quanto mettono in evidenza la necessità di una coerenza complessiva dell'azione dell'Unione e degli Stati anche sul piano della cornice valoriale che fonda la costruzione giuridica comune e ne ispira l'incessante evoluzione. La fiducia reciproca che è (e non può non essere) alla base del processo di integrazione non ammette che le violazioni dei princìpi

discriminazione e della parità tra donne e uomini e consentono al legislatore dell'Unione di adottare norme di diritto derivato dirette ad attuare tali valori. Dai due punti precedenti si ricava che, contrariamente a quanto afferma l'Ungheria, sostenuta dalla Repubblica di Polonia, oltre alla procedura prevista all'articolo 7 TUE, numerose disposizioni dei trattati, frequentemente concretizzate da diversi atti di diritto derivato, conferiscono alle istituzioni dell'Unione la competenza a esaminare, constatare e, se del caso, sanzionare violazioni dei valori enunciati all'articolo 2 TUE commesse in uno Stato membro. Per quanto attiene in particolare al valore dello Stato di diritto, taluni aspetti di questo sono tutelati dall'articolo 19 TUE, come riconosce d'altronde l'Ungheria. Lo stesso vale per gli articoli da 47 a 50 della Carta, contenuti nel titolo VI della stessa, rubricato "Giustizia", che garantiscono, rispettivamente, il diritto a un ricorso effettivo e il diritto a un giudice imparziale, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa, i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene e il diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato. Più nello specifico, la Corte ha dichiarato che l'articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto contenuto nell'articolo 2 TUE, impone agli Stati membri, conformemente al paragrafo 1, secondo comma, dello stesso articolo 19, di prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti che garantisca ai singoli il rispetto del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione […]. Orbene, il rispetto di tale requisito può essere controllato dalla Corte, in particolare nell'ambito di un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione ai sensi dell'articolo 258 TFUE […]. La Corte ha inoltre dichiarato che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, interpretato alla luce dell'articolo 47 della Carta, pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato chiaro e preciso e non accompagnato da alcuna condizione con riferimento all'indipendenza che deve caratterizzare i giudici chiamati a interpretare e ad applicare il diritto dell'Unione, sicché un giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione del diritto nazionale che violi l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, se del caso dopo aver ottenuto dalla Corte un'interpretazione di quest'ultima disposizione nell'ambito di un procedimento di rinvio pregiudiziale […]. Dalle considerazioni di cui ai punti da 159 a 162 della presente sentenza risulta quindi che l'argomentazione dell'Ungheria secondo la quale il valore dello Stato di diritto può essere tutelato dall'Unione solo nell'ambito della procedura prevista all'articolo 7 TUE deve essere respinto» (*Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 157-163; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 193-199).

[40] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 172-174; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., parr. 211-213.

cardine dello Stato di diritto da parte di uno o più Stati membri restino prive di conseguenze; ne andrebbe della tenuta stessa del patto fondativo dell'Unione, nonché di quella *solidarietà* tra i popoli europei la cui natura di principio fondamentale la Corte di giustizia ha iniziato a riconoscere con sempre maggiore chiarezza in alcuni recenti arresti[41], e che – anche alla luce delle misure di contrasto alla pandemia e alla successiva emergenza economica – prelude a uno scenario di ulteriore intensificazione dell'unione economica e fiscale tra gli Stati membri nei prossimi anni[42]. Dubbi, peraltro, permagono in merito all'effettivo séguito di queste decisioni, nonché sulla evidente discrasia tra le posizioni rispettivamente del Parlamento e del Consiglio sulle finalità del Regolamento[43].

[41] V. Corte giust. (Grande Sezione), sent. 15 luglio 2021, Causa C-848/19 P, *Repubblica federale di Germania c. Repubblica di Polonia, Commissione europea*, par. 38, in cui si aggiunge che «il principio di solidarietà è sotteso all'intero sistema giuridico dell'Unione [...] ed è strettamente connesso al principio di leale cooperazione, sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, in virtù del quale l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati. A questo proposito, la Corte ha segnatamente statuito che tale principio non soltanto obbliga gli Stati membri ad adottare tutte le misure idonee a garantire la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione, ma impone anche alle istituzioni di quest'ultima doveri reciproci di leale cooperazione con gli Stati membri» (par. 41).

[42] Sul punto, occorre ricordare che le tradizioni costituzionali comuni agli Stati europei non sono limitate ai princìpi dello Stato di diritto, ricomprendendo anche i diritti sociali quali diritti costituzionali fondamentali: sul punto v. A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del diritto costituzionale europeo*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna on-line*, 2015, 1, p. 106 ss., e Id., *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *federalismi.it*, 2018, 4, pp. 33-48.

[43] Osserva criticamente C. Buzzacchi, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2022, 1, p. 9, che «ci si può ancora interrogare, a fronte della soluzione al ribasso che è emersa con il regolamento e con le successive Conclusioni del Consiglio europeo di dicembre 2020, se la salvaguardia dello Stato di diritto sia mezzo o fine. E se il bilancio è il bene da proteggere – come pare dal tenore del regolamento 2092 – va compreso quale sia la sua funzione che più appare irrinunciabile: perché se esso è funzionale ad assicurare risorse per diritti, ciò è pienamente coerente con le aspirazioni dello Stato di diritto, che viene invocato per proteggere la decisione finanziaria. Ma se invece esso ha una valenza meramente politica, ovvero è destinato a mantenere una coesione sul piano decisionale, senza dunque escludere dalle risorse i Paesi che più palesemente violano lo Stato di diritto, il risultato raggiunto appare un tradimento di questo valore». V. altresì le considerazioni di A. Guazzarotti, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante"*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 2, pp. 41-42, per il quale «può dubitarsi che il ricorso a strumenti para-sanzionatori e "*top-down*", come il regolamento 2092, magari illuminati di nuova luce dalla "retorica costituzionale" della Corte di giustizia, riesca davvero contribuire a una costituzionalizzazione dell'Unione, senza che vi sia,

Rilevante è altresì il chiaro – e, quantomeno in termini così netti, inedito – riferimento fatto dalla Corte all'*identità* dell'Unione, della quale lo Stato di diritto sarebbe elemento fondamentale. È evidente che l'identità dell'Unione non corrisponde, né può corrispondere, ad un codice di valori del tutto autonomo rispetto a quello che costituisce le differenti identità degli Stati membri: ne emergerebbe una nozione di identità europea posta in chiave potenzialmente *oppositiva* rispetto alle identità nazionali, in contraddizione con lo stesso articolo 2 TUE che si riferisce, come già si è osservato, a valori «comuni agli Stati membri». Sarebbe stato forse opportuno avvalersi di una categoria diversa da quella dell'*identità*, vieppiù alla luce dell'uso che ne è stato fatto negli ultimi anni proprio dalle corti costituzionali degli Stati che stanno vivendo le derive illiberali summenzionate[44]. Una netta separazione dell'identità dell'Unione dalle identità costituzionali nazionali sarebbe peraltro impossibile, alla luce dell'evidente scaturigine dei valori enunciati nell'articolo 2 TUE proprio dai materiali costituzionali nazionali.

contemporaneamente, un irrobustimento della democrazia a livello sovranazionale, specie in termini di radicamento di autentici partiti europei. Il ruolo giocato in tale ambito dal Parlamento europeo, quale attivo paladino della tutela dei diritti fondamentali e della *Rule of Law* in alcuni Stati membri, non sembra possa contribuire a tale obiettivo, per il quale occorrerebbero riforme (come l'istituzione di regole elettorali uniformi, un'unica data per le elezioni europee e una circoscrizione transnazionale) che solo il Consiglio potrebbe concedere. Ancora più ingombrante il dubbio di come si possano superare, con simili strumenti di condizionalità, i limiti che hanno inficiato, vent'anni or sono, le procedure di adesione, in cui un "ottimismo istituzionale" poco disinteressato ha consentito valutazioni manageriali delle riforme legislative e costituzionali degli Stati candidati, ignorando la carente base sociale e culturale necessaria a far attecchire quelle riforme […]. Incombe all'orizzonte, inoltre, il rischio del doppio standard di valutazione degli Stati membri di più antica tradizione liberal-democratica e quelli usciti da poco da regimi autoritari, cui si connette il rischio di ampliare la frattura culturale tra Est e Ovest, dopo che la crisi economica aveva ampliato quella Nord-Sud».

[44] Annota condivisibilmente G. Rugge, *L'operazione è riuscita, ma cosa ne è del paziente?*, cit., p. 27, che «Non può […] esserci un'identità dell'Unione che si giustappone, o addirittura oppone, a quella degli Stati membri. Forse, quindi, la protezione dei valori fondamentali dell'Unione sarebbe meglio servita da un concetto diverso, un concetto dal contenuto meno polemico (aggettivo da intendersi come "capace di generare contrapposizione o antagonismo"). Meglio avrebbe fatto la Corte, per esempio, a enfatizzare di più l'aspetto del "comune sentire" che permea l'art. 2 TUE. In questo modo, essa avrebbe non solo riecheggiato l'aggettivazione usata nella disposizione ("[q]uesti valori sono *comuni* agli Stati membri"), che implica logicamente la pluralità all'interno dell'uniformità, ma anche valorizzato la dinamica di apprezzamento ragionevole – un sentire, appunto – che sfugge alla fissità di una "identità dell'Unione", superandola».

4. Postilla. L'Unione europea come società democratica: forza e debolezza di un concetto

Nei lavori più recenti di Armin von Bogdandy le parole *Strukturwandel* (mutamento strutturale), *Demokratisierung* (democratizzazione) e *Gesellschaft* (società) sembrano rivestire un ruolo centrale – non a caso, tutte e tre ricorrono nel titolo di una sua recente e ponderosa opera[45]. «Mutamento strutturale» è quello che riguarda il diritto pubblico europeo, per effetto del processo di integrazione sovranazionale; mentre ad essere coinvolta in un processo di «democratizzazione» è la «società» europea, in quanto «settanta anni di integrazione europea non hanno portato alla nascita di un *popolo* europeo, né tantomeno di uno *Stato* europeo; ma hanno visto l'affermarsi di una *società* europea»[46]. Von Bogdandy incardina proprio sull'articolo 2 TUE l'idea di una società europea che non corrisponde a uno Stato né è destinata ad assumere forma statale, ma che al contempo incide significativamente sugli assetti degli Stati che ne fanno parte – nel senso che questi non sono rimpiazzati o eliminati, ma neppure permangono inalterati. Questa società è democratica in quanto è intesa come «democrazia delle molteplici mediazioni», nella quale la cornice valoriale comune non corrisponde ad una identità presupposta, bensì all'espressione di una presa di coscienza collettiva, necessariamente graduale, che avviene – hegelianamente – nel segno di una progressiva conformazione al principio democratico[47]. I mutamenti in atto nel diritto pubblico europeo sembrano poi avvenire nel segno del *transformative constitutionalism*, che riconosce alla giurisprudenza e alle elaborazioni

[45] A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, cit.

[46] A. von Bogdandy, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 3, p. 700.

[47] V. l'accurata disamina di M. Bozzon, *L'invenzione della società europea. Democrazia sovranazionale e diritto pubblico (a proposito di A. von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2023, pp. 1131-1153, il quale osserva che «L'effetto straniante di tale esperienza dipende in larga misura dalla fine dell'equazione *öffentlich* = *staatlich* (pubblico = statale), la quale connota la prima radicale discontinuità: "il processo di europeizzazione ha portato a istituzioni pubbliche europee dotate del potere di definire le politiche, le quali, tuttavia, non sono intese come organi statali europei. Ciò implica un mutamento strutturale, perché *pubblico* e *statale* sono stati usati per secoli pressoché come sinonimi" […]. L'evocazione di una società europea (nel senso in cui Bogdandy la intende) non vuole sottintendere, dunque, la costituzione di un'unità politica di tipo statale. Si legge così che "il diritto pubblico europeo di oggi struttura una società europea, ma non – così secondo l'opinione prevalente – uno Stato europeo"» (ivi, pp. 1135-1139).

dottrinarie della scienza giuridica un ruolo decisivo ai fini della risposta alle istanze di trasformazione sociale.

Ciò che qui risulta problematico, è il modo in cui si deve intendere il *principio democratico* all'interno di una società europea nella quale lo stesso von Bogdandy dichiara non essere necessaria l'esistenza di un «soggetto collettivo»[48]. Se l'idea moderna di democrazia risulta indissociabile dal concetto di autodeterminazione collettiva, risulta difficile astrarre da nozioni come *popolo*, *sovranità*, *nazione* e *rappresentanza politica* (che concorrono proprio a disegnare il soggetto dell'unità politica) senza rinunciare contemporaneamente al principio democratico modernamente inteso; l'idea di democrazia come processo di una società pluralistica sembra allora tutta da chiarire, e certo non agevolmente inquadrabile con gli strumenti categoriali offerti dall'omogeneità sociale che connota la concettualità giuspubblicistica disegnata sulla forma-Stato (neppure nella sua forma federale). Un processo decisionale fondato sulla mediazione, sul compromesso e sulla conservazione della pluralità sembra allora imporre una reinvenzione della democrazia[49] ben più radicale

[48] «Un atto dell'Unione non porta con sé la presunzione di realizzare l'autodeterminazione collettiva, bensì quella di corrispondere, ai sensi dell'art. 2 TUE, ai principi del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia, della solidarietà e della parità tra donne e uomini, del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, e quello dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze» (A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, cit., p. 240; la traduzione del passaggio citato è di M. Bozzon, *L'invenzione della società europea*, cit., pp. 1144-1145).

[49] Osserva lucidamente G. Duso, *Una nuova 'invenzione' per un nuovo costituzionalismo?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2023, pp. 552-553, che «il problema di un nuovo costituzionalismo presenta ai giuristi la difficoltà dovuta al fatto che il diritto costituzionale ha come suo presupposto la costituzione statale caratterizzata dalla legittimazione democratica. Perciò è oltre l'assetto che la disciplina ha avuto che bisogna andare per pensare in modo diverso la costituzione, cioè una *costituzione senza Stato*. Per quanto riguarda l'essenza *democratica* di questo costituzionalismo, non si tratta di rintracciare elementi che costituiscano quasi un surrogato a quella *vera* democrazia che sarebbe ancora da ravvisare nell'autodeterminazione con cui si pensa la sovranità democratica degli Stati. Nemmeno può rappresentare una soluzione la convinzione, spesso diffusa, che ci sia per l'Europa una legittimazione indiretta che viene dalla costituzione democratico-rappresentativa degli Stati. E questo non solo per le aporie e la crisi della costituzione democratica di cui si è detto, ma anche perché una tale legittimazione democratica fa tutt'uno con quella logica della sovranità che si deve abbandonare per poter concepire politicamente l'Europa. Piuttosto il problema di un costituzionalismo europeo è da considerare come un'occasione felice, in quanto *impone* la necessità di ripensare la democrazia. Uno degli ostacoli maggiori a prendere decisamente la via di un nuovo costituzionalismo viene dalla riluttanza che, nonostante le dichiarazioni, filosofi e costitu-

di quella ritenuta necessaria, ad esempio, da Jürgen Habermas – per il quale occorre piuttosto «conservare le conquiste democratiche degli Stati nazionali europei superando i limiti di questo modello istituzionale»[50].

zionalisti hanno ad abbandonare il concetto di *autodeterminazione* e a concepire la legittimità in modo diverso dal potere *rappresentativo*». Sul punto, v. altresì Id., *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei cittadini*, Milano 2022.

[50] J. Habermas, *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, p. 146.

Energy Communities in Europe. An Interdisciplinary Report on Legal Issues Raising from the EU Legislative Framework and Its Implementation in Selected Member States*

Larissa Jane Houston
Dottoranda di ricerca[1]

Elise C. G. Guiot
Dottoranda di ricerca

Raffaele Palermo
Dottorando di ricerca

Bernardo Cortese
Professore ordinario

Chiara D'Alpaos
Professoressa ordinaria

* This Report is the main delivery of a research grant (ProTECTO Law) awarded by the UNIPD-DiPIC inside the Excellence Research Project "Prosumers in Transition - Energy Communities Trade-Offs. Investment Decisions and Participation in Energy Communities (ProTECTO)", a multidisciplinary project led by Prof. Chiara D'Alpaos (Full Professor of Estate Appraisal and Management, UNIPD DICEA) as Principal Investigator, at UNIPD DICEA, but involving also DSEA and DiPIC research groups, and funded by the Fondazione Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo. The ProTECTO Law research grant, dealing with the main EU law issues of the ProTECTO research, was awarded to Ms. Larissa Jane Houston (UNIPD DiPIC and DICEA Research Fellow; PhD Candidate, University of Graz), who's the main author of the present report. Ms Houston worked on it under the supervision of Prof. Bernardo Cortese (Full Professor of EU Law, UNIPD DiPIC), coordinator of the DiPIC research group inside ProTECTO, and was helped by Ms Elise C. G. Guiot (PhD Candidate, UNIPD DiPIC and DII) and Mr Raffaele Palermo (Research Fellow, UNIPD DiPIC and DICEA; Joint PhD Candidate, University of Padova and Julius-Maximilians University Würzburg). Elise C. G. Guiot assisted in particular as to the overall assessment of the EU legal framework and the Italian implementing rules. Raffaele Palermo contributed mainly on EU State Aid issues. Profs. Cortese and D'Alpaos supervised the research and coordinated it with that of other ProTECTO researchers.

[1] Main Author, Corresponding:larissa.houston@uni-graz.at

Summary: 1. Introduction. – 2. Key Considerations: Understanding Energy Communities and Self-Consumption. – 2.1. Understanding Electricity Markets. - 2.2. Defining Energy Communities. – 2.3. Individual and Collective Energy Production – Self-Consumption. - 2.4. Revenues and Profits from RECs and CECs. – 2.5. Energy Prosumerism. – 2.6. Energy Independence. – 2.7. Energy Justice. – 2.8. Energy Democracy and Energy Decision-Making. – 3. Understanding or Outlining the Need for Energy Communities. – 4. Legal Frameworks and Procedural Structures for the Establishment of Energy Communities. – 5. Country Case Studies. – 5.1. Austria. – 5.2. Italy. - 6. Establishing Energy Communities. - 7. Critique. - 7.1. Regulatory Barriers. - 7.2. Financial Constraints. - 7.3 Technical Issues. - 7.4. Social Acceptance. - 7.5. Governance. - 8. Energy Community Policy and Criteria SWOT Analysis. - 8.1. Strengths. - 8.2. Weaknesses. - 8.3. Opportunities. - 8.4. Threats. - 9. Comparative Analysis of Key Benefits from Energy Related Legislation and Non-Energy Related Legislation. - 10. Policy Recommendations. - 10.1. Legislative Development. - 10.2. Financing. - 10.3. Skills Training. - 10.4. Education and Awareness. - 10.5. Consumer Engagement. - 11. Conclusion.

1. Introduction

Energy production by Renewable Energy Sources (RES) is considered a key driver in the energy transition. The deployment of RES is accelerating the shift from a centralized to a decentralized and polycentric system, composed of distributed energy sources (DERs) and micro and smart grids (SGs), where individual prosumers but mostly energy communities (EC) are called to play an active role. Different forms of ECs, focusing on renewable energy, have been organized in Sweden, the Netherlands, and Denmark starting from the 1970s and afterward in the UK, Germany and other EU countries (see www.rescoop.eu). To date, thousands of initiatives can be listed as examples of ECs. Nonetheless, it is the entry into force of Directives 2018/2001/EU and 2019/944/EU, which challenged the debate in academia and among practitioners on the role of consumers/prosumers in the energy transition and the barriers to its successful implementation. In fact, the two directives marked a milestone in the recognition of the centrality of consumers and prosumers in the energy transition and the creation of "integrated competitive, consumer-centred, flexible, fair and transparent electricity markets in the EU". Even if the term 'prosumer' does not appear in the aforementioned directives (self-consumer or active consumer are preferred), it is widely accepted as referring to an individual who produces and consumes its own energy/electricity. Prosumers' active engagement is indeed envisaged by the European Commission as one of the key elements

for the European Green Deal's successful implementation in the near future, as far as the decarbonization of the energy sector is concerned.

Investment decisions taken by agents involved in RES and ECs and the value of related investments can indeed be of paramount importance in determining the success or failure of a fast energy transition in local territories and, consequently, the achievement of mandatory transition targets imposed on the Member States by EU legislation.

The ProTECTO Project seeks to provide an interdisciplinary approach to identify key factors, which can favour citizens' engagement and attract prosumers to participating in energy transition individually or in groups. In this framework, taking into account the stringent climate policy objectives imposed on its Member States (MSs) by the EU, the ProTECTO Law section, whose results are outlined in this report, has the task of analysing existing legal and regulatory frameworks, both at the EU and MSs level, to detect possible loopholes/unnecessary limitations or burdens, which hamper prosumers' and ECs' participation in energy markets and suggest potential scenarios for a change, including by making reference to possible good practices to be found in MSs.

2. Key Considerations: Understanding Energy Communities and Self-Consumption

Energy Communities (ECs) are collaborative initiatives that aim to promote sustainable energy practices and expand access to clean energy sources. They achieve this by uniting individuals, households, businesses, and other stakeholders in the collective generation, distribution, and consumption of energy[2]. In the traditional energy model, consumers passively received electricity generated by large centralised power plants or large-scale decentralised energy generators[3]. However, the rise of 'prosumerism' has seen individuals and communities actively generating their own energy, primarily through solar PV and other decentralised energy sources[4]. With the development of 'prosumerism', the traditional energy model is not equipped to handle the changes in energy production, transmission

[2] A. Caramizaru, A. Uihlein, *Energy communities: an overview of energy and social innovation*, XXXLXXXIII, Publications Office of the European Union, 2020.

[3] K.N. Nwaigwe et al., *An overview of solar power (PV systems) integration into electricity grids*, in *Material Science for Energy Technologies*, 2019, II, p. 630.

[4] D. Brown et al., *What is prosumerism for? Exploring the normative dimensions of decentralised energy transitions*, in *Energy Research and Social Science*, 2020, LXVI, 101475.

and storage[5]. By generating their own electricity, prosumers can reduce their reliance on the national grid and have more control over their energy supply[6].

With prosumerism comes various forms of consumerism. Within the context of energy consumption, the title of "energy consumerism" is given to the practice of end energy consumers making active decisions regarding their energy production and consumption habits[7]. Collective and individual energy consumerism refers to the patterns of energy use by groups and individuals, respectively[8]. Collective consumerism encompasses the energy consumption of larger entities such as communities, cities, or countries, and can be influenced by factors such as public policy, infrastructure, and cultural norms[9]. Individual consumerism, on the other hand, refers to the energy use of a single person or household, which can be shaped by personal habits, available technology, and economic circumstances[10]. Both forms of consumerism play a vital role in the global energy landscape and have significant implications for sustainability, climate change, and energy market development, which will be discussed below.

2.1. Understanding Electricity Markets

The traditional electricity market has often been referred to as a passive market, due to the historically limited influence consumers have had over it[11]. Consumers have traditionally represented the demand side and energy producers and contractors the supply side[12]. Traditionally, energy producers and contractors had determined when and how much electricity is produced, exerting substantial control over the market[13]. Conversely, consumers have had little to no control over these decisions. In many regions, the energy market structure and the energy supplier have distinct

[5] D. Brown et al., *What is prosumerism for?*, cit., p. 3.
[6] D. Brown et al., *What is prosumerism for?*, cit.
[7] N. Panizzut, et al., *Exploring relationship between environmentalism and consumerism in a market economy society: A structured systematic literature review*, in *Cleaner Engineering and Technology*, 2021, II, p. 9.
[8] N. Panizzut et al., *Exploring relationship between environmentalism and consumerism*, cit., p. 7.
[9] S. Barbaro, G. Napoli, *Energy Communities in Urban Areas: Comparison of Energy Strategy and Economic Feasibility in Italy and Spain*, in *Land*, 2023, XII, 1282.
[10] S. Barbaro G. Napoli, *Energy Communities in Urban Areas*, cit.
[11] M. Montakhabi, et al, *Valuing the value: An affordances perspective on new models in the electricity market*, in *Energy Research and Social Science*, 2023, XCVI, p. 2.
[12] D. Brown, S. Hall et al., *What is prosumerism for?*, cit., p. 3.
[13] R. Alexander, *Emerging roles of lead buyer governance for sustainability across global production networks*, in *Journal of Business Ethics*, 2020, CLXII, p. 271 ss.

ownership. The energy market structure, often regulated by governmental or quasi-governmental agencies, establishes the rules and parameters for energy transactions[14]. On the other hand, energy suppliers are typically private entities that generate or purchase energy to sell to consumers within the established market structure[15].

Within the EU, as a result of the liberalisation of the energy market, a steady shift commenced and the consumer had greater purchase power and choice of supply[16]. With the progression of the Clean Energy for all Europeans Package[17], directives such as the Internal Market for Electricity Directive[18], encouraged consumer and supplier protection[19], better market growth and prospects for a more liberalised and decentralised energy production structure. Additionally, the Renewable Energy Directive[20], solidified the need to promote and introduce renewable energy sources into energy production across the region.

Additionally, the Renewable Energy Directive revision[21], which came into force in November 2023, maintains energy community and self-consumption definitions but sets an EU-wide renewable energy target of at least 42.5% by 2030, aiming for 45%. It expedites permitting for renewable energy projects and incorporates energy system integration and hydrogen strategies into EU law. This supports a renewable, energy-efficient, and circular system, promoting renewable fuels, including hydrogen, in sectors where electrification isn't feasible.

In recent years, the energy landscape has modified. Technological advancements such as smart grids and decentralised energy resources are

[14] C. Inês et al., Regulatory challenges and opportunities for collective renewable energy prosumers in the EU, in *Energy policy*, 2020, CXXXVIII, 111212.
[15] C. Burger et al., *Decentralised energy*, Ubiquity press, 2020.
[16] S. Penttinen, *Energy market liberalisation: From monopolistic to traded markets in the European Union*, in T. Hunter et al., (edited by) *Routledge Handbook of Energy Law*, Routledge, 2020, p. 80 ss.
[17] European Commission Directorate-General for Energy, *Clean energy for all Europeans*, European Commission Publications Office, 2019.
[18] Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity (*Internal Market for Electricity Directive*) and amending Directive 2012/27/EU, OJ L 158/125.
[19] *Internal Market for Electricity Directive*, art 1, 9 (4), 10 (2), 12 (5), 28.
[20] Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast) (*Renewable Energy Directive II*), OJ L 328/82.
[21] Directive (EU) 2023/2413 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 amending Directive (EU) 2018/2001, Regulation (EU) 2018/1999 and Directive 98/70/EC as regards the promotion of energy from renewable sources, and repealing Council Directive (EU) 2015/652 (2023) OJ L 2023/2413.

beginning to give consumers more influence over their energy consumption patterns and responsibility[22]. These technologies offer the potential for consumers to play a more active role in managing their energy costs and distribution, suggesting a gradual transition away from a passive market structure.

2.2. Defining Energy Communities

2.2.1. Energy

In simple terms, energy is the capacity to perform work. The concept of energy can be complex, especially when factoring in the roles of energy suppliers and consumers in the energy cycle. Energy can also refer to the use of energy services or the resources used to produce various types of energy.

Energy services encompass a wide array of activities all centred around the improvement of energy efficiency and the development of energy infrastructure[23]. At the heart of energy services lies the core principle of optimising energy usage to ensure the most effective and efficient use of various energy sources[24]. Energy services include, but are not limited to[25]: electricity supply; natural gas supply; heating and cooling services; renewable energy solutions; energy efficiency consulting; emergency power supply; power management services; energy auditing; solar power solutions; and maintenance and repair services. On the other hand, energy sources include[26]: solar energy; wind energy; hydroelectric energy; tidal energy; geothermal energy; biomass energy; nuclear energy; and fossil fuels (coal, natural gas, and petroleum).

There are various forms of energy such as kinetic, potential, thermal, electrical and chemical[27]. Energy, in its basic form, can neither be created

[22] U. Shahzad, *Significance of smart grids in electric power systems: a brief overview*, in *Journal of Electrical Engineering, Electronics, Control and Computer Science*, 2020, VI, p. 1.
[23] M.J. Fell, *Energy services: A conceptual review*, in *Energy research & social science*, 2017, XXVII, p. 132 ss.
[24] H. Sun et al., *Energy efficiency: The role of technological innovation and knowledge spillover*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 2021, CLXVII.
[25] L. Poblete, Á. Halldórsson, *Sourcing energy services in business-to-business contexts: practices among end-customers*, in *Energy Efficiency*, 2023, XVI, p. 10.
[26] K.A. Naveen Kumar, A. Vigneshwaran, *Renewable Energy Resources and Their Types*, in S. Angalaeswari et al., (edited by), *AI Techniques for Renewable Source Integration and Battery Charging Methods in Electric Vehicle Applications,* IGI Global, 2023.
[27] R.L. Jaffe, W. Taylor, *The Physics of Energy*, Cambridge University Press, 2018.

nor destroyed, but it can be transformed from one form to another[28]. For the purposes of understanding electricity generation in energy communities, it is necessary to understand thermal energy sources and how they are used to generate electricity[29]. Some common sources of thermal energy include, but are not limited to, fossil fuels, e.g., coal and solar thermal energy[30].

According to the International Energy Agency (IEA), the use of renewables globally has increased by 85% in the last five years, and by almost 30% between 2021 and 2022[31]. According to the IEA, "Renewable electricity capacity additions reached an estimated 507 GW in 2023, almost 50% higher than in 2022, with continuous policy support in more than 130 countries spurring a significant change in the global growth trend[32]." It is expected that by 2025, renewable energy production will surpass coal-fired electricity generation[33].

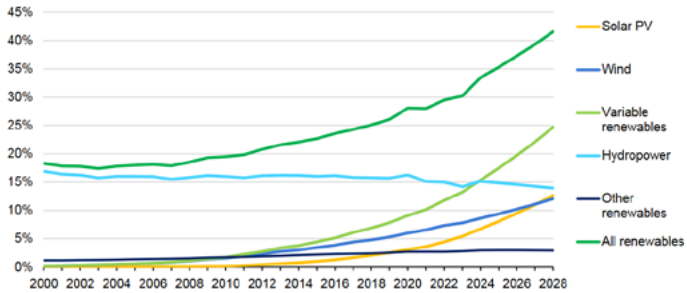

Figure 1[34]: Electricity generation by technology, 2000-2028

[28] I. Stober, K. Bucher, *Geothermal Energy Resources*, in I. Stober, K. Bucher (edited by) *Geothermal Energy: From Theoretical Models to Exploration and Development*, Springer, 2021.

[29] M.W. Akram, M. Hasanuzzaman, *Chapter 1 - Fundamentals of thermal energy and solar system integration*, in M. Hasanuzzaman (edited by) *Technologies for Solar Thermal Energy: Theory, Design and Optimization*, Academic Press, 2022, p. 1. *See*, G. ALVA et al., *An overview of thermal energy storage systems*, in *Energy*, 2018, CXLIV. Energy. Solar powered electricity generation: Photons, released by the sun, strike special molecules in the solar panel. The energy in these photons, with the help of some chemistry, are absorbed by electrons. The electrons bounce then move within the solar panel creating an electric charge that flows within a circuit. This circuit then allows the electricity to travel through multiple points where it is either used or stored in batteries. *See*, DYNAMIC SCIENCE, Solar Cells, 'Dynamic Science', <https://dynamicscience.com.au/solutions1/electric/powerstation/slrclshtml.html> (27 January 2023).

[30] *See*, V.H. Dalvi et al., *Solar thermal technologies as a bridge from fossil fuels to renewables*, in *Nature Climate Change*, 2015, V.

[31] IEA, *Renewables 2022*, IEA, 2022, p. 10.

[32] IEA, *Renewables 2023*, IEA, 2024, p. 14.

[33] IEA, *Renewables 2023*, cit., p. 15.

[34] IEA, *Renewables 2023*, cit., p. 15.

An analysis of current global trends indicates that by 2028, renewable energy sources will account for 42% of global electricity generation, with the wind and solar PV share making up 25%[35]. However, these figures alone indicate the realities that fossil fuels and non-renewable energy sources will still hold the energy market majority.

A concern still looms around the practice of fossil fuel subsidisation, raising a question mark on when and under what circumstances renewable energies will prevail as the favoured source of energy. According to McCulloch, "[f]ossil fuel subsidies are payments made by governments, either to fossil fuel and energy companies to reduce their costs (known as producer subsidies) or to consumers to reduce the price they pay for energy (known as consumer subsidies)[36]. These subsidies can include tax breaks, discounted prices, loans at favourable rates, or direct financial contributions[37]. According to the International Monetary Fund[38], "Globally, fossil fuel subsidies were $7 trillion [approximately 6.5 trillion EUR] or 7.1 percent of GDP in 2022, reflecting a $2 trillion [approximately 1.9 trillion EUR] increase since 2020 due to government support from surging energy prices." Put simply, these subsidies aim to lower the cost of fossil fuel production and consumption, making them more competitive against renewable energy sources. However, they have been criticised for promoting the use of fossil fuels, contributing to climate change, and hindering the transition to clean energy[39].

Electricity generation, according to Walker and others, is defined as "electricity generated from fossil fuels, nuclear power plants, hydropower plants (excluding pumped storage), geothermal systems, solar panels, biofuels, wind, etc."[40] Electricity can be used, shared and governed in a number of different ways which can impact consumer accessibility and practice.

[35] IEA, *Renewables 2023*, cit., p. 15.

[36] N. Mcculloch, *Ending Fossil Fuel Subsidies: The politics of saving the planet*, Practical Action Publishing, 2023, p. 5

[37] I. Monasterolo, M. Raberto, The impact of phasing out fossil fuel subsidies on the low-carbon transition, in *Energy Policy*, 2019, CXXIV.

[38] INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), Size of Fossil Fuel Subsidies, 'IMF' <https://www.imf.org/en/Topics/climate-change/energy-subsidies> (20 March 2024).

[39] M. Arzaghi, J. Squalli, The environmental impact of fossil fuel subsidy policies, in *Energy Economics*, 2023, CXXVI.

[40] S. Walker et al., *Applying the WEF nexus at a local level: a focus on catchment level*, in T. Mabhaudhi et al., (edited by) *Water - Energy - Food Nexus Narratives and Resource Securities: A Global South Perspective*, Elsevier, 2022.

Electricity is generated as a secondary source of energy when primary energy sources (such as coal, natural gas, nuclear etc.) are converted. The primary energy sources determine how and to what extent secondary electricity is considered to be clean and/or green. Thermal energy is a type of energy that results from the movement of particles in matter. As outlined above, fossil fuels and solar energy are common sources of thermal energy.

Fossil fuels are hydrocarbons that are formed from the fossilised remains of dead plants and animals over millions of years and are non-renewable resources that are used extensively for energy production. According to the IEA 2024 Electricity Report, "In 2023, growth in renewable power generation was relatively subdued, recording an increase of 5% compared to 8% in 2022, and was below the 2016-2022 average of 6.5%[41].

Hydropower, wind energy and solar PV are three largest renewable electricity generation technologies globally, with solar PV remaining as the most affordable option for electricity generation in most parts of the world[42]. The global use of solar PV panels is rising as institutions, companies, and communities increasingly choose solar energy. Future predictions suggest solar power will contribute more to electricity generation, especially with carbon neutrality goals. Achieving carbon neutrality in 5 years requires a 2.5 times annual growth in renewables from 2022–2030[43].

According to the IEA, within the EU, "[c]lean electricity share in generation is set to surpass 75% in 2026, rapidly reducing the CO 2 intensity of electricity supply."[44] Utility scale growth in the EU has been raised by 12% from last year due to a more optimistic outlook for solar PV, the main source of expansion[45]. This is due to higher electricity prices and improved policy support. Sixty percent of the added distributed solar PV capacity revision comes from countries like Germany, Italy, Spain, Sweden, the UK, France, the Netherlands, and Belgium, which introduced new incentives and extended support schemes in 2022 to boost distributed PV uptake (discussed below).

Compared to solar PV, wind energy has taken somewhat of a down turn. The offshore wind forecast is reduced by 7% due to long lead times and economic concerns[46]. Delays are anticipated in Belgium, France,

[41] IEA, *Electricity 2024: Analysis and forecast to 2026,* IEA, 2024, p. 40.
[42] IEA, *Renewables 2023*, cit., p. 15.
[43] IEA, *Renewables 2023*, cit., p. 25.
[44] IEA, *Renewables 2023*, cit., p. 123.
[45] IEA, *Renewables 2023*, cit., p. 35.
[46] IEA, *Renewables 2023*, cit., p. 37.

Poland, and Sweden due to postponed commissioning dates, funding delays, and permit denials. Additionally, onshore wind growth was 7% lower than previous years due to sluggish deployment in 2022, stemming from permit and grid constraints, resulting in undersubscribed auctions and long project development times[47]. Spain, Italy, and Greece also awarded less capacity due to permit issues and alternative market routes offering more attractive business cases, and general climate concerns[48].

Wind energy review: Italy

It should be noted that when reference is made to wind energy, this does not only refer to large scale wind energy projects, but can also include smaller scale wind power plants[49]. Within the EU, Italy is found to be one of the most efficient users of wind energy, making use of both offshore and onshore wind technologies at various scales and accessibility pathways[50]. Municipalities in "small towns" across Italy's sub-Apennine internal areas have encouraged the development of "autonomous, sustainable and non-invasive energy supply systems, safeguarding the territorial and vocational landscape characteristics typical of extra-metropolitan urban settlements."[51] Italy's wind energy development, funded by EU's Horizon 2020 funding, includes projects for optimising wind farm performance, innovating wind turbine technologies, and assessing environmental and socio-economic impacts of wind energy production[52].

[47] IEA, *Renewables 2023*, cit., p. 37.

[48] A. Martinez, G. Iglesias, *Global wind energy resources decline under climate change*, "Energy", 2024, CCLXXXVIII.

[49] N. Aravindhan, at al., *Recent developments and issues of small-scale wind turbines in urban residential buildings-A review*, "Energy & Environment", 2023, XXXIV, pp. 1143-1147.

[50] C. Jung, D. Schindler, *Efficiency and effectiveness of global onshore wind energy utilization*, in *Energy Conversion and Management*, 2023, CCLXXX; N. FRILINGOU et al., *Navigating through an energy crisis: Challenges and progress towards electricity decarbonisation, reliability, and affordability in Italy*, in *Energy Research and Social Science*, 2023, XCVI; and G. BRUSSA et al., *Life cycle assessment of a floating offshore wind farm in Italy*, "Sustainable Production and Consumption", 2023, XXXIX, p. 136 ss.

[51] R. Fistola et al., *The small smart city: renewable energy sources in little town of Italy*, in *TeMA-Journal of Land Use, Mobility and Environment*, 2023, XVI, p. 186.

[52] L. Esposito, G. Romagnoli, *Overview of policy and market dynamics for the deployment of renewable energy sources in Italy: Current status and future prospects*, in *Heliyon*, 2023, IX, p. 9.

2.2.2. Communities

In this section, we will delve into the diverse types of energy communities. We will explain the unique characteristics of each type, their role in energy generation and consumption, and how they contribute to the broader energy landscape. By understanding the variety of energy communities and their functions, we can better appreciate the complexities and opportunities in the energy sector.

Within the EU energy system, ECs are categorised as either renewable energy communities (RECs) or citizen energy communities (CECs)[53]. Both RECs and CECs operate as legally established entities, primarily defined by their structure or other defining characteristics[54], such as the proximity requirement within Austria[55]. They are under the effective control of their shareholders or members and rather than being driven by financial gain, their main focus is to yield environmental, economic, and social benefits for the community[56].

According to Article 2 (16) of the Renewable Energy Directive II, RECs can be defined as:

a legal entity: (a) which, in accordance with the applicable national law, is based on open and voluntary participation, is autonomous, and is effectively controlled by shareholders or members that are located in the proximity of the renewable energy projects that are owned and developed by that legal entity; (b) the shareholders or members of which are natural persons, SMEs or local authorities, including municipalities; (c) the primary purpose of which is to provide environmental, economic or social community benefits for its shareholders or members or for the local areas where it operates, rather than financial profits.

According to Article 2 (11) of the Internal Market for Electricity Directive defines CECs as:

a legal entity that: (a) is based on voluntary and open participation and is effectively controlled by members or shareholders that are

[53] S. Dorahaki et al., *An integrated model for citizen energy communities and renewable energy communities based on clean energy package: A two-stage risk-based approach*, "Energy", 2023, CCLXXVII.

[54] D. Frieden et al., *Are we on the right track? Collective self-consumption and energy communities in the European union*, "Sustainability", 2021, XIII, p. 22.

[55] R. Pirstner-Ebner, *Energierecht*, Facultas, 2020.

[56] E. Barabino et al., *Energy Communities: A review on trends, energy system modelling, business models, and optimisation objectives*, in *Sustainable Energy, Grids and Networks*, 2023, XXXVI.

natural persons, local authorities, including municipalities, or small enterprises; (b) has for its primary purpose to provide environmental, economic or social community benefits to its members or shareholders or to the local areas where it operates rather than to generate financial profits; and (c) may engage in generation, including from renewable sources, distribution, supply, consumption, aggregation, energy storage, energy efficiency services or charging services for electric vehicles or provide other energy services to its members or shareholders.

Firstly, CEC's energy production, distribution, and consumption is not limited to renewable energy sources and, as such, if non-renewable energy sources are used, they may contribute to GHG emissions[57]. Secondly, while only natural persons, regional/municipal authorities and small companies seem to be admissible as participants in a REC, CECs allow other stakeholders, such as large corporations, to join a CEC, although with no decision making involvement therein[58]. Lastly, CECs have no proximity requirement, therefore, members may be situated anywhere in the MSs and thus, are not classified as an immediate community[59].

2.3. Individual and Collective Energy Production: Self-Consumption

Self-consumption is not a new concept, and individual self-consumers, meaning final customers that consume energy they produce on site are relatively widespread across the EU. Both the recast Electricity Market Directive[60] and the RED II[61] introduce new definitions formally

[57] Internal Market for Electricity Directive, art 2 (11) and 16.

[58] Internal Market for Electricity Directive, Recital 44: "Membership of citizen energy communities should be open to all categories of entities. However, the decision-making powers within a citizen energy community should be limited to those members or shareholders that are not engaged in large-scale commercial activity and for which the energy sector does not constitute a primary area of economic activity."

[59] Internal Market for Electricity Directive , art 2 (11) and 16.

[60] Internal Market for Electricity Directive, art 2 (6): 'active customer' means a final customer, or a group of jointly acting final customers, who consumes or stores electricity generated within their premises located within confined boundaries or, where allowed by a Member State, within other premises, or sell self-generated electricity or participates in flexibility or energy efficiency schemes, provided that these activities do not constitute their primary commercial or professional activity.

[61] Renewable Energy Directive II, art 2 (14): 'renewables self-consumer' means a final

recognising self-consumers. In both cases, final consumers are entitled to consume and store electricity they have produced within their premises and to sell this electricity. Both definitions also explicitly allow Member States to extend the domain of these activities beyond the self-consumers' own premises. But cases in which these activities represent a professional actor's primary commercial or professional activity are excluded.

2.3.1. National Grids, Mini-Grids and Standalone Home Systems

Unlike national grids, mini-grid systems function on a closed-circuit grid. Mini-grids are described as localised energy systems of varying energy resources that are shared between localised consumers and stored in close proximity to production and distribution. Solar PV panels are installed on communal roofs and open areas and power is distributed locally to members of the community. This process is outlined using Figure 2 and 3 below.

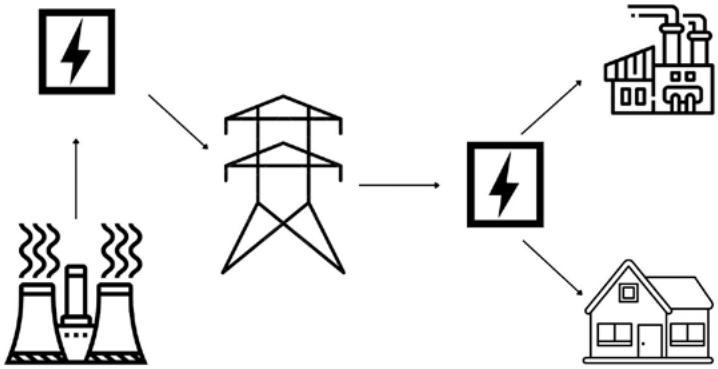

Figure 2: The national electricity grid

customer operating within its premises located within confined boundaries or, where permitted by a Member State, within other premises, who generates renewable electricity for its own consumption, and who may store or sell self-generated renewable electricity, provided that, for a non-household renewables self-consumer, those activities do not constitute its primary commercial or professional activity.

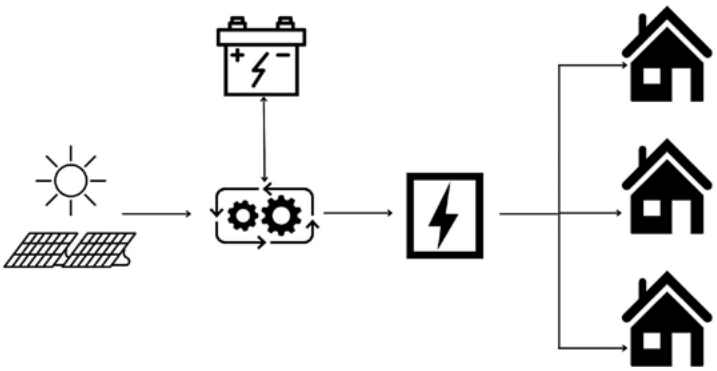

Figure 3: Mini-grid systems

Unless subsidised or installed as part of a funded energy integration project, mini-grids are often too expensive for rural or vulnerable communities to establish on their own. Those within the community who wish to be a part of the mini-grid system assist with the installation and maintenance costs of the grid and are often required to pay a higher electricity premium than those who receive energy from the national grid or are located in urban areas.

Within the EU, these costs, more often than not are subsidised by the Member States through state aid projects, research funding or other funding sources. By participating in funded or subsidized projects, community members can become prosumers, individuals who produce and consume their own electricity, thus taking responsibility for their own power production and usage. Rural communities are still in the position of having to pay the mini-grid supplier a premium tariff for electricity access. Often mini-grid energy access is seen as the solution to energy insecurity and energy poverty.

A standalone household system, an even smaller decentralised energy systems, is an "electricity generation device supplying single households or small businesses." In certain countries, households may choose to use self-financed Solar Home Systems (SHSs) or those funded with government subsidies. Extending centralised power grids to remote areas is a major challenge and requires the support of smaller-scale energy producers or SHSs. However, much like mini-grids, SHSs are often costly and many rural

communities experiencing energy poverty are unable to afford, install or maintain the technology.

2.3.2. Decentralised and Centralised Electricity Markets

There are two types of electricity market structures – centralised or decentralised[62]. Centralised energy systems refer to a traditional method of electricity generation using the national grid[63]. Power plants are typically located far from residential areas and are owned and operated by utility companies. These utility companies, in the case of many developing countries, are operated by the state which controls and regulates electricity access and prices[64]. Centralised energy systems are usually powered by fossil fuels such as coal or natural gas but can also be powered by nuclear energy[65].

Decentralised electricity markets operate with multiple independent electricity providers within one state supplying electricity directly to the public[66]. The grid is thus made up of multiple suppliers each providing electricity to specific areas or regions. Citizens can choose their preferred electricity provider which may mean that they are able to choose the energy source of their electricity. Decentralised electricity markets have various benefits, including lower costs, increased efficiency and decreased grid loss, and a greater share of electricity generated from renewables in the local energy mix[67].

In the realm of decentralised energy markets, the use of mini-grids presents a variety of challenges. A principal concern is the potential for imbalances within the grid[68]. This imbalance often manifests itself when there is a surge of self-produced electricity. For instance, during periods of fa-

[62] S. Funcke, D. Bauknecht, *Typology of centralised and decentralised visions for electricity infrastructure*, "Utilities Policy", 2016, XL.
[63] S. Funcke, D. Bauknecht, *Typology of centralised and decentralised visions for electricity infrastructure*, cit.
[64] M.B. Ting, R. Byrne, *Eskom and the rise of renewables*, Regime-resistance, crisis and the strategy of incumbency in South Africa's electricity system,
[E]nergy Research & Social Science, 2020.
[65] F. Bouffard, D.S. Kirschen, *Centralised and distributed electricity systems*, in *Energy policy*, 2008, XXXVI, pp. 4504-4508.
[66] P. Alstone et al., *Decentralized energy systems for clean electricity access*, in *Nature Climate Change*, 2015, V, p. 305.
[67] B. Woodman, P. Baker, *Regulatory frameworks for decentralised energy*, in *Energy Policy*, 2008, XXXVI, p. 12.
[68] I. Abada, et al., *Unintended consequences: The snowball effect of energy communities*, in *Energy Policy*, 2020, CXLIII.

vourable weather conditions, when the sun is shining brightly or the wind is blowing strongly, renewable energy production can spike. This sudden increase in power supply can make the grid difficult to manage. The grid needs to be flexible and robust enough to handle these fluctuations, ensuring the continued smooth operation of the energy system.

On the other hand, the weather can also be a source of unpredictability and instability. In times of adverse meteorological conditions, such as during storms or periods of little to no wind, the production of renewable energy can drastically decrease[69]. This introduces another layer of complexity, as there needs to be a reliable backup system in place to compensate for these drops in energy production. This could be in the form of stored energy, or alternative energy sources that can be tapped when renewable sources are not sufficient.

These opposing scenarios highlight the need for careful balance and management in the operation of mini-grids within decentralised energy markets. It underscores the complexities of integrating renewable energy sources into the grid, managing fluctuating supply levels, and ensuring a reliable backup system. All of these factors need to be taken into consideration when designing and operating a mini-grid within a decentralized energy market.

2.4. Revenues and Profits from RECs and CECs

Each household or area that has a solar PV panel installed is not an individual supplier but rather has volunteered their property for common production and they do not profit in the same way as an enterprise from producing and distributing the electricity[70]. Put simply, households do not install solar panels as a means to establish companies and register as electricity suppliers. Additionally, an enterprise that joins an REC or CEC cannot be an energy supplier.

However, there can be a profit from the sale of extra energy produced[71]. Profits made from surplus energy produced within energy communities are not used for direct revenue generation. Instead, these profits are re-

[69] K.R. Ullah et al., *Technological advancements towards the net-zero enegy communities: A review on 23 case studies around the globe*, in *Solar Energy*, 2021, CCXXIV, p. 1110ff.
[70] A. Korkovelos et al., *A retrospective analysis of energy access with a focus on the role of mini-grids*, in *Sustainability*, 2020, XII, p. 1795.
[71] I. Abada et al., *On the viability of energy communities*, in *The Energy Journal*, 2020, XLI, p. 1.

invested back into the community to further its development[72]. This reinvestment can take several forms, including enhancing the community's energy infrastructure, funding energy conservation projects, or even providing educational programs about energy efficiency and sustainability[73]. This way, the energy community can flourish and evolve, while promoting an environment-friendly approach to energy production and consumption.

2.5. Energy Prosumerism

Prosumerism benefits both energy-poor households and energy suppliers. Households can reduce energy costs, especially in areas where electricity prices are high or where grid infrastructure is unreliable[74]. Additionally, prosumers in remote areas with little to no energy access can generate electricity to meet their own energy needs; create new job opportunities in renewable energy installation, maintenance, and related services; promote economic growth through reallocation of resources; and increase resilience in response to potential power outages[75].

For energy suppliers, prosumerism allows for distributed generation of energy reducing the need for long-distance transmission and distribution infrastructure, thereby resulting in cost savings for energy suppliers[76]. Energy suppliers, in both decentralised and centralised markets, are grappling with electricity production problems, for example resource allocation problems or grid management issues[77]. As such, prosumerism can help alleviate demand in peak periods and reduce strain on the grid infrastructure, thereby improving grid reliability and reducing investment needs for energy suppliers[78]. Additionally, prosumers can contribute to grid stability, how-

[72] I.F.G. Reis et al., *Business models for energy communities: A review of key issues and trends*, in*Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2021, CXLIV.
[73] I.F.G. Reis et al., *Business models for energy communities*, cit.
[74] M.G. Fikru, C.I. Canfield, *A generic economic framework for electric rate design with prosumers*, in *Solar Energy*, 2020, p. 211.
[75] D. Streimikiene et al., *Barriers and drivers of renewable energy penetration in rural areas*, in *Energies*, 2021, XIV, p. 6452.
[76] K. Kotilainen et al., *Exploring the microfoundations of end-user interests toward co-creating renewable energy technology innovations*, in *Journal of cleaner production*, 2019, CCXCIX.
[77] J. Bordoff, M.L. O'Sullivan, *The Age of Energy Insecurity: How the Fight for Resources is Upending Geopolitics*, in *Foreign Affairs*, 2023, CII, p. 104.
[78] J. Hu, M. Chuang, *The Importance of Energy Prosumers for Affordable and Clean Energy Development: A Review of the Literature from the Viewpoints of Management and Policy*, in *Energies*, 2023, XVI, p. 6270.

ever the opposite can also be true (as outlined above), by providing excess electricity back to the grid during periods of high demand or system stress, helping to balance the grid and maintain stable voltage levels[79]. Energy suppliers cannot function without the engagement of energy consumers and, as such, prosumerism allows active participation in the energy market, building stronger relationships and increasing customer loyalty and satisfaction[80]. Lastly, a rise in prosumerism opens up new market opportunities for energy suppliers who can offer innovative services and products tailored to prosumers, such as energy management tools; demand response programs; and peer-to-peer energy trading platforms[81].

Given the importance of a just transition in the pursuit for carbon neutrality, prosumerism can contribute significantly to a more sustainable energy future[82]. Renewable electricity generation reduces GHG emissions and mitigates climate change while reducing transmission losses and reducing the need for costly grid infrastructure upgrades[83]. However, prosumerism is not without its challenges and considerations.

2.6. Energy Independence

Energy independence in relation to energy consumption is a significant concept that revolves around the capacity of any given entity, such as a nation, region, or community, to entirely satisfy its energy requirements without the need to depend on imported energy resources.

This concept goes beyond mere self-sufficiency. It implies having an ample domestic energy production framework in place that can cover all energy consumption needs. This framework may encompass a variety of energy sources, including but not limited to fossil fuels like coal, oil, and natural gas, and importantly, renewable energy sources like solar, wind, hydro, and geothermal energy.

[79] B. Neagu et al., *A new vision on the prosumers energy surplus trading considering smart peer-to-peer contracts*, in *Mathematics*, 2020, VIII, p. 235.
[80] M. Gržanić et al., *Prosumers as active market participants: A systematic review of evolution of opportunities, models and challenges*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2022, CLIV.
[81] K. Kotilainen et al., *Exploring the microfoundations of end-user interests toward co-creating renewable energy technology innovations*, cit.
[82] B. Liu et al., Energy router interconnection system: A solution for new distribution network architecture toward future carbon neutrality, "Energy Conversion and Economics", 2022, III, p. 4.
[83] D. Brown et al., *What is prosumerism for?*, cit.

Achieving energy independence is not just a strategic objective for ensuring uninterrupted energy supply, but it also holds significant implications for a region's economic and political stability. It can lessen a region's vulnerability to energy price fluctuations in the international market and potential supply disruptions due to geopolitical tensions, trade disputes, or other unforeseen circumstances.

Moreover, energy independence can also contribute substantially to the pursuit of environmental sustainability. By reducing reliance on imported fossil fuels, regions can minimize their carbon footprint and environmental impact. This is particularly relevant in the context of the increasing global drive towards clean, green, and sustainable energy sources as a measure to combat climate change. Liberalisation of the energy market has led to the emergence of a multitude of suppliers. This increased competition not only ensures a security of supply but might also encourage innovation and growth within the industry[84]. A key positive externality of this liberalisation process could be a shift towards decarbonisation[85]. As suppliers view for market shares, there is a growing emphasis on sustainable and renewable energy sources, which contributes to the global effort of reducing carbon emissions. Furthermore, the rise of prosumers has further potential to accelerate this process of decarbonisation. By bundling together, prosumers can pool their resources and increase their leverage within the energy market. This collective action can lead to greater investment in renewable energy sources and more efficient energy consumption practices, thereby driving further decarbonisation.

Thus, energy independence in relation to energy consumption is a multifaceted objective that implicates numerous aspects of a region's stability, prosperity, and environmental responsibility.

2.7. Energy Justice

Justice has been interpreted and applied throughout modern legal debate and transitions in the energy sector are not excluded. While exploring the energy transition, mention is always made of justice, equity and fairness, but what exactly this entails depends largely on the interpretation of

[84] For more detailed discussion referring to mixed evidence in economic literature: A.A. Marhold, *The interplay between liberalization and decarbonization in the European internal energy market for electricity* in K. Mathis, B. Huber (edited by) *Energy Law and Economics*, 2018, pp. 59-75.

[85] A.A. Marhold, *The interplay between liberalization and decarbonization in the European internal energy market for electricity*, cit., pp. 59-75.

the transitioning countries or regions. Previously, Sovacool et al.[86], suggested that energy justice occurs when there is "a global energy system that fairly distributes both the benefits and burdens of energy services, and one that contributes to more representative and inclusive energy decision-making." If executed effectively, the energy transition should adhere to energy justice precepts by ensuring inclusive stakeholder involvement, representation amongst vulnerable and negatively impacted communities, and by encouraging growth across global energy sectors at a pace that leaves no one behind. Participation of various stakeholders in a just transition all working towards energy-related advances in policy and national projects or plans requires the necessary democratic channels to promote inclusivity amongst disparate groups in decision making, hence the introduction of the term energy democracy.

2.8. Energy Democracy and Energy Decision-Making

Energy democracy, as explained by Williams and Sovacool[87], "attempts to achieve more democratic energy decision making and greater community ownership of a decentralised energy system." Burke and Stephens[88] describe energy democracy as "a novel concept and emergent social movement that connects energy infrastructural change with the possibilities for deep political, economic and social change." Additionally, drawing to the connections made between democracy and politics, Becker and Naumann[89] state that "energy democracy refers to political calls for and the institutionalisation of more participatory forms of energy provision and governance." Szulecki[90] provides an inclusive definition encompassing all energy-related stakeholders and defines energy democracy as "an ideal political goal, in which the citizens are the recipients, stakeholders (as consumers/producers) and accountholders of the entire energy sector policy." Energy democracy focuses on the participation of various stakeholders within energy

[86] B.K. Sovacool et al., *New frontiers and conceptual frameworks for energy justice*, in *Energy Policy*, 2017, CV.
[87] L. Williams, B.K. Sovacool, *Energy democracy, dissent and discourse in the party politics of shale gas in the United Kingdom*, in *Environmental Politics*, 2020, XXIX, p. 1240.
[88] M.J. Burke, J.C. Stephens, *Energy democracy: Goals and policy instruments for sociotechnical transitions*, in *Energy Research and Social Science*, 2017, XXXIII, p. 35.
[89] S. Becker, M. Naumann, *Energy democracy: Mapping the debate on energy alternatives*, in *Geography Compass*, 2017, XI, p. 1.
[90] K. Szulecki, *Conceptualizing energy democracy*, in *Environmental Politics*, 2018, XXVII, p. 36.

governance and decision making as well as on the goal of economic redistribution[91].

An example of such active democratic process within the EU energy sector can be found in the links to state aid consultations and democratic participation[92]. According to the 2022 guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy[93], Member States are required to hold mandatory consultations on some compatibility criteria of the aid, before it notifies the aid scheme to the Commission[94].

3. Understanding or Outlining the Need for Energy Communities

The Renewable Energy Directive speaks of the benefits of RECs in improving acceptance of renewable energy and the promotion of private capital and ultimately, providing "more choice for consumers and greater participation by citizens in the energy transition."[95]

Energy communities have been established for several reasons. The primary aim is to promote the use of clean and renewable energy sources as a means to combat the environmental impact of traditional energy production methods. These communities facilitate the shift towards renewable energy by encouraging the use of solar, wind, and other sustainable resources.

In addition to this, energy communities also work towards reducing carbon emissions. By focusing on renewable energy sources, they contribute to the global effort in mitigating the effects of climate change and reducing our carbon footprint. This is a crucial step towards a more sustainable future.

Another significant aim of energy communities is to foster a sense of collective responsibility for our environment. They encourage members to

[91] M. Wahlund, J. Palm, *The role of energy democracy and energy citizenship for participatory energy transitions: A comprehensive review*, in *Energy Research and Social Science*, 2022, LXXXVII, p. 4.

[92] For a more detailed discussion on the subject, see R. Palermo, *Le nuove Linee Guida sugli aiuti di Stato in materia di energia e ambiente alla prova della strategia sostenibile dell'Unione Europea*, in P. Lambrini (a cura di), *Quaderni del dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Ledizioni, 2021, pp. 115-117.

[93] European Commission, *Communication from the Commission – Guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy 2022* (2022) OJ C 80/1.

[94] European Commission, *Guidelines on State aid for climate*, cit., p. 84.

[95] Renewable Energy Directive II, recital 70.

participate actively in energy conservation and sustainability efforts, instilling a sense of ownership and responsibility for the environmental wellbeing of their communities.

Furthermore, energy communities aim to democratise energy resources. This means that they work towards providing communities with the power to directly influence their energy production and usage. This approach empowers communities, allowing them to have control over their energy sources, and it can lead to more efficient and sustainable energy use.

Finally, by establishing energy communities, we create platforms for innovation and learning. They provide a space where individuals can share knowledge, collaborate on initiatives, and learn from each other. This collective learning and collaboration can lead to the development of new strategies and technologies that further enhance renewable energy production and use.

4. Legal Frameworks and Procedural Structures for the Establishment of Energy Communities

National legislative criteria for the formation of energy communities can differ significantly from one Member State to another. However, despite the variance, there are some common elements that are frequently included in these legislative frameworks.

Firstly, definitions of what constitutes an energy community are often provided. These definitions typically describe an energy community as a group that collaborates to generate, consume, and distribute renewable energy on a local level. This can range from small residential neighbourhoods to larger community groups.

Secondly, there are requirements for the legal establishment of an energy community. These may include the need for a formal constitution, institutional frameworks, or the establishment of a legal entity. The details may vary, but the purpose is to ensure that the energy community operates within the law and has a legal framework to support its activities. There are times when the argument is put forward that if Member States decide to define the legal form of an REC too narrowly, it could potentially limit their diversity and reach[96]. By imposing strict specifications on what legal form a REC can take, the variety of RECs available could be constrained. This

[96] C.E. Hoicka et al., *Implementing a just renewable energy transition: Policy advice for transposing the new European rules for renewable energy communities*, in *Energy Policy*, 2021, CLVI, p. 6.

in turn might restrict the extent to which they can be used and thus their overall impact on promoting renewable energy usage.

Thirdly, rules for governance and management are also commonly part of the legislative criteria. These may outline how decisions are made within the energy community, how leaders or management are elected or appointed, and the responsibilities and obligations of those in leadership positions.

Fourthly, regulations concerning the production, distribution, and sale of energy are often included. These can cover a wide range of issues, from the types of renewable energy sources that can be used, to the ways in which energy can be sold or distributed, and the safety standards that must be adhered to.

It's also crucial for national legislation to provide a supportive and stable framework that encourages the development and growth of energy communities, such is provided within the Renewable Energy Directive[97]. This can be achieved through a variety of measures, such as financial incentives like subsidies or grants, tax benefits for those involved in renewable energy projects, and access to necessary infrastructure like the power grid. Legislation can also protect community energy projects from market monopolies, ensuring that they can compete fairly and effectively in the energy market.

Understanding these criteria is of utmost importance for anyone looking to establish an energy community. It can help guide the formation process, ensure legal compliance, and maximize the potential benefits of participating in an energy community.

5. Country Case Studies

5.1. Austria

Energy Communities in Austria are defined and managed through two federal laws, namely the Federal Law On The Expansion Of Energy From Renewable Sources - *Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz* (EAG)[98]; and the Federal law that regulates the organisation of the electricity industry - *Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz* (ElWOG)[99].

[97] Renewable Energy Directive II, art 22.

[98] *Bundesgesetz über den Ausbau von Energie aus erneuerbaren Quellen* (*Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz* – EAG) BGBl. I Nr. 150/2021.

[99] *Bundesgesetz, mit dem die Organisation auf dem Gebiet der Elektrizitätswirtschaft neu*

Figure 4[100]: Network Levels and Energy Communities (German version)

Figure 4, generated by the Austrian Coordination Centre for Energy Communities – *Österreichische Koordinationsstelle für Energiegemeinschaften* (ÖKE), outlines the different scope, range and electricity supply of RECs, EEGs within the Austrian structure, and CECs, BEGs in the Austrian structure.

5.1.1. Renewable Energy Communities (RECs) – *Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften*

The framework for RECs is established in the EAG[101]. However, some provisions relating to RECs can be found in the ElWOG[102]. For example, the ElWOG provides the definition of RECs: "a legal entity that makes it possible to jointly utilise the energy generated within the community; its members or shareholders must be located in the vicinity pursuant to Section 16c (2)."[103] Section 16c (2) further reads: "Within a renewable

geregelt wird (*Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz* 2010 – ElWOG 2010) BGBl. I Nr. 110/2010.

[100] Österreichische Koordinationsstelle für Energiegemeinschaften (ÖKE), *Was sind Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften?*, 'ÖKE' <https://energiegemeinschaften.gv.at/erneuerbare-energie-gemeinschaften-eeg/> (18 January 2024).

[101] EAG 2021, chp 6.

[102] ElWOG 2010, section 16 (c).

[103] ElWOG 2010, section 7 (15) (a).

energy community, the consumption systems of the members or shareholders must be connected to the generation systems via a low-voltage distribution grid and the low-voltage section of the transformer station (local area) or via the medium-voltage grid and the medium-voltage busbar in the transformer station (regional area) in the licence area of a grid operator. The transmission of energy from generation systems or storage facilities to consumer systems using grid levels 1 to 4, with the exception of the medium-voltage busbar in the substation, or through the grids of other grid operators is not permitted."

Section 79 of the EAG goes further to define how and in what capacity RECs may operate, this section stipulates:

A renewable energy community generates, consumes, stores, or sells energy from renewable sources. It can also aggregate energy and provide other services, while adhering to relevant regulations. The rights and choices of grid users, such as supplier selection, are preserved.

Members of a renewable energy community can be individuals, municipalities, public authority entities, or small to medium enterprises. It needs at least two members, organized as an association, cooperative, partnership, corporation, or similar. Its main aim must not be profit, but to provide ecological, economic, or social benefits to its members or operational areas. Membership is voluntary and not the main activity for private companies.

Unconsumed renewable electricity from a REC may be subsidised up to 50% of the total generation, subject to Part 1 of Section 2 EAG provisions. The market premium is based on the electricity volume marketed by a community energy association and fed into the public grid. No premium is due for volumes consumed or allocated to members or shareholders.

According to Section 16d (1) of the ElWOG), grid users – *Netzbenutzer* – within a REC have a legal right to participate in a REC. This is supported by Section 79 (1) of the EAG which also outlines the freedom of choice of energy supplier. As such, if members of the REC opt to leave the REC in favour of utilising an energy supplier in their area, this too is possible. Additionally, the REC may carry out the activities listed in Section 79 (1) of the EAG, as outlined above. It is important to note that the REC's main activity is to share the self-generated energy with members or shareholders of the REC. Lastly, operation and ownership of the generating plants

rests with the energy community, however, third parties may be hired to perform day-to-day operation and maintenance[104].

Grid operators are legally required to share distribution grid connection information within 14 days[105]. This simplifies the process for emerging RECs, enabling them to verify whether all members are linked to the same transformer station or substation, and reducing the need for communication, saving time and resources.

Grid operators in Austria typically provide local area information in two ways:

- Online maps: These make it easy to see which parts of a grid area belong to the same local or regional area.
- Quick check query: By entering the meter point number, you can learn which transformer station or substation supplies the respective metering point, enabling you to verify the location of all planned metering points.

Financial incentives for buying electricity from renewable energy communities include elimination of the renewable energy subsidy, exemption from the electricity tax, and reduced grid fees. After 1 July 2022, the tax exemption applies to all renewable sources[106]. E-Control's ordinance reducing system charges for renewable energy communities has been in effect since 1 November 2021, reducing part of the grid fees by 28%, 57%, or 64%. The grid fees are for the construction, maintenance, and expansion of domestic electricity grids. Local area communities will have their grid usage charge labour prices reduced by 57%, while regional area communities will have theirs reduced by 28% or 64%. E-Control provides explanations and examples for these percentages[107]. Basically, in the regional area, costs for grid levels 1, 2, 3, and 4 are omitted. If connected to grid level 5, only its use is paid for with a high percentage of 64%. If

[104] EAG 2021, section 79.

[105] All information provided has been translated and summarised based on information provided by the ÖKE. ÖKE, *Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften*, 'ÖKE' <https://energie-gemeinschaften.gv.at/erneuerbare-energie-gemeinschaften-eeg/> (15 March 2024).

[106] *Verordnung der Regulierungskommission der E-Control, mit der die Entgelte für die Systemnutzung bestimmt werden* (*Systemnutzungsentgelte-Verordnung* 2018 – SNE-V 2018) BGBl. II Nr. 398/2017.

[107] E-Control, *Mit dem vorliegenden Verordnungsentwurf wird die bisherige SNE-V 2018 novelliert und werden die sog. „Ortsnetztarife" für teilnehmende Netzbenutzer einer Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft erstmals Bestimmt*, 'E-Control' <https://www.e-control.at/documents/1785851/1811582/SNE-V_2te-Novelle_2021_Erlaeuterungen.pdf/1f845709-b0c0-5bbd-fc74-28b273a-fa730?t=1634897827315> (15 March 2024).

connected to grid level 7, costs for levels 1, 2, 3, and 4 are also omitted, but payment for levels 5, 6, and 7 is still made.

5.1.2. Citizen Energy Communities (CECs) - *Bürgerenergiegemeinschaften*

The framework for CECs is established in several sections of the ElWOG[108]. According to Section 7 (6a) of the ElWOG, CECs are defined as: "a legal entity that generates, consumes, stores or sells electrical energy, is active in the field of aggregation or provides energy services for its members and is controlled by members or shareholders pursuant to section 16b (3)." Section 16b (3) of the ElWOG reads as follows: "Control within a citizens' energy community is limited to the following members or shareholders: Natural persons; Local authorities; and small companies, unless they fulfil the function of an electricity company within the meaning of section 7 para. 1 no. 11. Control within the meaning of this paragraph shall in any case be deemed to exist if the majority required to amend the articles of association for the chosen company form is held by the members or shareholders pursuant to subsections 1 to 3."

According to Section 16b of the ElWOG, the CEC may engage in the following activities and consist of the following composition:

The community energy association can produce, use, store, or sell electricity. It can work in aggregation, offering services like energy efficiency or electric vehicle charging for its members. Relevant regulations must be followed, with participating grid users maintaining their rights, including supplier choice.

Members of a citizens' energy community can be individuals, legal entities, or local authorities. The community must include at least two members, not primarily seek financial gain, and provide ecological, economic, or social benefits. Membership is voluntary. Control is limited to natural persons, local authorities, and small companies, unless they act as an electricity company.

Unconsumed renewable electricity from a CEC may be subsidized up to 50% of the total generation, subject to Section 1 of Part 2 EAG provisions. The market premium is based on the electricity volume marketed by a community energy association and fed into the public grid. No premium is due for volumes consumed or allocated to members or shareholders.

[108] ElWOG 2010, chp 4, part 1.

Similarly to RECs, according to Section 16 (d)(5) of the ElWOG, grid users – *Netzbenutzer* – within a CEC have a legal right to participate in a CEC and remain free to choose their energy supplier. Additionally, CEC's may carry out the activities listed above as well as providing additional services such as energy efficiency consultations and practices, and EV charging.

When founding a citizens' energy community across several grid operators' areas, consider[109]:

- As a unique market partner, energy communities have benefits, including not needing to form a balancing group or procure energy;
- Registering as a market partner provides a unique ID, needed for contracts with the grid operator.

Unlike an REC, a CEC must create a community ID on ebUtilities[110], in the user dashboard.

Both IDs are required for contracts with grid operators. If participants are in multiple grid operator areas, contracts must be made with each. For three areas, there would be three contracts.

CECs can reduce dependence on fossil fuels and boost the shift to renewables, even without direct financial incentives. CECs can easily integrate larger energy capacities due to lack of local or regional restriction. They enhance the local economy by creating jobs and retaining income. They also raise awareness of energy efficiency, sustainability, and foster community participation in the energy transition.

5.1.3. Contracts with the Grid Operator

The grid operator needs to be informed about the energy community's establishment and a contract needs to be established[111]. They receive some data during contract conclusion, and additional information via the Energy Data Exchange (EDA). Information includes contract partner data, market partner ID, allocation mode, and details about the EEG. The EDA provides details about the metering points of all participating plants

[109] All information provided has been translated and summarised based on information provided by the ÖKE. ÖKE, *Bürgerenergiegemeinschaften*, 'ÖKE', <https://energiegemeinschaften.gv.at/buergerenergiegemeinschaften-beg/> (15 March 2024).

[110] EbUtilities, *Bei ebUtilities registrieren*, 'ebUtilities', <https://www.ebutilities.at/registrierung> (15 March 2024).

[111] ÖKE, *Austausch Netzbetreiber*, 'ÖKE', <https://energiegemeinschaften.gv.at/austausch-netzbetreiber/> (15 March 2024).

and installations, allocation of energy, inclusion and withdrawal of facilities, and dissolution of the energy community.

Consider the following legal considerations and requirements:

- The definition of the boundary of a renewable energy community is the electricity grid level[112];
- Grid users have a legal claim against grid operators to participate in an energy community (renewable energy community or citizen energy community)[113];
- Grid users must be informed within 14 days of the part of the distribution grid to which their consumption or generation facilities are connected.

The grid operator must measure the consumption of the participating grid users' consumption facilities and the feed-in and consumption of the generation facilities with a load profile meter or, below the limits of section 17(2), with a smart meter pursuant to section 7(1)(31)[114]. Irrespective of the project plan for the roll-out of smart meters, the grid operator must equip grid users in an energy community with a smart meter. In the context of establishing energy communities, the grid operator must install smart meters within two months[115]. Full functionality must be achieved no later than six months from the date of installation[116]. The costs of the smart meter installation are borne by the grid operator.

Grid operators must take precautions for secure identification and authentication of the energy community on the web portal and for encrypted transmission of data in accordance with the state of the art.

The grid operator must allocate the static or dynamic share of the generated energy agreed between the participating grid users to the respective installations of the participating grid users.

The grid operators must make the information reported by the energy communities available to the regulatory authority without delay.

5.1.4. Austrian Coordination Centre for Energy Communities – *Österreichische Koordinationsstelle für Energiegemeinschaften* (ÖKE)

Since 2021, the Ministry of Climate Protection - *Klimaschutzministerium* (BMK) has tasked the Climate and Energy Fund with creating the

[112] ElWOG 2010, section (16) (c).
[113] ElWOG 2010, 16 (b)-(e).
[114] ElWOG 2010, section 16 (e).
[115] ElWOG 2010, section 16 (e), para 1.
[116] ElWOG, section 84, para 1.

"Austrian Coordination Centre for Energy Communities" to promote and sustainably establish energy communities in Austria[117]. The ÖKE was established to optimize conditions for implementing the energy community model across Austria and assist in their creation. The goal is to simplify and streamline the process of starting and operating energy communities, keeping entry thresholds low, while maintaining quality[118]. Constant monitoring and evaluation at federal level will be ensured for law adjustments for the effective implementation of standardized nationwide energy communities[119].

5.1.5. E-Control

E-Control is responsible for the regulation of Austria's energy sector and oversees the liberalisation of electricity and gas markets[120]. E-control, Austria's energy sector regulator, ensures a fair and efficient energy market by promoting competition and consumer interests[121]. It ensures reliable energy supply by regulating the production, distribution, and import of resources like electricity and natural gas[122]. E-Control analyses market conditions, prepares expert opinions, complies with ACER's legal decisions, decides on investment applications per the TEN-E Regulation, and collaborates with regulatory authorities of other Member States and ACER[123].

5.1.6. Case Study: REC in the Almenland Region, in Styria

To provide greater clarity on an REC in Austria and the process of its formulation and maintenance, an overview will be provided of the REC in the Almenland Region, in Styria. The REC in the Almenland Region is part of the Concepts, Planning, Demonstration and Replication of Local User-friendly Energy Communities (CLUE) research project, established under the ERA-Net Smart Energy Systems call, focusing on implementing local energy communities (LECs) in four European countries – Sweden,

[117] ÖKE, *Hintergrund zur Koordinationsstelle*, 'ÖKE', <https://energiegemeinschaften.gv.at/koordinationsstelle/> (15 February 2024).
[118] ÖKE, *Hintergrund zur Koordinationsstelle*, cit.
[119] ÖKE, *Hintergrund zur Koordinationsstelle*, cit.
[120] *Energie-Control-Gesetz*, BGBl 110/2010; IEA, *Austria 2020*, IEA, 2020, p. 159.
[121] E-Control, *Mission Statement*, 'E-Control', <https://www.e-control.at/mission-statement> (15 June 2023).
[122] E-Control, *Mission Statement*, cit.; and E-Control, *Compliance in E-Control*, 'E-Control', <https://www.e-control.at/compliance> (15 June 2023).
[123] S. Storr, *Energierecht: Eine Einführung für Ausbildung und Praxis*, Manz, 2022, para 3.99.

Scotland, Germany and Austria[124]. The ERA-Net Smart Energy Systems initiative was funded by the EU, under Horizon Europe 2020 with the aid of local funding partners, in this case the Austrian Research Promotion Agency – Österreichische *Forschungsförderungsgesellschaft* (FFG)[125]. These research initiatives provide funding for research projects, or in this case, for the formulation of RECs in rural, remote or vulnerable areas across the EU[126].

In Austria, the CLUE project is involved in two regions: Almenland in Styria[127], and the Oberwart-Stegersbach region in South Burgenland, which serves as the act4.energy innovation laboratory[128]. The objective of the project is to gather knowledge about the optimised design, planning and operation of LECs, and develop a toolkit for their effective implementation[129].

The CLUE project focuses on transnational cooperation and collaboration among research institutions, industry partners and local stakeholders[130]. These partners collaborate to provide the requisite expertise, skills, resources and support to establish the RECs and provide training for locals to maintain and report on the RECs[131]. The aim is to develop optimised LEC solutions tailored to country-specific and location-specific conditions of participating countries[132]. The project emphasises the use of new technologies that allow for flexibility pooling and facilitate sector coupling within energy communities. The objective is to devise appropriate services and business models and enlist the active involvement of 'prosumers' and other stakeholders[133].

[124] CLUE Project, *About*, 'CLUE Project', <https://project-clue.eu/about/> (18 March 2022).
[125] ERA-Net Smart Energy Systems, *ERA-Net Smart Energy Systems: Webinar on RegSys call*, 'ERA-Net Smart Energy Systems', 14 June 2018, <https://www.eranet-smartenergysystems.eu/global/images/cms/Events/Info%20Events%20Call%202018/ERA-Net_SES_RegSys_call_2018_webinar.pdf> (18 March 2022).
[126] ERA-Net Smart Energy Systems, *ERA-Net Smart Energy Systems: Webinar on RegSys call*, cit.
[127] CLUE Project, *Klima- und Energie-Modellregion Almenland (Austria)*, <https://project-clue.eu/demo-sites/almenland-austria/> (18 March 2022).
[128] CLUE Project, *Innovation lab act4.energy (Austria)*, <https://project-clue.eu/demo-sites/act4energy-austria/> (18 March 2022).
[129] CLUE Project, *About*, cit.
[130] CLUE Project, *Consortium*, <https://project-clue.eu/consortium/> (18 March 2022).
[131] CLUE Project, *Consortium*, cit.
[132] CLUE Project, *About*, cit.
[133] CLUE Project, *Consortium*, cit.

In the Almenland region of Styria, the emphasis is on investigating the potential contribution of energy communities to network stability and security of energy supply[134]. The Naturpark Almenland in Styria, a CLUE project demo site, is a nature preserve located in eastern Styria, just 50km north of the state and cultural capital, Graz[135]. With its 125 contiguous alpine pastures, the Almenland is one of Austria's largest alpine regions and is known for its lush green meadows, dark green forests on gentle hills, and traditional farmhouses with red roofs[136]. Energienetze Steiermark, a key partner in the project, is exploring an energy community that offers its customers short- and long-term storage of locally produced renewable energy[137]. Day-to-day storage is provided through the use of a battery system, while seasonal storage relies on a hydrogen-based system. Storage technologies are implemented at both the customer level and network level[138]. CLUE also examines how customers can use smart home devices, such as the 'Homee', to adjust their energy usage by switching interruptible devices on and off based on the availability of surplus energy[139].

5.1.7. Energy Communities in Austria: An Analysis

Figure 5[140]: Map of registered RECs in Austria

[134] Almenland, *Klimafreundlicher Naturpark Almenland*, 'Almenland', <https://www.almenland.at/region/klima-energie-modell/> (18 March 2022).
[135] CLUE Project, *Klima- und Energie-Modellregion Almenland (Austria)*, cit.
[136] CLUE Project, *Klima- und Energie-Modellregion Almenland (Austria)*, cit.
[137] Energienetze Steiermark, *Smart Community im Naturpark Almenland*, 'Energienetze Steiermark', 19 March 2022, <https://e-energiegemeinschaften.at/> (19 March 2022).
[138] Almenland, *Klimafreundlicher Naturpark Almenland*, cit.
[139] CLUE Project, *About*, cit.
[140] ÖKE, *Lankarte - Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften*, 'ÖKE', <https://energiegemeinschaften.gv.at/landkarte/> (22 March 2024).

According to data released by the ÖKE, to date there are 326 registered RECs within Austria[141]. Many of these RECs are district heating biomass cooperatives[142]. These cooperatives have been, predominantly, found in alpine countries and regions across Austria, Italy and Switzerland[143]. In countries like Austria, Switzerland, and Italy, rural energy communities extensively build hydropower and biomass heating plants, whereas, solar energy is primarily generated by energy communities in Germany, Spain, and France and wind energy communities are abundant in the Netherlands and Denmark[144].

Figure 6[145]: Map of registered CECs in Austria

The number of registered CECs is far fewer than RECs, at only 30 registered CECs within Austria[146]. RECs have been developed in many regions across Austria and have also sought to introduce new technologies for the further development of renewable energy technology[147].

In Austria, citizens can produce electricity for personal use and sell excess to neighbours. However, selling surplus through the public grid changes their status from 'consumers' to 'suppliers', thus subjecting them to the obligations and rules of the ElWOG[148].

[141] ÖKE, *Lankarte - Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften*, cit.
[142] M. Koltunov, et al., *Mapping of Energy Communities in Europe: Status Quo and Review of Existing Classifications*, "Sustainability", 2023, XV, p. 13.
[143] M. Koltunov, et al., *Mapping of Energy Communities in Europe*, cit., p. 16.
[144] M. Koltunov, et al., *Mapping of Energy Communities in Europe*, cit., p. 18.
[145] ÖKE, *Lankarte – Bürgerenergiegemeinschaften*, 'ÖKE', <https://energiegemeinschaften.gv.at/landkarte/> (22 March 2024).
[146] ÖKE, *Lankarte – Bürgerenergiegemeinschaften*, cit.
[147] N. Houben, et al., *Optimal dispatch of a multi-energy system microgrid under uncertainty: A renewable energy community in Austria*, in *Applied Energy*, 2023, CCCXXXVII.
[148] M.E. Biresselioglu, et al., *Legal provisions and market conditions for energy communities in Austria, Germany, Greece, Italy, Spain, and Turkey: A comparative assessment*, in *Sustainability*, 2021, XIII, p. 11.

Austria will incentivise RECs by reducing grid tariffs for electricity transfer. Significant reductions apply when using the low voltage grid; medium voltage grid use results in smaller reductions. However, it is uncertain whether RECs reduce the grid's load, raising concerns about unfair grid cost distribution[149]. By Q1 2024, a cost-benefit analysis will determine if RECs' participation in system costs is balanced. This potential change in grid tariffs causes uncertainty for project developers. Reducing grid tariffs to increase REC participation profitability is crucial, especially for citizens with limited financial resources. According to Fina and Fechner[150], this reduction is controversial due to differing grid charges across federal provinces and potential feelings of disadvantage. When reviewing tariffs and financial incentives, it is also important to note that, according to Fina and Auer[151], the profitability of RECs strongly depends on additional community costs, such as a potential participation fee. With this in mind, Fina and Fechner further add: "In order to make participation in energy communities available to all citizens, a certain economic viability is indispensable. For this reason, the uncertainty resulting from a possible change in the reduced grid tariffs from 2024 onwards is even more serious, which supports the conclusion that on the one hand, additional support schemes for energy communities in general (currently, no support is foreseen for CECs) should be introduced, while on the other hand, support schemes that are tailored to vulnerable customers need to be proposed as well."

5.2. Italy

Before the introduction of the Clean Energy Package, Italy had already some forms of energy communities. Such ECs were often historical cooperatives, such as in South Tyrol[152]. The Renewable Energy Directive introduced by the Clean Energy Package was first partially transposed in the Decreto Legge No. 162[153] and on 28 February 2020, the above decree

[149] B. Fina, H. Fechner, *Transposition of European guidelines for energy communities into Austrian law: A comparison and discussion of issues and positive aspects*, in *Energies*, 2021, XIV, p. 9.

[150] B. Fina, H. Fechner, *Transposition of European guidelines for energy communities into Austrian law*, cit., p. 9.

[151] B. Fina, H. Auer, *Economic Viability of Renewable Energy Communities under the Framework of the Renewable Energy Directive Transposed to Austrian Law*, in *Energies*, 2020, XIII.

[152] M. Koltunov, et al., *Mapping of Energy Communities in Europe*, cit., p. 3.

[153] D.L. 30 Dicembre 2019, n. 162. Coordinato con la legge di conversione 28 Febbraio 2020,

was converted into Law No. 8, defining spatial, technological, and power limits for RECs[154]. The transposition was then finalised by the legislative decree No. 199 on 8 November 2021.

Much like Austria, Italy too has a proximity requirement for EC formulation. There is a maximum distance between associated users due to technical barriers[155]. Energy can be shared within the same market zone, but to access incentives, customers must be connected to the same primary substation.

5.2.1.Renewable Energy Communities (RECs) – *Comunità di Energia Rinnovabile*

According to Article 2 (p) of D. lgs. 199/2021, a REC means a legal entity operating in compliance with the provisions of Article 31 of this decree. Previously, for the establishment of RECs consumer and plant points were required to be on the same low-voltage grids, within the same secondary transformer substation. Participants must generate self-consumption energy from renewable sources using plants not exceeding 200 kW[156]. According to Article 8 of D. lgs. 199/2021, these restrictions were eased and the connection limit was transferred from the secondary to the primary transformer substation, which allowed more users to participate and the power limit was increased from 200 kW to 1 MW. According to Article 8 of the D. lgs. 199/2021, within 180 days from the decree's enactment, incentive mechanisms for renewable energy installations under collective self-consumption configurations or renewable resources up to 1 MW capacity are updated[157]. This update actually happened much after the due date as it was only on 23 January 2024 that was published the ministerial decree[158].

n. 8. For more detailed information, this decreto legge actually constituted the first partial transposition of RED II which was then completed by the D. lgs. 199/2021.

[154] D. lgs. 8 Novembre 2021, n. 199. *Attuazione della Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio*, dell'11 Dicembre 2018, Sulla Promozione dell'uso Dell'energia da Fonti Rinnovabili (D. lgs. 199/2021).

[155] L. Losada-Puente, et al., *Cross-case analysis of the energy communities in Spain, Italy, and Greece: progress, barriers, and the road ahead*, in *Sustainability*, 2023, XV, pp. 9-10.

[156] E. Moretti, E. Stamponi, *The Renewable Energy Communities in Italy and the Role of Public Administrations: The Experience of the Municipality of Assisi between Challenges and Opportunities*, in *Sustainability*, 2023, XV, p. 2.

[157] This was previously found in Article 42-bis (9) of Decree-Law No 162 of 30 December 2019, converted, with amendments, by Law No. 8 of 28 February 2020.

[158] D.M. 7 December 2023, No 414, recante: «*Individuazione di una tariffa incentivante per impianti a fonti rinnovabili inseriti in comunita' energetiche rinnovabili e nelle configura-*

The D. lgs. 199/2021 also provides an extensive list of criteria and requirements for the self-consumption of renewable energy. According to Article 30 of the D. lgs. 199/2021:

- A final customer becomes a self-consumer of renewable energy by producing and storing their own power through renewable plants. These plants may be managed by a third party, but the third party doesn't become a self-consumer;
- Self-consumption can also occur via multiple production facilities situated at different locations, owned by the self-consumer. Here, the existing distribution network facilitates energy sharing;
- The self-consumer can sell produced renewable electricity and offer additional services, potentially through an aggregator. They can also access incentives and offsets;

When multiple final customers jointly become self-consumers:

- They must be in the same building or condominium;
- They can produce and store renewable energy individually or through common installations;
- The distribution network is used for energy sharing, similar to CECs;
- Self-produced energy primarily serves self-consumers' needs, with surplus energy being stored and sold via trading agreements; and

Participation in this collective can't be the main commercial activity for private enterprises.

Looking more closely at RECs, Article 31 of the D. lgs. 199/2021 outlines the following: Customers, including households, can form renewable energy communities, provided the following conditions are met:

- The community's main aim is to provide environmental, economic, or social community benefits, not financial gain;
- The community is an autonomous legal entity, and control lies solely with natural persons, SMEs, territorial authorities, and local authorities located in the same municipalities where the communities operate;
- For companies, participation in the renewable energy community cannot be their primary commercial activity;
- All consumers, including those from low-income or vulnerable households, can participate in these communities.

zioni di autoconsumo singolo a distanza e collettivo.

Article 31 goes further specifying that RECs must operate under the following conditions:

- Each community member can own renewable energy installations for shared energy production;
- Self-generated energy is primarily used for instant onsite consumption or sharing among community members, with surplus energy potentially sold through renewable electricity purchase and sale agreements;
- Community members use the distribution network to share energy, including storage facilities, within the same market area;
- Renewable energy installations for electricity production in the community begin operation after the enactment of this legislative decree, with up to 30% of existing plants allowed to join;

Community members can access incentives as established;

The community can produce other forms of renewable energy for use by members, promote energy efficiency, offer electric vehicle charging, and provide ancillary and flexibility services.

According to Article 32 (1) of the D. lgs. 199/2021, end consumers still maintain their rights as final customers, including the right to choose their own energy supplier, they may, without prejudice, withdraw at any time from the REC, and regulate their interactions with REC by means of a private law contract which unambiguously identifies a party, responsible for allocating of the shared energy. Additionally, participating end customers may, also delegate to this entity the management of the payments and collections to sellers and the GSE. Article 32 continues with focused obligations placed on energy regulators and contracting parties.

With regards to monitoring and analysis, Article 33 of the D. lgs. 199/2021 outlines that GSE will monitor the evolution of energy subject to general system charges and tariff components, considering self-consumption growth and overall requirements; and RSE S.p.A will verify the technical and economic effects of configurations and their future interactions with the electricity system, considering any effects on dispatching costs and grid service allocation criteria.

According to Article 5 of the D. lgs. 199/2021 RECs are immediately eligible for support schemes for the electricity from renewable energy sources they self-consume. Renewable energy plants receive tariff incentives with these key general features:

- The incentive is paid by the GSE on the electricity produced or fed into the grid;
- The incentive period starts from the plant's operation date and equals its average life;

- The incentive is proportional to the plant's intervention cost and applies to new constructions, reactivations, complete reconstructions, upgrades, and refurbishments;
- The incentive may vary based on the plant's size;
- The incentives are covered by the general charges for electricity system support, as defined by ARERA.

According to Trevisan, Ghiani and Pilo[159], "the Italian authorities have also defined incentive tariffs dedicated to shared energy among the members within the community's perimeter. This aspect confers onto the RECs the important characteristic of attractiveness for the territories."

5.2.2. Citizen Energy Communities (CECs) – *Comunità Energetica dei Cittadini*

According to Article 3 of the D. lgs. 210/2021[160], CECs are a subject of law, with or without legal personality:

- based on voluntary and open participation;
- controlled by members or partners who are natural persons, small enterprises, local authorities, including municipalities, research and training institutions, third sector and environmental protection bodies, religious bodies, as well as local administrations contained in the list of public administrations disclosed by the National Institute of Statistics;
- whose main purpose is to offer its members or associates or the territory in which it operates environmental, economic or social benefits at community level rather than pursuing financial gain;
- which may participate in the generation, distribution, supply, consumption, aggregation, storage of energy, energy efficiency services, or electric vehicle charging services or provide other energy services to its members or partners.

[159] R. Trevisan et al., *Renewable Energy Communities in Positive Energy Districts: A Governance and Realisation Framework in Compliance with the Italian Regulation*, in *Smart Cities*, 2023, VI, p. 568.

[160] D. lgs. 8 novembre 2021, n. 210. Attuazione della direttiva UE 2019/944, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE, nonchè recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento UE 943/2019 sul mercato interno dell'energia elettrica e del regolamento UE 941/2019 sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2005/89/CE. (21G00233) (D. lgs. 210/2021).

Article 14 of the D. lgs. 210/2021 goes further to outline the criteria and requirements for the formulation of active consumers and citizen energy communities stating that:

- Active customers can participate in the market individually, in aggregate or through communities. They can sell self-produced electricity, participate in flexibility and energy efficiency mechanisms, and assign third parties to manage facilities. They are subject to cost-reflective, transparent network charges and responsible for imbalances they cause in the electricity system;
- Active customers owning energy storage facilities have the right to connect to the electricity grid and are not subject to duplicate charges or disproportionate requirements. They can provide multiple services simultaneously;
- Active customers acting collectively regulate relationships via private contracts, identifying a responsible party. Members or partners of citizen energy communities regulate their relations similarly, but communities can participate in generation, distribution, supply, consumption, aggregation, storage of electricity, or provision of energy services;
- Electricity sharing by citizen energy communities can take place through the existing distribution network. They can manage distribution networks, subject to authorisation, and are obligated to connect third parties;
- Electricity sharing is allowed within citizen energy communities and active customers acting collectively under specific conditions. On the energy withdrawn from public networks, general system charges are applied;
- ARERA will adopt measures to ensure that citizen energy communities can participate in all electricity and related services markets, and that they are financially responsible for possible system imbalances.

With regards to grid access, Article 15 (1) of the D. lgs. 210/2021 indicates that all customers, including those in CECs, have the right to access the electricity transmission and distribution systems. Public tariffs are applied in an objective and non-discriminatory manner by system operators for each customer type.

In relation to the protection of vulnerable customers, Article 11 (7) of the D. lgs. 210/2021 stipulates those local authorities participating in CECs should promote the inclusion of vulnerable customers. They should

do this using their current budget, without additional burdens on public finance, to ensure these customers access the communities' environmental, economic, and social benefits. The GSE provides dedicated information services, including guides and simulation tools, to support these projects.

5.2.3. *Gestore dei servizi energetici* (GSE) – Energy Services Manager

Gestore dei servizi energetici - GSE S.p.A. is an Italian joint-stock company established in 1999, owned by the Ministry of Economy and Finance (*Ministero dell'economia e delle finanze*), to promote and develop renewable energy sources and energy efficiency[161]. The company carries out its tasks in accordance with the strategic and operational guidelines defined by the Ministry of Economic Development (*Ministero dello sviluppo economico*) and the Regulatory Authority for Energy Networks and Environment (*'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente* (ARERA)) and is subject to the control of the Court of Auditors. The GSE plays a central role in the economic incentivisation of the use of renewable sources in Italy[162], as well as in the promotion of energy efficiency and the culture of sustainable energy.

5.2.4. *Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente* (ARERA) - Regulatory Authority for Energy Networks and Environment

The ARERA is an independent administrative authority tasked with promoting competitive markets in sectors like electricity, natural gas, drinking water, district heating/cooling, and waste disposal[163]. It regulates tariffs, network access, service quality, market functioning, and customer and end-user protection. Additionally, its funds come from contributions on the revenues of regulated operators, not the state budget. Established in 1995[164], ARERA's primary role is to promote competition and efficiency

[161] GSE, *Chi Siamo*, 'GSE', <https://www.gse.it/chi-siamo> (18 March 2024).
[162] GSE, *GSE per l'efficienza energetica*, 'GSE', <https://www.gse.it/chi-siamo/attivit%C3%A0/gse-per-l-efficienza-energetica> (18 March 2024).
[163] ARERA, *Chi Siamo*, 'AREA', <https://www.arera.it/chi-siamo> (18 March 2024).
[164] L. 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.*

in public utility services. It ensures service accessibility and distribution across Italy and defines a transparent tariff system based on predetermined criteria. It also protects user and consumer interests.

ARERA's powers partially overlap with the Ministero delle imprese e del Made in Italy, which ensures system safety and cost-effectiveness, issues concessions and authorisations, approves market regulations, and supervises resource efficiency. Finally, the European Commission can request changes to Member States' legislative acts regarding gas operators' obligations and access to transmission and distribution networks. As such, ARERA can also revoke or amend national decisions exempting operators from network access rules.

5.2.4. Energy Communities in Italy: An Analysis

Objectively, many authors have supported that Italy has one of the most conducive environments for EC formulation across the EU[165]. This can be attributed, in part to the Italian socio-legal context, influenced by historic hydroelectric cooperatives and a growing interest in social initiatives which have fostered the adoption of community cooperatives for ECs[166].

In May 2023, the "*Energia e clima in Italia—Rapporto trimestrale* Q4/2022" identified 67 active RECs, totaling 1.4 MW of installed power, with photovoltaics accounting for over 70%[167]. However, this number is steadily rising with the introduction and support provided to ECs, for example 26 new ECs have emerged since 2020[168]. Additionally, despite these small numbers, some ECs consist of a large number of end consumers, for example a retail EC called '*E'Nostra*' comprises approximately 10702 members[169]. Formations of research centers, such as the Energy Center Lab of the Polytechnic University of Turin in Italy[170], have also provided

[165] L. Losada-Puente et al., *Cross-case analysis of the energy communities in Spain, Italy, and Greece: progress, barriers, and the road ahead*, cit., p. 5.
[166] *Ibidem*, p. 9.
[167] GSE, *Energia e Clima in Italia—Rapporto Trimestrale Q4/2022–2023*, GSE, 2023.
[168] M. Koltunov et al., *Mapping of Energy Communities in Europe*, cit., p. 12.
[169] *Ibidem*, p. 14.
[170] Energy Center Politecnico di Torino, 'Energy Center Lab' (Energy Center Politecnico di Torino) <https://www.energycenter.polito.it/en/energy_center_lab> accessed 13 February 2024.

research and consultancy services for the development of ECs within Italy.

Unlike other EU countries, Italy transposed EU Directives in such a way as to enable entities like municipalities, SMEs, NGOs, research bodies, social housing associations, and religious organisations to organise as an EC in any legal form[171]. Additionally, it has been noted that EC formulation has been most prominent in "energy positive districts" who are in favour of sustainable energy practices and the establishment of better or smarter cities[172]. Another unique interpretation of EU Directives can be found in how the regulatory authority "has opted for a virtual model of diffuse self-consumption rather than a physical one as in Switzerland, where RECs' members share a single connection point to the public grid[173]."

Alongside national legislation, regional laws were developed to institutionalise energy communities in Italy, fostering RECs that align with local peculiarities[174]. Piedmont was the first to adopt such a law in August 2018[175], outlining the purpose, competences, and financial support for RECs. Lombardy plans to create 6000 new RECs in 5 years, boosting installed PV power by almost 1300 MW[176]. However, REC development is slow and varies by region. Many are initiated top-down by local governments or commercial actors, with few being bottom-up initiatives from citizens or environmental NGOs[177]. Coordinating regional and national

[171] M. Koltunov et al., *Mapping of Energy Communities in Europe*, cit., p. 16.

[172] R. Trevisan et al., *Renewable Energy Communities in Positive Energy Districts*, cit., p. 564; X. Zhang et al., *Characterizing Positive Energy District (PED) through a Preliminary Review of 60 Existing Projects in Europe*, in *Buildings*, 2021, XI, p. 318; and I. Marotta et al., *Environmental Sustainability Approaches and Positive Energy Districts: A Literature Review*, in Sustainability, 2021, XIII.

[173] R. Trevisan et al., *Renewable Energy Communities in Positive Energy Districts*, cit., p. 565.

[174] L. De Vidovich et al., *How Can We Frame Energy Communities' Organisational Models? Insights from the Research 'Community Energy Map' in the Italian Context*, in *Sustainability*, 2023, XV, p. 6.

[175] L. r. Piemonte of 3 August 2018 no. 12 'Promotion of the establishment of energy communities'.

[176] M. Krug et al., *Implementing European Union provisions and enabling frameworks for renewable energy communities in nine countries: Progress, delays, and gaps*, in *Sustainability* 2023, XV, p. 11.

[177] C. Candelise, G. Ruggieri, *The Community Energy Sector in Italy: Historical Perspective and Recent Evolution*, in F.H.J.M. Coenen, T. Hoppe (edited by), *Renewable Energy Communities and the Low Carbon Energy Transition in Europe*, Springer International Publishing, 2021, p. 101.

laws is crucial to prevent varying definitions at different institutional levels.

Although Italy offers many incentives and subsidies for the formation of ECs and renewable energy projects, some of these are limited in nature. For example, tax incentives are for energy efficiency, photovoltaics and electric vehicle charging stations are for "documented expenses borne by the taxpayer, incurred from 1 July 2020 to 30 June 2022"[178]. Initially, these incentives were set to expire in 2021 but were extended to 2022, however, in the latest rule update, it was not extended further and thus this type of expenditure no longer has these incentives[179].

In November of 2023, the European Commission endorsed a 5.7 billion EUR Italian scheme, partially funded by Italy's Recovery and Resilience Plan[180], in the form of the Recovery and Resilience Facility (RRF), to boost the production and self-consumption of renewable electricity, aligning with the EU's Green Deal[181]. The RRF-backed portion will run until December 2025, while the rest will run until December 2027. The scheme supports small renewable power projects and includes two aid measures: a premium tariff for self-consumers and renewable energy communities, and an investment grant for eligible projects in municipalities with fewer than 5,000 inhabitants.

The Commission evaluated the scheme under EU's State aid rules, such as Article 107 (3)(c) of the Treaty on the Functioning of the European Union[182], and Guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy 2022[183]. They found that the scheme promotes renewable electricity production, is necessary and suitable for Italy to reach environmental targets, and only grants minimum necessary aid to small installations. The aid has an incentive effect as it makes renewable installations financially viable, and its positive environmental effects outweigh

[178] D.L. 19 May 2020, n. 34, art. 119.

[179] L. Losada-Puente et al., *Cross-case analysis of the energy communities in Spain, Italy, and Greece: progress, barriers, and the road ahead*, cit., p. 9.

[180] F. Fabbrini, *Italy's national recovery and resilience plan: context, content and challenges*, in *Journal of Modern Italian Studies*, 2022, XXVII, pp. 665-669.

[181] European Commission Press Corner, *Commission approves €5.7 billion Italian State aid scheme under the Recovery and Resilience Facility to support renewable energy communities and self-consumers*, , 22 November 2023, < https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_5787> (18 January 2024).

[182] Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326/49.

[183] Communication from the Commission – Guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy 2022 [2022] OJ C 80/1.

any potential competition distortions. Hence, the Commission approved the Italian scheme under EU State aid rules.

According to Krug and others[184], 'Despite advancements in the regulatory framework, generous support and dedicated national funding, there are still barriers and indications of malfunctioning including red tape, time delays in granting financial support and issuing implementation rules, delays in licensing, combined with difficulties in obtaining the information needed to identify the scope of RECs, and high costs for grid connection. Many energy communities had to wait for the regulatory process to be completed, due to postponements in implementing decrees and activating new rules that open concrete development opportunities."

6. Establishing Energy Communities

ECs play a pivotal role in fostering sustainable energy usage and promoting energy independence. Understanding the key prerequisites for their creation will enable us to analyse their function and impact more effectively.

- Membership: Define who can join the community and what their roles and responsibilities will be;
- Governance and management: Establish a governance structure that ensures equal and democratic participation of all members;
- Energy sources: Consider what types of renewable energy sources will be used, such as solar, wind, or hydro energy;
- Financing: Determine how the community will be funded, whether through member contributions, grants, or other sources;
- Legal framework: Ensure that the community operates within the legal framework of its geographic location, considering regulations on energy production, distribution, and consumption;
- Sustainability: Make sure the community's activities are sustainable in the long term, both financially and environmentally;
- Technology: Decide what technologies will be used for energy production, storage, and distribution;
- Education and engagement: Develop strategies to educate members and engage them in the community's activities.

[184] M. Krug et al., *Implementing European Union provisions and enabling frameworks for renewable energy communities in nine countries*, cit., pp. 10-11.

7. Critique

7.1. Regulatory Barriers

The legal and regulatory framework in some countries can be a major obstacle to the establishment of energy communities. This can include restrictions on the generation, storage, and distribution of energy, among others.

Regulatory frameworks need to adapt to accommodate prosumer participation in the energy market, ensuring fair compensation for energy exports and addressing issues of grid access and connection[185]. Energy policy and regulatory frameworks may not always be supportive of community-led energy initiatives, creating legal and bureaucratic challenges[186]. Some policies and regulations may favour large-scale, centralised energy projects, making it difficult for small-scale energy communities to navigate the regulatory landscape[187]. Advocacy and policy reform is needed to create an enabling environment for energy communities to thrive and expand their impact. This includes the development of supportive policies, incentives and regulatory frameworks that recognise and promote the role of energy communities in the energy transition[188].

7.2. Financial Constraints

Establishing an energy community often requires significant upfront investment. Availability of funds and access to affordable financing can be a challenge. One of the most prominent barriers is the high initial setup and operational costs. These costs can include the acquisition of land, installation of energy production equipment, and ongoing maintenance. These costs can be particularly high in areas where existing infrastructure is not easily adapted to accommodate an energy community.

Another major barrier is the difficulty in accessing capital or securing loans. Traditional financial institutions may be hesitant to lend to energy

[185] W. Tushar et al., *Peer-to-peer energy systems for connected communities: A review of recent advances and emerging challenges*, in *Applied Energy*, 2021, CCLXXXII.
[186] R. Lazdins et al., *PV energy communities—Challenges and barriers from a consumer perspective: A literature review*, in *Energies*, 2021, XIV, p. 16.
[187] E. Minghui Gui, I. MacGill, *Typology of future clean energy communities: An exploratory structure, opportunities, and challenges*, in *Energy research & social science*, 2018, XXXV, p. 102.
[188] E. Minghui Gui, I. MacGill, *Typology of future clean energy communities*, cit., p. 102.

communities due to perceived risks or a lack of understanding about their business model. This can leave energy communities reliant on grants or private funding, which may not always be available or sufficient.

The lack of financial incentives can also be a major obstacle. Without government subsidies, tax credits, or other financial benefits, the cost of establishing and operating an energy community can outweigh the potential revenues, making it a less appealing investment.

There is also the potential for a low return on investment due to regulatory uncertainties or market risks. Changes in energy policy, fluctuating energy prices, or shifts in the energy market could all adversely affect the profitability of an energy community.

Lastly, these factors combined can make it challenging for energy communities to become financially viable, especially in the early stages of development. It requires significant financial investment and risk-taking, which can deter potential investors and participants, slowing the growth and spread of energy communities.

7.3 Technical Issues

The technical requirements for establishing and operating an energy community, such as grid connectivity and energy storage, can be complex and challenging.

Grid integration and management become more complex as the number of prosumers increases and, without the necessary expertise, communities may face challenges they are not qualified to address[189]. Balancing the intermittent nature of renewable energy sources with the demand for reliable electricity requires innovative solutions, such as advanced energy storage systems and demand response programs[190]. The inherent complexity of energy systems requires specialised skills for effective planning, design, and operation. Lack of technical expertise and knowledge gaps pose obstacles to the successful implementation and management of community energy projects[191]. Building the technical capacity of community members and providing training and support are essential for long-term success of energy communities[192]. This can be achieved through partnerships with technical

[189] P. Dimitroulis, M. Alamaniotis, *A fuzzy logic energy management system of on-grid electrical system for residential prosumers*, in *Electric Power Systems Research*, 2022, CCII.
[190] G.K. Farinis, F.D. Kanellos, Integrated energy management system for Microgrids of building prosumers, in *Electric Power Systems Research*, 2021, CXCVIII.
[191] E. Minghui Gui, I. MacGill, *Typology of future clean energy communities*, cit., p. 101.
[192] U. Golob et al., *Knowledge and skills required to set up and operate clean energy communities*, in *Proceedings of the Institution of Civil Engineers-Energy*, 2022, p. 6.

experts, collaboration with educational institutions, and the establishment of knowledge-sharing networks among energy communities[193].

The above challenges require improved skills training and the necessary financial resources as setting up EC networks and storage is a costly endeavour[194]. Initial investments are required to establish energy infrastructure, and these costs can be prohibitive for many individuals and communities, especially those with limited financial resources[195]. Financial barriers can limit the participation of low-income communities or individuals. Overcoming these barriers requires innovative financing mechanisms, such as community-owned renewable energy projects or partnerships with financial institutions and government agencies[196].

7.4. Social Acceptance

Acceptance from the local community is crucial for the success of an energy community. Issues related to the location of energy generation facilities, changes to the local landscape, and potential impacts on property values can all affect social acceptance.

Forming energy communities often encounters several social acceptance barriers that can hinder their establishment and development.

Firstly, there can be a significant lack of public awareness or understanding about what energy communities are and the benefits they can provide. This is a widespread issue, as energy communities are a relatively new concept for many people. They may not understand the potential environmental and economic advantages that these communities can offer, such as reduced carbon emissions or lower energy bills.

Secondly, there is often resistance to change or new technologies. Many people are comfortable with their current energy providers and may be reluctant to switch to an unfamiliar system. This resistance can be especially strong if they perceive the new technology as complex or untested.

Thirdly, a lack of trust in new initiatives can also pose a barrier. People may be sceptical of the motives behind the formation of energy communities, fearing that they might be scams or schemes designed to take advantage of them. This scepticism can be exacerbated if the initiatives are led by unknown entities or individuals.

[193] E. Minghui Gui, I. MacGill, *Typology of future clean energy communities*, cit.
[194] R. Leonhardt et al., *Advancing local energy transitions: A global review of government instruments supporting community energy*, in *Energy Research & Social Science*, 2022, LXXXIII.
[195] N. Li, Ö. Okur, *Economic analysis of energy communities: Investment options and cost allocation*, in *Applied Energy*, 2023, CCCXXXVI.
[196] N. Li, Ö. Okur, *Economic analysis of energy communities*, cit.

Fourthly, there are often concerns about the fairness or inclusivity of community energy projects. Some people worry that these communities might only benefit a select few, or that they might exclude certain groups. For instance, low-income households might fear that they will not be able to afford the costs of participation, or that the benefits will primarily go to wealthier members.

Lastly, fears of increased costs, lack of control over their energy supply, or potential disruptions to their energy service can also deter people from joining energy communities. They might worry that participation in an energy community could lead to higher energy prices, less reliable energy supply, or interruptions in their service. These fears, though often unfounded, can nonetheless act as significant barriers to the formation of energy communities.

7.5. Governance

Effective governance structures are essential to manage the operation of the energy community and ensure that it benefits all members. However, establishing these structures can be challenging.

Formulating energy communities often involves navigating a range of governance barriers. One of the main challenges is the lack of clear regulations and guidelines for setting up such communities. Without clear rules, it can be difficult for interested parties to understand the requirements and responsibilities involved in creating and managing an energy community.

Another barrier is the difficulty in coordinating between different stakeholders. This can be particularly challenging as energy communities often involve various parties, including local residents, energy companies, and governmental bodies. Ensuring that all these parties are on the same page and working towards the same goals can be a complex and time-consuming process.

Legal and bureaucratic hurdles can also pose significant barriers to the formation of energy communities. These can range from legal restrictions and requirements to bureaucratic red tape, which can slow down the process and make it more complicated.

Lastly, potential opposition from established energy providers can also be a major hurdle. These providers may view energy communities as a threat to their business model and therefore may resist their establishment. This opposition can take many forms, from lobbying against regulations that favour energy communities to directly challenging the formation of these communities.

In conclusion, there are multiple governance barriers that can hinder the formation of energy communities. Overcoming these barriers requires navigating complex legal landscapes, facilitating multi-stakeholder coordination, and dealing with potential opposition from established energy providers.

Consider the following:

When establishing energy communities, it is crucial to consider the following elements that have been observed in successful energy communities across the EU:

- Clear and inclusive governance structures: Transparency and participation are key to building trust and engagement among members.
- Financial and economic feasibility: The community should have a sustainable business model that ensures its long-term viability.
- Regulatory framework: The community should adhere to the applicable laws and regulations at local, national and EU levels.
- Technical feasibility: The community should have access to the necessary technical resources and expertise to implement and manage its energy projects.
- Social acceptability: The community should strive to gain the support of local residents and stakeholders, as their acceptance is crucial for the community's success.
- Environmental sustainability: The community should aim to reduce its carbon footprint and promote renewable energy sources.

8. Energy Community Policy and Criteria SWOT Analysis

8.1. Strengths

8.1.1. Legal Compliance

Forming energy communities can offer several legal compliance strengths. These include:

- **Regulatory Compliance:** Energy communities can be designed to comply with local and national energy regulations, which may include renewable energy targets, emissions reductions goals, and more;
- **Flexible Structure:** The legal structure of an energy community can be adaptable to fit specific requirements, such as non-profit or cooperative structures;
- **Shared Responsibility:** The shared nature of energy communities can distribute legal responsibilities among members, reducing individual liability;
- **Local Engagement:** Energy communities often involve local stakeholders and can therefore be more attuned to local regulations and community expectations;
- **Clear Legal Framework:** Forming an energy community often involves establishing a clear legal framework, which can provide clarity and predictability for members and regulators alike.

8.1.2. Local Empowerment

Energy communities offer a multitude of local empowerment strengths. First and foremost, they allow localities to control their own energy production and consumption. This ability to self-govern energy production reduces dependency on external energy sources, allowing communities to become more self-sufficient.

Secondly, energy communities can significantly promote local economic development. They have the potential to create jobs, thereby supporting local employment. In addition, they can stimulate local business by encouraging the setup of new enterprises linked to energy production, such as solar panel manufacturing or wind turbine installation companies.

Furthermore, energy communities play a crucial role in the transition to renewable energy. They provide the framework for communities to install renewable energy sources like wind turbines, solar panels, and hydroelectric power systems. By doing so, they not only ensure a sustainable energy supply but also contribute to the fight against climate change.

8.1.3. Environmental Goals

In terms of environmental goals, energy communities help meet these by reducing carbon emissions through the use of renewable energy

sources. They can also encourage energy efficiency measures within the community, such as energy-saving building designs and practices.

Finally, energy communities foster community engagement and participation in energy decisions. This active involvement from the community members improves democratic processes, as everyone has a say in how their energy is produced and used. This not only encourages a sense of ownership and responsibility but also enhances social cohesion within the community.

The environmental strengths of forming energy communities include:

- **Reduced carbon emissions:** By generating and sharing renewable energy, communities can significantly reduce their carbon emissions;
- **Efficient energy use:** Energy communities can leverage smart grids and other technologies to optimise energy use and reduce waste;
- **Promotion of renewable energy:** Energy communities often use and promote renewable energy sources, such as solar and wind, which have a much lower environmental impact than fossil fuels;
- **Increased resilience to power outages:** By generating their own power, energy communities can be more resilient to power outages and can recover more quickly;
- **Education and awareness:** Energy communities can also play a role in educating their members and the wider public about the importance of renewable energy and energy efficiency.

8.1.4. Economic Benefits

Energy communities can provide a variety of economic benefits. These include:

- Reducing Energy Costs: By producing their own power, energy communities can often lower energy costs for their members;
- Promoting Local Economies: Energy communities can stimulate local economies by creating jobs in renewable energy sectors;
- Encouraging Investment: Energy communities can attract investment from both members and external sources, further boosting local economies;
- Increasing Energy Security: By relying less on external energy sources, energy communities can increase their energy security;

- Encouraging Innovation: Energy communities can serve as a testing ground for new technologies and approaches to energy production and use.

8.2. Weaknesses

8.2.1. Legal Difficulties

One of the fundamental issues is the lack of clear regulatory frameworks. This means that the laws and guidelines that govern the formation and operation of energy communities may not be well-defined or are non-existent. This lack of clarity can lead to confusion and misinterpretation, which can be detrimental to the community's operations.

Another common issue is limited legal recognition or protections. In certain jurisdictions, energy communities may not be recognized as legal entities. This lack of recognition can limit the rights and protections available to these communities, potentially exposing them to various forms of risk.

Complex contractual agreements can also pose a challenge. The agreements that govern the relationships within an energy community can be intricate and difficult to understand. This complexity can lead to disagreements and disputes, which can be costly and time-consuming to resolve.

Furthermore, there can be potential inconsistencies in local, regional, and national laws. These inconsistencies can arise due to differences in legislative processes and priorities at different levels of government. This can create a confusing legal landscape, making it hard for energy communities to ensure they are in compliance with all relevant laws.

It is essential to seek legal advice to navigate these complexities. Legal professionals can provide valuable guidance and support, helping to identify potential legal risks and develop strategies to mitigate them. They can also assist in ensuring the community's sustainability and compliance with all relevant laws. Therefore, while there are various legal challenges associated with formulating energy communities, with proper legal advice, these can be effectively managed.

8.2.2. Regulatory Weaknesses

Formulating energy communities is a complex process that is often hindered by a number of regulatory weaknesses. One of the most sig-

nificant challenges is the lack of clear guidelines and policies. Without these, it can be difficult to understand the legal and practical implications of setting up and running an energy community. This uncertainty can deter potential initiators and participants, undermining the development of such communities.

Furthermore, there are often inconsistencies in regulations across different regions. This means that what works in one location might not be applicable or legal in another. Such inconsistencies can make it challenging for energy communities to expand or replicate successful models in different areas. It also makes it harder for external entities, such as investors or partners, to support energy communities in a consistent and effective manner.

Another issue is the absence of a supportive legal framework. Energy communities often operate in a legal grey area, which can lead to disputes and complications. This lack of a supportive legal framework can also make it harder to secure funding, as investors may be wary of the legal risks involved.

These regulatory weaknesses can create significant obstacles to the establishment and operation of energy communities. They can delay or even prevent the implementation of projects, hinder the growth and development of energy communities, and deter potential participants and supporters. Therefore, addressing these regulatory weaknesses is crucial to promoting and facilitating the development of energy communities.

8.3. Opportunities

8.3.1. Legal Opportunities

Energy communities offer a plethora of legal opportunities. These include, but are not limited to:

The opportunity to establish a legal entity that can produce, consume, and sell energy: The formation of an energy community allows the creation of a distinct legal entity capable of producing, consuming, and even selling energy. This particular arrangement can give rise to significant economic benefits for the community, along with promoting sustainability. It allows the community to have a more direct engagement with energy production and usage, and any profits generated from selling excess energy can be reinvested back into the community.

Eligibility for specific government incentives or subsidies: Energy communities might also be eligible for certain government incentives or subsidies. These are often aimed at promoting renewable energy generation, reducing reliance on fossil fuels, and mitigating the impacts of climate change. Such incentives can significantly offset the initial investment required to establish energy infrastructure within the community.

Opportunities to enter into beneficial contracts: Another legal opportunity for energy communities is the potential to enter into profitable contracts with energy suppliers or grid operators. These contracts could provide economic advantages to the community, such as lower energy prices or favourable terms of service. Additionally, they might offer the possibility to feed surplus energy back into the grid, further boosting the community's income.

Influencing local energy policies and regulations: Energy communities can also have a role in shaping local energy policies and regulations. Their unique position allows them to lobby for legal changes that could be beneficial to the community, including policies that support renewable energy or regulations that favour community-owned energy infrastructure.

Specific legal rights and protections: Depending on the jurisdiction, energy communities may enjoy specific legal rights and protections not available to individual energy consumers. These could include rights to access certain types of energy sources, protections against unfair pricing practices, or the right to negotiate contracts as a collective. This can further empower the community and enhance their energy resilience.

8.3.2. Legal Trends

Advancements in legal trends provide a wide array of opportunities for formulating energy communities. Primarily, they can facilitate the establishment of comprehensive regulatory frameworks. These frameworks play a crucial role in supporting the development and operation of energy communities. They define the rules and regulations under which these communities operate, ensuring that they are both sustainable and compliant with existing laws and regulations.

One of the key aspects of these legal trends is the promotion of energy democracy. This concept involves the decentralization of energy resources, allowing local communities to have a say in how their energy is produced and used. This not only encourages local ownership

but also promotes active citizen participation in energy production and consumption.

Moreover, advancements in legal trends can also help remove legal barriers that have historically hindered the formation and operation of energy communities. By providing legal recognition to these communities, they make it possible for more people to invest in local energy projects, thereby encouraging innovation in this sector.

Legal trends also feature mechanisms for conflict resolution. These mechanisms ensure that when disputes arise within energy communities, they can be resolved in a fair and equitable manner. This is essential for maintaining harmony within these communities and ensuring their long-term viability.

Finally, these legal trends ensure the fair distribution of benefits among community members. This means that the gains from local energy projects are shared equitably among all members of the community, regardless of their level of involvement or investment. This fosters a sense of community and encourages more people to participate in these projects.

8.3.3. Policy Support

Policy support provides a wealth of opportunities when it comes to formulating energy communities. One of the key opportunities is the provision of financial incentives. This could be in the form of grants and subsidies, which are designed to make it more economically viable for communities to implement renewable energy solutions. These financial incentives can lower the initial cost barrier, making it more accessible for communities to switch to renewable energy sources.

In addition to financial incentives, policy support can also create a favourable regulatory environment. This can manifest in several ways. For instance, policy support can make it easier for energy communities to connect their renewable energy solutions to the grid. This simplifies the process and removes potential logistical barriers. Similarly, policy support can also facilitate the sale of surplus energy back to the grid. This not only provides an additional income stream for energy communities but also incentivizes the production of surplus energy, contributing to overall sustainability efforts.

Policy support can also play a vital role in promoting awareness and understanding of energy communities among the general public. By implementing policies that raise awareness about the benefits of

renewable energy and energy communities, policy support can create a more informed public. This increased awareness and understanding can then drive demand for energy communities, leading to increased participation and the growth of such communities.

8.3.4. Technological Advancements

Technological advancements offer a multitude of opportunities in the formulation of energy communities. Firstly, they enable the seamless integration of renewable energy sources into our power grids. This means that energy from sources such as solar panels, wind turbines and hydroelectric plants can be harnessed more effectively, reducing our reliance on fossil fuels and contributing to environmental sustainability.

Secondly, technology facilitates peer-to-peer energy trading. This is a groundbreaking development that allows individuals to sell excess energy directly to other consumers, bypassing traditional utility companies. This not only empowers individuals by giving them control over their own energy production and consumption, but also encourages the uptake of renewable energy sources by making them more economically viable.

Thirdly, advancements in technology improve energy efficiency. Smart meters and other technological innovations allow us to monitor and manage our energy consumption in real-time, leading to significant reductions in energy waste. This not only saves consumers money, but also reduces the strain on our power grids and contributes to environmental sustainability.

Fourthly, technology allows for more precise energy management and forecasting. By using sophisticated algorithms and vast amounts of data, we can predict energy demand with unprecedented accuracy. This allows us to optimize our energy production and distribution, reducing waste and ensuring that everyone has access to the energy they need when they need it.

Finally, technological advancements promote energy independence and resilience. By harnessing renewable energy sources and managing our energy consumption more effectively, we can reduce our reliance on traditional utility companies and foreign oil. This not only fosters a more sustainable and inclusive energy sector, but also enhances our energy security and resilience in the face of potential disruptions to our energy supply.

8.4. Threats

8.4.1. New Regulations

Legal changes pose a variety of threats to the formulation of energy communities. To start with, they can introduce new regulations that make it more difficult or costly for these communities to operate. This could include stricter licensing requirements, increased tax obligations, or mandatory compliance with certain standards that may be difficult for smaller communities to meet.

Furthermore, legal changes can also alter the rules regarding how energy is bought, sold, and distributed. This could mean changes to tariffs, pricing structures, or market access rules. Such alterations could potentially disrupt existing models and make it more challenging for energy communities to maintain their operations or grow.

In addition, legal changes can impact the incentives that drive the formation of energy communities. For instance, if the government were to reduce subsidies for renewable energy, it could make it less economically viable for these communities to operate. The same could occur if tax incentives were reduced or removed.

Lastly, legal changes could also introduce new risks and liabilities for energy communities, such as stricter environmental regulations or responsibilities for energy supply security. These could increase the risks associated with establishing and running an energy community, potentially deterring new communities from forming.

8.4.2. Regulatory Barriers

Regulatory barriers can pose a variety of threats to the formation and growth of energy communities. One of the primary threats is that they can stifle innovation. This is because these barriers often come in the form of strict regulations that limit the ability of energy communities to experiment with and adopt new technologies. For instance, if a regulatory barrier prevents the use of a certain type of renewable energy technology, then an energy community that wishes to use that technology would be unable to do so.

Another threat posed by regulatory barriers is that they can create a sense of uncertainty. Regular changes in energy policies or strict regulations can make it difficult for energy communities to plan for the future. This uncertainty can make it challenging to attract the neces-

sary investment to grow and develop the community. Investors may be hesitant to invest in an energy community if they are unsure of the regulatory landscape and the viability of the community in the long term.

Regulatory barriers can also restrict energy communities' access to the power grid. This restriction can limit the ability of these communities to sell any excess power they generate back to the grid. This lack of access can also make it more difficult for energy communities to become self-sufficient and can limit their growth potential.

Furthermore, regulatory barriers can limit the overall effectiveness and efficiency of energy communities. They can hinder the communities' ability to work together, share resources, and collaborate to achieve their energy goals.

Overcoming these barriers is critical to the success of any energy community. It requires a combination of advocacy, policy change, and innovation in energy technology and infrastructure. By addressing these barriers, energy communities can unlock their full potential and contribute more effectively to the wider energy system.

9. Comparative Analysis of Key Benefits from Energy Related Legislation and Non-Energy Related Legislation. Policy Recommendations

Energy related legislation	**Non-energy related legislation**
It allows for the legal recognition of these communities. This recognition provides a de-finitive framework within which these com-munities can operate, effectively legitimising their operations and giving them a solid foun-dation to build upon. The legal recognition af-forded by energy legislation can also lead to easier access to funding and regulatory sup-port. This is because the legal status of these communities can make them more attractive to investors and funding bodies, while also providing a clear pathway for interaction with regulatory bodies.	Firstly, such legislation can offer legal support for community organisation. This means facilitating the creation of energy communities, ensuring that they can be rec-ognized as legal entities, and helping them navigate the often complex legal landscape that surrounds energy production and distri-bution. This can be particularly useful for smaller communities or those just starting out, who may not have the resources to employ legal expertise.

In many cases, energy legislation includes provisions specifically designed to encourage the use of renewable energy sources. These provisions can be of significant benefit to en-ergy communities that are seeking to reduce their environmental impact. The encourage-ment of renewable energy use can also help these communities to achieve energy inde-pendence, reducing reliance on traditional en-ergy sources and promoting sustainability. Furthermore, energy legislation often pro-vides comprehensive guidelines for energy pricing and distribution. These guidelines can help to ensure fair access for all members of the community, preventing monopolisation and ensuring that all members of the commu-nity can benefit from the energy produced. The legislation can also provide a basis for resolving any disputes that may arise within the community in relation to energy pricing and distribution, adding an additional layer of protection for community members.	Secondly, non-energy related legislation can offer tax benefits or exemptions to energy communities. This can significantly reduce the financial burden on these communities, making it easier for them to be sustainable in the long term. These tax benefits could be re-lated to the production, distribution, or con-sumption of energy, or they could be more general, such as exemptions on property or income tax. Thirdly, these laws can provide grants or subsidies to energy communities. These fi-nancial incentives can help get such commu-nities off the ground, providing necessary capital for initial investments in infrastruc-ture, technology, or personnel. Over time, these grants or subsidies can continue to sup-port the growth and development of the communities, ensuring they remain financial-ly viable. In addition to these benefits, non-energy related legislation can also offer protections for energy communities against predatory practices by larger energy companies. This could include legislation that prevents larger companies from exploiting smaller communi-ties, or laws that ensure fair competition in the energy market. Finally, non-energy related legislation can help to establish a regulatory framework that supports the sustainable growth and devel-opment of energy communities. This could involve regulations that promote renewable energy, sustainability, and environmental pro-tection, or it could involve the creation of a regulatory body to oversee and support ener-gy communities.

10.Policy Recomendations

10.1. Legislative Development

To promote the establishment and growth of energy communities, it is crucial to develop a robust and comprehensive legal framework[197]. This framework will serve as a solid foundation for the recognition and support of energy communities ensuring that they have the necessary legal protection and are able to actively participate in the energy market[198]. Clearly defining the rights and responsibilities of ECs within this framework creates an environment that fosters their development and empowers them to contribute to the transition towards a more sustainable and decentralised energy system[199]. Additionally, these frameworks should promote the integration of energy communities into the national energy system by adapting and streamlining existing regulations[200]. Simplified procedures can be created to support prosumers in efforts to connect to the grid, obtain permits and access funding[201]. Bureaucratic barriers should be removed to ensure that ECs have the necessary regulatory support to thrive and contribute to the overall energy transition[202].

A robust an extensive regulatory framework, as is found within Italy, can prove to promote and support the establishment of ECs, as is evidenced by the extensive number of ECs within the country. However, when technical barriers, such as the proximity requirements found in both Austria and Italy, should be upheld, it is essential that the law clearly and explicitly outlines this.

[197] J. De La Hoz et al., *Impact of different regulatory structures on the management of energy communities*, in *Energies*, 2020, XIII, p. 11.
[198] J. De La Hoz et al., *Impact of different regulatory structures on the management of energy communities*, cit.
[199] *Ibidem.*
[200] E. Minghui Gui, I. MacGill, *Typology of future clean energy communities*, cit., pp. 94-107.
[201] C.E. Hoicka et al., *Implementing a just renewable energy transition: Policy advice for transposing the new European rules for renewable energy communities*, in *Energy Policy*, 2021, CLVI, pp. 2-8.
[202] R. Lazdins et al., *PV energy communities—Challenges and barriers from a consumer perspective*, cit.

10.2. Financing

An approach to support the formation and growth of energy communities could be by providing various financial incentives[203]. These incentives can take the form of grants, subsidies and tax benefits which aim to alleviate the initial costs associated with infrastructure development and foster the long-term sustainability of energy communities[204]. These measures play a crucial role in encouraging individuals and organisations to participate in the establishment and expansion of energy communities, ultimately contributing to the overall success and effectiveness of these initiatives[205].

Financial incentives, such as tax exemptions as practiced in Austria or state aid support schemes as found in Italy, play a foundational role in encouraging communities to become prosumers. Both Austria and Italy have explicitly and definitively outlined the criteria and requirements for accessing such aid. Additionally, centres and bodies, such as the ÖKE, can provide clear guidelines and support to ECs regarding pathways to access such funding. Having a financing system without guidelines and support may be even more of a challenges for ECs who are unaware of how to access or utilise these funds.

10.3. Skills Training

Lastly, sufficient resources should be allocated to promote robust research and development initiatives aimed at advancing energy community technologies, exploring new and innovative business models and establishing effective policy frameworks[206]. With the formation of research and development hubs, such as the Energy Center Lab of the Polytechnic University of Turin in Italy and the ÖKE in Austria, innovation and development of cutting-edge solutions in the fields of renewable energy, energy storage and demand-side management can be achieved[207]. Investment in research and development will further enhance the effectiveness and

[203] J. Lowitzsch et al., *Renewable energy communities under the 2019 European Clean Energy Package–Governance model for the energy clusters of the future?*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2020, CXXII, pp. 8-9.
[204] J. Lowitzsch et al., *Renewable energy communities under the 2019 European Clean Energy Package*, cit., pp. 8-9.
[205] E. Minghui Gui, I. MacGill, *Typology of future clean energy communities*, cit., pp. 94-107.
[206] E. Minghui Gui, I. MacGill, *Typology of future clean energy communities*, cit.
[207] *Ibidem.*

efficiency of energy communities and pave the way for a sustainable and prosperous future.

10.4. Education and Awareness

Comprehensive public awareness campaigns are vital to ensure that there is widespread understanding and active involvement of citizens. They can also function as a platform to educate individuals about the numerous advantages associated with energy communities[208]. The campaigns can play a vital role in encouraging active participation from the public and can be a tool for organising public consultations, conducting interactive workshops and implementing community-led decision-making processes[209].

10.5. Consumer Engagement

To create a highly supportive ecosystem, efforts must be made to foster collaboration between energy communities, local governments, utilities, relevant stakeholders and other key actors. The formation of strategic partnerships should be encouraged and facilitated in order to leverage the unique strengths, expertise and resources of each participant and to utilise their diverse perspectives and capabilities. These partnerships can effectively drive the rapid development and seamless implementation of energy community projects ensuring their success and long-term sustainability.

For example, a study in Austria found that citizens were in fact in favour of EC formulation, and such support was in isolation to other considerations such as climate change or energy independence[210]. Rather, citizens were more in favour of ECs based on endorsement from trusted political leaders which in turn enhances citizens' acceptance of local ECs[211].

[208] *Ibidem.*

[209] F. Ceglia et al., *From smart energy community to smart energy municipalities: Literature review, agendas and pathways*, in *Journal of Cleaner Production*, 2020, CCLIV.

[210] V. Azarova et al., Designing local renewable energy communities to increase social acceptance: Evidence from a choice experiment in Austria, Germany, Italy, and Switzerland, in *Energy Policy*, 2019, CXXXII.

[211] B. Petrovich, M. Kubli, *Energy communities for companies: Executives' preferences for local and renewable energy procurement*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2023, CLXXXIV, p. 4.

11. Conclusion

To conclude, this report has undertaken an exploration of the current state of energy communities within the EU, with a specific focus on Austria and Italy as exemplary case studies. The report has meticulously outlined the complex legal requirements that need to be met in order to establish energy communities, shedding light on the legalistic intricacies involved in the process.

Furthermore, the report has provided a critical examination of the existing practices within these energy communities, offering a nuanced perspective on the operational aspects of these communities. It has identified areas of success and areas where improvement is needed, highlighting the dynamic nature of the sector.

To provide a holistic understanding of the situation, a SWOT analysis has been conducted, delving into the strengths, weaknesses, opportunities, and threats that these communities face. This strategic analysis has offered valuable insights into the potential and challenges that lie ahead for energy communities within the EU.

Building on this detailed analysis, the report has put forth a series of policy recommendations. These recommendations aim to address the identified challenges and harness the potential opportunities, providing a roadmap for the future development of energy communities.

The growth and development of energy communities are pivotal to achieving a sustainable future. While the report has illuminated the various challenges that these communities face, it has also underscored the numerous opportunities for growth and improvement that exist.

As we move forward, it is vital to closely consider the insights and recommendations provided in this report. Incorporating these insights into policy-making and operational decisions will help foster a more sustainable and inclusive energy sector within the European Union. The future of energy communities in the EU holds great promise, and this report serves as a crucial guide to navigate this promising landscape.

La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica[*]

Marcello Daniele
Professore ordinario di diritto processuale penale

Sommario: 1. Decisioni e tempistiche automatizzate. – 2. Meno dibattimenti ed appelli. - 2.1. L'algoritmo debole: la "ragionevole previsione di condanna". – 2.2. L'algoritmo ambiguo: la «critica puntuale ed esplicita» alla decisione di primo grado. – 3. Indagini ed impugnazioni a durata prestabilita: le tagliole dell'improcedibilità e dell'inutilizzabilità. – 4. Tecniche di forzatura degli algoritmi cronologici. – 4.1. L'uso strumentale delle proroghe. – 4.2. L'iscrizione della notizia di reato ritardata e il debole rimedio della retrodatazione. – 4.3. La stasi del procedimento e lo pseudo-termine "di riflessione". – 5. I costi dell'approccio algoritmico. – 6. Un'alternativa più flessibile: un sistema processuale "modulare"

1. Decisioni e tempistiche automatizzate

Volendo parlare della c.d. riforma Cartabia, è impossibile evitare di utilizzare la parola "efficienza". Tanto è vero che, per individuare i tratti caratterizzanti delle modifiche introdotte, ormai si parla di modello "efficientistico", spesso con connotazioni negative[1].

[*] Contributo già pubblicato in *Sistema penale*, 2023, f. 7-8, p. 19 s.

[1] Cfr., in particolare, O. Mazza, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *archiviopenale.it*, 22 luglio 2022, p. 1 ss., secondo cui il nuovo assetto sarebbe improntato su un "esasperato empirismo che fa prevalere l'obiettivo sui mezzi, la tecnica sulla scienza", in cui la "riduzione dei tempi processuali" viene perseguita ad ogni costo, "a prescindere dai mezzi impiegati". V. anche A. Pulvirenti, *Dalla "Riforma Cartabia" una spinta verso l'efficienza anticognitiva*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 631 s.

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 non costituisce, a dire il vero, il primo tentativo del legislatore di rendere più efficiente il processo penale. Basti pensare che, quasi un quarto di secolo fa, già la l. 16 dicembre 1999, n. 479 aveva perseguito questo obiettivo con l'istituzione del Tribunale in composizione monocratica, tra l'altro provando, già allora, a rafforzare il vaglio preliminare dell'accusa in udienza preliminare.

Mi sembra, nondimeno, che un aspetto di novità stia nel modo in cui la riforma Cartabia prova ad ottenere l'efficienza: la quale viene rincorsa attraverso una mentalità ingegneristica e meccanismi che non esiterei a definire "algoritmici", che hanno come tratto caratterizzante la volontà di governare l'accertamento giurisdizionale mediante criteri decisori e tempistiche procedimentali di tipo "automatizzato", appositamente costruiti per ottenere determinati risultati.

È, indubbiamente, un'idea moderna, che prende ad esempio le tecnologie di intelligenza artificiale e tenta, in un certo modo, di replicarle nel processo penale, mirando a costruire le norme processuali come *software* capaci di predeterminare i tempi e l'esito delle attività giudiziarie[2].

È, al contempo, un'idea di non agevole concretizzazione. Si dà per scontato un presupposto ancora tutto da dimostrare: la possibilità di regolare il processo in modo meccanicistico, irreggimentando spazi in cui, però, operano inevitabili margini di discrezionalità, e vi è un'esigenza di adattamento alle peculiarità del singolo caso.

Nè va dimenticato che la riforma è, comunque, il frutto di un complesso dibattito tra forze politiche di diversa estrazione. Come tale, è forte la sensazione che essa non sia riuscita ad attuare i propri propositi in modo sufficientemente netto, e abbia dovuto adottare alcune soluzioni di compromesso, suscettibili tuttavia di minarne l'efficacia operativa.

Tali criticità, come ora vedremo, rischiano non solo di vanificare le intenzioni del legislatore, ma anche di incrementare il livello di entropia del sistema, mettendone in crisi l'organicità e la coerenza. Proprio questi sono i pericoli che corrono alcune delle modifiche che maggiormente caratterizzano la riforma, ossia quelle relative ai filtri giurisdizionali sull'esercizio dell'azione penale, al vaglio di ammissibilità degli appelli e ai tempi di durata delle indagini preliminari e delle impugnazioni.

[2] Sul tema della giustizia predittiva v., per tutti, S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Springer, 2020.

2. Meno dibattimenti ed appelli

Cominciamo dal tentativo di decongestionare il numero dei dibattimenti e degli appelli, nel comprensibile intento di alleggerire i carichi dei Tribunali e delle Corti di appello.

A questo fine viene in gioco, anzitutto, la modifica del criterio decisorio per disporre l'archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere. Il rinnovato vaglio preliminare dell'accusa, al contempo, viene generalizzato, estendendolo ai procedimenti di competenza del Tribunale in composizione monocratica a citazione diretta attraverso l'inedita udienza "predibattimentale" (artt. 554 *bis* s. c.p.p.)[3]. In secondo luogo, si punta a ridurre il numero degli appelli, tramite un ritocco del vaglio di ammissibilità *ex* art. 581 c.p.p.

La riforma, in questo modo, spera di stringere le maglie dei rispettivi controlli. In entrambi i casi, tuttavia, il risultato è discutibile.

2.1. L'algoritmo debole: la «ragionevole previsione di condanna»

Molto si è detto sulla scarsa capacità selettiva del criterio dell'"insostenibilità dell'accusa in giudizio", statuito dai previgenti artt. 125 disp. att. e 425 c.p.p. ai fini della pronuncia dell'archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere.

L'interpretazione prevalente, come è noto, lo aveva parametrato sul canone della c.d. "utilità del dibattimento", e così facendo aveva di fatto sterilizzato il vaglio preliminare dell'accusa. Per considerare utile il dibattimento, infatti, era sufficiente la sua sola capacità di incrementare il quadro probatorio a disposizione, superando eventuali situazioni di incertezza derivanti dalle indagini: un esito, nella sostanza, sempre pronosticabile, grazie alle molteplici *chance* offerte dal contraddittorio dibattimentale di arricchire la piattaforma conoscitiva[4].

L'inedita formula della «ragionevole previsione di condanna» escogitata dalla riforma Cartabia[5] vorrebbe, per l'appunto, invertire la rotta,

[3] V., al riguardo, M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *sistemapenale.it*, 16 gennaio 2023.

[4] Cfr., fra le molte, Cass., sez. V, 2 marzo 2021, n. 22806, nel senso del rinvio a giudizio "in tutti i casi in cui le fonti di prova si prestino a soluzioni alternative e aperte o, comunque, ad essere diversamente rivalutate".

[5] Si veda l'art. 408 comma 1 c.p.p. per l'archiviazione, e gli artt. 425 comma 3 e 554 *ter* comma 1 per la sentenza di non luogo a procedere da pronunciare, rispettivamente, nell'udienza preliminare e nell'udienza predibattimentale.

inibendo ogni tentazione di rimettersi aprioristicamente alla superiore capacità cognitiva del dibattimento: essa individua in modo più preciso l'esito del vaglio preliminare, richiedendo una valutazione in merito alla probabilità che il giudizio, laddove si svolgesse, si concluderebbe con la condanna[6].

Tale criterio decisorio è utilizzato, per l'appunto, in chiave algoritmica, per ottenere in modo forzato un determinato "*output*" (la riduzione del numero dei dibattimenti) sulla base di un "*input*" (le indagini preliminari) di qualità cognitivamente inferiore, a causa dell'assenza degli indicatori epistemici del contraddittorio e dell'oralità, e magari incompleto[7], nelle ipotesi in cui l'organo d'accusa non sia stato in grado di esplorare tutte le possibili piste investigative[8]: una piattaforma conoscitiva, dunque, spesso di per sé tale da non consentire di raggiungere la prova piena della colpevolezza.

Resta tutto da vedere se tale automatismo sia così solido. Anzitutto perché il legislatore si è fermato a metà del guado, e non ha previsto il dovere di motivare il provvedimento di rinvio a giudizio[9]. L'omissione, naturalmente, mira ad evitare di condizionare le valutazioni del giudice del dibattimento, e quindi risulta del tutto comprensibile in un sistema di tipo accusatorio. È chiaro, però, che l'obbligo di motivazione costituisce un importante stimolo al necessario impegno valutativo. Il rischio, pertanto, è che i giudici chiamati al vaglio preliminare dell'accusa, specie se

[6] Cfr. G. Della Monica, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in *archiviopenale.it*, 6 giugno 2023, p. 16 s., il quale osserva come il presupposto per dare corso alla celebrazione del dibattimento non sia più rinvenibile nella sua «astratta utilità», «vale a dire nella ipotetica sopravvenienza di non specificate risultanze istruttori», ma occorra «avere a disposizione dati conoscitivi che consentano già di delineare, in termini concreti, il percorso probatorio attraverso il quale sia possibile approdare ad una sentenza di condanna»; v. anche F. Tondin, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 410 ss.

[7] Sulle difficoltà dell'organo di accusa di soddisfare l'esigenza di completezza delle investigazioni, specie alla luce della nuova conformazione del vaglio preliminare dell'accusa, v. F. Morelli, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in *sistemapenale.it*, 30 maggio 2023, p. 28 ss.

[8] Senza trascurare che, nei procedimenti con citazione diretta di fronte al Tribunale monocratico, non sarebbe possibile per il giudice dell'udienza predibattimentale, a differenza del giudice dell'udienza preliminare, disporre delle integrazioni investigative: v. al riguardo M. Busetto, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in *archiviopenale.it*, 27 marzo 2023, p. 4 s.

[9] Il quale continua a restarne privo tanto nei procedimenti con udienza preliminare quanto in quelli con udienza predibattimentale.

oberati da eccessivi carichi di lavoro, siano portati a privilegiare la più agevole alternativa – da non motivare - del rinvio a giudizio.

La formula della ragionevole "previsione" di condanna, in secondo luogo, comunque lascia intatta la componente prognostica della valutazione[10]. Tale apertura, nella sostanza, consente il rinvio a giudizio anche a fronte di una prova della colpevolezza non ancora pienamente raggiunta, in presenza della convinzione che la si otterrebbe in dibattimento. Ed è appena il caso di notare l'enorme tasso di manipolabilità di una previsione del genere: comunque fossero andate le indagini, si potrebbero quasi sempre individuare ragioni per argomentare nel senso del consolidamento in senso accusatorio, in giudizio, degli elementi raccolti[11].

Certo, non è da escludere che, nell'intento di evitare il fallimento della rimodulazione del filtro effettuata dalla riforma, si consolidi un'interpretazione tale da richiedere una valutazione strettamente diagnostica, consentendo il rinvio a giudizio solo in forza di un completo accertamento della colpevolezza sulla base delle indagini[12]; ma sarebbe, evidentemente,

[10] Diversa la scelta del progetto preliminare alla riforma predisposto dalla Commissione Lattanzi ("Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c.-2435", p. 18 ss., reperibile in *sistemapenale.it*, 25 maggio 2021), nel quale il criterio decisorio per la pronuncia dell'archiviazione e del non luogo a procedere era declinato in termini di capacità degli elementi acquisiti di «determinare la condanna»; una formulazione evidentemente volta a potenziare la componente diagnostica della valutazione, anche se non era mancato chi aveva manifestato perplessità in merito alla sua capacità in questo senso: cfr. R.E. Kostoris, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in *sistemapenale.it*, 23 luglio 2021, p. 17 ss.

[11] Cfr. S. Ruggeri, *Azione e inazione*, in D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2023, p. 642 ss.; T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 161; F. Siracusano, *La prevedibilità dell'esito del giudizio quale antidoto all'azzardo imputativo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, p. 549 ss.
In questo senso, a riprova della dubbia efficacia innovativa del nuovo criterio, v. Trib. Patti, sez. Gup, 27 gennaio 2023, in *giurisprudenzapenale.com*, 5 marzo 2023, secondo cui la riforma avrebbe «ribadito e cristallizzato la necessità che la regola di giudizio che governa l'udienza preliminare sia di tipo dinamico e prognostico. Il carattere concreto dell'azione penale ne orienta il relativo esercizio e la conseguente prosecuzione solo ove sorretti da un prevedibile verdetto di condanna ma sulla base di una consapevole valutazione del materiale probatorio anche in considerazione della utilità del processo in termini di implementazione, arricchimenti, chiarimenti, che il dibattimento e il contraddittorio tra le parti e il diritto alla prova di tutti i protagonisti del processo sono in grado di apportare. *Nihil sub sole novum*, dunque».

[12] In questo senso, v. S. Lonati, *L'udienza preliminare*, in D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., p. 714 ss.

una forzatura testuale, per quanto giustificata dalla condivisibile esigenza di assicurare la funzionalità del sistema.

2.2. L'algoritmo ambiguo: la "critica puntuale ed esplicita" alla decisione di primo grado

La riforma Cartabia ha anche affrontato il problema dell'eccessivo numero di giudizi di secondo grado e del conseguente intasamento di diverse Corti di appello. Nonostante le molteplici proposte di modifica avanzate a tale riguardo[13], alla fine il legislatore non è riuscito a fare di meglio che recepire il meccanismo di restrizione del vaglio di ammissibilità degli appelli escogitato dalla giurisprudenza[14].

Mi riferisco alla sentenza *Galtelli* del 2016[15], con cui le Sezioni Unite, in applicazione del criterio di specificità delle impugnazioni enunciato in generale dall'art. 581 c.p.p., avevano cercato di porre un freno agli atti di appello non sufficientemente precisi: in particolare, statuendone l'inammissibilità in caso di genericità non solo "intrinseca"[16], ma anche "estrinseca", in quanto privi di censure dirette alle argomentazioni utilizzate dalla decisione impugnata.

La riforma Orlando[17] aveva già tentato di recepire questo orientamento nel testo dell'art. 581, statuendo il dovere, a pena di inammissibilità, non solo di "enunciare specificamente" le ragioni di diritto e gli elementi di fatto dell'impugnazione, ma anche di individuare i "capi" e i "punti" della decisione oggetto di censura, nonché le «prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione».

La riforma Cartabia ha, da ultimo, tolto ogni dubbio quanto alla volontà legislativa di accogliere l'impostazione della decisione *Galtelli*, inserendo nel comma 1 *bis* dell'art. 581 c.p.p. un'apposita causa di inammissibilità per mancanza di specificità dell'appello presa di peso dalla pronuncia delle Sezioni Unite: la mancata enunciazione, «per ogni richiesta», in «forma puntuale ed esplicita», dei «rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato, con

[13] Per un quadro generale, v. già M. Bargis-H. Belluta, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2013.
[14] Cfr. A. Capone, *Le impugnazioni tra speditezza e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 189.
[15] Cass., sez. un., 27 ottobre 2016, n. 8825, *Galtelli*.
[16] Ossia, radicalmente privi di qualsiasi giustificazione, o comunque fondati su considerazioni generali ed astratte, del tutto avulse dalla concreta vicenda processuale.
[17] L. 23 giugno 2017, n. 103.

riferimento ai capi e punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione».

In questo caso, però, la pretesa algoritmica di ridurre il numero dei giudizi di appello (l'"*output*") sulla base delle sole informazioni rinvenibili nella configurazione dei motivi di appello (l'"*input*") si è tradotta in un criterio dai contorni irrimediabilmente vaghi[18]. Che cosa significa, esattamente, critica «puntuale ed esplicita»? Con quale livello di approfondimento dovrebbe avvenire questo confronto con le argomentazioni poste alla base della decisione impugnata?

Si tratta di un parametro che, inteso in un senso più formale, potrebbe essere identificato nella mera necessità di contestualizzare la critica nei confronti della sentenza impugnata, indicando sotto quali profili essa risulti censurabile[19]. Rischierebbe, però, di derivarne un vaglio non sufficientemente selettivo: ai fini dell'ammissibilità dell'appello, sarebbe sufficiente proporre anche una censura priva di fondamento; basterebbe identificare i brani della decisione impugnata oggetto di contestazione, a prescindere dalla validità delle contro-argomentazioni utilizzate.

Concepito in modo più sostanziale, invece, il criterio viene inevitabilmente a sovrapporsi con un vaglio preliminare di fondatezza, ossia con una valutazione relativa alla ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione[20]. Quest'ultima interpretazione, naturalmente, contrasterebbe con il fatto che, anche a seguito della riforma Cartabia, l'inammissibilità per «manifesta infondatezza» dei motivi di impugnazione continua ad essere prevista unicamente in rapporto al ricorso in cassazione (art. 606 comma 3 c.p.p.), e non, invece, all'appello. Nondimeno, per intuibili ragioni efficientistiche, essa è già stata adottata da una parte della giurisprudenza, se non a chiare lettere, perlomeno nei fatti[21].

[18] Si veda F. Morelli, *Approccio narrativo vs approccio analitico alla ricostruzione del fatto nella sentenza di primo grado di fronte alla fisionomia del nuovo appello*, in *discrimen.it*, 23 maggio 2023, p. 22 ss.

[19] In questo senso v. C. Citterio, *Pensieri sparsi sul nuovo giudizio penale di appello (ex d.lgs. 150/2022)*, in *giustiziainsieme.it*, 13 gennaio 2023, § 9.2; O. Mazza, *Il processo che verrà*, cit., p. 17 ss.

[20] Su tale rischio v. M. Bargis, *Ripercorrendo le impugnazioni penali: dalla "riforma Bonafede" alla "riforma Cartabia"*, in A. Boldrin-M. Bolognari-M. Daniele-P.P. Paulesu-S. Signorato (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, Giappichelli, 2022, p. 148 ss.; J. Della Torre, *La crisi dell'appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, in *archiviopenale.it*, 27 agosto 2022, p. 45 ss.; P. Maggio, *Nuove ipotesi d'inammissibilità dell'impugnazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 161 ss.

[21] La stessa Cass., sez. un., 27 ottobre 2016, n. 8825, *Galtelli*, sebbene a parole neghi la possibilità di un vaglio di manifesta infondatezza, sembra poi non escluderla laddove af-

Il legislatore dovrebbe, però, operare una chiara scelta di campo. La fedeltà all'appello come forma di controllo del giudizio, ossia il modello originariamente prescelto dal nostro codice[22], presupporrebbe l'abrogazione del filtro elaborato dalla decisione *Galtelli* e codificato dalla riforma[23]. In alternativa, volendo configurare l'appello come forma di controllo della decisione, avvicinandolo al ricorso in cassazione, sarebbe meno ipocrita statuire espressamente un vaglio preliminare sulla fondatezza dei motivi.

Per contro, il criterio di ammissibilità degli appelli introdotto dalla riforma Cartabia, con la sua ambiguità, è tutt'altro che idoneo ad assicurare decisioni uniformi: tutto dipenderà dalla propensione dei vari giudici di appello, anche sulla base dei rispettivi carichi di lavoro, a sindacare in via preliminare il contenuto dei motivi, anziché limitarsi a considerare la loro struttura formale. Un esito, come si vede, ben lontano dagli automatismi selettivi bramati dai riformatori.

3. Indagini ed impugnazioni a durata prestabilita: le tagliole dell'improcedibilità e dell'inutilizzabilità.

Un'altra tipologia di intervento con cui è manifestata la pretesa algoritmica della riforma riguarda, come si diceva, i tempi delle indagini preliminari e delle impugnazioni.

Lo scopo, qui, è pienamente condivisibile: si tratta di dare attuazione al diritto della persona accusata alla ragionevole durata del processo, nel nostro sistema purtroppo negletto a causa dell'eccessiva lunghezza, in particolare, della fase investigativa, e della situazione di ingorgo in cui si trovano i ruoli di molti giudici dell'impugnazione.

È ingiusto - si afferma - che il costo di tale inefficienza venga addossato a chi subisce il processo penale[24]. Di qui l'esigenza di tempistiche

ferma che i motivi di appello dovrebbero «contenere, seppure nelle linee essenziali, ragioni *idonee a confutare e sovvertire*, sul piano strutturale e logico, le valutazioni del primo giudice».

[22] Così come testimoniato dalla piena cognizione del giudice di appello sui punti «ai quali si riferiscono i motivi» prevista dall'art. 597 comma 1 c.p.p.: una norma, peraltro, lasciata intatta dalla riforma.

[23] In questo senso v. P. Ferrua, *La riforma Cartabia: verso una restrizione dei motivi di appello*, in A. Boldrin-M. Bolognari-M. Daniele-P.P. Paulesu-S. Signorato (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, cit., p. 162 ss.

[24] Cfr. O. Mazza, *L'enigma della prescrizione, fra improcedibilità e nuove proposte di riforma*, in *sistemapenale.it*, 16 maggio 2023, p. 8 ss.; D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale.*

predefinite dalla legge, nella convinzione che la presenza di termini rigidi inneschi condotte virtuose da parte dei competenti organi giudiziari e dei loro ausiliari.

Volendo predeterminare i tempi di durata di una determinata fase processuale, naturalmente, la legge deve anche stabilire le conseguenze della loro inosservanza: in un sistema congestionato come il nostro, la previsione di termini meramente ordinatori non sarebbe dotata di una grande efficacia.

Sotto questo profilo, la sanzione più forte astrattamente concepibile è rappresentata dalla c.d. "prescrizione processuale": vale a dire l'estinzione del processo attraverso una pronuncia di improcedibilità o di improseguibilità dell'azione penale, nonostante che non siano scaduti i termini di prescrizione sostanziale e, quindi, che il reato non sia estinto, risultando ancora accertabile.

Si tratta di una forma di prescrizione piuttosto controversa, se si considera che vi è chi la ritiene in potenziale conflitto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale[25]. Eppure, la riforma Cartabia, già con la l. 27 settembre 2021, n. 134, ha ritenuto di introdurla in relazione alle impugnazioni, in modo da assicurarne nel modo più forte possibile la ragionevole durata[26]: in base all'art. 344 *bis* commi 1 e 2 c.p.p., costituisce causa di «improcedibilità» la «mancata definizione» del giudizio di appello o di cassazione entro i termini previsti[27].

In caso di superamento dei termini di durata delle indagini, invece, la riforma non ha adottato una soluzione di questo tipo, sebbene qualcuno lo avesse auspicato[28]. Si è, piuttosto, mantenuta la sanzione

Pregi e difetti, in *sistemapenale.it*, 21 febbraio 2022, p. 51 ss.

[25] Soprattutto se tale da intervenire ad azione penale già iniziata: cfr. P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Proc. pen. giust.*, p. 259 ss.; v. anche F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 1295 ss.

[26] Sulle interrelazioni virtuose fra la garanzia della ragionevole durata e la disciplina dell'improcedibilità delle impugnazioni v. E. Fragasso, *Annotazioni minime sull'improcedibilità disciplinata dall'art. 344 bis c.p.p.*, in A. Boldrin-M. Bolognari-M. Daniele-P.P. Paulesu-S. Signorato (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, cit., p. 110 ss.

[27] Di regola, rispettivamente, di due anni e di un anno, salve le possibilità di proroga statuite dall'art. 344 *bis* comma 4.

[28] In questo senso v. R. Casiraghi, *L'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di fase*, in D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., p. 373 ss.; F. Cassibba, *Prescrizione del reato e improseguibilità dell'azione penale nelle proposte della Commissione Governativa*, in R.E. Kostoris-R. Orlandi (a cura di), *Nuovi limiti temporali per l'accertamento penale. Fra prescrizione del reato e improseguibilità dell'azione penale*, Giappichelli, 2022, p. 15 s.; O. Mazza, *Il processo*

dell'inutilizzabilità degli atti compiuti fuori termine (art. 407 comma 3 c.p.p.), contemplata dal codice fin dalla sua entrata in vigore. Si è, al contempo, cercato di rendere più funzionale la disciplina, prevedendo un'unica possibilità di proroga (art. 406), e riducendo i termini massimi di durata delle indagini per le contravvenzioni (art. 405 comma 2).

Sia l'improcedibilità delle impugnazioni ad eccessiva durata, sia l'inutilizzabilità degli atti di indagine tardivi sono, comunque, evidentemente il frutto della stessa mentalità.

4. Tecniche di forzatura degli algoritmi cronologici

Non si può fare a meno di notare come la concezione alla base della previsione dei termini massimi di durata delle fasi processuali pecchi di unilateralismo: il diritto dell'accusato alla ragionevole durata ne risulta protetto in modo scriteriato; come se fosse un diritto assoluto ed intangibile, non suscettibile di entrare in bilanciamento con altri interessi. In questo modo si finisce per trascurare le ragioni della pretesa punitiva, dimenticando che l'inefficienza non sempre dipende solo dalle negligenze degli organi inquirenti o dalla mancanza di risorse, ma è dovuta ai fattori più diversi, spesso concorrenti fra loro e variabili da caso a caso.

Il rischio è che un approccio del genere determini una reazione di rigetto da parte degli organi investigativi e giurisdizionali, istituzionalmente tenuti ad assicurare che l'accertamento dei fatti, a prescindere dal suo esito, giunga a compimento. A fronte dell'impossibilità di concludere le attività procedimentali entro la cornice cronologica fissata in astratto dalla legge, dunque, non dovrebbe stupire il tentativo di utilizzare tutte le opportunità offerte dal sistema per scongiurare l'improcedibilità o l'inutilizzabilità, specie laddove il procedimento riguardi un reato grave[29].

che verrà, cit., p. 7 ss.; L. Tavassi, *Improcedibilità dell'azione per superamento dei termini di durata delle indagini preliminari*, in *archiviopenale.it*, 6 settembre 2021, p. 10 ss. V. anche M. Gialuz, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la "riforma Cartabia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 361, il quale auspica un'estensione del meccanismo dell'improcedibilità al giudizio di primo grado.

[29] Su tale possibile conseguenza in relazione all'improcedibilità delle impugnazioni v. M. Daniele, *La prescrizione processuale nei gradi di impugnazione: forzature dogmatiche e reazioni applicative*, in R.E. Kostoris-R. Orlandi (a cura di), *Nuovi limiti temporali*, cit., p. 34 ss.

4.1. L'uso strumentale delle proroghe.

Prevedendo i termini di durata di una fase processuale, la legge non potrebbe astenersi dall'introdurre anche delle ipotesi di proroga: sarebbe irragionevole una disciplina che non consentisse in nessun modo di tenere conto delle caratteristiche del singolo caso concreto, qualora fossero tali da richiedere tempi più lunghi del normale per concludere lo svolgimento delle attività processuali.

Proprio grazie alla possibilità di proroga, però, la concezione algoritmica mostra una delle sue debolezze.

A seguito della riforma, il giudice per le indagini preliminari può prorogare il termine di durata delle investigazioni in caso di "complessità" di queste ultime (art. 406 comma 1 c.p.p.). Analogamente, la Corte di appello o la Corte di cassazione possono prorogare il termine di durata del giudizio di impugnazione quando esso «è particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare» (art. 344 *bis* comma 4).

A chi afferma che la legge avrebbe dovuto prevedere i presupposti per le proroghe in modo più preciso[30], è consentito replicare che risulterebbe tutt'altro che agevole ottenere un risultato del genere senza, al contempo, pregiudicare l'attitudine della disciplina delle proroghe ad adattarsi alle peculiarità di ciascuna situazione.

Né si potrebbe sostenere che il concetto di complessità del procedimento si trovi in radicale conflitto con l'esigenza di determinatezza che discende dal principio di legalità statuito dagli art. 25 comma 2 e 111 comma 1 Cost. *Mutatis mutandis*, come ha osservato la Corte costituzionale a proposito della c.d. regola Taricco[31], un tale esito si verificherebbe nelle situazioni in cui la legge risultasse «irrimediabilmente indeterminata», non indicando al giudice alcun «criterio applicativo» tale da consentirgli di trarre regole «sufficientemente definite», oppure attribuendogli il compito di «perseguire un obiettivo di politica criminale»[32]. Ma non è

[30] Così, in rapporto all'improcedibilità, D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale*, cit., p. 57 ss.; A. Scalfati, *L'improcedibilità ratione temporis: una mina nel sistema*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 805.

[31] Ossia la possibilità per i giudici nazionali, ventilata da Corte giust., 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*, di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. nella parte in cui impedissero di infliggere "sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di gravi casi di frode che ledano gli interessi finanziari dell'Unione".

[32] Corte cost., 10 aprile 2018, n. 115.

questo il caso del parametro in questione, il quale, di per sé, non può dirsi arbitrario.

Il problema sta, piuttosto, nella sua inevitabile flessibilità. Non è difficile prevedere come esso potrebbe essere inteso nella prassi applicativa, nell'intento di scardinare le gabbie temporali apprestate dai termini: non solo ancorandolo, come sarebbe logico, alle caratteristiche del procedimento[33], ma anche parametrandolo ai carichi di lavoro e ai problemi organizzativi degli uffici[34]. Questi ultimi connotati, in teoria, non dovrebbero pesare nella valutazione[35]. Nella sostanza, tuttavia, spesso sono fattori decisivi dell'allungamento dei tempi, e sarebbe difficile non tenerne conto, con buona pace dei calcoli algebrici prefissati dal legislatore.

4.2. L'iscrizione della notizia di reato ritardata e il debole rimedio della retrodatazione

Un'altra tecnica di elusione riguarda, specificamente, la disciplina dei termini di svolgimento delle indagini. Mi riferisco alla possibilità di ritardare l'iscrizione c.d. "nominativa" della notizia di reato nell'apposito registro *ex* art. 335 c.p.p., al fine di spostare in avanti il *dies a quo* di decorrenza dei termini, così allungando il tempo complessivo a disposizione per concludere le investigazioni.

La riforma Cartabia ha tentato di porvi rimedio tramite la previsione della c.d. retrodatazione: vale a dire, l'individuazione a posteriori

[33] Ossia, tenendo conto del numero degli imputati e delle imputazioni, e del tasso di difficoltà delle attività da svolgere.

[34] Magari anche solo la semplice indisponibilità di aule, oppure del personale tecnico ausiliario. Del resto, qualcosa del genere è già accaduto in merito alla sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare nel caso di giudizi «particolarmente complessi» (art. 304 comma 2 c.p.p.): un requisito ritenuto più di una volta tale da ricomprendere non solo «la complessità inerente alla trattazione e alla decisione», «ma anche tutte le difficoltà e ostacoli di ordine logistico attinenti all'organizzazione di mezzi e di strutture necessari». V., ad esempio, Cass., sez. I, 25 maggio 1998, n. 3053; più di recente, Id., sez. I, 27 ottobre 2020, n. 6742

[35] Cfr., in rapporto alla proroga delle indagini, v. R. Aprati, *Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità*, in *giustiziainsieme.it*, 20 dicembre 2022, p. 20 ss.; G. Garuti, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *archiviopenale.it*, 28 ottobre 2022, p. 5; A. Marandola, *Il controllo sulla legalità delle indagini e i rimedi alla (possibile) stasi*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 155; C. Valentini, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *archiviopenale.it*, 25 agosto 2022, p. 27.

della reale data in cui l'iscrizione del nome dell'indagato sarebbe dovuta avvenire, facendone derivare gli effetti già a partire da quel momento.

Tale possibilità, auspicata da una parte degli studiosi[36], ma che la giurisprudenza non aveva finora ritenuto possibile praticare per la mancanza di una base legale idonea a legittimarla[37], ora è consentita in due casi: può essere disposta dallo stesso pubblico ministero, in una logica di "autotutela" (art. 335 comma 1 *ter* c.p.p.); oppure può essere chiesta dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato al giudice che procede (art. 335 *quater*).

Si tratta, chiaramente, di un rimedio dalle implicazioni pesanti per l'organo di accusa. Ne discende non solo una riduzione del tempo a disposizione per concludere le indagini, ma anche l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti prima della scadenza del termine determinato dall'iscrizione originaria. A fronte del rischio che le investigazioni ne risultino compromesse, dunque, non è difficile ipotizzare una spinta applicativa ad usarlo il meno possibile[38].

Lo stesso art. 335 *quater* comma 2 c.p.p. consente al giudice di ordinare la retrodatazione solo quando il ritardo sia «inequivocabile» e «non» «giustificato». Nei casi dubbi, pertanto, essa non dovrebbe essere disposta[39]; e potrebbe trattarsi di situazioni frequenti, se si tiene conto che l'iscrizione della *notitia criminis* è un atto dotato di irrimediabili margini di discrezionalità[40].

Lo si evince dallo scarto che intercorre fra il concetto teorico di iscrizione nominativa e la sua declinazione concreta. In teoria, l'iscrizione dovrebbe conseguire alla formulazione di un'ipotesi di responsabilità ancora tutta da verificare. Fisiologicamente parlando, di conseguenza, ai fini dell'iscrizione dovrebbero essere sufficienti la verosimiglianza e sufficiente precisione della notizia, nonché la sua astratta attribuibilità

[36] V. R. Aprati, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Jovene, 2010, p. 137 ss.; E.M. Catalano, *L'abuso del processo*, Giuffrè, 2004, p. 162; A. Marandola, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, Cedam, 2001, p. 297 ss.; A. Zappulla, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Giappichelli, 2012, p. 313 ss.

[37] Cfr. Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, *Lattanzi*.

[38] Cfr. O. Mazza, *Ideologie della riforma Cartabia: la procedura penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.* 2023, p. 487.

[39] V. C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 150 ss.

[40] V. P. Ferrua, *Il modello costituzionale del processo penale e la riforma 'Cartabia'*, in *Crit. del dir.*, 2023, p. 242.

ad una determinata persona, a prescindere dal fatto che gli organi inquirenti siano già in possesso di concreti indizi di colpevolezza[41].

Proprio nell'intento di posticipare il *dies a quo* dei termini per le indagini, però, la giurisprudenza tende a ragionare in modo diverso, affermando che l'iscrizione dovrebbe avvenire in un momento successivo. Essa, in questa diversa visione, richiederebbe «l'esistenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti»[42], in presenza dei quali «l'identificazione del soggetto e l'attribuibilità a questi del reato» assuma «una certa pregnanza»[43].

Proprio questo è l'approccio che parrebbe essere stato accolto dalla riforma Cartabia: in base al nuovo comma 1 *bis* dell'art. 335 comma 1 c.p.p., l'iscrizione del nome dell'indagato dovrebbe essere effettuata «non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, *indizi a suo carico*». E dovrebbe essere evidente come l'accertamento di questi ultimi consista in una valutazione ben più elastica del mero riscontro di un'ipotesi di responsabilità astrattamente verificabile, con l'effetto di aumentare i margini per rigettare la richiesta di retrodatazione[44].

Il requisito della giustificabilità del ritardo, poi, analogamente ai presupposti per le proroghe dei termini, potrebbe essere rinvenuto anche in fattori del tutto estranei al tasso di complessità delle investigazioni, ricollegandolo ai carichi di lavoro o ad altre problematiche gestionali degli uffici[45].

Insomma, c'è seriamente da temere che il nuovo procedimento incidentale necessario per accertare la presenza dei requisiti per la retrodatazione, risolvendosi in un inutile aggravio, arrivi perfino a peggiorare

[41] In questo senso v. A. Cabiale, *I nuovi controlli giudiziali sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, in *lalegislazionepenale.eu*, 4 marzo 2022, p. 6; C. Fanuele, *La notizia di reato: sagoma, tempi di iscrizione e controlli*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 38 ss.; D. Vicoli-E. Valentini, *Gli epiloghi delle indagini preliminari: una nuova fase dall'incerta fisionomia*, in L. Giuliani-R. Orlandi (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*, Giappichelli, 2018, p. 117 ss.

[42] Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, *Tammaro*.

[43] Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, *Lattanzi*.

[44] Cfr. F. Cassibba-E.M. Mancuso, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., p. 614.

[45] Cfr. A. Cabiale, *I nuovi controlli*, cit., p. 12. Contrario a questa interpretazione è M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *sistemapenale.it*, 2 novembre 2022, p. 42.

il tasso di efficienza delle indagini, anche sotto questo profilo vanificando i piani della riforma.

4.3. La stasi del procedimento e lo pseudo-termine "di riflessione"

La riforma Cartabia ha provato a fronteggiare anche il problema della c.d. "stasi": ovvero l'evenienza in cui, concluse le indagini preliminari, il pubblico ministero "congeli" il procedimento, non esercitando l'azione penale e neppure presentando una richiesta di archiviazione, al più limitandosi ad emettere l'avviso di conclusione delle indagini *ex* art. 415 *bis*.

Al fine di ovviare a questa prassi, è stata confermata la previsione del c.d. "termine di riflessione" (art. 407 *bis* c.p.p.), già introdotto nel 2017 dalla riforma Orlando: l'organo di accusa dovrebbe esercitare l'azione penale oppure richiedere l'archiviazione entro tre mesi dalla scadenza del termine massimo per la conclusione delle indagini previsto dall'art. 405 comma 2[46].

La novità della riforma è di provare a rendere effettivo questo termine attraverso un complesso reticolo di meccanismi di sollecitazione a seguito della sua scadenza[47].

a. L'indagato e la persona offesa, ora, hanno la possibilità di chiedere al giudice per le indagini preliminari di ordinare al pubblico ministero di decidere se agire o no (art. 415 *bis* comma 5 *quater* c.p.p.).
b. Il pubblico ministero è, in ogni caso, obbligato a depositare gli atti di indagine, dandone notizia all'indagato, alla persona offesa e al procuratore generale presso la Corte di appello. Qualora non riceva l'avviso di deposito, il procuratore generale può disporre l'avocazione delle indagini ai sensi dell'art. 412 c.p.p., oppure ordinare al pubblico ministero di provvedere (art. 415 *ter* commi 1 e 2 c.p.p.).
c. Trascorso un certo periodo della *discovery* degli atti di indagine disposta dal pubblico ministero, oppure dalla richiesta di effettuarla da parte del procuratore generale, se l'organo di accusa non assume nessuna determinazione sull'esercizio dell'azione pe-

[46] In caso di invio dell'avviso di conclusione delle indagini, i tre mesi decorrerebbero dalla scadenza dei termini previsti dai commi 3 e 4 dell'art. 415 *bis*.
[47] Cfr. A. Marandola, *Il controllo sulla legalità delle indagini e rimedi alla (possibile) stasi*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 155 ss.

nale, la persona sottoposta alle indagini e la persona offesa possono chiedere al giudice per le indagini preliminari di ordinargli di provvedere (art. 415 *ter* comma 3).

L'auspicio del legislatore, come è facile intuire, è che queste plurime forme di pressione stimolino il rispetto del termine di riflessione. Tuttavia, al netto della complessità della disciplina in questione - che non rappresenta certo un buon esempio di tecnica legislativa - dovrebbe essere chiaro come ci si trovi di fronte ad armi spuntate.

Al di là della responsabilità disciplinare, infatti, da esse non discende nessuna conseguenza processuale. Non ne deriva l'improcedibilità dell'azione penale, e neppure l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti, i quali, se effettuati prima della scadenza dei termini di durata delle investigazioni, restano pienamente validi ed efficaci. Al contempo, l'esperienza induce a riporre poca fiducia nell'avocazione ora prevista dall'art. 415 *ter* comma 2 c.p.p.: un rimedio che finora ha sempre dato scarsa prova di sè, e che non si vede perchè stavolta possa funzionare.

È plausibile che il legislatore sia stato condizionato dal timore di pregiudicare il lavoro investigativo delle procure. Ma ciò al prezzo di introdurre prescrizioni destinate, con ogni probabilità, a rimanere sulla carta, ostentando una pretesa algoritmica che rischia di rivelarsi puramente di facciata.

5. I costi dell'approccio algoritmico

L'approccio adottato dalla riforma Cartabia non è, ovviamente, privo di costi. Ma è semplice solo in apparenza individuare chi li debba sostenere.

Si è affermato che le innovazioni introdotte andrebbero perlopiù a detrimento delle garanzie difensive. «La difesa e il difensore che ambiscano ad esercitare le loro prerogative costituzionali» - in questa visione - nel nuovo assetto sarebbero intesi «quali nemici dell'efficienza» e andrebbero, di conseguenza, «limitati». La sfrenata ricerca dell'efficienza avrebbe, inoltre, portato al «definitivo superamento del modello di matrice accusatoria», «per abbracciare un processo efficiente solo in chiave repressiva». Le dinamiche cognitive proprie del contraddittorio dibattimentale sarebbero state sostituite da un accertamento dei fatti svolto dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, nell'intento di privilegiare «decisioni assunte prescindendo dalla miglior conoscenza disponibile».

Il processo, insomma, sarebbe diventato «luogo di cognizione senza decisione, in nome della riduzione percentuale dei suoi tempi di durata»[48].

Mi sembra di poter replicare che tali considerazioni siano condivisibili solo in parte. I meccanismi algoritmici che vorrebbero attuare le pretese efficientistiche del legislatore non paiono possedere una portata unidirezionale. Al contrario, possono derivarne, a seconda dei casi, vantaggi tanto per l'imputato quanto per le esigenze ricollegabili all'esercizio della pretesa punitiva. Non sempre, inoltre, ne consegue un allontanamento dal modello accusatorio; e, se ciò avviene, non è necessariamente a favore di un modello alternativo ben definito.

Gli automatismi tracciati dalle nuove prescrizioni, in altri termini, operano in modo cieco, prescindendo dalle possibili conseguenze per le posizioni giuridiche soggettive e per la coerenza del sistema.

Il filtro giurisdizionale a maglie strette sull'esercizio dell'azione penale che la riforma vorrebbe introdurre, in particolare, senz'altro possiede dei tratti più consoni al modello inquisitorio. Ne sta a fondamento un accertamento preventivo della colpevolezza sulla base degli atti di indagine, con l'eventualità di un rinvio a giudizio dal possibile effetto stigmatizzante[49]: un'implicazione, peraltro, inevitabile se si vuole che il filtro funzioni realmente[50]: Al contempo, però, abbiamo a che fare con un meccanismo concepito a vantaggio dell'accusato, nella misura in cui mira a sanzionare con un provvedimento liberatorio l'esercizio di un'azione penale sprovvista di un'adeguata piattaforma conoscitiva.

Un più rigoroso vaglio di inammissibilità degli appelli, per contro, di per sè non rappresenta un'opzione incompatibile con il modello accusatorio, nell'ambito del quale le garanzie orizzontali derivanti dalla piena applicazione del contraddittorio probatorio in primo grado contano di più di quelle verticali insite nelle impugnazioni. Tuttavia, innestato in un sistema sovraccarico come il nostro, incapace di consentire al contraddittorio e all'oralità di esplicare a pieno i loro benefici in primo grado, rischia di comprimere in modo eccessivo la facoltà di appellare, potendo in

[48] Cfr. O. Mazza, *Ideologie della riforma Cartabia*, cit., p. 481, 484, 485.

[49] V. A. Gaito-R. Landi, *"L'altare e le (forse inevitabili) vittime". Osservazioni sul processo penale à la Cartabia*, in *archiviopenale.it*, 23 settembre 2022, p. 16 ss.; analogamente, in rapporto alla prosecuzione del giudizio disposta dal giudice dell'udienza predibattimentale, N. Triggiani, *La nuova udienza predibattimentale nel procedimento penale monocratico*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 42 s.

[50] Cfr. G. Illuminati, *Alla ricerca di un processo penale efficiente*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1159 ss.

molti casi compromettere le ragioni della difesa o le esigenze cognitive[51]. Incoerentemente, inoltre, la riforma ha omesso di coniugarlo al divieto di appellare il proscioglimento: una caratteristica che tutti i sistemi autenticamente accusatori posseggono, sulla base del presupposto della piena affidabilità cognitiva della decisione di primo grado, e della concezione dell'appello come strumento eminentemente difensivo.

Neppure si potrebbe sostenere che la predeterminazione legislativa *ex ante* dei tempi delle fasi processuali rappresenti un'arma a svantaggio della difesa. Come si è già detto, si tratta di uno strumento che mira ad offrire la massima protezione del diritto dell'accusato alla ragionevole durata del processo, allocando il costo dell'inefficienza a carico della vittima.

Insomma, leggendo l'approccio algoritmico adottato dalla riforma attraverso gli occhiali delle tradizionali contrapposizioni concettuali "difesa/accusa" e "accusatorio/inquisitorio", ne emerge l'impossibilità di rinvenire un disegno unitario.

A ciò vanno aggiunti i dubbi, più sopra considerati, in merito alla reale efficacia degli automatismi che si è cercato di introdurre. Se la formula della «ragionevole previsione di condanna» prevista ai fini del vaglio preliminare dell'accusa mostra non pochi tratti di debolezza, quella della critica «puntuale» ed «esplicita» in ordine alla selezione degli appelli si rivela piuttosto ambigua, mettendo in pericolo la parità di trattamento.

Al contempo, l'imposizione di rigide griglie temporali per lo svolgimento delle attività processuali, se assistita da conseguenze pesanti per l'operato degli organi investigativi, come avviene nel caso dell'improcedibilità per l'eccessiva durata dei giudizi di impugnazione e dell'inutilizzabilità degli atti di indagine tardivi, rischia di pregiudicare le esigenze repressive; con il pericolo che ne derivino, a livello applicativo, delle contro-reazioni suscettibili di neutralizzarla. L'alternativa è accontentarsi di strumenti privi di sanzione e, verosimilmente, destinati all'insuccesso, come rischia di avvenire nel caso dei nuovi meccanismi di sblocco della stasi del procedimento.

6. Un'alternativa più flessibile: un sistema processuale "modulare"

La riforma Cartabia, naturalmente, non sta tutta nelle innovazioni che abbiamo qui considerato. Essa contiene, tra l'altro, alcune condivisibili

[51] Cfr. P. Ferrua, *La riforma Cartabia*, cit., p. 161 ss.

spinte verso la digitalizzazione degli atti[52] e la semplificazione del sistema delle notificazioni attraverso l'uso del domicilio digitale[53]. Si tratta di opportunità che, allo stato, si scontrano con una realtà operativa e sociale tuttora arretrata, non ancora provvista della dotazione e, soprattutto, della cultura informatica indispensabile per un'efficace dematerializzazione delle attività procedimentali. È, nondimeno, opportuno che la legge se ne sia fatta carico, se si considera che, una volta implementate, consentirebbero risparmi di tempo e di risorse una volta impensabili.

I difetti più sopra esposti, tuttavia, rendono quantomeno dubbio che la riforma sia davvero in grado di conseguire gli *standard* efficientistici che il nostro processo dovrebbe riuscire a raggiungere per poter funzionare in modo adeguato.

Tali *standard* - sia chiaro - non potrebbero consistere nel raggiungimento di determinate *performance* a totale scapito della protezione dei diritti fondamentali e delle garanzie del giusto processo previste dall'art. 111 Cost. La Corte costituzionale aveva già ben chiarito a suo tempo che l'efficienza costituisce, nel contemperamento fra i valori in gioco, un interesse di tipo vicario: «un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»[54].

Ciò tuttavia non comporta, come invece talvolta si suggerisce, che le garanzie possano espandersi in modo illimitato a danno dell'efficienza. Il processo penale deve, comunque, essere disciplinato in modo tale da fornire un servizio pubblico alla collettività[55], assicurando il corretto bilanciamento fra tutti i valori in gioco.

Chi ritiene che l'approccio proposto dalla riforma non sia in grado di conseguire questo risultato, ha il dovere, naturalmente, di provare ad ipotizzare delle alternative. Una di queste è già al centro del dibattito, e consiste nella riduzione del carico giudiziario attraverso una seria politica di depenalizzazione[56]. Tale obiettivo, certo non facile da conseguire[57],

[52] Si pensi, in particolare, al fascicolo "informatico" previsto dall'art. 111 *ter* c.p.p.: v. sul punto B. Galgani, *Along came il processo penale telematico. Le disposizioni generali sugli atti*, in D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., p. 404 ss.

[53] V. F. Nicolicchia, *Domicilio digitale e notificazioni*, in D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., p. 429 ss.

[54] Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317.

[55] In questi termini v. M. Gialuz, *La giustizia penale*, cit., p. 357 ss.

[56] Cfr. P. Ferrua, *Il modello costituzionale*, cit., p. 240 ss.

[57] Anche considerato che esso richiederebbe un'individuazione preventiva del tasso di

è ineludibile, sebbene finora perlopiù impedito dal timore dei governi, a prescindere dalla loro matrice politica, di perdere consenso elettorale.

La riforma Cartabia, in questa direzione, ha realizzato una forma minimale di depenalizzazione "in astratto", nella parte in cui ha ampliato la procedibilità a querela[58]. Per il resto, si è limitata a sperimentare una depenalizzazione "in concreto", rimettendosi principalmente alla dubbia capacità delle modifiche legislative introdotte di indurre gli organi di accusa a rinunciare all'esercizio dell'azione penale in assenza di un solido quadro probatorio orientato in senso colpevolistico[59]. Eppure, la complessità e i carichi dell'attuale sistema penale rendono necessaria una consistente riduzione della criminalizzazione, convertendo alcuni degli attuali reati in illeciti di tipo amministrativo soggetti a sanzioni diverse dalla pena detentiva.

Certo, i benefici della depenalizzazione non vanno sopravvalutati, a fronte dell'impossibilità, derivante dalle esigenze di prevenzione generale, di rinunciare alla sanzione penale per molte condotte. Ad essa, pertanto, dovrebbe coniugarsi anche una semplificazione del processo, e a questo riguardo un'idea potrebbe essere quella di provare a realizzare un sistema di tipo "modulare", mirato ad utilizzare in modo congiunto il modello accusatorio e quello inquisitorio.

Il modulo accusatorio, tale da ricalcare le caratteristiche del processo vigente, dovrebbe essere riservato all'accertamento dei reati più gravi[60]. Dal canto loro, i reati meno gravi, che generano la maggior parte delle pendenze giudiziarie, potrebbero essere incanalati in un modulo inquisitorio, fondato sugli atti di indagine integrati, laddove indispensabile, da un esame orale dei dichiaranti, secondo il modello del vigente rito abbreviato.

incidenza delle varie fattispecie criminose, nei vari contesti geografici di riferimento, in rapporto all'entità dei carichi pendenti. Sul tema, da ultimo, A. Cadoppi, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Edizioni scientifiche italiane, 2022.

[58] V., al riguardo, G.L. Gatta, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, in *sistemapenale.it*, 2 gennaio 2023.

[59] Cfr. M. Donini, *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., p. 7 ss.

[60] Cfr. O. Mazza, *Il processo che verrà*, cit., p. 25, il quale osserva come, nell'ottica di una maggiore flessibilizzazione del sistema, "volendo ammettere un certo margine di apprezzamento discrezionale da parte del legislatore ordinario", "l'unica equazione costituzionalmente e internazionalmente plausibile sarebbe quella di far corrispondere alla maggior gravità del reato oggetto di imputazione, al maggior rischio penale un incremento delle garanzie processuali dell'accusato".

È chiaro che una ridefinizione del genere del nostro sistema processuale richiederebbe altresì una modifica dell'art. 111 Cost., il quale, salve le eccezioni indicate dal comma 5, allo stato attuale richiede l'adozione del metodo accusatorio a prescindere dalla gravità e dalla tipologia di reato.

All'obiezione di chi teme che l'innesto di dinamiche inquisitorie sarebbe pericoloso per l'accertamento dei fatti, è lecito replicare che un processo accusatorio come il nostro, operante in un contesto sovraccarico e completamente disfunzionale per il contraddittorio e l'oralità, non rappresenta certo un ideale dal punto di vista epistemico. Né si potrebbe sostenere che un rito come l'attuale giudizio abbreviato non sia capace di assicurare un'adeguata protezione delle garanzie difensive e, comunque, il rispetto degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali richiesti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Quanto all'eccessiva lunghezza dei processi, si dovrebbe partire dalla consapevolezza dell'impossibilità di predeterminarne *ex ante* la durata. Qualunque quantificazione a priori resta pur sempre imprecisa, incompleta e, in ogni caso, arbitraria, rischiando di peccare, a seconda dei casi, per difetto o per eccesso.

I termini rigidi introdotti dalla riforma Cartabia dovrebbero, piuttosto, essere rimpiazzati da un assetto flessibile, finalizzato a determinare volta per volta le ragioni dei ritardi, e a misurare l'effettivo pregiudizio subito dall'interessato. Viene in gioco, a questo fine, uno strumento colpevolmente dimenticato dalla riforma, nonostante che la Commissione Lattanzi l'avesse inserito fra i possibili interventi da adottare: un rimedio compensatorio e risarcitorio a seguito della violazione del diritto alla ragionevole durata da attivare *ex post*, una volta concluso il processo[1]. Fatte salve le ipotesi di ritardo esclusivamente addebitabile a condotte dilatorie della difesa, esso, a seconda del grado di negligenza riconducibile agli organi inquirenti o a *deficit* strutturali, potrebbe consistere in un risarcimento pecuniario, in una riduzione della pena disposta dal giudice dell'esecuzione e, nelle ipotesi più gravi, perfino nel proscioglimento.

L'esatto contrario, insomma, dell'aprioristica concezione algoritmica, nella convinzione che, perfino in un mondo digitalizzato come quello attuale, il processo costituisce un fenomeno troppo complesso per essere incasellato in numeri.

[1] "*Rimedi compensatori e risarcitori conseguenti al mancato rispetto dei termini di ragionevole durata del processo penale*" ("*Relazione finale*", cit., p. 57 ss.).

Le fonti normative in materia di contrasto alla violenza contro le donne: verso un diritto penale di genere?

Alice Ferrato
Ricercatore di Diritto Penale

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'affermazione del "genere" nel diritto. – 3. La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul). – 4. L'ottica di genere nella successiva scelta legislativa italiana. - 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Le donne sono vittime quotidianamente di violenza basata sul genere.

Il nostro Ordinamento si oppone ad ogni forma ingiustificata di violenza, che sia fisica, sessuale, verbale, psicologica, economica o morale. La propagazione del fenomeno ha portato alla creazione dell'espressione *gender-based violence* per definire ogni tipologia di violenza sessuale, fisica, mentale ed economica inflitta alla donna in quanto donna. Rientra nella categoria ogni forma di coercizione e manipolazione che assume i profili della violenza domestica, violenza sessuale, matrimoni forzati, mutilazioni genitali femminili, maltrattamenti o atti persecutori.

La prepotenza dilaga in un contesto sociale che ne tollera l'esistenza per radici culturali che veicolano l'aggressività verso il soggetto più debole[1]. E in tal senso, la figura della donna nella società è sempre stata

[1] Bene inquadra il tema: A. Lorenzetti, *La violenza contro le donne come fenomeno giuridico complesso,* in b. Pezzini, a. Lorenzetti (a cura di), *La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice Rosso, un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del feno-*

connotata da una naturale condizione di inferiorità, dovuta alla sua debolezza e vulnerabilità fisica[2]. Per tradizione alla donna viene imputata un'identità più fragile di quella maschile per via delle sue caratteristiche biologiche e sessuali[3]. Sebbene nel XX secolo si registri maggior neutralità nelle problematiche inerenti alle differenze tra i sessi, rimane latente nel nostro contesto sociale una definizione dei ruoli di matrice patriarcale[4] che rinforza e giustifica determinati comportamenti sessisti nei confronti del genere femminile[5].

Si pensi alle criticità connesse alla categoria dei c.d. reati culturalmente orientati in cui l'eterogeneità delle culture dei consociati può condurre a condotte che assumono nell'ordinamento italiano una specifica rilevanza penale[6]. La donna ancor oggi in alcuni sistemi giuridici vive la sua condizione di subordinazione nel suo triplice ruolo di "inferiorità", come moglie, madre e figlia. Nel nostro Paese, dato l'esteso fenomeno migratorio, si registra la convivenza di differenti modelli culturali, che, spesso soprattutto in ambito domestico, ripropongono schemi familiari e ruoli della donna ampiamenti superati in occidente. Ottenere il riconoscimento effettivo e universale dei diritti delle donne e della parità di genere è un traguardo che si erge ad importante banco di prova in modelli giuridici diversi che appaiono talvolta tra di loro incompatibili: di fronte a queste realtà necessario è un percorso educativo volto alla tutela della salute e

meno, 2020, Giappichelli, Torino, pp. 33 ss.

[2] Cfr. M. Bertolino, *Violenza e famiglia: attualità di un fenomeno antico,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2015, pp. 1710-1742; G. Armocida, G.S. Rigo, *La scienza di fronte ai giudici. lezioni remote della legge (scientifica) che sbagliava*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 1, p. 49.

[3] La fisiologia riconosceva il femminile nella sua alterità e nella naturale inferiorità rispetto al maschile. La donna era intesa sempre come meno intelligente dell'uomo per le diverse misurazioni craniometriche e dell'encefalo. Non mancavano poi una lunga serie di osservazioni mediche ancorate alla dottrina della "simpatia" fisiologica tra utero e cervello. Così, G. Armocida, *I diritti delle donne e la medicina ottocentesca*, in *Riv. Stor. Med.*, 2010, 1-2, pp. 123-131.

[4] Cfr. F. Filice, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto maschile a "difendere" le donne*, in *Giudicedonna. it*, 2019, p. 1.

[5] Si rinvia alle puntuali riflessioni di A. Manna, *La donna nel diritto penale,* in *Indice pen.,* 2005, pp. 851-887.

[6] Tra i tanti: M. Papa, *Il diritto penale dell'Europa e la presenza delle comunità islamiche*, in S. Canestrari, L. Foffani (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?,* 2005, pp. 62 ss.; F. Basile, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui cd. reati culturalmente motivati, in Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 148 ss.; C. De Maglie, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2005, p. 173.

alla diffusione di una cultura rispettosa del prossimo. L'eguaglianza fra i sessi è un principio cardine delle legislazioni e delle Costituzioni europee, eppure proprio il nucleo familiare rappresenta il principale luogo di integrazione ma anche di conflitto[7]. Come ben noto, il connubio immigrazione e famiglia sono una vera sfida per il diritto, coinvolgendo aspetti sociologici, antropologici e giuridici[8].

In sintesi, il rischio di divergenze tra tradizioni e culture giuridiche diverse è inevitabile; tuttavia, se indubbiamente la tutela dell'identità culturale e delle minoranze non deve porsi in contrasto all'ordine pubblico, per altro verso la protezione dei diritti individuali non può poggiarsi esclusivamente sui binari del diritto penale[9].

Ciò detto un sistema giuridico che voglia offrire un riconoscimento solido dei diritti delle donne deve coinvolgere diverse figure: legislatore, istituzioni governative, organizzazioni non governative e servizi sociali. La tutela delle pari opportunità tra uomini e donne, così come il perseguimento dell'obiettivo di uguaglianza e protezione sociale, devono essere l'obiettivo di una società che voglia prevenire ogni forma di violenza, sopraffazione e disparità basata sul genere.

2. L'affermazione del "genere" nel diritto

Il concetto di "genere" viene impiegato in relazione a ruoli, comportamenti e attività che una determinata società considera più appropriati per donne o per uomini.

L'evoluzione culturale mostra un ruolo differenziato attribuito socialmente all'uomo e alla donna: questa diversa sensibilità in relazione al genere poggia non solo sulla biologia, ma su ragioni culturali, sociali, eco-

[7] Cfr. P. Palermo, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Dir. famiglia,* 2012, 4, p. 1866. Va detto, infatti, che la parità di genere è una conquista relativamente recente anche per il diritto interno, e ancor oggi nel contesto familiare la parità tra i coniugi risulta "imperfetta".

[8] Per un approfondimento sul tema: V. Pinto, *Focus Corte di giustizia e velo islamico. Il punto su discriminazione e politiche aziendali di neutralità religiosa,* in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4/2021, p. 801; A.M. Felicetti, *Presupposti e limiti al riconoscimento del ripudio islamico secondo la Cassazione (con alcuni spunti sul c.d. arbitrato religioso),* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2021, 4, p. 1369.

[9] Sul timore di denunciare i vari episodi di violenza ripetuta e sulla conseguente non riconosciuta scriminante della legittima difesa si veda: C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne. Una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Mimesis, Milano, 2022.

nomici e storiche[10]. Prospera nel tempo la variegata storia della disparità di genere e della presunta inferiorità della donna. Sin dal Medioevo alla donna si attribuisce in prevalenza il ruolo di moglie e madre, piegata al potere dell'uomo[11]. Nel Seicento iniziano delle vere persecuzioni contro le donne accusate di stregoneria e messe al rogo quando provavano a ribellarsi alle regole della società. La sottomissione dell'universo femminile continua per tutto il Settecento. Nell'Illuminismo la donna non era riconosciuta quale soggetto di diritto e non poteva godere di alcuna tutela giuridica[12]. Il sesso debole non poteva esercitare "i diritti fondamentali dell'uomo" in ragione del suo genere, proprio per il ruolo sociale attribuitole all'interno della società patriarcale. L'Ottocento mostra i primi segnali di modernità, ammettendo la figura della donna lavoratrice. Inizia in questa epoca il tortuoso cammino per il riconoscimento dei diritti legati al gentil sesso quale autonomo soggetto sociale.

Il presente, come sancito dalla Costituzione italiana, ci mostra la figura della donna cittadina, lavoratrice e madre non più subordinata al predominio maschile, tuttavia il superamento della figura di donna specchio del passato non è ancor oggi un esito facilmente raggiungibile[13].

Il percorso verso la parità uomo-donna è segnato dalla evoluzione normativa. La l. n. 66/1963 («*Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni*»)[14] è uno dei primi pilastri dell'architettura normativa costruita per rendere effettivo il principio di uguaglianza fra uomini e donne scritto nell'art. 3 Cost. La sensibilità del legislatore predilige, infatti, i profili sociali e lavorativi[15]: dalla tutela della lavoratrice madre[16] al divieto

[10] Si veda: A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, pp. 438 ss.
[11] Cfr. M. D'Amore, *La donna nella storia: viaggio nei secoli alla scoperta del ruolo della donna*, Sovera, Roma, 2004.
[12] Cfr. G. Vigarello, *Storia della violenza sessuale,* Marsilio, Venezia, 2001, p. 31.
[13] Per approfondimenti sul ruolo della donna si rinvia a: F. dogana, *La donna oggi in Italia: inchiesta nazionale sui problemi della condizione femminile e sul ruolo della donna nella nostra società*, Shell italiana, Genova, 1973.
[14] L. 9 febbraio 1963 n. 66 (*Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni*), Gazz. Uff. Serie Gen., n. 48 del 19 febbraio 1963.
[15] Il legislatore manifesta una maggiore consapevolezza della necessità nel mondo del lavoro di garantire la presenza di persone di entrambi i sessi in tutte le posizioni e soprattutto nei «luoghi del potere».
[16] Si pensi al *c.d. Jobs Act*: l. 10 dicembre 2014, n. 183, (*Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonche' in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro.*), Gazz. Uff., Serie Generale n. 290 del 15 dicembre 2014. Per una rassegna della giurisprudenza: I.C. Maggio, *Il divieto di discriminazione delle lavoratrici madri. una rassegna della più recente giurisprudenza,* in

di discriminazione nell'accesso al lavoro[17], nella formazione professionale, nelle retribuzioni e nell'attribuzione di qualifiche professionali[18]. L'applicazione del principio di uguaglianza, senza distinzioni in base al sesso, diviene il criterio guida di ogni nuova legislazione italiana e la lotta alla misoginia è ricercata in tutte le azioni istituzionali. In tempi recenti, ad esempio, la l. n. 162/2021 ha previsto nuove misure per la promozione delle pari opportunità tra uomini e donne nell'accesso al lavoro, ponendo mano al Codice di parità (d.lgs. n. 198/2006), con interventi mirati. Il testo precisa che costituisce discriminazione ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, possa porre il lavoratore in una posizione di svantaggio, oppure ne limiti le opportunità di partecipare alla vita o alle scelte aziendali, o ancora ne mortifichi le possibilità di carriera[19].

Innanzi alle più gravi forme di discriminazione e prevaricazione ancora oggi esistenti a danno delle donne si impone, altresì, una riflessione sul terreno del diritto penale. I sistemi di oppressione esercitati da sempre sulla donna mostrano il costante impiego dello strumento della violenza associato all'immagine dei soggetti femminili. La discriminazione di genere è strettamente legata alla violenza contro le donne, fenomeno quest'ultimo che storicamente si erge a "violenza di genere"[20].

L'impiego della prospettiva di genere nell'analisi giuridica non può escludere, pertanto, le scienze penalistiche e criminologiche. L'espansione di tale concetto sul terreno penalistico evoca immediatamente il potere

Resp. Civ. e Prev., 2021, 4, p. 966.

[17] L. 20 ottobre 1999, n. 380, (*Delega al Governo per l'istituzione del servizio militare volontario femminile*), Gazz. Uff., Serie Generale n. 255 del 29 ottobre 1999.

[18] D.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, (*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246*), Gazz. Uff., n. 125 del 31 maggio 2006 - Suppl. Ordinario n. 133.

[19] L. 5 novembre 2021, n. 162 (*Modifiche al codice di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, e altre disposizioni in materia di pari opportunità tra uomo e donna in ambito lavorativo)*, Gazz. Uff. Serie Generale n. 275 del 18 novembre 2021, entrata in vigore del provvedimento: 3 dicembre 2021. Viene puntualizzato che la nozione di discriminazione può coinvolgere anche le candidate e i candidati nella fase preassuntiva e i comportamenti discriminatori possono comprendere anche «*quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro*». Vengono potenziati gli obblighi di informazione a carico delle imprese.

[20] Si veda: L. Goisis, *Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2022, p. 44.

degli uomini sulle donne, collegandosi al concetto di violenza e femminicidio: la dimensione della violenza sulle donne è, infatti, imprescindibilmente legata al dominio del potere maschile.

Alla luce della neutralità del diritto penale, il nostro codice Rocco non prevede misure volte a contrastare esclusivamente le condotte violente verso le donne e non è prevista una fattispecie *ad hoc* di femminicidio, ossia di uccisione di una donna per mano di un uomo in un contesto di genere o con un movente di genere[21]. La struttura del codice penale nella sua formulazione iniziale prevede una tutela incentrata sullo Stato-persona, mostrando un interesse politico per la difesa dell'apparato di potere del fascismo, piuttosto che per i diritti del singolo individuo: non si negano gli interessi individuali, ma con sapiente tecnicismo vengono plasmati in categorie pubblicistiche astratte, dove la persona è solo uno strumento necessario allo sviluppo dello Stato-nazione. Si pensi ai delitti di aborto e di violenza sessuale la cui collocazione nel codice Rocco del 1930 palesa non l'interesse di tutela della donna, ma la subordinazione funzionale della persona alle esigenze dello stato etico[22].

Il termine "femminicidio" allude, letteralmente, all'uccisione della donna compiuta indistintamente da parte di un uomo o di una donna[23]. Nell'accezione corrente, però, il termine è impiegato per delimitare l'uccisione della vittima femminile da parte di un uomo.

Spesso la nozione in ambito dottrinale viene utilizzata in chiave criminologica per indicare il fenomeno sociale che individua qualsiasi forma di violenza subita dalla donna in quanto donna: l'attenzione si pone, pertanto, sul *movente di genere.* La specificità del tipo di violenza ha indubbiamente sensibilizzato il mondo giuridico nell'ultimo decennio. Per superare l'angolazione palesemente discriminatoria del fenomeno e riuscire a porre un freno al reiterarsi di simili condotte violente, l'intervento

[21] Cfr. D. Falcinelli, *Il senso del diritto penale per la donna. Un itinerario dalla valorizzazione dell'identità femminile alla protezione penale della maternità,* in *Arch. Pen.*, 23 luglio 2013.

[22] Delitti inseriti rispettivamente, tra «i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe», titolo ormai a ragione abrogato, e tra «i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», questo esistente ma svuotato. Cfr. E. Dinacci, *Scrivere il nuovo Codice Penale: una sfida culturale prima che giuridica*, in *www.dirittopenaleprocesso.it*, 5 aprile 2023.

[23] Cfr. F. Mariucci, *La tutela della donna nelle relazioni di coppia: tra femminicidio e violenza di genere*, in *Riv. pen.*, n. 11/2016, pp. 945 ss.; E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia comparazione prospettive*, Napoli, 2017; Id., *Il femminicidio come reato. Spunti per un dibattito italiano alla luce dell'esperienza cilena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2013, pp. 1 ss.; B. Spinelli, *Femminicidio: dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2013.

del penalista deve aver la consapevolezza di dover trattare un autore di reato molto particolare che necessita di programmi di trattamento specifici[24]. È opportuna, pertanto, la creazione di piani di supporto a sfondo psicologico, per contenere e controllare eventuali impulsi aggressivi sul nascere: operare sulle relazioni interpersonali è essenziale per prevenire comportamenti pericolosi e violenti.

Varie sono le fonti sovranazionali dedicate ai fenomeni della violenza di genere che richiedono agli Stati di istituire programmi di questo tipo[25]. L'Assemblea generale dell'Onu nel 1993 con la «Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne» esplicita l'urgenza di una consapevolezza istituzionale del fenomeno sociale connesso alla violenza di genere e domestica[26].

[24] Cfr. P. Sechi, *Autori di violenza domestica e di genere: indicazioni sovranazionali e strumenti normativi interni, in Cass. Pen.*, 2023, 10, p. 3074.

[25] Varie sono le fonti sovranazionali dedicate ai fenomeni della violenza domestica e di genere: V. *Trattati del Consiglio d'Europa – N. 210,* Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011; *Serie dei Trattati del Consiglio d'Europa – N. 201*, Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, Lanzarote, 25 ottobre 2007; V. *Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2011/93/UE del 13 dicembre 2011*, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, in *G.U.U.E.*, L335/1; *Convenzione di Lanzarote,* Direttiva 2011/93/UE.

[26] Si veda: S. De Vido, *Donne, violenza e diritto internazionale. La convenzione di Istanbul del consiglio d'Europa del 2011*, Milano-Udine, Esperienze filosofiche. Diritti umani e filosofia sociale, 2016. A livello sovranazionale, le Nazioni Unite avevano indicato i diritti delle vittime per la prima volta nel 1985 nella conferenza di Vienna. Sino ad allora i diritti delle vittime erano sottintesi, in quanto la giustizia difendeva la vittima andando a colpire l'autore del reato. La vittima però non veniva considerata e centrale rimaneva il discorso repressivo riferito al reo. Il riconoscimento di una universale applicazione specifica alle donne dei diritti di sicurezza, libertà, integrità e dignità di tutte le persone umane avviene con la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne (Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 48/104 del 20 dicembre 1993) con cui all'art. 1 si precisa che l'espressione «violenza contro le donne» significa ogni atto di violenza fondata sul genere che abbia come risultato, o che possa probabilmente avere come risultato, un danno o una sofferenza fisica, sessuale o psicologica per le donne, incluse le minacce di tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, che avvenga nella vita pubblica o privata. Il provvedimento evidenzia la necessità di prevenire, indagare e punire questi particolari atti di violenza che hanno come destinatari le donne. Infine, l'uguaglianza di genere e il *gender mainstreaming* nelle politiche trova riconoscimento con la Dichiarazione di Beijing (Dichiarazione di Pechino, adottata dalla Quarta Conferenza Mondiale sulle Donne: Azione per l'Uguaglianza, lo Sviluppo e la Pace, Pechino, 4-15 settembre 1995) adottata alla Quarta Conferenza mondiale dell'ONU nel 1995. Tale documento chiarisce che per raggiungere l'uguaglianza di diritti e di condizioni è

La vera svolta in termini di misure, legislative e non, volte al contrasto della violenza di genere si ha nel 2011 con la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica: questo documento internazionale giuridicamente vincolante per gli Stati firmatari segna una rivoluzione decisiva in ordine alla consapevolezza socio-giuridica del complesso fenomeno della violenza domestica.

A ben vedere il codice penale Rocco prevedeva già alcuni reati c.d. "spia della violenza di genere", ovvero delitti che, quando sono espressione di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica diretta contro una donna in quanto tale, diventano indicatori di violenza di genere (atti persecutori, di cui all'art. 612-*bis* c.p., maltrattamenti contro familiari e conviventi, di cui all'art art. 572 c.p. e violenze sessuali, di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter* e 609-*octies* c.p.). Ad integrazione, però, il nostro legislatore ha compiuto negli anni una serie di interventi volti a istituire una strategia specifica per combattere la violenza[27]. E l'intento del Parlamento può dirsi sicuramente lodevole ponendosi l'obiettivo di arginare il fenomeno non solo in chiave repressiva, ma anche tramite un'azione positiva di tipo educativo e culturale, per evitare che le future generazioni siano spettatori silenti o vittime solitarie.

Per cogliere la *ratio* degli interventi sul terreno penalistico adottati in Italia necessaria è una premessa in ordine ai principi espressi nella Convenzione di Istanbul del 2011.

3. La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul)

Come già evidenziato, il fenomeno della violenza di genere si fonda sulla tradizionale sottomissione delle donne e dei propri diritti agli uomini, nonché sulla discriminazione conseguenza dei pregiudizi che riguardano la figura e il ruolo della donna. Questa particolare forma di violenza per motivi di genere trova un significativo riconoscimento normativo negli ultimi anni grazie alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla

necessario riconoscere e valorizzare le differenze di genere e i valori di cui le donne sono portatrici.

[27] Cfr. sulla evoluzione della funzione di "orientamento culturale" del diritto penale: F. Basile, V*iolenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?,* in *disCrimen,* 26 novembre 2018.

prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (*Convenzione di Istanbul*) approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011 ed aperta alla firma l'11 maggio 2011 a Istanbul (Turchia)[28].

Il trattato si propone di prevenire la violenza, favorire la protezione delle vittime e garantire la punizione dei colpevoli. L'architettura garantistica della Convenzione si struttura attorno a tre momenti costitutivi, denominati le tre "P", *(Prevention, Protection of victims and Prosecution of offenders)* con la finalità di educare all'obbligo generale di astensione da condotte violente, offrendo una attenta prevenzione e punizione dei soggetti responsabili[29]. Il documento vuole contribuire alla eliminazione di ogni forma di discriminazione e alla promozione della concreta parità tra i sessi, rafforzando l'autonomia e l'autodeterminazione delle donne. In particolare, l'invito rivolto agli Stati è di intraprendere progressivamente misure specifiche e programmi allo scopo di modificare modelli culturali e sociali di comportamento sbagliati, per contrastare i pregiudizi, le consuetudini e tutte le altre prassi basate sull'idea dell'inferiorità o superiorità di un sesso sull'altro.

La Convenzione di Istanbul è il primo strumento giuridicamente vincolante a livello internazionale in materia di prevenzione e contrasto alla violenza di genere[30]: essa vincola gli Stati che l'hanno ratificata a uniformare le proprie legislazioni comprendendo, ove mancanti, tutte le tipologie di reato di genere previste dalla Convenzione. Il documento è

[28] Il testo completo della Convenzione è disponibile sul sito ufficiale del Consiglio d'Europa: *www.coe.int.* Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul 2011, (ratificata in Italia con l. n. 77/2013), in Gazz. Uff., n. 153 del 2 luglio 2013.

[29] Per completezza si ricorda che alla Prevenzione, alla Protezione e sostegno delle vittime e al Perseguimento dei colpevoli, la Convenzione aggiunge una quarta "P", quella delle Politiche integrate, allo scopo di agire efficacemente su un fenomeno caratterizzato da grande complessità e in cui non possono mancare misure specifiche.

[30] Il primo documento in assoluto di diritto internazionale ed eurounitario è stata la Cedaw, la Convenzione delle Nazioni Unite del 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 e ratificata dall'Italia con legge 132 del 14 marzo 1985. Successivamente, con risoluzione 48/104 del 20 dicembre 1993 è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite la dichiarazione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite sull'eliminazione della violenza contro le donne. Ai fini dell'ultima Dichiarazione l'espressione «violenza contro le donne» significa ogni atto di violenza fondata sul genere che abbia come risultato, o che possa probabilmente avere come risultato, un danno o una sofferenza fisica, sessuale o psicologica per le donne, incluse le minacce di tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, che avvenga nella vita pubblica o privata.

apprezzabile anche perché offre per la prima volta una definizione chiara dei vari concetti e dei termini impiegati.

L'art. 3 della Convenzione chiarisce che con l'espressione «violenza nei confronti delle donne» si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata. All'interno di questa ampia categoria vi è poi la "violenza domestica" espressione che designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida la stessa residenza con la vittima.

In buona sostanza, secondo la Convenzione l'origine della violenza va ricercata nella disuguaglianza tra uomini e donne in virtù del "genere" ovvero ai ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini. Conseguentemente, il Trattato definisce "violenza contro le donne basata sul genere" qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale o che colpisce le donne in modo sproporzionato.

In ottica di prevenzione la Convenzione definisce una serie di obblighi generali degli Stati al fine di permettere il superamento degli stereotipi di genere e di promuovere cambiamenti nei comportamenti socio-culturali sino all'eliminazione di pregiudizi, costumi, tradizioni e qualsiasi pratica basata sull'idea dell'inferiorità della donna. Grande attenzione è rivolta all'adozione di misure legislative idonee ai bisogni specifici delle persone in circostanze di particolare vulnerabilità, valorizzando i diritti umani di tutte le vittime.

I principi fondatori promuovono una cultura del rispetto: gli usi, i costumi, la religione, la tradizione o l'onore non possono essere in alcun modo utilizzati per giustificare un atto di violenza. Per tale ragione, il documento insegna come non debbano mancare le misure necessarie per promuovere programmi e attività destinati ad aumentare il livello di autonomia e di emancipazione delle donne. Si consigliano campagne e programmi di sensibilizzazione sul tema della violenza di genere e domestica per informare la collettività e rafforzare la necessaria cultura del rispetto negli uomini. Vanno educati sia gli operatori dei media affinché la comunicazione sia rispettosa della figura femminile, sia il personale della

scuola al fine di predisporre programmi scolastici sul tema della parità tra i sessi, sul reciproco rispetto e sulla soluzione non violenta dei conflitti nei rapporti interpersonali, appropriati al livello cognitivo degli allievi[31].

Non devono mancare, poi, programmi di recupero degli autori di violenza. L'art. 16 prevede, infatti, progetti di intervento per il recupero del reo, al fine di incoraggiarlo ad adottare comportamenti non violenti nelle relazioni interpersonali, così da prevenire nuove violenze e modificare i modelli comportamentali violenti. Particolare attenzione è rivolta alla prevenzione della recidiva per i reati di natura sessuale.

La Convenzione al capitolo IV prevede l'adozione di norme volte alla protezione e sostegno della violenza. All'art. 18 sono previsti gli obblighi generali indirizzati all'adozione di misure legislative per la protezione delle vittime e per la cooperazione tra tutti gli organismi statali, comprese le autorità giudiziarie, i pubblici ministeri, le autorità incaricate dell'applicazione della legge, le autorità locali e regionali, le organizzazioni non governative, al fine di proteggere le vittime e i testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della Convenzione.

Le misure adottate devono concentrarsi sui diritti umani e sulla sicurezza della vittima, mirare ad evitare la vittimizzazione secondaria[32] e favorire l'autonomia e l'indipendenza economica delle donne vittime di violenze[33]. Essenziale è poi il doveroso supporto alle vittime di violenza

[31] In linea a questi assunti in Italia l'art. 1, co. 16, della l. 13 luglio 2015, n. 107 (*Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*), Gazz. Uff. Serie Generale n. 162 del 15 luglio 2015, entrata in vigore del provvedimento: 16 luglio 2015 (la c.d. legge «Buona scuola») ha disposto che il piano triennale dell'offerta formativa assicuri i princìpi di pari opportunità, promuovendo nelle scuole di ogni ordine e grado l'educazione alla parità tra i sessi, la prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni al fine di informare e di sensibilizzare gli studenti, i docenti e i genitori su tali tematiche.

[32] Cfr. C. Pagella, *Maltrattamenti in famiglia e sospensione della responsabilità genitoriale, da parte del tribunale dei minorenni, nei confronti della madre, vittima del reato. A proposito della c.d. vittimizzazione secondaria*, in *Sistema Penale*, 2020, punto 4.

[33] L'art. 19 della Convenzione invita ad adottare misure legislative che consentano alle vittime di ottenere un'informazione adeguata e tempestiva sui servizi di sostegno e sulle misure legali disponibili. Devono essere previsti poi dei Servizi di supporto generali (art. 20), ovvero misure necessarie per garantire che le vittime abbiano accesso ai servizi destinati a facilitare il loro recupero. Ad esempio servizi quali le consulenze legali e un sostegno psicologico, un'assistenza finanziaria, alloggio, istruzione, formazione e assistenza nella ricerca di un lavoro. Inoltre, le vittime devono avere accesso ai servizi sanitari e sociali, in cui devono esserci figure professionali adeguatamente formate per fornire assistenza alle vittime e indirizzarle verso i servizi appropriati. Le vittime, inoltre, ai sensi dell'art. 21 devono avere adeguata assistenza in materia di denunce individuali/collettive, ovvero

con la creazione di centri di prima assistenza adeguati e facilmente accessibili[34].

Il piano d'azione contro la violenza di genere prevede anche l'assistenza per i figli delle vittime. L'art. 26 della Convenzione obbliga gli Stati membri a prevedere specifiche misure per la protezione ed il supporto dei bambini testimoni di violenza. La violenza intrafamiliare mette fortemente in crisi lo sviluppo cognitivo e il percorso di crescita della prole. I figli che assistono e vivono le situazioni violente nel contesto familiare, il più delle volte, si sentono responsabili di ciò che vedono e cercano di proteggere la madre o la vittima diretta della violenza[35].

Il Capitolo V della Convenzione, rubricato «*diritto sostanziale*», negli articoli da 29 a 48, individua le misure («*legislative o di altro tipo*») che gli Stati devono adottare per garantire il pieno rispetto dell'accordo internazionale. Si tratta di interventi, prevalentemente di natura penale e processuale penale, per garantire la repressione di ogni forma di violenza e il sostegno alle vittime.

Il trattato comprende, infatti, un elenco dettagliato dei reati di genere che i paesi firmatari si impegnano a contrastare: si tratta di violenza psicologica, atti persecutori e stalking, violenza fisica, violenza sessuale, matrimonio forzato, mutilazioni genitali femminili, aborto forzato e sterilizzazione forzata, molestie sessuali.

In conclusione, proprio per la "natura strutturale" della violenza contro le donne che diviene un mezzo sociale per mantenere le vittime in una posizione subordinata rispetto all'uomo, si raccomanda l'adozione di un approccio integrato per l'eliminazione della violenza che non si limiti alla repressione in sede penale, ma si avvalga di tutti gli strumenti disponibili per combattere gli stereotipi discriminatori che collocano le donne in una

devono essere informate sui meccanismi regionali e internazionali disponibili per le denunce individuali o collettive, godendo di un supporto sensibile e ben informato in ordine ad una eventuale denuncia da sporgere. Gli articoli 22 e 23 prevedono servizi di supporto specializzati per le vittime di violenza di genere e domestica e la creazione di case rifugio, in grado di fornire alloggio e aiuto alle vittime, in particolare donne e bambini.

[34] Nel nostro ordinamento, l'aiuto e il sostegno alle donne vittime di violenza è assicurato dai centri antiviolenza, presidio fondamentale che oggi gode del sostegno pubblico. Il d.l. 93/2013 sul contrasto alla violenza di genere ha introdotto una disciplina di riferimento nazionale relativa ai centri antiviolenza ed alle case-rifugio.

[35] Assistere alla violenza produce conseguenze importanti nel minore la cui intensità dipende da diversi fattori: 1) dal tipo di violenza e di controllo perpetrato dal maltrattante; 2) dall'età e dallo stadio dello sviluppo della bambina o del bambino; 3) dalla rete di relazioni in cui sono inseriti bambina o bambino. Ogni forma di violenza vissuta dai bambini può bloccare lo sviluppo di capacità e abilità consone all'età.

posizione di inferiorità: una logica esclusivamente repressiva, tipica di una criminalità comune, finirebbe per tralasciare la specificità culturale insita nella materia. L'Italia con la ratifica della Convenzione avvenuta nel 2013 si impegna a predisporre delle misure di protezione e di assistenza a favore delle vittime di violenza per istituire una strategia integrata, superando stereotipi che legittimino il dominio maschile ai danni delle donne[36].

Le presenti brevi riflessioni, limitandosi alle modifiche di diritto sostanziale intervenute nell'ultimo decennio nella legislazione penale italiana, cercheranno di riconoscere come gli interventi abbiano valorizzato questa forma di violenza diversa dalle altre, che colpisce la donna proprio in quanto donna, nella sua identità di genere, al fine di rimuovere da ciò che è socialmente accettato lo stereotipo di genere maschilista che rischia di lasciare aporie anche nei testi normativi[37].

4. L'ottica di genere nella successiva scelta legislativa italiana

Con l'approvazione della Convenzione di Istanbul il legislatore italiano avverte l'urgenza di una importante riflessione normativa: la materia richiedeva un intervento organico, coerente e sistematico, che offrisse nuovi presidi penalistici per proteggere i diritti fondamentali delle vittime di genere femminili. Come già ricordato, il nostro codice penale del 1930 non prevede – ad eccezione dell'art. 583 *bis* c.p. «*Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*», norma introdotta nel 2006 per un unico soggetto passivo appartenente biologicamente al sesso femminile – una specifica fattispecie avente ad oggetto la violenza di genere. Il codice, infatti, racchiude diverse ipotesi di reato riconducibili al concetto di violenza senza distinzione in ordine al sesso. Una struttura di reato non condizionata dal genere comporta l'assenza di disparità di trattamento punitivo e la violenza contro le donne appare una *species* del più ampio *genus* di violenza che può colpire anche gli uomini. Il difetto di un disva-

[36] L. 27 giugno 2013, n. 77, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11maggio 2011*, in Gazz. Uff., Serie Generale n. 152 del 1 luglio 2013, entrata in vigore del provvedimento: 2 luglio 2013. In dottrina sulla legge di ratifica *ex multis* si ricorda: T. Padovani, *Sicurezza pubblica: quel collasso dei codici figlio della rincorsa all'ultima emergenza*, in *Guida dir.*, 2013, 36, p. 10.

[37] Si veda: F. Filice, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto maschile a "difendere" le donne*, cit., pp. 10 ss.

lore maggiore che va al di là della lesione del bene tutelato dalle singole norme allontana il rischio di discriminazione rispetto all'uomo vittima di violenza realizzata dalla donna.

Se, pertanto, l'offesa al genere femminile non è per il nostro ordinamento un ulteriore bene giuridico di carattere pubblicistico, va detto però che gli impulsi sovranazionali hanno alimentato una crescente consapevolezza del necessario potenziamento normativo.

Si pensi al fenomeno del *trafficking in persons*, espressione di una criminalità, tipicamente "di genere", essendo le donne, assieme ai minori, sue vittime privilegiate, in quanto destinate allo sfruttamento sessuale[38]. Il nuovo Piano Nazionale d'Azione contro la Tratta e il grave sfruttamento (PNA) in attuazione della direttiva 2011/36/UE, recepita nell'ordinamento italiano con d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, definisce nel nostro territorio l'istituzione di uno speciale programma di assistenza e accoglienza per le vittime dei reati previsti dagli artt. 600 e 601 c.p.[39] L'obiettivo strategico del nuovo PNA è quello di migliorare, in coerenza con un approccio unitario a livello europeo, la risposta nazionale al fenomeno della tratta, agendo nel rispetto dei diritti umani e del principio di non discriminazione di genere. La tutela di queste vittime ad "alta vulnerabilità" ha orientato anche le opzioni esegetiche della Corte Suprema che ha espresso il principio secondo cui «la scriminante dello stato di necessità è invocabile da una persona vulnerabile che risulti essere vittima di tratta e in condizioni di asservimento nei confronti di soggetti a capo di organizzazioni criminali dedite al narcotraffico, nel cui ambito sia stata costretta a compiere operazioni di trasporto di sostanze stupefacenti, senza alcuna possibilità di sottrarsi concretamente alla situazione di pericolo ricorrendo alla protezione dell'Autorità»[40]. Si avverte, pertanto, su più fronti la necessità di un solido presidio per la tutela della condizione di queste particolari vittime.

[38] Cfr. U. Nazzaro, S*muggling of migrants e trafficking in persons alla luce della l. 5 maggio 2023, n. 50: spunti di riflessione sui soggetti "altamente vulnerabili"*, in *Cass. Pen.*, 2024, 5, p. 1673; M. Mantovani, *Reclutamento della prostituzione e doping autogeno: paternalismo e diritto penale,* in *Dir. pen. proc.,* 2020, 6., pp. 823 ss.

[39] D.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 *(Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI),* Gazz. Uff. Serie Gen. n. 60 del 13 marzo 2014, entrata in vigore del provvedimento: 28 marzo 2014.

[40] Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 2023, n. 2319, in *Cass. Pen.*, 2024, 4, 1199. Si ritiene configurabile, pertanto, la causa di giustificazione dello stato di necessità in favore di persona vulnerabile, in quanto "vittima di tratta" e in condizioni di asservimento nei confronti di organizzazioni criminali dedite al narcotraffico, costretta a compiere un trasporto di stupefacenti, senza possibilità di ricorrere alla protezione dell'autorità. Si veda altresì: R. Ber-

A pochi mesi dalla ratifica della Convenzione di Istanbul, il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv., con modif., dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119, recante «*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*»[41], offre il primo programma articolato volto ad inasprire il trattamento punitivo per dissuadere gli autori di tali fatti, introducendo anche misure di prevenzione finalizzate alla anticipata tutela delle donne e di ogni vittima di violenza domestica[42]. Nonostante l'intervento sia noto come *legge sul femminicidio* non viene codificato un reato che punisca direttamente l'uccisione di una donna. La novella legislativa interviene sulle norme del Codice Rocco che trattano condotte capaci di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale e psicologica, comprensive delle minacce: agisce, quindi, sulle fattispecie di maltrattamenti in famiglia, atti persecutori e violenza sessuale, inasprendo le pene edittali e configurando nuove circostanze aggravanti.

Assume rilevanza giuridica anche una tipologia di violenza indiretta la c.d. "violenza assistita" in cui la vittima, generalmente di età minorile è spettatrice di maltrattamenti perpetrati nei confronti di una persona cara, subendo ricadute di tipo psicologico, sociale e cognitivo, nel breve o lungo termine. Tale primo intervento normativo ambisce ad essere "sistemico" e interviene, dunque, anche in ambito processuale con alcune modifiche al codice di rito. In altre parole, è l'intero sistema normativo che viene ritoccato e sul piano politico criminale emergono soluzioni volte all'ampliamento del penalmente rilevante tramite l'utilizzazione di istituti precautelari, la forte anticipazione dell'intervento penale, l'inasprimento del regime sanzionatorio e l'impiego di nuove misure di prevenzione, come l'ammonimento del questore[43].

In sintesi, il legislatore italiano plasma un provvedimento votato al rispetto delle fonti di diritto sovranazionale e diretto soprattutto ad inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di taluni

TOLI, *Reati commessi dalla vittima di tratta e stato di necessità,* in *Cass. Pen.*, 2024, 4, p. 1209.

[41] D.l. 14 agosto 2013, n. 93 «*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*», in Gazz. Uff., n. 191 del 16 agosto 2013, entrata in vigore il 17 agosto 2013, conv. con modif. dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119 in Gazz. Uff., n. 242 del 15 ottobre 2013.

[42] In tali termini: Preambolo del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, pubblicato in Gazz. Uff. n. 191 del 16 agosto 2013.

[43] Cfr. E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione a caldo sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di femminicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 14.

delitti esemplificativi della violenza di genere. L'intervento è sicuramente pregevole anche se non sempre esaustivo e ordinato a causa dell'urgenza ed allarme sociale che accompagnano l'emanazione della legge.

L'importanza del presidio del diritto penale laddove siano coinvolti diritti fondamentali di vittime femminili guida il legislatore nel 2019 ad una rivisitazione della materia attraverso un ammirevole sforzo normativo volto al potenziamento degli strumenti di prevenzione e di repressione contro la violenza di genere. Il legislatore sceglie, infatti, di rafforzare gli strumenti normativi sia inasprendo le pene per la commissione dei c.d. "reati spia" della violenza di genere, sia perseguendo gli obiettivi di prevenzione dei reati e di protezione delle vittime. Il risultato è la l. 19 luglio 2019, n. 69, recante «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*», nota come Codice Rosso, con cui si rafforzano le tutele processuali delle vittime di reati violenti, come violenza sessuale e domestica, e sul piano sostanziale introduce alcuni nuovi reati nel codice penale e aumenta le pene previste per i reati tipicamente di genere[44].

La novella si caratterizza per l'introduzione di quattro nuovi delitti: il delitto di «*Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso*» (art. 583-*quinquies* c.p.), punito con la reclusione da 8 a 14 anni[45]; il delitto noto come *Revenge porn*[46] ma rubricato «*Diffusione illecita*

[44] L. 19 luglio 2019, n. 69, recante «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*», Gazz. Uff. Serie Gen. n. 173 del 25 luglio 2019, entrata in vigore del provvedimento: 9 agosto 2019. Tra i primi commenti: T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema,* in *Guida al Diritto*, 2019, 37, p. 51; S. Recchione, *Codice Rosso. Come cambia la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere con la legge 69/2019,* in *Ilpenalista.it*, 26 luglio 2019; D. Russo, *Emergenza "Codice Rosso",* in *Sistema pen*ale, 2020, 1, pp. 5 ss.; P. De nicola, F. Menditto, C*odice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi Commento alla legge 19 luglio 2019 n. 69,* Giuffré-Francis Lefebvre, Milano, 2020; A. Valsecchi, "*Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, pp. 165 ss.; F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, in *Sistema Penale*, 11 gennaio 2021, p. 7.

[45] Contestualmente, è stato abrogato il reato di lesioni personali gravissime di cui all'art. 583, 2° co., n. 4 c.p., che puniva con la reclusione da 6 a 12 anni le lesioni personali gravissime con deformazione o sfregio permanente del viso. Quando dalla commissione di tale delitto consegua l'omicidio si prevede la pena dell'ergastolo.

[46] In dottrina pone in luce la limitatezza del neologismo "*revenge porn*" e propone una correzione in «pornografia non consensuale»: G.M. Caletti, *"Revenge porn" e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, p. 71; Id., *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non*

di immagini o video sessualmente espliciti» senza il consenso delle persone rappresentate (art. 612-*ter* c.p.), punito con la reclusione da 1 a 6 anni e la multa da 5.000 a 15.000 euro; pena che si applica anche a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video, li diffonde al fine di recare nocumento agli interessati[47]. Di nuovo conio è anche il delitto di «*Costrizione o induzione al matrimonio*» (art. 558-*bis* c.p.), punito con la reclusione da 1 a 5 anni e aggravato quando il reato è commesso in danno di minori. Questa inedita *figura criminis* è finalizzata a tutelare le vittime dei cosiddetti matrimoni forzati come indicato dall'art. 37 della Convenzione di Istanbul e si procede anche quando il fatto è commesso all'estero da, o in danno, di un cittadino italiano o di uno straniero residente in Italia. Infine, viene introdotto il delitto di *violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa* (art. 387-*bis* c.p.), punito con la reclusione da 6 mesi a 3 anni.

Altri interventi sul codice penale rimodellano il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) in tre punti: *in primis* con inasprimento della pena, poi con l'inserimento di un nuovo 2° co. che prevede una fattispecie aggravata speciale e una pena aumentata fino alla metà quando il delitto è commesso in presenza o in danno di minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità, ovvero se il fatto è commesso con armi. Infine, con un nuovo ultimo comma che precisa come il minore di anni 18 che assiste alle prepotenze si consideri persona offesa dal reato. Il reato di maltrattamenti viene, inoltre, inserito nell'elenco dei delitti che consentono nei confronti degli indiziati l'applicazione di misure di prevenzione, tra le quali è inserita la misura del divieto di avvicinamento[48]. La fattispecie di atti persecutori (art. 612-*bis*

consensuale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 2045. Riflette sui dati non particolarmente incoraggianti sull'efficienza dell'art. 612-*ter* c.p.: G. Panebianco, *La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti: tra carenze della fattispecie incriminatrice e coadiuvanti extrapenali,* in *GenIUS*, 2022, p. 11.

[47] La fattispecie di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti è aggravata se i fatti sono commessi nell'ambito di una relazione affettiva, anche cessata, o con l'impiego di strumenti informatici.

[48] Sul punto si rinvia a: G. Mazza, *Lo spettro delle misure di prevenzione per i reati perseguiti dalla legge c.d. Codice rosso: un'alternativa alle misure cautelari?,* in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, pp. 1373 ss. In giurisprudenza si precisa però che l'attenuante della provocazione debba essere esclusa ove ricorra una relazione di mera occasionalità, quale attestata dalla sproporzione tra fatto provocante e reazione provocata. Tale attenuante non può comunque reputarsi compatibile con un reato a condotta abituale, quale quello di maltrattamenti, connotato da comportamenti antigiuridici di analoga natura, reiterati nel tempo (Cass.

c.p.) viene corretta con un inasprimento della pena. Così come i delitti di violenza sessuale (artt. 609-*bis* e ss. c.p.), per i quali viene anche ampliato il termine concesso alla persona offesa per sporgere querela (da 6 mesi a 12 mesi). Vengono anche rimodulate e inasprite le aggravanti quando la violenza sessuale è commessa in danno di un soggetto minorenne. La novella interviene, altresì, sul delitto di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.) con la previsione di un'aggravante (pena aumentata fino a un terzo) quando gli atti siano commessi con minori di anni 14 in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi. Si modifica, inoltre, la procedibilità che diventa d'ufficio. Infine, in relazione al delitto di omicidio si estendono i margini applicativi delle circostanti aggravanti.

In buona sostanza, il legislatore opta per l'introduzione di diversi inasprimenti sanzionatori, valorizzando la pena in funzione di intimidazione-deterrenza.

Una modifica diretta alla prevenzione di tali reati concerne, invece, l'art. 165 c.p., in cui la concessione della sospensione condizionale della pena per le condanne toccanti i delitti di violenza domestica e di genere viene subordinata alla partecipazione a specifici percorsi di recupero puntualmente descritti dalla norma, da cui arguire segnali di resipiscenza ed attenuata pericolosità sociale. Questa previsione di percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati è sicuramente meritoria e si erge a concreto tentativo anticipatorio rispetto alla fase di esecuzione della pena di una politica criminale orientata alla prevenzione positiva[49] ed efficace. Va tuttavia segnalato che la previsione si mostra approssimativa nei contenuti, mancando una adeguata regolamentazione interdisciplinare delle componenti extragiuridiche, quali i dati economici, amministrativi, trattamentali e deontologici con il rischio di non concreta applicazione della norma[50].

In estrema sintesi, il celebre Codice Rosso emanato con l. n. 69 del 2019 appare di certo una riforma organica, capace di rendere il quadro

pen., sez. VI, 5 febbraio 2020, n. 13562, in *Diritto & Giustizia*, 5 maggio 2020).

[49] Cfr. S. Recchione, *Codice Rosso. Come cambia la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere con la legge 69/2019*, cit., p. 6, secondo cui la misura confida in percorsi di recupero che dovrebbero coinvolgere l'autore del reato al fine di sedare gli impulsi aggressivi generati dal decadimento della relazione ed è coerente con la scelta di prevedere un trattamento psicologico endocarcerario per i condannati per i reati previsti dagli artt. 609-*bis*, 609-*octies*, 572, 583-*quinquies* e 612-*bis* c.p.

[50] Cfr. M. Bertolino, *La violenza di genere e su minori tra vittimologia e vittimismo: notazioni brevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1, p. 76.

penalistico sufficientemente compiuto e articolato. L'intervento è esteso e multidisciplinare ma trapela un errore di fondo: si tratta il tema della violenza come mera questione di ordine pubblico e si tralascia l'aspetto socio-culturale. La scelta del legislatore si caratterizza per il rigore e il carattere repressivo ma sottovaluta la realtà fenomenologica del fenomeno. Il testo normativo, infatti, mostra una logica emergenziale[51] e non approfondisce gli aspetti culturali dell'educazione di genere e dell'abbattimento dei relativi stereotipi, plasmando una disciplina che finisce per essere frammentaria ed estemporanea, carente di misure specifiche realmente efficaci.

In questa stessa direzione si dispone l'ultimo intervento normativo del novembre 2023, celere conseguenza del 105° caso di femminicidio di Giulia Cecchettin avvenuto nel nord-est. Il legislatore torna sul tema offrendo un ulteriore "rafforzamento", sul piano sostanziale e procedurale, delle misure di contrasto alla violenza di genere con la finalità di scardinare la misoginia e i crimini d'odio di genere[52].

La l. 24 novembre 2023, n. 168, recante «*Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica*»[53] è composta di 19 articoli e per la prima volta indica espressamente nella rubrica il contrasto alla violenza sulle donne (e non solo alla violenza di genere o domestica), prendendo concretamente atto del contenuto e delle finalità della Convenzione di Istanbul. La normativa è volta a contrastare il fenomeno della violenza sulle donne e della violenza domestica, spesso declassata a semplice conflittualità, tramite una preventiva ed efficace valutazione e gestione del rischio di comportamenti illeciti[54] e un potenziamento del

[51] Cfr. L. Algeri, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, pp. 1363 ss.; M. BERTOLINO, *La violenza di genere e su minori tra vittimologia e vittimismo: notazioni brevi,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1, p. 67.

[52] La Commissione giustizia del Senato della Repubblica esaminava il testo nella sola seduta del 21 novembre 2023 e il Senato lo approvava definitivamente il giorno successivo con votazione unanime. Il Presidente della Repubblica promulgava la legge il 24 novembre 2023 e lo stesso giorno il testo veniva pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

[53] L. 24 novembre 2023, n. 168, recante *"Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica"* è stata pubblicata nella Gazz. Uff. Serie Generale n. 275 del 24 novembre 2023, entrata in vigore del provvedimento: 9 dicembre 2023. Per un commento sulla normativa: G. Amara, *La legge 24 novembre 2023, n. 168 "Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica"*, in *www.giustiziainsieme.it*, 11 dicembre 2023.

[54] Cfr. C. Pecorella, M. Dova, *Osservatorio sulla violenza nei confronti delle donne 4/2023. La valutazione del rischio nei reati di violenza di genere*, in *Sist. Pen.*, 15 settembre 2023.

rapporto tra efficacia della legge e protezione della vittima[55]. L'aspettativa è riuscire – pur nell'attuale impianto *gender-neutral* del diritto penale - a rendere più efficace la protezione preventiva, rafforzando le misure contro la reiterazione dei reati a danno delle donne, soprattutto rispetto ai c.d. "reati spia" che sono indicatori di una violenza di genere che può degenerare in comportamenti più gravi.

Il testo in concreto, però, riesce a rinvigorire la repressione, prevedendo pene e misure più severe e si impegna ad ampliare la tutela delle vittime[56] di violenza (introduzione di una provvisionale, ovvero una somma di denaro liquidata preventivamente a titolo di ristoro anticipato). Tra gli interventi di maggior rilievo, troviamo il potenziamento di alcuni strumenti come l'ammonimento del questore[57], l'introduzione di nuove aggravanti[58] e di casi di procedibilità d'ufficio[59] per reati commessi dall'ammonito, nonché la prospettiva di trattazione prioritaria dei processi e maggiore speditezza anche nella richiesta e nell'applicazione della misura cautelare[60]

[55] In dottrina si suggerisce il c.d. *triage* della violenza, al fine di individuare i casi per cui occorre procedere a una valutazione più approfondita. Così: P. Sechi, *Autori di violenza domestica e di genere: indicazioni sovranazionali e strumenti normativi interni*, in *Cass. pen.*, 2023, 10, p. 3074.

[56] Si stabilisce un'estensione dell'obbligo di informazione alla vittima sulla presenza di centri antiviolenza presenti sul territorio, nonché di metterla in contatto con gli stessi, ove essa ne faccia espressamente richiesta, anche nei seguenti casi: 1) tentato omicidio; 2) deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso; 3) diffusione illecita di immagini o di video sessualmente espliciti.

[57] L'art. 1 amplia l'applicabilità dell'ammonimento d'ufficio del Questore in caso di commissione di fatti riconducibili ai reati, consumati o tentati, di: 1) violenza privata; 2) minaccia aggravata; 3) atti persecutori; 4) diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, il c.d. *revenge porn*; 5) violazione di domicilio; 6) danneggiamento.

[58] L'art. 1 prevede un aumento di pena, fino a 1/3, per i seguenti reati, se il fatto è commesso, nell'ambito di violenza domestica, da soggetto già ammonito, anche se la persona offesa è diversa da quella per la cui tutela è stato adottato l'ammonimento: 1) percosse; 2) lesioni personali; 3) violenza privata; 4) minaccia grave; 5) violazione di domicilio; 6) danneggiamento; 7) atti persecutori; 8) diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, c.d. *revenge porn.*

[59] Viene prevista la procedibilità d'ufficio per i reati suscettibili di ammonimento, se commessi, nell'ambito di violenza domestica, da colui che è stato già ammonito. Rientrano tra tali reati: 1) percosse; 2) lesioni personali semplici; 3) lesioni personali aggravate; 4) violenza privata; 5) minaccia grave; 6) atti persecutori; 7) diffusione illecita di immagini o di video sessualmente espliciti; 8) violazione di domicilio; 9) danneggiamento.

[60] L'art. 4 prevede che, nei processi inerenti ai delitti di violenza di genere e domestica, debba essere data priorità anche alla richiesta di applicazione di misura cautelare personale e alla relativa decisione. Nello specifico, si tratta dei processi relativi ai seguenti delitti: delitti di maltrattamenti (art. 572 c.p.); violenza sessuale anche di gruppo, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne (artt. 609-*bis* e ss. c.p.); atti persecutori (art. 612-*bis*

In conclusione, la scelta è coerente e sistematica perché il legislatore sembra comprendere come l'ottica di genere debba entrare nel tessuto penalistico, presentando delle specificità tali da renderla un fenomeno endemico dotato di proprie autonome modalità di sviluppo e movente: tuttavia, il risultato è ancor oggi lacunoso, mancando per risultare un provvedimento di sistema la prioritaria e imprescindibile prevenzione primaria, nonché la diffusione di una cultura priva di stereotipi.

5. Conclusioni

Il retroterra socioculturale mostra come la violenza appaia fortemente influenzata dal genere: in una società che tende a stigmatizzare ancor oggi le donne mediante l'adozione quotidiana di un lessico misogino nei media e tramite l'oggettivazione sessuale dei corpi femminili, si registra un massiccio processo di normalizzazione della violenza[61].

Ad incrementare la violenza è intervenuta l'emancipazione femminile, fonte di disagio nell'uomo incapace di accettare il confronto con una donna non più sottomessa dal punto di vista economico e lavorativo, nonché autonoma in campo affettivo. Come evidenziato, la violenza sulle donne è, inoltre, un crimine che spesso si perpetua all'interno delle relazioni. E la prepotenza maschile si erge a conseguenza della frustrazione provata per l'incapacità di gestire un presunto tradimento, un abbandono, una recente separazione o semplicemente una divergenza di opinioni

La bulimia legislativa dell'ultimo decennio sul tema ci mostra come l'ordinamento italiano riservi grande attenzione alle fonti di discriminazione connesse al "genere", la cui capacità espansiva non esclude le scienze penalistiche e criminologiche.

La maggior sensibilizzazione sociale e politica sul tema della violenza di genere ha portato all'adozione di nuove misure di protezione delle vittime e ad un irrobustimento delle misure repressive. L'accelerazione normativa - figlia dell'allarme sociale percepito nella nostra società quotidianamente – si inserisce, tuttavia, in un codice penale che prevede sin dal 1930 norme incriminatrici volte al contrasto di ogni forma di violenza fisica, sessuale, psicologica (intesa come un insieme di abusi o di aggressioni verbali). L'intervento del legislatore negli anni ha cercato di rimuovere irragionevoli disparità di trattamento espressione dell'epoca

c.p.).

[61] Sul punto: F. Fullone, *L'importanza del linguaggio nel trattamento della violenza contro le donne: rape culture, victim blaming e vittimizzazione secondaria*, in *Osservatorio violenza sulle donne*, 2021, p. 3.

fascista e di fornire nuovi strumenti sanzionatori, adeguati alle forme di criminalità moderne rivolte al genere femminile[62].

Condivisibile è il venire meno di tutte quelle norme tipiche di un sistema sociale patriarcale in cui dominava l'egemonia della visione culturale sessista, che permetteva all'uomo di considerare la donna un mero oggetto[63]. Il nostro legislatore, poi, sceglie di non assumere una posizione innovativa e principalmente rafforza i c.d. "reati spia", espressione della violenza di genere che trova origine nel sessismo e negli stereotipi, quali forme di prevaricazione maschile sul genere femminile.

L'attenzione che l'opinione pubblica riserva oggi alla violenza di genere, a fronte di un'incidenza allarmante del fenomeno, ha condotto il nostro ordinamento a contrastare ogni forma di dominazione patriarcale dell'uomo sulla donna, inasprendo il trattamento punitivo.

L'ultimo atto punitivo finale delle varie condotte che palesano un odio verso l'universo femminile non ha una norma simbolo *ah hoc* nel nostro ordinamento: il femminicidio, conseguenza estrema di comportamenti misogeni, rientra in un'ampia scala di disposizioni capaci di tutelare la vittima femminile della violenza maschile. Il movente di genere non plasma una fattispecie autonoma di femminicidio[64] e la scelta italiana appare condivisibile sia in considerazione del principio di legalità[65] che

[62] Maggior attenzione ai diritti ed alla tutela della donna si dimostra con l'introduzione della legge Merlin (l. 20 febbraio 1958, n. 75) con la quale il legislatore incrimina tutte le condotte di sfruttamento della prostituzione che ledono la condizione femminile. Il novum normativo, vietando l'esercizio delle case di prostituzione, sposta il baricentro di tutela dalla morale pubblica ed il buon costume alla libertà ed alla dignità della donna: la persona che si prostituisce diviene una vittima da proteggere. In questa direzione si staglia l'abrogazione nel 1981 della rilevanza penale della causa d'onore, intervento volto a rimuovere ogni forma di discriminazione: l'omicidio «a causa d'onore» previsto all'art. 587 c.p., riconoscendo la donna una proprietà dell'uomo, padre, marito, fratello, considerava meno grave di altre forme di omicidio con diverso movente l'uccisione della moglie, figlia o sorella che avesse commesso adulterio disonorando l'onore della famiglia. E ancora l'art. 544 c.p. (matrimonio riparatore) prevedeva una causa estintiva del reato di violenza carnale nell'ipotesi in cui il reo riparasse le condotte offensive poste in essere nei confronti della donna, convolando a nozze con quest'ultima.

[63] Si veda: M. Virgilio, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge sulla violenza sessuale?!*, in *Democrazia e diritto*, 1996, 1, p. 157.

[64] Cfr. A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, pp. 438 ss.; L. Goisis, *Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino*, cit., p. 59.

[65] Sul significato garantista del tenore letterale della legge e della sua interpretazione giudiziale come limite all'applicazione della sanzione penale si rinvia a G. Cocco, *Introduzione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione in materia penale nello stato di diritto. Contributo a un riordino dei principi*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2023, 5, p. 1398.

impone la tassatività e la determinatezza della norma, sia alla luce del principio di eguaglianza[66].

In conclusione, benché la società moderna debba convivere con antichi pregiudizi e luoghi comuni sulla presunta inferiorità della donna, in prospettiva *de lege ferenda*, è giudizioso ritenere che il genere continuerà a non essere considerato nel nostro ordinamento una caratteristica protetta e meritevole di uno statuto penale speciale[67].

Non sussiste un "diritto penale della differenza" connotato da un soggetto passivo di genere femminile che gode di maggiore protezione per quei reati compiuti mediante violenza per opera di un uomo. Il nostro legislatore ha scelto di intervenire in via emergenziale tramite l'inasprimento sanzionatorio e l'introduzione di previsioni aggravanti che cercano timidamente di cogliere la specificità della violenza che sorge in un contesto di genere. Resta, tuttavia, la consapevolezza che il diritto penale da solo sia insufficiente a smantellare le profonde criticità della materia.

Converrebbe sposare una scelta politico-criminale che modifichi prima i modelli culturali e sociali di comportamento oggi superati, per rimuovere così pregiudizi e stereotipi ancora radicati che individuano un sesso inferiore o superiore rispetto all'altro. La complessità del fenomeno criminale imporrebbe un approccio multidisciplinare per coinvolgere l'intera società. Doveroso sarebbe intervenire su modelli culturali in cui la violenza è ancora tollerata e dall'altra parte aiutar chi ha disturbi della personalità o forme di disagio che possono sfociare in comportamenti violenti.

Una società che investa realmente sul contrasto alla violenza nei confronti delle donne dovrebbe intervenire sulla "politica sociale" non solo in termini punitivi ed emergenziali[68], ma anche nei meccanismi preventivi, sociali e culturali.

[66] Per un approfondimento sull'art. 3 Cost.: L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, 2018, pp. 26 ss.; F. Gallo, *Può esserci sviluppo se aumentano le disuguaglianze?*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2023, 4, p. 1131.

[67] Per una riflessione sul diritto penale dei "valori" si veda E.M. Ambrosetti, *Dogmatica e politica criminale: attualità del pensiero di Alessandro Alberto Calvi*, in *Ind. Pen.*, 2023, 2, p. 3.

[68] Sul punto: M. Pierdonati, *Il rafforzamento della tutela delle persone vulnerabili e l'eterogenesi dei fini,* in *Giur. It.,* 2024, 4, p. 998. L'autore osserva come la normativa italiana venga approvata in nome del costante allarme sociale generato dal fenomeno della violenza domestica e di genere. Egli evidenzia come per contrastare il complesso e delicato fenomeno sarebbero necessari prodotti normativi più ponderati, sul piano delle scelte di politica criminale, nonchè maggiormente curati, sul piano della qualità della trama normativa.

Il controllo dell'Unione europea sugli investimenti diretti esteri *inflows* extra ed intra UE

Mariangela Gramola
Ricercatrice in Diritto internazionale

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze dell'Unione europea in materia di investimenti diretti esteri – 2.1. I contrasti interpretativi sulle nuove competenze in materia di IDE tra Commissione e Consiglio europei – 3. La compatibilità tra i sistemi di soluzione delle controversie previsti dai trattati in materia di investimenti e il diritto dell'Unione europea: il caso *Achmea BV* (già *Eureko BV*) contro Slovacchia – 3.1. (*segue*) La sorprendente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul caso *Achmea BV* (già *Eureko BV*) contro Slovacchia – 3.2. I pericolosi effetti indiretti del caso *Achmea* sui trattati bilaterali di investimento extra-UE e sui trattati multilaterali di investimento – 4. Il nuovo tribunale multilaterale per la soluzione delle controversie in materia di investimenti internazionali voluto dalla Commissione europea – 5. La disciplina transitoria per i trattati bilaterali di investimento con Stati terzi stabilita dal Regolamento (UE) n. 1219/2012 – 6. Il Regolamento (UE) n. 912/2014 sulla ripartizione della responsabilità finanziaria conseguente a trattati di investimento di cui l'Unione europea è parte – 7. Il Regolamento (UE) n. 452/2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione – 8. La proposta della Commissione europea per un nuovo regolamento relativo al controllo degli investimenti esteri – 9. Conclusioni.

1. Introduzione

Nella letteratura giuridica, così come negli scritti giornalistici, si legge di frequente che ciò che scoraggia maggiormente il flusso internazionale di capitali è l'incertezza del diritto del Paese in cui si potrebbe effettuare l'investimento. Un'incertezza generata non solo dalla sfiducia nelle isti-

tuzioni legislative e giudiziarie di quel Paese, ma altresì dalla lacunosità ovvero, per converso, dall'eccessiva complessità della normativa esistente in materia di investimenti.

D'altronde, si sa, la complessità normativa spesso serve da complemento o, comunque, si accompagna ad una farraginosa costruzione burocratica.

In un sistema di economia globalizzata, qual è quello in cui viviamo, particolare rilievo assumono gli investimenti diretti esteri (IDE), definiti tradizionalmente come quegli investimenti volti ad acquisire partecipazioni durevoli in un'impresa straniera o a costituire filiali all'estero, con il conseguente coinvolgimento dell'investitore nella direzione e nella gestione dell'impresa partecipata o costituita[1].

Globalizzazione dell'economia significa, infatti, progressiva integrazione tra le diverse aree del mondo e una simile integrazione crea un'interdipendenza che, per funzionare, esige un elevato livello di investimenti esteri. Il ruolo determinante di tali investimenti per lo sviluppo dell'economica mondiale è documentato dalla crescita esponenziale che essi hanno avuto dalla fine degli anni Settanta sino alla crisi del 2007[2].

Attrarre capitale straniero qualificato, soprattutto quando l'economia è in crisi, consente di creare occupazione, importare *know how*, favorire l'aumento del PIL. Ne consegue che per i Paesi in via di sviluppo (PVS) gli investimenti diretti esteri rivestono certamente un ruolo di primo piano; tuttavia, con la globalizzazione dell'economia, ma ancor più con l'avvento della crisi economica, anche gli Stati industrializzati hanno avvertito l'importanza di favorire flussi di capitale in entrata.

Se, da un lato, l'investimento nei PVS può essere motivato dalla presenza di risorse naturali significative e/o dal minor costo dell'attività di impresa, dall'altro, l'investimento in un Paese avanzato può essere economicamente giustificato dalla possibilità di avvalersi di lavoratori maggiormente competenti, nonché di scambi di tecnologie e di sapere reciprocamente vantaggiosi.

D'altronde, è innegabile che gli imprenditori siano più restii a investire laddove l'economia, in stallo o peggio in recesso, può mettere a rischio la redditività del loro investimento. Così nell'Unione europea gli IDE ef-

[1] V. R. De Santis, *Investimento diretto estero*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012, versione elettronica in <*http://www.treccani.it/enciclopedia/investimento-diretto-estero_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/*>.

[2] V. E. Rossi, *Gli investimenti diretti esteri: ancora il motore della crescita globale*, *Old Continent*, in *Aspenia online*, <*https://aspeniaonline.it/gli-investimenti-diretti-esteri-ancora-il-motore-della-crescita-globale/*, 3/2/2015>.

fettuati nel 2012-2013, sia in entrata che in uscita, si sono ridotti di circa un quarto rispetto a quelli realizzati nel 2007[3].

Fortunatamente dal 2014 gli IDE hanno ripreso vigore nell'area Euro, anche se non uniformemente in tutti gli Stati membri[4], aumentando significativamente nel 2015, ma diminuendo del 2% nel 2016 a causa della debole crescita economica e dell'incremento dei rischi geopolitici[5].

Nel contempo, però, è maturata la preoccupazione di difendere gli Stati dagli investimenti in comparti strategici, quali l'energia, la difesa, i porti e gli aeroporti.

È così che l'Unione, a fronte della competenza esclusiva attribuitale dal Trattato di Lisbona proprio in materia di investimenti diretti esteri[6], ha emanato il Regolamento (UE) n. 1219/2012, volto a stabilire disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti[7].

Nel 2014 è stato poi adottato il Regolamento (UE) n. 912 che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai

[3] *Ibid.*

[4] L'Italia, per esempio, è risultata penalizzata rispetto ad altri membri, quali Francia e Germania. Cfr. Borsa Italiana S.p.A., *Investimenti diretti esteri (IDE) in Italia*, 8/10/2015, in <*https://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/ide-228.htm*>.

[5] Nel 2016 sono migliorati, invece, notevolmente gli investimenti in entrata dell'Italia, passati dai 19,3 miliardi del 2015 a 29 miliardi, seppur continuando ad attestarsi al 3,45% degli IDE nell'Unione europea. Cfr. Commissione Attività Produttive Camera dei Deputati, *Proposta di regolamento che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea (COM(2017)487) e Comunicazione "Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali" (COM(2017)494)*, Confindustria ed., dicembre 2017.

Questo *trend* positivo è continuato anche negli anni a seguire, sia pure in misura più ridotta a causa della contrazione internazionale dei flussi di capitale privato e restando, comunque, l'Italia uno dei Paesi sviluppati in cui si investiva meno. V. United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), *World Investment Report 2019*, <*https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf*>.

Dal 2022 l'Italia è riuscita, invece, a posizionarsi tra i Paesi UE maggiormente attrattivi di capitali, provenienti sia dall'area Euro, che da Paesi terzi. V. United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), *World Investment Report 2023*, <*https://unctad.org/system/files/official-document/wir2023_en.pdf*>.

[6] V. gli artt. 3 e 207 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* (*G.U.U.E.*), 26.10.2012, C 326/51. V. anche, *infra*, par. 2.

[7] V. il Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, in *G.U.U.E.*, 20.12.2012, L 351/40.

tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte[8].

Il 13 settembre 2017, nell'annuale discorso sullo stato dell'Unione europea al Parlamento europeo, l'allora Presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker, nell'ambito del Pacchetto sugli scambi commerciali, ha proposto un quadro per il controllo degli investimenti diretti esteri, con particolare riguardo a quelli che interessano settori strategici per l'Unione e i suoi Stati membri[9].

Nel 2019 è stato, quindi, adottato il Regolamento (UE) n. 452 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, con l'intento di garantire la sicurezza e l'ordine pubblico[10].

La vaghezza e la programmaticità della maggior parte delle norme contenute nel predetto Regolamento hanno, però, spinto la Commissione europea, a distanza di poco più di tre anni dalla sua entrata in vigore[11], a proporne l'abrogazione e la sostituzione con altro regolamento, cui dovrebbe conseguire una maggiore effettività e uniformità del sistema di verifica[12]. Come vedremo, tale sistema verrebbe vieppiù a interessare, non soltanto gli IDE in entrata da Paesi terzi, bensì anche quelli intra UE[13].

Nell'arco di un periodo di tempo relativamente breve, il legislatore unionale è dunque intervenuto ripetutamente, ed ulteriormente chiamato a intervenire, in ambiti tradizionalmente riservati alla sovranità nazionale e alla cooperazione interstatale.

Sarà cura del presente studio esaminare in che misura e in che modo le istituzioni dell'Unione europea abbiano esercitato le competenze conferite loro in materia di IDE, nonché con quali possibili effetti, positivi o negativi, sulla certezza del diritto, la tutela dell'affidamento dell'investitore e il flusso internazionale dei capitali privati.

[8] V. il Regolamento (UE) n. 912/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte, in *G.U.U.E.*, 28.8.2014, L 257/121.

[9] V. *Discorso sullo Stato dell'Unione 2017, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_17_3165>.*

[10] V. il Regolamento (UE) n. 452/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, in *G.U.U.E.*, 21.3.2019, L 791/1.

[11] V. *infra*, nel par. 7.

[12] V. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione, che abroga il regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio*, 24.1.2024, COM/2024/23 final.

[13] V. *infra*, nel par. 8.

2. Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze dell'Unione europea in materia di investimenti diretti esteri

Come noto, al fine di marcare il progressivo avanzamento dall'integrazione economica a quella politica, all'inizio del ventunesimo secolo gli Stati membri dell'Unione europea avevano pensato di adottare un nuovo e unico testo che ne fissasse i fondamenti istituzionali[14]. L'idea di elaborare una "Costituzione per l'Europa" non incontrò, però, il necessario consenso dell'opinione pubblica[15].

Così, nell'intento di perseguire il medesimo risultato, ma in maniera (apparentemente) meno radicale, il 13 dicembre 2007 gli Stati membri hanno firmato a Lisbona un Trattato di riforma[16] del Trattato dell'Unione europea (TUE)[17] e del Trattato istitutivo della Comunità europea[18], il quale ultimo è stato sostituito dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)[19].

Nel TUE sono quindi rimasti i principi fondamentali dell'Unione europea, mentre il TFUE è stato dedicato alle norme di carattere operativo.

In realtà, come già anticipato, la differenza tra il Trattato di Lisbona e la progettata Costituzione europea è più di metodo che di contenuto: il primo ha recepito infatti gran parte delle riforme previste nella seconda, tra cui l'ampliamento dei poteri delle istituzioni europee sia a livello interno, che nelle relazioni esterne.

In particolare, ai fini di questo studio rileva l'art. 3 del TFUE, che attribuisce all'Unione europea la competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune. In virtù del secondo comma del medesimo articolo, tale competenza interna si coniuga con la competenza esclusiva a concludere accordi internazionali, "*allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata*"[20].

[14] V. il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, in *G.U.C.E.*, 16.12.2004, C 310/1.
[15] L'entrata in vigore del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa era prevista per il 1° novembre 2006, ma il processo di ratifica è stato bloccato dall'esito negativo dei correlati referendum svoltisi in Francia e Olanda. V. L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale. Ordinamento. Tutela giurisdizionale. Competenze,* Giuffré, Milano, 2022, p. 32 ss.
[16] *G.U.C.E.*, 17.12.2007, C 306/1.
[17] *G.U.U.E.*, 29.12.2006, C 191/1.
[18] *G.U.U.E.*, 29.12.2006, C 191/37.
[19] *G.U.U.E.*, 26.10.2012, C 326/47.
[20] Cfr. l'art. 3 del TFUE.

A seguito delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona, l'art. 207 del TFUE ricomprende ora espressamente nella materia della politica commerciale comune gli investimenti diretti esteri, con la conseguenza che la competenza esclusiva dell'Unione, sia a livello interno che a livello esterno, interessa anche tali investimenti[21].

Prima di quest'ultima modifica, si riteneva che le competenze della Comunità europea in materia di politica commerciale comune le consentissero di concludere accordi, bilaterali o multilaterali-regionali, atti a regolare le questioni relative alla c.d. fase di *pre-establishment* dell'investimento, ossia di accesso al mercato[22].

Restava, invece, riservato agli Stati membri il potere di regolare il trattamento degli investimenti in questione e le loro garanzie.

Dal punto di vista del diritto internazionale, poche sono le norme consuetudinarie che vincolano gli Stati ad accordare protezione ai flussi di capitali privati: si tratta, essenzialmente, delle previsioni generali esistenti in materia di protezione dello straniero e dei suoi beni[23]. L'esame della prassi internazionale non permette, infatti, di ritenere che in materia d'investimenti esteri si siano formate precise consuetudini.

Nel corso del Novecento, anzi, si è assistito al tentativo dei PVS di opporsi all'applicazione di alcune delle predette norme generali agli investitori stranieri, quali quelle relative all'equo indennizzo in caso di espropriazione dei beni.

Conseguentemente, vari sono stati i tentativi promossi dai Paesi industrializzati, allora tradizionalmente esportatori di capitali, di giunge-

[21] A mente dell'art. 207 del TFUE (*ex* articolo 133 del TCE):
"*1. La politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale,* gli investimenti esteri diretti, *l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di dumping e di sovvenzioni. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione*
2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune.
3. Qualora si debbano negoziare e concludere accordi con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali, si applica l'articolo 218, fatte salve le disposizioni particolari del presente articolo. …" (enfasi aggiunta).

[22] V. F. Marrella, *Unione europea ed investimenti diretti esteri*, in S.M. Carbone (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht*, Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI)-Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 107 ss., 110.

[23] V. F. Marrella, *Unione europea ed investimenti diretti esteri,* cit., p. 109.

re alla conclusione di trattati internazionali multilaterali volti a tutelare gli investimenti privati all'estero. Iniziative in tal senso sono state promosse in seno a importanti organizzazioni quali il Consiglio d'Europa, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OECD, nell'acronimo inglese) e la Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo (IBRD, nell'acronimo inglese). Tuttavia anche questi progetti di convenzione, incentrati essenzialmente sulla previsione di obblighi di trattamento a carico degli Stati ospiti, com'era prevedibile, non incontrarono l'approvazione dei PVS[24].

È stato così che, al fine comunque di garantire e non scoraggiare gli investitori stranieri, dalla seconda metà del ventesimo secolo si è assistito a un proliferare di trattati bilaterali di investimento (diffusamente noti con la denominazione inglese *Bilateral Investment Treaties* o BIT). Alcune previsioni in merito sono state, altresì, introdotte in importanti trattati commerciali multilaterali[25].

[24] Sul processo di codificazione del diritto internazionale degli investimenti, e più in generale del diritto internazionale del commercio, v.: per una rassegna dei più risalenti progetti di convenzione, G. Sacerdoti, *La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 614 ss., spec. pp. 623-624 (*sub* nota 19); la risoluzione adottata dalla Commissione delle Nazioni Unite sul Diritto Internazionale del Commercio (UNCITRAL, nell'acronimo inglese), nel corso della 40° sessione svoltasi a Vienna dal 25 giugno al 12 luglio 2007, *Current activities of international organizations related to the harmonization and unification of international trade law*, UN Doc. A/CN.9/628/Add.1; lo studio sull'applicazione e la corretta interpretazione della c.d. clausola della nazione più favorita, svolto dall'OECD, *Most-Favoured Treatement in International Investment Law*, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/2; gli studi condotti dal Comitato per il Diritto internazionale sugli investimenti stranieri dell'*International Law Association*, pubblicati sul sito Internet dell'associazione *ila-hq.org*; P. Muchlinski, F. Ortino e C. Schreuer ed., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment,* Cambridge University Press, Cambridge, 2010, spec. p. 236; T. Weiler, *A History of International Investment Law: Equality & Discrimination Norms in Fresh Perspective*, Martinus Nijhof, L'Aia, 2013.

[25] Oltre ai BIT, infatti, divennero ben presto consueti anche i contratti conclusi direttamente tra lo Stato in via di sviluppo, o suoi enti pubblici, e l'investitore privato straniero, in particolare società commerciali. Nella maggior parte dei casi, questi contratti avevano ad oggetto lo sviluppo a lungo termine di intere regioni o delle risorse naturali dello Stato contraente, garantendo all'investitore la non applicazione della legislazione dello Stato ospite e, talvolta, persino l'impegno di quest'ultimo di non legiferare nella materia oggetto del contratto. La principale differenza rispetto ai BIT stava nel fatto che soltanto la violazione di questi, in quanto trattati, avrebbe dato luogo a un illecito internazionale, mentre il mancato rispetto dei contratti poteva interessare l'ordinamento giuridico internazionale

Le innovazioni portate dal Trattato di Lisbona in materia di IDE hanno pertanto posto l'Unione europea di fronte alla necessità di coordinare le nuove competenze con i circa 1400 BIT in vigore per gli Stati membri al momento della loro acquisizione. A ciò si aggiunga che, se la maggior parte di tali trattati era stata conclusa con Stati terzi, quasi 200 erano stati stipulati tra Paesi dell'Unione prima che uno dei contraenti entrasse a farne parte. Non ultima, la questione della sorte dei trattati conclusi dalla CEE/CE/UE, in via esclusiva o in forma mista, contenenti disposizioni relative alla fase di *pre-establishment* degli investimenti[26].

2.1. I contrasti interpretativi sulle nuove competenze in materia di IDE tra Commissione e Consiglio europei

L'art. 207 del TFUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona[27], si limita a includere espressamente gli IDE nella politica commerciale comune di competenza esclusiva dell'UE, senza però definirli e, conseguentemente, lasciando delle ambiguità sull'estensione dei poteri delle istituzioni dell'Unione in tale ambito.

Secondo l'interpretazione estensiva data dalla Commissione alla novità normativa, le istituzioni europee potrebbero/dovrebbero sostituirsi integralmente agli Stati membri, con invalidità di ogni altro obbligo da questi ultimi altrimenti assunto[28].

soltanto sotto il profilo dell'istituto della protezione diplomatica eventualmente esercitata dallo Stato di appartenenza del privato investitore. V. G. Sacerdoti, *La Convenzione di Washington,* cit., pp. 617-618, 620.

[26] Rilevano, in particolare: l'*Energy Charter Treaty*, aperto alla firma a Lisbona il 17 dicembre 1994 e ratificato anche dall'Unione europea, <*https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf*>; il *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), firmato a Ginevra il 30 ottobre 1947, <*https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf*>; l'*Agreement on Trade-Related Investment Measures* (meglio noto anche con l'acronimo TRIMs), firmato ad esito dei lunghi negoziati (c.d. *Uruguay Round*) che hanno portato dal GATT alla creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO nell'acronimo inglese), protrattisi dal 1986 al 15 aprile 1994, quando si è avuta la firma, appunto, di una serie di accordi noti come gli *Accordi di Marrakesh*, <*https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm*>. V.: F. Marrella, *Unione europea ed investimenti diretti esteri*,cit., p. 111; UNCTAD, *The Uruguay round and its follow-up: building a positive agenda for development: Report on a Workshop convened by the Secretary General of UNCTAD3 and 4 March 1997, Palais des Nations, Geneva*, United Nations ed., New York e Ginevra, 1997.

[27] V. *supra*, par. 2.

[28] V. la Comunicazione "*Verso una politica globale europea degli investimenti internazionali*" della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 7 luglio 2010, COM(2010)0343.

Diversa posizione aveva manifestato inizialmente il Consiglio, in cui come noto siedono i rappresentanti degli Stati membri, a tutela dell'affidamento degli investitori e del flusso internazionale di capitali privati. In particolare, il Consiglio aveva rimarcato che, anche ai sensi dell'art. 351 del TFUE, i BIT già conclusi dovevano continuare ad avere vigore sino alla loro eventuale sostituzione da parte di equivalenti trattati conclusi dall'Unione europea[29].

Pur mostrando delle aperture con riguardo ai BIT extra-UE, per quelli intra-UE la Commissione ha continuato tuttavia a sostenere la tesi della loro estinzione *ipso jure* per violazione del diritto dell'Unione, rispetto al quale si sarebbero trovati in posizione subordinata. Più precisamente, detti accordi sarebbero stati in contrasto con i principi di non discriminazione tra cittadini dell'Unione e di unicità del sistema giurisdizionale dell'UE; nel primo caso, in quanto i BIT avrebbero assicurato agli investitori dello Stato parte maggiori garanzie rispetto a quelli provenienti da altri Stati membri; nel secondo, in quanto i BIT prevedono di norma forme arbitrali di soluzione delle controversie[30].

La Commissione ha spinto la sua posizione sino al punto di promuovere procedure di infrazione contro vari Stati dell'Unione vincolati da BIT, tra cui l'Austria, i Paesi Bassi, la Romania, la Slovacchia e la Svezia, per non avere posto termine a quei trattati[31].

Tale posizione postula, evidentemente, l'assimilazione dei trattati internazionali al diritto interno degli Stati membri, che a seguito della loro ratifica li hanno introdotti nel proprio ordinamento attraverso il procedimento di adattamento del diritto interno al diritto internazionale[32].

Così facendo, però, come correttamente osservato dalla dottrina[33] e in sede arbitrale[34], vengono pregiudicati i principi della certezza del diritto, della tutela dell'affidamento e, fondamentale, l'appartenenza anche dei

[29] V. *European Commission - Press release, Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties*, 18 giugno 2015, <*http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm*>. V. anche F. Marrella, *Unione europea ed investimenti diretti esteri,* cit., p. 115.

[30] V. *2008 Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments,* in partic. i punti 16 e 17, ECFIN/CEFCPE(2008)REP/55806.

[31] European Commission, *Press release*, cit.

[32] B. Conforti, M. Iovane, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 353 ss.

[33] V. F. Marrella, *Unione europea ed investimenti diretti esteri,* cit., p. 121.

[34] V., *ex multis*, la decisione resa il 10 marzo 2017 ad esito del caso arbitrale *Anglia Auto Accessories Ltd. v. Czech Republic*, SCC Case No 2014/181, spec. 12 ss., <*https://www.italaw.com/cases/5415*>.

BIT intra-UE all'ordinamento giuridico internazionale. La procedura di adattamento è, infatti, una mera conseguenza dell'obbligo di adempiere al trattato. Né tale procedura, né il fatto che le parti dell'accordo siano al tempo stesso parti di una determinata organizzazione intergovernativa, mutano *ex se* la natura giuridica dell'accordo e la disciplina cui è sottoposto quale fonte del diritto internazionale. Ciò, anche per quel che riguarda l'eventuale cessazione degli effetti del trattato.

Non va poi trascurato che il BIT intra-UE non si pone necessariamente nelle situazioni di incompatibilità con il diritto unionale lamentate dalla Commissione. La discriminazione sulla base della nazionalità si realizzerebbe, infatti, solo nel caso in cui lo Stato, con proprie misure interne, decidesse di favorire gli investitori di alcuni Paesi dell'Unione europea. Il trattato si basa, invece, sul presupposto di prestazioni corrispettive che derivano da una fonte di diritto internazionale.

Così come la previsione dell'arbitrato non si pone in alternativa alla giurisdizione dell'Unione europea, la quale non prevede ad oggi un sistema generale di decisione delle controversie in materia di investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati.

In assenza poi di una normativa sostanziale UE che si sostituisca ai BIT, non sussisterebbe neppure la base giuridica per sottoporre le controversie di cui trattasi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE).

3. La compatibilità tra i sistemi di soluzione delle controversie previsti dai trattati in materia di investimenti e il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea BV (già Eureko BV) contro Slovacchia

L'arbitrato internazionale è un sistema di giudizio soggetto a proprie regole sia procedurali[35], sia di diritto applicabile al merito della controversia[36], con la conseguenza che in tale sede il diritto dell'Unione europea può perdere il suo carattere vincolante.

La Commissione è ripetutamente intervenuta in qualità di *amicus curiae* nei procedimenti arbitrali instaurati sulla base di BIT intra-UE, per lamentare questa ed altre ragioni della loro incompatibilità con il diritto unionale.

[35] V. P. Bernardini, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Giuffré, Milano, 2008, spec. p. 161 ss.

[36] V. L.G. Radicati Di Brozolo, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno,* in *Riv. arb.,* 2016, 26(1), p. 1 ss., e spec. p. 5 ss.

Così ha fatto anche nell'arbitrato avviato nel 2008 dalla società olandese Achmea BV (già Eureko BV) contro la Slovacchia. Il procedimento aveva quale base normativa l'art. 8 del BIT concluso nel 1991 tra i Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca[37], alla quale ultima dal 1° gennaio 1993 è succeduta nel trattato la Repubblica slovacca.

Allineandosi alla posizione della Commissione, la Slovacchia ha eccepito l'incompatibilità del suddetto articolo 8 con il diritto dell'Unione europea e, conseguentemente, l'incompetenza del collegio arbitrale. L'eccezione è stata però respinta dal collegio[38] che, con lodo del 7 dicembre 2012, ha condannato la Repubblica slovacca a pagare alla società olandese € 22,1 milioni a titolo di risarcimento danni[39].

Dato che le parti avevano scelto come sede dell'arbitrato Francoforte sul Meno, in Germania, in omaggio al principio di territorialità del diritto processuale[40] la Slovacchia ha fatto istanza di annullamento del lodo avanti il Tribunale superiore del Land di Francoforte e impugnato la decisione di rigetto avanti la Corte federale di giustizia tedesca[41].

Lo Stato condannato, affiancato dalla Commissione anche in sede di domanda di annullamento, ha sostenuto che l'accordo arbitrale e il lodo dovessero essere annullati per contrarietà all'ordine pubblico, così come previsto dall'art. 1059 del Codice di procedura civile tedesco. L'accordo arbitrale per violazione degli articoli 18, 267 e 344 del TFUE; il lodo poiché il collegio arbitrale, nel determinare il danno, avrebbe violato i diritti di difesa del convenuto e non avrebbe considerato superiori norme di diritto UE in materia di libera circolazione di capitali, essendo vieppiù privo del potere di operare il rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art. 267 del TFUE.

Pur non condividendo gli argomenti della Slovacchia, nel 2016 la Corte federale tedesca ha disposto il predetto rinvio[42]. Data la sua qualità di

[37] V. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic*, firmato a Praga il 29 aprile 1991, <*https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/148/netherlands*>.

[38] Tale eccezione è stata sollevata altre volte dagli Stati membri convenuti in giudizio e sempre rigettata dai collegi arbitrali. V. il par. 3 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, del 19 settembre 2017, nella causa *Slowakische Republik c. Achmea BV*, C-284/16, EU:C:2017:699.

[39] V. la decisione dell'*Oberlandesgericht* di Francoforte sul Meno, del 10 maggio 2012, in particolare p. 13, <*https://www.italaw.com/countries/germany*>.

[40] V. B. Barel e S. Armellini, *Diritto internazionale privato*, Giuffré, Milano, 2023, p. 320.

[41] V. CGUE, sentenza del 6 marzo 2018, nella causa *Slowakische Republik c. Achmea BV*, C-284/16, in EU:C:2018:158.

[42] *Ibidem*.

giudice di ultima istanza, il tribunale tedesco ha ritenuto invero di non poterne prescindere trattandosi, comunque, di una questione di fondamentale importanza. Ciò, a fronte dei numerosi BIT ancora in vigore tra gli Stati membri[43], che contenevano clausole compromissorie analoghe a quella in discussione sulle quali la CGUE non si era mai espressa.

È stato così chiesto alla Corte dell'Unione europea di chiarire se la clausola prevista dall'art. 8 del BIT tra i Paesi Bassi e la Slovacchia si ponesse in contrasto con gli articoli 18, paragrafo 1, 267 e 344 del TFUE, che sanciscono rispettivamente: il divieto agli Stati membri di discriminare i rispettivi cittadini sulla base della nazionalità; la facoltà per i giudici degli Stati membri, e se di ultima istanza l'obbligo, di rinvio pregiudiziale alla CGUE per l'interpretazione dei trattati, la validità e l'interpretazione degli atti UE; la competenza esclusiva della giurisdizione UE per le controversie relative all'interpretazione ovvero all'applicazione dei trattati.

Con parere consultivo del 19 settembre 2017 l'Avvocato Generale della CGUE, Wathelet, ha escluso l'addotto contrasto.

Correttamente, Wathelet ha osservato che l'Unione europea non ha aderito al BIT in questione*, "il quale quindi non fa parte del diritto dell'Unione … Pertanto, la competenza esclusiva della Corte, garantita dall'articolo 344 TFUE, non è rimessa in discussione*" ([44]). L'Avvocato generale ha altresì rimarcato che: "*i TBI interni all'Unione, e più in particolare il TBI di cui trattasi nel procedimento principale, istituiscono diritti ed obblighi che non riproducono né contraddicono le garanzie di tutela degli investimenti transfrontalieri offerte dal diritto dell'Unione*"[45].

D'altronde, come detto, la discriminazione è vietata dal TFUE quando abbia la sua base in un provvedimento normativo interno e non di diritto internazionale[46]. In un trattato appartenente a quest'ultimo ordinamento, infatti, la logica sottesa non è certo quella di privilegiare l'altra parte dell'accordo, bensì quella di creare un sinallagma di diritti e doveri reciproci, non diversamente da quanto avviene nell'ambito di un rapporto contrattuale. E non ci pare che l'UE potrebbe impedire ad uno Stato membro di stipulare un contratto con un privato avente la nazionalità di un altro Paese dell'Unione, invocando il principio di cui al predetto art. 18 del TFUE.

[43] Al tempo, escludendo la tesi dell'abrogazione automatica sostenuta dalla Commissione, tra gli Stati membri erano ancora in vigore 196 BIT. V. il par. 3 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

[44] V. i par. 167 e 168 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

[45] V. il par. 180 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

[46] V. il par. 72 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

Altrettanto ineccepibile riteniamo l'osservazione dell'Avvocato Generale per cui, il meccanismo di soluzione arbitrale delle controversie previsto dall'art. 8 del BIT tra Paesi Bassi e Slovacchia, "*non rientra nell'ambito di applicazione ratione materiae né della libertà di stabilimento né della libera circolazione dei capitali* – invocate dalla Commissione quali norme speciali rispetto al generale divieto di discriminazione[47] – *né di un'altra disposizione del Trattato FUE, in quanto il diritto dell'Unione non istituisce mezzi di ricorso che consentano ai singoli di citare gli Stati membri dinanzi alla Corte*"[48].

Come ricordato da Wathelet, "*secondo una giurisprudenza arbitrale costante, il diritto degli investitori di ricorrere all'arbitrato internazionale è la disposizione più importante dei TBI in quanto, nonostante il suo contenuto procedurale, costituisce di per sé una garanzia indispensabile che incentiva e tutela gli investimenti*"[49].

Infatti, "*uno Stato può favorire l'ingresso di capitale estero nel suo territorio concedendo un livello elevato di tutela giuridica all'investimento nell'ambito di un TBI nonché concedendo vantaggi fiscali. Come nelle convenzioni preventive della doppia imposizione, che non sono mai state ritenute in via di principio incompatibili con i Trattati UE e FUE, la reciprocità degli impegni assunti dagli Stati è una componente essenziale dei TBI*"[50].

In assenza di una disciplina internazionale di carattere sostanziale, l'importanza di favorire il flusso di capitali privati attraverso la creazione di un foro terzo, sia rispetto all'investitore, che al Paese ospite dell'investimento, è stato all'origine della creazione della più importante e risalente istituzione in materia, ossia il Centro internazionale per la soluzione delle controversie in materia di investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* o ICSID nell'acronimo inglese)[51].

Ciò che invece indebolisce, a nostro avviso, il parere di Wathelet è l'ampio spazio dato a considerazioni empiriche, come il numero limitato di casi arbitrali in cui Paesi membri sono stati condannati o in cui i collegi hanno verificato la validità degli atti dell'Unione europea e degli

[47] V. il par. 54 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[48] V. il par. 56 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[49] V. il par. 77 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[50] V. il par. 79 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[51] Vedi G. Sacerdoti, *La Convenzione di Washington del 1965: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, pp. 13-40, 14; I. F. I. Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA*, in *ICSID Review*, 1986, I, p. 1 ss., spec. p. 4.

Stati rispetto al diritto UE[52]. Considerazioni di questo tipo non possono escludere *ex se* la lamentata incompatibilità fondata su ragioni giuridiche.

Così come ci pare che, in vari punti, le conclusioni dell'Avvocato generale abbiano forzato il dato normativo oltre i margini della sua interpretabilità. In proposito, si ricorda l'affermazione per cui, a seguito dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale, i collegi arbitrali in esame diverrebbero giudici previsti dagli ordinamenti di Paesi Bassi e Slovacchia, seppur comuni ai due Stati. Con la conseguenza che tali collegi sarebbero legittimati a chiedere alla CGUE di pronunciarsi in via pregiudiziale e si escluderebbe qualsiasi incompatibilità con l'art. 344 del TFUE[53]. Orbene, come detto, l'adattamento è una mera conseguenza della ratifica di un atto normativo internazionale che, così come non trasforma la fonte dei diritti e degli obblighi che ne derivano, allo stesso modo non tramuta la clausola compromissoria in norma istitutiva di un organo appartenente all'ordinamento giudiziario degli Stati contraenti[54].

Per vero, anche molti degli argomenti esposti dalla Commissione a sostegno dell'incompatibilità ci sono apparsi empirici o forzati. Così, *ex multis*, la tesi per cui i diritti dell'investitore, pur in assenza di un trattato multilaterale di investimento (diffusamente noto con la denominazione inglese *Multilateral Investment Treaty* o MIT) europeo o di una puntuale disciplina UE[55], sarebbero già adeguatamente garantiti dai principi dei Trattati istitutivi e dalla Carta di Nizza[56]. Wathelet, peraltro, ha replicato a questo argomento con il dato quantitativo del maggior numero, oltreché della specificità, dei diritti garantiti dal BIT Paesi Bassi/Slovacchia.

Ancora la Commissione ha rimarcato che l'istituzione di collegi arbitrali sarebbe in contrasto con il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri, così come l'eventualità che l'arbitrato si svolga o debba essere

[52] V. i par. 44 e 45 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

[53] V. il par. 85 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

[54] Non è pertinente, al riguardo, il richiamo alla sentenza della CGCE, del 4 novembre 1997, nella causa *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV contro Evora BV*, C-337/95, EU:C:1997:517, pronunciata a seguito di rinvio pregiudiziale del *Hoge Raad* (Corte Suprema) dei Paesi Bassi,. Tale caso, infatti, faceva riferimento a un organo effettivamente giurisdizionale, ossia la Corte del Benelux, seppur creato da un trattato internazionale in considerazione e in conseguenza dei risalenti rapporti di unione doganale esistenti tra Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi. V. il par. 128 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

[55] Una proposta in tal senso è stata presentata da Germania, Francia, Paesi Bassi, Austria e Finlandia nell'aprile 2016. V. il par. 81 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

[56] V. il par. 179 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

riconosciuto/eseguito in uno Stato terzo non garantirebbe il controllo da parte dell'autorità giudiziaria degli Stati membri sulla corretta applicazione del diritto dell'Unione[57].

Al riguardo, si nota che gli ultimi due argomenti mal si conciliano con la partecipazione dell'Unione europea e dei suoi membri a MIT che prevedono forme arbitrali di soluzione delle controversie[58].

A ciò si aggiunga che, nel parere reso sull'Accordo di libero scambio con Singapore, la stessa CGUE ha espressamente riconosciuto che la previsione di appositi meccanismi di soluzione delle controversie nei trattati di investimento assume valore di garanzia sostanziale per l'investitore, prima ancora che procedurale[59].

Come detto, infatti, per gli investitori questi meccanismi rivestono importanza qualificandosi quali fori equidistanti rispetto ad una controparte, lo Stato, che non può certo dirsi su di un piano di parità con il privato. Ciò senza trascurare che, come rimarcato dall'Avvocato generale, i giudici statali precludono spesso agli investitori la possibilità di invocare il diritto internazionale a sostegno delle loro pretese, tra cui appunto i BIT, nonché "*impongono … termini difficilmente conciliabili con la prassi commerciale e con gli importi in gioco*"[60]. A quest'ultimo proposito particolare rilievo assume anche la possibilità data alle parti di scegliere, quali arbitri, persone specializzate nella peculiare materia degli investimenti internazionali[61].

3.1. (segue) La sorprendente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul caso Achmea BV (già Eureko BV) contro Slovacchia

Seppur con le criticità sin qui evidenziate[62], e benché non vincolante, ritenevamo e riteniamo che il parere dell'Avvocato generale Wathelet[63] indirizzasse la Corte di giustizia dell'Unione europea verso il corretto

[57] V. il par. 251 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[58] Tra questi, per esempio, l'*Energy Charter Treaty*, cit., la cui compatibilità con il diritto dell'Unione, come ricordato da Wathelet, non è mai stata messa in discussione. V. il par. 43 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[59] V. il par. 209 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[60] V. il par. 206 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[61] V. il par. 266 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[62] V. *supra*, nel paragrafo che precede.
[63] V. le *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

inquadramento giuridico del rapporto esistente tra fonti appartenenti a diversi ordinamenti.

È stato quindi con estremo stupore che si è letta la decisione resa nella causa C-284/16[64], con cui la Corte ha sancito l'incompatibilità tra l'art. 8 del BIT in esame e il diritto dell'Unione europea.

Innanzitutto, la Corte ha così statuito prendendo in considerazione solo la possibile violazione degli articoli 267 e 344 del TFUE. Avendo giudicato fondata tale violazione, infatti, i Giudici di Lussemburgo hanno ritenuto superfluo rispondere alla domanda pregiudiziale, che ci pareva per vero altrettanto se non maggiormente rilevante, avente a oggetto l'addotta incompatibilità della clausola arbitrale con il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità ex art. 18 del TFUE.

Nella decisione in commento, la Corte ha inoltre omesso di affrontare altri argomenti, a nostro avviso fondamentali, richiamati nel parere di Wathelet. Tra questi: il fatto che l'art. 344 del TFUE riguarda le controversie tra Stati, e non tra Stati e privati; il diritto dell'Unione europea non riconosce agli investitori una protezione sovrapponibile a quella, ben più ampia e specifica, garantita dai BIT; l'arbitrato, quale incentivo al flusso internazionale di capitali privati[65], è previsto da trattati multilaterali di cui sono parti gli Stati membri, e talora anche l'Unione europea, senza che rispetto ad essi quest'ultima abbia sollevato alcuna contestazione[66].

Si nota ancora che la motivazione delle prime due asserite violazioni è estremamente laconica e pressoché limitata al richiamo dei principi generali sottesi agli articoli 267 e 344 del TFUE, ossia: la Corte quale garante della corretta interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea, nonché; gli obblighi di reciproca fiducia e leale cooperazione tra gli Stati membri. Dall'eventualità che il collegio arbitrale esamini il diritto unionale la Corte ha fatto discendere, quasi automaticamente, la violazione dei predetti principi.

D'altro canto tale motivazione, nonostante e forse proprio a causa della sua estrema stringatezza, presenta criticità altrettanto, se non più, evidenti di quelle rilevate nell'esteso parere dell'Avvocato generale Wa-

[64] V. *supra*, nota 41.

[65] V. *supra*, nota 51.

[66] Si ricorda, anzi, che la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea ha evidenziato il valore di garanzia sostanziale dell'arbitrato di investimento. V. il parere della CGUE, del 16 maggio 2017, n. 2/15, emesso ai sensi dell'art. 218, par. 11, del TFUE, sull'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, EU:C:2017:376. V. anche, *supra*, nota 59.

thelet[67]. Ciò a cominciare dal fatto che, mentre nel parere tali criticità riguardano ragionamenti e dati esposti per rafforzare la compatibilità già sostenuta da solide basi giuridiche, nella decisione di cui si discute esse interessano il cuore dell'argomentazione.

Correttamente la Corte ha rimarcato che l'arbitrato previsto dall'art. 8 del BIT tra Paesi Bassi e Slovacchia non può essere considerato un organo giurisdizionale comune ai due Stati. La tesi proposta in tal senso dall'Avvocato generale, infatti, come detto, va *prima facie* oltre un'interpretazione estensiva delle norme dell'accordo[68]. Altrettanto forzate ci paiono, tuttavia, le conseguenze che la Corte ne ha tratto.

In particolare, non ci sembra condivisibile l'argomento per cui, non essendo il collegio arbitrale un organo giurisdizionale degli Stati, il suo intervento pregiudicherebbe il potere di controllo della Corte ex art. 267 del TFUE. Tale potere presuppone infatti che per risolvere la controversia il collegio arbitrale abbia necessariamente applicato il diritto unionale, la qual cosa non corrisponde al vero.

La Corte ha inoltre paventato, così come aveva fatto la Commissione, la possibilità che le parti svolgano l'arbitrato in uno Stato terzo, con la conseguenza di assoggettare la verifica del lodo alle norme processuali di questo Stato. Orbene nella fattispecie esaminata dai Giudici di Lussemburgo, essendo sia l'investitore, che lo Stato ospite dell'investimento, collocati nel perimetro del mercato unico, tale eventualità appare un'ipotesi di scuola.

A quest'ultimo riguardo non va poi trascurato che, anche se ciò accadesse, il controllo del lodo da parte dei giudici nazionali e della CGUE ex art. 267 del TFUE resterebbe in ogni caso possibile al momento della sua esecuzione in uno degli Stati membri parti del BIT.

Contraddittoria, oltreché irrilevante, ci pare inoltre la puntualizzazione dei Giudici dell'Unione europea circa la limitatezza della verifica dei lodi disciplinata dall'art. 1059 del Codice di procedura civile tedesco[69].

[67] V. *supra*, nel paragrafo che precede.

[68] *Ibidem*.

[69] Ai sensi dell'art. 1059, che reca la rubrica "*Aufhebungsantrag*" (Domanda di annullamento), del Codice di procedura civile tedesco (*Zivilprozessordnung*): *"(1) Gegen einen Schiedsspruch kann nur der Antrag auf gerichtliche Aufhebung nach den Absätzen 2 und 3 gestellt werden. (2) Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, 1. wenn der Antragsteller begründet geltend macht, dass a) eine der Parteien, die eine Schiedsvereinbarung nach den §§ 1029, 1031 geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie persönlich maßgebend ist, hierzu nicht fähig war, oder dass die Schiedsvereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach deutschem*

Infatti, questo articolo si applica ai lodi arbitrali in genere, di talché gli arbitrati che si svolgono in Germania dovrebbero essere totalmente banditi dal mercato unico.

Al contrario, la CGUE ha riconosciuto piena legittimità ai collegi arbitrali previsti dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Va altresì aggiunto che qualsiasi controllo delle decisioni giudiziarie assoggettabili a impugnazione, emesse dunque ad esito di procedimenti per i quali il rinvio pregiudiziale non è un obbligo ma una mera facoltà[70], "*può essere esercitato … solo nella misura in cui il diritto nazionale lo consenta*"[71].

Per nulla persuasiva risulta, parimenti, l'argomentazione utilizzata dalla Corte nel tentativo di superare il parallelo con l'arbitrato commerciale, sollevato *inter alia* da Wathelet[72], la cui validità è sempre stata riconosciuta dai Giudici di Lussemburgo, i quali ne hanno sottolineato vieppiù "*le esigenze di efficacia*"[73].

Recht ungültig ist oder b) er von der Bestellung eines Schiedsrichters oder von dem schiedsrichterlichen Verfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist oder dass er aus einem anderen Grund seine Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht hat geltend machen können oder c) der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, die in der Schiedsabrede nicht erwähnt ist oder nicht unter die Bestimmungen der Schiedsklausel fällt, oder dass er Entscheidungen enthält, welche die Grenzen der Schiedsvereinbarung überschreiten; kann jedoch der Teil des Schiedsspruchs, der sich auf Streitpunkte bezieht, die dem schiedsrichterlichen Verfahren unterworfen waren, von dem Teil, der Streitpunkte betrifft, die ihm nicht unterworfen waren, getrennt werden, so kann nur der letztgenannte Teil des Schiedsspruchs aufgehoben werden; oder d) die Bildung des Schiedsgerichts oder das schiedsrichterliche Verfahren einer Bestimmung dieses Buches oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat und anzunehmen ist, dass sich dies auf den Schiedsspruch ausgewirkt hat; oder 2. wenn das Gericht feststellt, dass a) der Gegenstand des Streites nach deutschem Recht nicht schiedsfähig ist oder b) die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung (ordre public) widerspricht. (3) Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, muss der Aufhebungsantrag innerhalb einer Frist von drei Monaten bei Gericht eingereicht werden. Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem der Antragsteller den Schiedsspruch empfangen hat. Ist ein Antrag nach § 1058 gestellt worden, verlängert sich die Frist um höchstens einen Monat nach Empfang der Entscheidung über diesen Antrag. Der Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs kann nicht mehr gestellt werden, wenn der Schiedsspruch von einem deutschen Gericht für vollstreckbar erklärt worden ist. (4) Ist die Aufhebung beantragt worden, so kann das Gericht in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei unter Aufhebung des Schiedsspruchs die Sache an das Schiedsgericht zurückverweisen. (5) Die Aufhebung des Schiedsspruchs hat im Zweifel zur Folge, dass wegen des Streitgegenstandes die Schiedsvereinbarung wiederauflebt."

[70] V. l'art. 267 (ex articolo 234 del TCE), secondo comma, del TFUE.

[71] V. il par. 53 della sentenza CGUE nella causa C-284/16, cit.

[72] V. il par. 258 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

[73] V. il par. 54 della sentenza CGUE nella causa C-284/16, cit.

Nella decisione in commento è stato invero affermato che l'arbitrato previsto dai BIT e l'arbitrato commerciale sarebbero diversi, in quanto: "*mentre il secondo trova la sua origine nell'autonomia della volontà delle parti in causa, il primo deriva da un trattato, mediante il quale gli Stati membri acconsentono a sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali … controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto* [dell'UE, n.d.r.]"[74].

Al riguardo, va innanzitutto eccepito che con l'arbitrato di investimento gli Stati non si accordano per sottrarre le controversie al giudizio delle proprie magistrature, sempre possibile, bensì offrono all'investitore la facoltà di avvalersi di una procedura alternativa[75]. Si tratta di una procedura che, come visto, per l'investitore dovrebbe essere sinonimo di equidistanza e specifica competenza.

Inoltre, non si vede come possa disconoscersi che anche gli arbitrati previsti dai BIT sono espressione dell'autonomia della volontà delle parti: quella dello Stato manifestata con la ratifica del trattato; quella dell'investitore manifestata, sia con la determinazione all'investimento, regolato da precise norme nazionali e internazionali, sia, ancor più chiaramente, con l'instaurazione del procedimento arbitrale[76].

Va altresì considerato che pure la facoltà dei privati di ricorrere all'arbitrato commerciale può discendere da un trattato internazionale, quale la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961[77].

Posto che anche l'arbitrato commerciale può dare luogo a lodi incompatibili con il diritto dell'Unione europea, come ha sottolineato l'Avvocato generale Wathelet, se "*l'arbitrato internazionale tra privati non pregiudica l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e, di conseguenza, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione*"[78], lo stesso deve valere per l'arbitrato internazionale tra investitori e Stati. Stati che, peraltro, possono essere parti di un procedimento arbitrale anche in materia commerciale.

Come già anticipato, nella sentenza di cui si discute la Corte ha evitato inoltre di affrontare la questione dell'incompatibilità delle clausole arbitrali previste dai BIT con l'art. 18 del TFUE. D'altronde, anche la pretesa

[74] V. il par. 55 della sentenza CGUE nella causa C-284/16, cit.

[75] V. P. Bernardini, *Investimento straniero e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2017, 27(4), p. 673 ss.

[76] V. L. Galanti, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, in *Riv. arb.*, 2017, 27(2), p. 425 ss., e ivi spec. p. 430 ss.

[77] V. la *Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale*, firmata a Ginevra il 21 aprile 1961.

[78] V. il par. 259 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

discriminazione sulla base della nazionalità non trova fondamento: come già detto, infatti, non siamo di fronte a una misura interna che privilegi una nazionalità rispetto a un'altra, bensì a un trattato internazionale fondato sul canone del *do ut des*[79].

Ciò, senza trascurare che la differenza appena evocata era stata precedentemente rimarcata proprio dai Giudici di Lussemburgo, quando erano stati chiamati a valutare la possibile incompatibilità con l'art. 18 del TFUE dei trattati intra-UE in materia fiscale[80]. Di talché, una pronuncia difforme riguardo ai BIT avrebbe dato adito a una contraddizione analoga a quella esistente tra le pronunce della CGUE in materia di arbitrato commerciale e la decisione di cui si discute.

Infine, ci preme rilevare come, a nostro sommesso avviso, la conclusione dei trattati bilaterali di investimento non abbia a che vedere con la mancanza di reciproca fiducia o cooperazione tra gli Stati membri. Tali elementi sono semmai i presupposti della stipulazione di un accordo, al quale le parti in mancanza non si appresterebbero.

In definitiva, l'origine e l'esito dei BIT sono la prammatica visione di ciò che può, da un lato, stimolare e, dall'altro, proteggere l'investitore privato.

Aveva giustamente osservato Wathelet che "*se si seguisse la logica della Commissione* [fatta propria sostanzialmente dalla CGUE, n.d.r.], *qualsiasi arbitrato potrebbe pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e quindi l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione*" ([81]).

Ciò che viene pregiudicato, invece, con la sentenza della Corte è il fondamentalissimo principio dell'affidamento degli investitori, in assenza di una normativa e di un foro europeo che li garantisca compiutamente, sia dal punto di vista sostanziale, che procedurale[82].

Se l'entità della sanzione pecuniaria inflitta dal collegio arbitrale era certamente suscettibile di creare difficoltà al bilancio della Slovacchia, il decremento degli investimenti stranieri che poteva conseguire alla pronuncia del marzo 2018 avrebbe avuto verosimilmente riflessi ben più negativi sull'economia del Paese.

[79] V. *supra*, nel paragrafo che precede.
[80] V. i par. 66 ss. delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[81] V. il par. 260 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.
[82] Tale aspetto è stato ripetutamente sottolineato anche in sede arbitrale. V. i par. 204 ss. delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

E che il trend degli IDE in entrata sia stato discendente in Slovacchia dal 2018 al 2023 è fotografato dai più accreditati report nazionali e internazionali[83].

Report che sottolineano, altresì, come gli Stati europei siano quelli con i quali la Slovacchia ha le più rilevanti relazioni commerciali e di investimento, nonché come tra i fattori che scoraggiano maggiormente l'*inflow* di capitali in quel Paese vi siano la giustizia e la corruzione[84].

3.2. I pericolosi effetti indiretti del caso *Achmea* sui trattati bilaterali di investimento extra-UE e sui trattati multilaterali di investimento

La decisione della Corte, seppur con effetti limitati al caso di specie[85], non solo mette a rischio i mezzi alternativi di soluzione delle controversie previsti dagli altri BIT intra-UE, ma altresì quelli previsti da trattati bilaterali e multilaterali di investimento conclusi con Stati terzi.

Come correttamente rimarcato dal Professor Thym, infatti, la sentenza di cui si discute presenta un livello di astrazione tale da rappresentare una coriacea affermazione di principio del sillogismo autonomia del diritto unionale-esclusività del ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea[86].

Ricorda ancora efficacemente Thym come questa non sia la prima volta in cui la Corte ha osteggiato suoi possibili organi concorrenti. È quanto è accaduto *inter alia* nel 2014, quando i Giudici di Lussemburgo hanno espresso parere negativo sulla possibilità per le istituzioni UE di accedere

[83] Tralasciando il c.d. periodo Covid, gli IDE in entrata della Slovacchia sono passati da circa quattro milioni di dollari statunitensi nel 2017 a circa novantotto milioni di dollari nel 2023, con una previsione per il 2024 che si dovrebbe attestare intorno ai mille e cinquecento milioni. Orbene, è chiaro che è difficile, se non impossibile, stabilire in che misura la politica UE abbia inciso su tale trend, ma pare allo stesso modo difficile poter escludere qualsiasi correlazione. V. Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, Osservatorio Economico, *Scheda di Sintesi: SLOVACCHIA*, <*https://www.infomercatiesteri.it/public/osservatorio/schede-sintesi/repubblica-slovacca_90.pdf*>.

[84] V. Lloyds Bank, *Slovakia: Investing in Slovakia. Foreign direct investment (FDI) in Slovakia,* <*https://www.lloydsbanktrade.com/en/market-potential/slovakia/investment*>.

[85] V. L. Daniele, *Commento all'art. 267 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati sull'Unione europea*, Giuffré, Milano, 2014, p. 2013 ss.

[86] V. D. Thym, *The CJEU ruling in Achmea: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals*, in *EU Law Analysis*, <*http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html*>.

alla Corte europea dei diritti dell'uomo[87]. Ciò, benché i Trattati unionali indirizzassero esplicitamente verso la soluzione affermativa[88].

Nei paragrafi da 32 a 37 della sentenza resa sul caso Achmea, la Corte richiama invero ripetutamente il suo parere n. 2/13, del 18 dicembre 2014[89], sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)[90]. Parere che, però, come detto, sacrifica i principi dei Trattati, favorevoli a una più efficace e sperimentata protezione dei diritti umani, alla tutela del primato delle istituzioni UE nel rapporto con qualsiasi altra istituzione extra-UE[91].

Nel sostenere tale primato, la Corte è giunta persino a negare l'obbligo per gli Stati membri di conformarsi alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, qualora tali risoluzioni contraddicano i principi del diritto unionale, cui riconosce valore costituzionale[92]. Anche in questo caso non si può sottacere la forzatura interpretativa compiuta dalla CGUE. I Trattati UE non sono una Carta costituzionale, ma sono appunto, come dicono chiaramente il loro nome e la loro procedura di adozione, dei trattati internazionali. Come già ricordato, si era cercato di sostituire i Trattati comunitari con una Costituzione, ma il tentativo è fallito per la volontà contraria espressa dalle popolazioni interpellate. Negare questo significa contraddire il fondamentale principio di democrazia, ripetuta-

[87] V. gli artt. 19 e ss. della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, firmata a Roma il 4 novembre 1950 sotto gli auspici del Consiglio d'Europa.

[88] V. gli art. 2 e 7 del TUE, cit., la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *G.U.U.E.*, 7.06.2016, C 202/389, nonché l'art. 6, par. 2, del Trattato di Lisbona, cit., il quale prevede che l'UE aderisca alla CEDU.

[89] V. CGUE, Parere n. 2/13, del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454.

[90] V. *supra*, nota 87.

[91] Thym, *The CJEU ruling in Achmea,* cit., ricorda ancora i pareri negativi emessi dalla Corte di Giustizia europea sulla creazione del tribunale previsto dal primo progetto di Accordo sullo Spazio Economico Europeo e del tribunale europeo per i brevetti, entrambi coinvolgenti Stati terzi. V., rispettivamente, CGCEE, Parere n. 1/91, del 14 dicembre 1991, EU:C:1991:490, e CGUE, Parere n. 1/09, del 8 marzo 2011, EU:C:2011:123.

[92] V. CGUE, sentenza del 18 luglio 2013, nelle cause riunite C584/10 P, C593/10 P e C595/10 P, EU:C:2013:518, a seguito del giudizio promosso dalla Commissione europea, dal Consiglio dell'Unione europea e dal Regno Unito per l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 30 settembre 2010, Kadi/Commissione (T85/09), con cui quest'ultimo aveva annullato il Regolamento (CE) n. 1190/2008 della Commissione, del 28 novembre 2008, recante la centunesima modifica del Regolamento (CE) n. 881/2002 del Consiglio che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talebani.

mente acclamato nel Trattato sull'Unione europea, quale radice e minimo comune denominatore degli Stati membri.

Dal punto di vista giuridico, i Trattati UE sono accordi internazionali regionali, laddove invece la Carta ONU è un trattato internazionale universale, antecedente i Trattati comunitari. Molte delle norme della Carta hanno valore di diritto cogente, inderogabile dunque da parte di altri accordi internazionali. Rango di diritto cogente è stato riconosciuto da più parti anche all'art. 103 della Carta, il quale sancisce la superiorità degli obblighi derivanti dall'appartenenza alle Nazioni Unite rispetto a quelli derivanti da qualsiasi altro trattato internazionale[93].

D'altronde, è proprio e ancora una volta il Trattato sull'Unione europea che obbliga l'Unione al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale[94].

Non va poi dimenticato che il parere n. 2/13 della CGUE si basa sull'art. 218(11) del TFUE, il quale istituisce un possibile controllo preventivo (e impeditivo) dei Giudici di Lussemburgo sugli accordi internazionali che l'UE potrebbe concludere con Stati terzi od organizzazioni internazionali.

Ma nella fattispecie che ci occupa, com'è evidente, i BIT (intra o extra-UE) sono accordi già conclusi, che regolano rapporti di investimento già in essere, mettendo dunque in gioco, torniamo a rimarcare, il principio della tutela dell'affidamento degli investitori, che non può non considerarsi altrettanto fondamentale di quelli richiamati dalla CGUE.

Nella materia che ci occupa viene in rilievo, altresì, l'art. 351 del TFUE, a mente del quale le disposizioni dei Trattati "*non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti* [come quelli parti dei BIT intra-UE, n.d.r.], *anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra*". "*Nella misura in cui tali convenzioni* – prosegue la norma – *sono incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate*". Non, dunque, un'abrogazione *ipso iure*, bensì semmai la denuncia dei trattati come previsto dal diritto internazionale di cui, sia i Trattati UE, che i BIT, fanno parte[95].

Secondo i Giudici di Lussemburgo[96], la predetta norma non sarebbe applicabile ai trattati che divengono intra-UE a seguito dell'adesione di

[93] V. B. Conforti, M. Iovane, *Diritto internazionale,* cit., p. 199 ss.
[94] V. l'art. 21, par. 1, del TUE.
[95] V. B. Conforti, M. Iovane, *Diritto internazionale,* cit., p. 156 ss.
[96] V. il par. 47 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

una delle parti contraenti. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 30 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati[97], l'accordo concluso anteriormente all'adesione troverebbe applicazione solo nella misura in cui esso non sia incompatibile con i Trattati UE. Ci permettiamo tuttavia di dissentire, rimarcando come l'art. 30 si applichi solo alla successione nel tempo di trattati che, oltre ad avere le medesime parti, regolano la medesima materia. Cosicché in tal caso, data la sovrapposizione, il trattato anteriore "*non si applica che nella misura in cui le sue disposizioni siano compatibili con quelle del trattato posteriore*". Peraltro, anche il primo comma del predetto art. 30 fa salve espressamente le disposizioni dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite.

Orbene, salvo voler ricorrere a un'ulteriore forzatura, una previsione di competenza non ancora esercitata non può certo tradursi nella suddetta coincidenza di materia. Oltretutto, ciò che la Commissione e la Corte UE hanno lamentato in merito agli IDE è proprio l'incompatibilità tra le diverse fonti di diritto internazionale, per cui non si vede perché nell'ipotesi considerata non dovrebbe trovare applicazione l'art. 351 del TFUE[98].

Non sfugge, d'altronde, come la strenua (e astratta) difesa della costruzione comunitaria da parte della sua Corte, sia riguardo all'adesione alla CEDU, sia riguardo ai BIT, in assenza di una normativa e di sistemi di controllo UE minimamente paragonabili a quelli previsti dai predetti trattati, finisca in sostanza per pregiudicare la tutela delle persone che dell'UE fanno parte.

Non si comprende, poi, perché la Corte non abbia contestato la legittimità dell'arbitrato di investimento nel parere reso sul progettato Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore[99]. Invero, l'unico principio tra quelli invocati dalla CGUE nel caso Achmea che non rileva nei BIT extra-UE è quello dell'obbligo di reciproca fiducia tra gli Stati membri.

Inoltre, anche alla luce di quest'ultimo parere, la violazione della competenza esclusiva dell'Unione europea in materia di investimenti diretti esteri può venire in discussione solo per i trattati conclusi dopo l'attribuzione di tale competenza all'organizzazione. Non certo per gli accordi conclusi prima.

[97] V. l'art. 30 della Convenzione sul diritto dei trattati, firmata a Vienna il 23 maggio 1969 sotto l'egida delle Nazioni Unite, <*https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf*> (testo ufficiale in inglese).

[98] V. in senso conforme F. Marrella, *Unione europea ed investimenti diretti esteri,* cit., p. 130.

[99] V. CGUE, Parere n. 2/15, del 16 maggio 2017.

Consequenziale ci parrebbe, dunque, l'impossibilità di invocare (pretese) incompatibilità con il diritto unionale per farne discendere la sostanziale abrogazione dei trattati precedentemente conclusi, siano essi intra o extra UE.

Ancora, ci pare interessante notare come, sempre nello stesso parere, la CGUE abbia rimarcato la competenza concorrente degli Stati membri in materia di sistemi alternativi di soluzione delle controversie che oppongono Stati ospiti degli IDE e investitori privati stranieri. Il rilievo della volontà degli Stati membri quando tali sistemi sono previsti da un BIT intra-UE, come visto, è stata al contrario meramente esclusa[100].

Il 6 settembre 2017 il Belgio ha chiesto ai Giudici di Lussemburgo di esprimersi sulla compatibilità con il diritto unionale del sistema di soluzione delle controversie in materia di investimenti previsto dall'Accordo economico e commerciale globale tra Canada e Unione europea (diffusamente noto come CETA, ossia l'acronimo di *Comprehensive Economic and Trade Agreement*), già provvisoriamente in vigore con esclusione, *inter alia*, della parte oggetto del parere[101]. In estrema sintesi, tale Accordo prevede la creazione di un sistema giurisdizionale degli investimenti (*Investment Court System, ICS*), composto da un tribunale di primo grado, un tribunale d'appello, nonché la successiva creazione di un tribunale multilaterale per gli investimenti.

Il 30 aprile 2019 la CGUE ha emesso il parere n. 1/17 con il quale ha dichiarato, nuovamente contraddicendo le sue precedenti pronunce, che la procedura di risoluzione delle controversie tra Stati e investitori prevista dal CETA è, "*in linea di principio*", compatibile con il diritto dell'Unione[102].

Nel parere non sfugge la funanbolica argomentazione con cui la Corte, da un lato, afferma che un accordo internazionale concluso dall'UE può incidere sulle competenze delle sue istituzioni, dall'altro, che ciò può avvenire a condizione che vengano salvaguardate le competenze essenziali di tali istituzioni, sì da non compromettere l'autonomia dell'ordinamento unionale.

[100] Thym, riflettendo su una possibile analoga soluzione con riguardo al progettato trattato UE-Stati Uniti (noto con l'acronimo TTIP) e all'accordo UE-Canada (noto con l'acronimo CETA, su cui v. *infra*, nel corpo del testo), vi ha ravvisato una sorta di neo-imperialismo. V. D. Thym, *The CJEU ruling in Achmea,* cit.

[101] V. Commissione europea, *EU-CANADA Accordo economico e commerciale globale (CETA)*, <*https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_it.htm*>.

[102] V. il par. 106 del parere della CGUE n. 1/17, del 30 aprile 2019, in EU:C:2019:341.

Secondo la Corte, poiché i tribunali previsti dal CETA sono "*distinti dagli organi giurisdizionali interni del Canada, dell'Unione e degli Stati membri di quest'ultima*", essi sono chiamati a esprimersi solo sulla corretta interpretazione e applicazione delle disposizioni dell'Accordo e non direttamente di quelle del diritto UE[103]. Inoltre, l'Accordo riserva all'Unione europea la competenza a stabilire se la misura contestata è stata posta in essere da uno Stato Membro e/o dall'Unione e, dunque, se la relativa controversia debba essere promossa nei confronti degli uni o dell'altra, preservando così la competenza esclusiva della Corte a statuire sulla ripartizione delle competenze[104].

Quanto al primo argomento richiamato, basti osservare che la collocazione giuridica dei collegi arbitrali contemplati dai BIT non è difforme da quella dei tribunali CETA; quanto al secondo, che le procedure alternative di soluzione delle controversie disciplinate dai BIT non possono coinvolgere né a livello procedurale, né per quel che concerne il merito della controversia, le misure adottate esclusivamente dall'Unione europea. La qual cosa non lede, parimenti, il potere della Corte di stabilire una possibile violazione delle competenze UE da parte dell'atto posto in essere dallo Stato membro, ritenuto lesivo dei diritti dell'investitore a termini del BIT e/o del contratto di investimento.

In definitiva, sembra davvero difficile non rilevare nei molteplici atteggiamenti delle istituzioni UE un contemperamento tra una marcata volontà di controllo su ciò che accade all'interno del mercato unico e ragioni di pura opportunità politica[105].

[103] V. il par. 114 del parere della CGUE n. 1/17, cit.

[104] V. il par. 132 del parere della CGUE n. 1/17, cit. Nel parere in esame la Corte sostiene, altresì, il legittimo operare dei tribunali CETA nelle loro valutazioni su restrizioni poste alla libertà d'impresa, in quanto in tali valutazioni essi non possono mettere in discussione l'introduzione di misure restrittive a protezione di un interesse pubblico, tutelato dall'Unione nei confronti di tutti gli operatori che investono in un determinato settore commerciale o industriale del mercato interno. La Corte sottolinea, in particolare, come il CETA contenga clausole che privano detti tribunali di qualsiasi competenza a giudicare le scelte democraticamente operate in seno a una parte in materia, segnatamente, di livello di tutela dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza, della morale pubblica, della salute e della vita delle persone e degli animali, della sicurezza degli alimenti, delle piante, dell'ambiente, del benessere nel luogo di lavoro, della sicurezza dei prodotti, dei consumatori o ancora dei diritti fondamentali. V. i par. 148 e 160 del parere della CGUE n. 1/17, cit.

[105] Sul fondamento essenzialmente politico dei diversi atteggiamenti delle istituzioni UE in materia di IDE, in senso conforme v. anche V. P. Bernardini, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., spec. p. 682.

4. Il nuovo tribunale multilaterale per la soluzione delle controversie in materia di investimenti internazionali voluto dalla Commissione europea

Il 13 settembre 2017 la Commissione europea ha chiesto al Consiglio di essere autorizzata a condurre i negoziati per concludere una convenzione internazionale che istituisca un tribunale multilaterale per la soluzione delle controversie in materia di investimenti internazionali, esponendo le relative linee guida in un documento di 120 pagine[106].

Con decisione del 20 marzo 2018, il Consiglio UE ha autorizzato la Commissione ad avviare i suddetti negoziati.

Secondo le linee guida, il tribunale dovrebbe essere composto da giudici di ruolo, dunque da giudici che nei tribunali internazionali sono normalmente indicati e scelti dagli Stati contraenti, assicurare la coerenza delle decisioni e la trasparenza dei procedimenti.

Orbene, come noto, la possibilità di nominare uno o più arbitri nei quali la parte privata ripone fiducia, sia in termini di equidistanza dalla controparte statale, sia in termini di specifica competenza, nonché la riservatezza della procedura legata alla normale esigenza di tutelare i segreti *lato sensu* commerciali sottesi all'attività imprenditoriale dell'investitore, sono tra le principali ragioni che hanno portato anche la CGUE a riconoscere valore sostanziale alla procedura arbitrale di *Investor State Dispute Settlement* (ISDS)[107].

Nei propri atti la Commissione ha insistito, altresì, sulla mancanza di garanzia di indipendenza degli arbitri e sulla necessità del doppio grado di giudizio, problemi che sarebbero superati dal nuovo tribunale multilaterale. Al riguardo, si fa notare che tali questioni sono state da tempo affrontate e risolte nella più rinomata istituzione di ISDS, ossia l'ICSID, attraverso la possibile sostituzione degli arbitri e l'annullamento del lodo, seppur circoscritto a specifiche e gravi ipotesi[108].

[106] V. Commissione europea, *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Multilateral reform of investment dispute resolution, Accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*, COM(2017) 493 final, SWD(2017) 303 final, 13 settembre 2017 .

[107] V. *supra*, nel par. 3.

[108] V. ICSID Secretariat, *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration. Discussion Paper October 22, 2004*, 3, par. 5, nota 56, 3-4, par. 6; ICSID Secretariat, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations. Working Paper May, 12, 2005*; ICSID, *ICSID CONVENTION REGULATIONS AND RULES*, *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules)*, ICSID/15, aprile 2006, artt. 7, 51 e 52.

Invero, l'istituzionalizzazione del secondo grado di giudizio contrasta con le esigenze di celerità della procedura. D'altronde, la necessità dell'appello si giustifica per garantire l'esame della controversia da parte di un diverso consesso di giudici, quando tali giudici sono imposti alle parti; non certo quando i giudicanti sono scelti da queste ultime, come nel caso dell'arbitrato.

A ciò si aggiunga che meccanismi di verifica del lodo sono generalmente previsti, sia dagli ordinamenti degli Stati in cui si svolge la procedura arbitrale, sia dagli ordinamenti degli Stati in cui il lodo deve essere eseguito. Come già detto, la preoccupazione esposta dalla Commissione e dalla Corte che l'arbitrato si svolga in uno Stato che non prevede simili meccanismi non è verosimile[109]. Non si vede poi perché, in special modo quando si discute di un BIT intra-UE, ma non solo, lo Stato ospite dell'investimento, normalmente convenuto e avveduto, dovrebbe acconsentire a una sede dell'arbitrato che lo privi della possibilità di verifica del lodo.

La commissaria al commercio, Cecilia Malmström, ha sottolineato che: "*The multilateral investment court is intended to be an international court empowered to hear disputes over investments between investors and states that will have accepted its jurisdiction over their bilateral investment treaties.*"[110]. Ma se così è, ancora una volta, non vediamo francamente dove stia la differenza rispetto alla volontà di accettare la procedura arbitrale manifestata con la ratifica dei BIT, l'investimento e l'instaurazione del giudizio[111].

Sempre secondo la commissaria Malmström: "*The multilateral investment court should be for investment dispute settlement what the World Trade Organisation is for trade dispute settlement, thus upholding a multilateral rules-based system.*"[112]. Con la fondamentale differenza, però, che il sistema WTO riguarda le controversie interstatali e non le controversie promosse da individui nei confronti degli Stati. Maggiore attinenza avrebbe avuto, semmai, il raffronto con il sistema CEDU; quest'ultimo non poteva però essere utilmente evocato in quanto, come visto, la CGUE ha contestato la

[109] V., *supra*, nel par. 3.1.

[110] V. Commissione europea, *Commission welcomes adoption of negotiating directives for a multilateral investment court*, News Archive, 20 marzo 2018, <*https://policy.trade.ec.europa.eu/news/commission-welcomes-adoption-negotiating-directives-multilateral-investment-court-2018-03-20_en*>.

[111] V. *supra*, nel par. 3.1.

[112] V. Commissione europea, *Commission welcomes adoption of negotiating directives for a multilateral investment court*, cit.

partecipazione ad esso dell'UE, ritenendola pregiudizievole per l'autonomia del diritto unionale[113].

Nelle proprie linee guida, a onor del vero, la Commissione non ha mancato di considerare anche tale aspetto, osservando che: "*It should be noted in passing that the multilateral reform scenario would significantly differ from the accession of the EU to the ECHR. Considering that currently tribunals in EU agreements only apply international law (i.e. the investment agreements) but not EU law, the reformed framework would not interpret EU law, but only be allowed to use it as matter of fact in its judgements. The autonomy of EU law would therefore remain unaffected.*". Tuttavia, questa osservazione ci pare un artificio dialettico che non riesce a giustificare la censura mossa agli arbitrati previsti dai BIT conclusi dagli Stati membri, chiamati a considerare il ruolo del diritto unionale in maniera assolutamente coincidente con quella in cui dovrebbe considerarlo il tribunale multilaterale[114].

Nelle ambizioni di Commissione e Consiglio europei il tribunale multilaterale dovrebbe pronunciarsi sulle controversie relative ai trattati di investimento "*futuri e già in vigore*"[115]. Anche in questo caso, dunque, con un pregiudizio della tutela dell'affidamento degli investitori che hanno impegnato il loro capitale all'estero sulla base di pregressi BIT o MIT.

Il possibile accordo per dare vita al tribunale multilaterale degli investimenti dovrà, in ogni caso, essere negoziato con i partner commerciali e di investimento dell'UE, nel quadro della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL)[116]. Quest'ultima, in realtà, dispone già di un proprio regolamento per le procedure di arbitrato applicabile *inter alia* alle controversie di cui si discute[117], adottato anche nel caso *Achmea contro Slovacchia*[118].

[113] V. *supra*, nel par. 3.2.

[114] V. Commissione europea, *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Multilateral reform of investment dispute resolution, Accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*, cit., 24.

[115] V. Consiglio europeo, *Tribunale multilaterale per gli investimenti: il Consiglio dà mandato alla Commissione per l'avvio dei negoziati,* comunicato stampa n. 144/18 del 20 marzo 2018, *<https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations//>.*

[116] *Ibidem.*

[117] V. UNCITRAL, *UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013) UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, *<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-20 13 -e.pdf>.*

[118] V. il par. 1 delle *Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathelet*, cit.

Medio tempore, ammesso e non concesso che il negoziato abbia i risultati sperati dalle istituzioni UE, vi è comunque da chiedersi quale sia la sorte dei BIT e MIT che prevedono procedure arbitrali ISDS e degli arbitrati in corso dopo la sentenza della CGUE del 6 marzo 2018[119].

Benché l'efficacia di una sentenza emessa a seguito di rinvio pregiudiziale sia circoscritta al caso di specie[120], la Commissione non ha esitato a trarne *expressis verbis* i temuti effetti generali[121]. Con comunicazione del 19 luglio 2018 essa ha, infatti, perentoriamente affermato che la sentenza pronunciata nel caso *Achmea*: "*… implica che tutte le clausole compromissorie tra investitori e Stato contenute nei TBI intra-UE sono inapplicabili e che qualsiasi collegio arbitrale istituito sulla base delle suddette clausole è incompetente a causa dell'assenza di un valido patto compromissorio. Di conseguenza gli organi giurisdizionali nazionali sono tenuti ad annullare qualsiasi lodo arbitrale reso su tali basi e a rifiutare l'applicazione dello stesso. Gli Stati membri che siano parti in un procedimento ancora aperto, a qualsiasi titolo, devono inoltre trarre le necessarie conseguenze dalla sentenza Achmea. In base al principio di certezza del diritto gli Stati membri sono inoltre vincolati a sciogliere formalmente i rispettivi TBI intra-UE.*"[122].

E, invero, anche alla luce delle iniziative precedentemente assunte dalla Commissione[123], il Governo olandese non ha tardato ad annunciare l'inten-

[119] V. *supra*, nota 41.

[120] V. *supra*, nota 85.

[121] V. *supra*, nel par. 3.2.

[122] V. Commissione europea, *Tutela degli investimenti intra-UE*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 luglio 2018, COM(2018) 547 final, 4-5.

[123] V. *supra*, al par. 2.1. Tra le procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea il 18 giugno 2015 vi era quella contro la Romania, avente a oggetto il BIT concluso con la Svezia. Sulla base di questo BIT, a esito di un procedimento arbitrale amministrato dall'ICSID, la Romania era stata condannata a pagare ai ricorrenti 83 milioni di Euro per mancata concessione dei benefici fiscali previsti dal trattato. La Commissione europea era intervenuta anche in questo procedimento in qualità di *amicus curiae*, sostenendo che il beneficio fiscale equivaleva a un aiuto di Stato vietato e, dunque, incompatibile con il diritto unionale. Non solo. La Commissione aveva intimato alla Romania di non dare esecuzione al lodo. Al riguardo si nota come, da un lato, nel menzionato procedimento sia stata la stessa Commissione a invocare avanti il collegio arbitrale l'applicazione del diritto UE, contraddicendo la propria posizione di principio; dall'altro, come non possa essere aiuto di Stato una misura interna che non viene adottata con specifico riguardo alla singola impresa, bensì in applicazione di un obbligo previsto da un trattato internazionale di cui l'UE stessa aveva in passato sollecitato la conclusione. Ciò, nuovamente, a detrimento della tutela dell'affidamento dell'investitore che, anche in considerazione di tale beneficio, si era determinato a impiegare il proprio capitale in Romania. V. ICSID ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, European Food S.A., Starmill s.r.l. e Multipack s.r.l. v. Romania*, lodo

zione di porre termine al BIT con la Slovacchia e non solo. Nel contempo, lo stesso Governo ha avviato la predisposizione di nuovi modelli di trattati di investimento privi di clausole ISDS; peraltro, alla luce delle nuove competenze UE in materia, anche tale iniziativa rischia di essere privata di legittimità[124].

Ancora, il caso *Achmea* ha influito sulle decisioni della Corte d'Appello svedese, avanti la quale possono essere impugnati i lodi pronunciati ad esito di procedimenti arbitrali amministrati dalla Camera di Commercio di Stoccolma, di sospenderne l'esecuzione[125].

Più in generale, a seguito della sentenza *Achmea* gli Stati membri hanno adottato una dichiarazione in cui hanno espresso il loro dovere di trarre da essa tutte le necessarie conseguenze in omaggio agli obblighi derivanti dalla loro partecipazione all'Unione europea, a cominciare dall'inapplicabilità delle clausole arbitrali contenute nei BIT intra-UE[126].

Ma, come temeva il Professor Thym[127], la Commissione non ha limitato le sue considerazioni ai BIT intra-UE, affermando ulteriormente che: "*La sentenza Achmea è rilevante anche per il meccanismo di arbitrato tra investitori e Stato previsto dall'articolo 26 del trattato sulla Carta dell'energia, per ciò che concerne i rapporti intra-UE. Tale disposizione, se interpretata correttamente, non prevede una clausola compromissoria tra investitori e Stato applicabile tra gli investitori di due diversi Stati membri dell'UE.*"[128].

del 11 dicembre 2013, nonché i correlati atti della Commissione europea, <*https://www.italaw.com/cases/697*>. In conseguenza dell'iniziativa della Commissione, il 27 febbraio 2017 il Parlamento della Romania ha adottato una legge per porre fine, consensualmente o unilateralmente, ai 22 BIT intra-UE che la vedevano coinvolta. V. la Legge n. 18/2017 nella Gazzetta Ufficiale della Romania del 21 marzo 2017 n. 198.

[124] V. R.A. Jacchia, D. Scavuzzo, *Investimenti intra-UE. La Corte di Giustizia limita il ricorso alle procedure arbitrali per la risoluzione di controversie sorte nell'ambito di Trattati Bilaterali di Investimento tra Stati Membri*, 17 settembre 2018, <*https://www.dejalex.com/2018/09/investimenti-intra-ue-la-corte-di-giustizia-limita-il-ricorso-alle-procedure-arbitrali-per-la-risoluzione-di-controversie-sorte-nellambito-di-trattati-bilaterali-di-investimento-tra-stati/?lang=it*>.

[125] Così è successo, per esempio, in relazione al caso *PL Holdings S.a.r.l. v. Polonia. V. PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland, SCC Case No. V 2014/163, <https://www.italaw.com/cases/6209>*. V. anche R. A. Jacchia, D. Scavuzzo, *Investimenti intra-UE, cit.*

[126] V. la *Dichiarazione dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri* del 15 gennaio 2019, *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, <*https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf*>.

[127] V. *supra*, nel par. 3.2.

[128] V. Commissione europea, *Tutela degli investimenti intra-UE*, cit., 4.

Anche quest'ultima interpretazione è stata fatta propria dalla Corte d'Appello svedese, che ha sospeso il lodo pronunciato ad esito del procedimento arbitrale SCC 063/2015 tra Norvegia e Spagna[129], fondato sulla Carta dell'Energia[130].

Atteggiamento opposto è stato, invece, tenuto in sede ICSID, ove proprio in relazione ad arbitrati instaurati in virtù della Carta dell'Energia[131] sono state rigettate le eccezioni di incompetenza sollevate invocando la sentenza *Achmea*, che gli arbitri hanno dichiarato ininfluente[132].

Infine, non si può tacere del parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE) sul tema "*Tutela degli investitori e risoluzione delle controversie investitore-Stato negli accordi commerciali e di investimento dell'UE con i paesi terzi*"[133], rispetto al quale i toni usati dalla Commissione nella sopra citata comunicazione si possono persino considerare tenui.

Il parere, che ha preceduto sia la suddetta comunicazione, che le pronunce della CGUE sin qui esaminate, trascura completamente un istituto basilare del diritto internazionale, ossia la protezione dei diritti dello straniero.

Invero, in esso il Comitato economico e sociale ha contestato la legittimità dell'ISDS, non solo nei rapporti intra-UE, ma anche nei rapporti con i Paesi terzi e persino con riguardo ai trattati negoziati dall'UE. A tale fine il CESE, oltre ai già ricordati argomenti della mancanza di trasparenza, del secondo grado di giudizio e dell'indipendenza degli arbitri, ha invocato altresì la discriminazione nei confronti degli investitori nazionali, il pregiudizio per la libertà di condurre politiche di interesse pubblico, il contrasto tra la comunità imprenditoriale e la società civile, nonché il fatto che l'arbitrato di investimento sia "*ormai diventato una fonte di enormi profitti per un piccolo numero di studi legali specializzati in diritto degli investimenti che dominano il settore*".

Ci permettiamo sommessamente di osservare che l'investitore nazionale normalmente partecipa, direttamente o indirettamente attraverso i propri eletti, all'elaborazione di quelle politiche che possono pregiudicare

[129] *V. Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063, <https://www.italaw.com/cases/6613>.*
[130] V. *supra*, nota 26.
[131] *Ibidem.*
[132] V., *inter alia,* il caso ICSID ARB/14/1, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, decisione del 16 maggio 2018, *<https://www.italaw.com/cases/6608>.*
[133] V. *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Tutela degli investitori e risoluzione delle controversie investitore-Stato negli accordi commerciali e di investimento dell'UE con i paesi terzi»*, (2015/C 332/06), in *G.U.U.E.*, 8.10.2015, C 332/45.

l'investitore straniero. È banale osservare che quest'ultimo non gode di un'analoga facoltà.

Non va poi trascurato che l'imprenditore investe a rischio il proprio capitale; la società civile, invece, non solo non sopporta il rischio, ma può semmai godere della crescita economica cui, come riconosce lo stesso CESE, contribuiscono in maniera importante gli investimenti esteri.

Far apparire lo Stato ospite dell'investimento, soprattutto quando si parla di ordinamenti avanzati come quelli dell'UE, in balia dell'investitore e di un conflitto di interessi degli arbitri sul generico assunto che al di fuori del collegio agiscono come legali delle imprese, lascia quanto mento perplessi.

Lo Stato, infatti, negozia il BIT valutandone pro e contro, gode di un ampio novero di consulenti legali e partecipa alla nomina degli arbitri.

È un dato di fatto, poi, che abitualmente l'arbitrato di investimento sia appannaggio di un'*élite* di professionisti altamente specializzati. Ebbene, da un lato, la specializzazione è un merito, e non un demerito; dall'altro, quest'*élite* assisterebbe/assisterà le imprese che ne possono sopportare i costi in qualunque altra sede se ne presenti la necessità, sia questa il progettato tribunale multilaterale degli investimenti o il sistema di conciliazione/mediazione caldeggiato dal CESE.

5. La disciplina transitoria per i trattati bilaterali di investimento con Stati terzi stabilita dal Regolamento (UE) n. 1219/2012

A fronte delle nuove competenze esclusive acquisite in materia di IDE, miglior trattamento è stato riservato dalle istituzioni UE ai BIT conclusi tra Stati membri e Stati terzi.

Ciò, tuttavia e ancora una volta, non senza contrasti con il diritto internazionale e contraddizioni con le affermazioni di principio riguardo alla disciplina degli investimenti sin qui esaminate.

Più precisamente, il 12 dicembre 2012 è stato emanato il Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti[134].

[134] In realtà, il Regolamento intende applicarsi a qualsiasi "*accordo concluso con un paese terzo che contiene disposizioni sulla protezione degli investimenti*", seppur limitatamente alle disposizioni inerenti alla materia di cui si tratta. È evidente, tuttavia, che non sempre una parte di un trattato è *self contained*, sì da permettere una disciplina indipendente

La disciplina è transitoria, in quanto destinata a valere fintantoché tali BIT saranno sostituiti da accordi conclusi dall'UE nella stessa materia. La transitorietà è, però, in realtà, più nominale che sostanziale, dal momento che lo stesso Regolamento disciplina la possibilità per gli Stati membri, non solo di modificare i BIT in vigore, bensì anche di concluderne di nuovi[135].

Osserviamo, inoltre, che parlare della sostituzione di trattati internazionali in vigore con altri trattati conclusi tra soggetti diversi, qual è l'Unione europea rispetto ai Paesi che ne fanno parte, non è giuridicamente possibile[136].

Allo stesso modo il Regolamento trascura il diritto internazionale, le cui norme generali vincolano anche l'UE in quanto organizzazione internazionale intergovernativa, ove pretende di disciplinare, sia il potere degli Stati membri di ratificare i BIT negoziati tra il 1° dicembre 2009 e il 9 gennaio 2013[137], che quello di mantenere in vigore gli accordi già conclusi nel medesimo periodo[138].

Orbene, il fatto che a far data dal 1° dicembre 2009 l'UE sia stata dotata di competenza esclusiva in materia di IDE è del tutto ininfluente

dal resto delle clausole che lo compongono. V. l'art. 1, par. 2, del Regolamento (UE) n. 1219/2012, cit.

[135] V. il considerando n. 9 e l'art. 1, par. 1, del Regolamento (UE) n. 1219/1012, cit. A metà del 2016 la Commissione risultava avere già autorizzato 93 nuove negoziazioni, la riapertura di 41 negoziati, la conclusione di 16 nuovi BIT e la conclusione di 21 protocolli addizionali a BIT extra-UE precedentemente conclusi. V. S. Schacherer, *Can EU Member States Still Negotiate BITs with Third Countries?, in Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development* (IISD) ed., 10 agosto 2016, *<https://www.iisd.org/itn/2016/08/10/can-eu-member-states-still-negotiate-bits-with-third-countries-stefanie-schacherer>*.

[136] Va detto, ad ogni buon conto, che l'Unione europea è stata molto attiva nel negoziare accordi di investimento e, più in generale, di libero scambio con svariati Paesi delle diverse aree del mondo, tra cui Stati Uniti, Canada, Cina, Australia, nonché con l'*Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN) e il *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR). V. i dati aggiornati a giugno 2024 pubblicati dalla Commissione europea, *<https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/negotiations-and-agreements_en>*. V. anche F. Marrella, S. De Vido, *Sugli investimenti diretti esteri regolati dai nuovi accordi commerciali dell'Unione europea*, in *Ricerche giuridiche*, 2014, 3(1), p. 17 ss.

[137] V. l'art. 12 del Regolamento (UE) n. 1219/2012, cit.

[138] Ai sensi dell'art. 12, par. 5, del Regolamento (UE) n. 1219/2012, cit.: "*A meno che un accordo bilaterale in materia di investimenti non sia stato autorizzato a norma del paragrafo 3, lo Stato membro non adotta ulteriori misure per la conclusione di siffatto accordo e ritira o annulla le misure adottate*". In quest'ultimo caso, è chiaro che lo Stato membro si espone a contromisure da parte dello Stato terzo e/o comunque a una controversia con esso.

sulla validità degli accordi internazionali stipulati dagli Stati membri con altri Stati. La predetta competenza esclusiva non può, infatti, annoverarsi tra quelle norme sulla competenza a stipulare di importanza fondamentale, la cui violazione può inficiare la validità del trattato internazionale[139]. Innanzitutto, tale ipotesi di invalidità si riferisce ai trattati stipulati da rappresentanti di Stati o di organizzazioni internazionali privi dei necessari poteri; in secondo luogo, la competenza esclusiva dell'UE non esclude *ex se* la competenza a stipulare degli Stati membri, come conferma lo stesso Regolamento in esame, a mente del quale gli stessi Stati possono essere autorizzati a concludere nuovi BIT extra-UE.

A quest'ultimo riguardo, anzi, alcuni collegi arbitrali hanno osservato come molte delle disposizioni del diritto unionale divengano parte degli ordinamenti interni degli Stati membri, con la conseguenza che, ai sensi del diritto internazionale generale e particolare[140], esse non possono essere invocate per giustificare la mancata esecuzione di un trattato[141]. E' stato, inoltre, osservato che: "[i]*t is common ground that in an international arbitration, national laws are to be considered as facts*"[142]; e, ancora più esplicitamente, che: "[m]*oreover EU law, as part of the Respondent's National law, is also to be taken into account as a fact relevant to the Parties' dispute*"[143]. Si tratta, dunque, dello stesso modo in cui il

[139] V. l'art. 46 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, cit. La norma è riprodotta anche all'art. 46 della Convenzione di Vienna del 21 marzo 1986 sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali. Quest'ultima convenzione, però, non è mai entrata in vigore e si discute della natura consuetudinaria della disposizione di cui si tratta. V. la Convenzione di Vienna del 21 marzo 1986 sul diritto dei trattati, tra Stati e organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali, *<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.asp x?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&clang=_en>* (testo ufficiale in lingua inglese). Sulla natura consuetudinaria o meno dell'art. 46, v. anche B. Conforti, M. Iovane, *Diritto internazionale,* cit., p. 91 ss.

[140] V. l'art. 27 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, cit.

[141] V. ICSID, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, *Case No. ARB/07/22*, lodo del 23 settembre 2010, par. 7.2.4, *<https://www.italaw.com/cases/193>*. V. anche F. Marrella, *Unione europea ed investimenti diretti esteri*, cit., p. 127.

[142] V. ICSID, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, Case No. ARB/07/22,* lodo del 23 settembre 2010, par. 7.6.5-7.6.6, cit.

[143] *V. ICSID, Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, Case No. ARB/07/19,* lodo del 25 novembre 2015, par. 4.195, *< https://www.italaw.com/cases/380>.*

nuovo tribunale internazionale degli investimenti sarebbe chiamato a trattare il diritto UE nel decidere la controversia[144].

Vale la pena comunque di notare che il considerando n. 5 del Regolamento in esame, riconosce che, "*secondo il diritto internazionale pubblico, gli accordi bilaterali in materia di investimenti restano vincolanti per gli Stati membri*". E purtuttavia l'esistenza dell'ordinamento giuridico internazionale viene messa in secondo piano nel prosieguo dello stesso considerando, laddove si afferma il principio della sostituzione progressiva di tali accordi con altri conclusi dall'Unione e l'opportunità di "*gestire in maniera appropriata le condizioni alle quali possono essere mantenuti in vigore*"[145].

La disciplina regolamentare del mantenimento in vigore e dell'autorizzazione a modificare o concludere i BIT extra-UE si fonda su un sistema di notifiche, pubblicazioni e valutazioni, che pone al centro l'autorità della Commissione e l'obbligo degli Stati membri di cooperare con essa[146].

Fa comunque piacere rilevare come, almeno per quel che riguarda la disciplina degli IDE, le istituzioni unionale abbiano riconosciuto che trattasi di materia in cui possono venire in rilievo informazioni riservate da tutelare[147]. Ciò, però, solo per quel che riguarda la negoziazione dei BIT e, dunque, gli Stati. Non invece per quel che concerne l'investitore e il suo contratto di investimento, dato che una delle principali critiche mosse all'ISDS ha interessato proprio l'assenza di pubblicità della materia del contendere tra investitore e Stato ospite[148].

In merito alla soluzione delle controversie, peraltro, il Regolamento in esame obbliga gli Stati membri a informare immediatamente la Commissione di ogni richiesta di composizione di vertenze presentata ai sensi del BIT extra-UE. Alla Commissione, in tal caso, è riconosciuto il diritto di contribuire alla predisposizione di "*un'efficace difesa*", ivi compresa, se del caso, la partecipazione alla procedura[149].

Per converso, lo Stato membro è obbligato a chiedere l'approvazione della Commissione prima di attivare il meccanismo ISDS contro un Paese terzo, ovvero ad attivarlo su richiesta della Commissione, anche

[144] V. *supra*, nel par. 4.
[145] V. il considerando n. 5 del Regolamento (UE) n. 1219/1012, cit.
[146] V. il Capo II e il Capo III del Regolamento (UE) n. 1219/2012, cit.
[147] V. il considerando n. 14 del Regolamento (UE) n. 1219/2012, cit.
[148] V. *supra*, nel par. 4.
[149] V. l'art. 13, lett. b), del Regolamento (UE) n. 1219/2012, cit.

a fini conciliativi, e con la possibilità, come detto, per quest'ultima di intervenire nel giudizio[150].

Come ha osservato correttamente il Professor Marrella, tuttavia, in tali casi la Commissione non partecipa al procedimento in veste di parte, bensì di *amicus curiae*, che può però, e ciò costituisce un'ulteriore anomalia, condizionare la posizione difensiva dello Stato membro[151].

Nel suo studio pubblicato nel 2013, Marrella ha evidenziato altresì le difficoltà di eseguire un lodo arbitrale nei confronti dell'Unione europea condannata all'esito di un ISDS previsto da un accordo di investimento di cui è o potrebbe diventare contraente[152]. Ciò, non solo perché l'UE non è parte né della Convenzione di Washington istitutiva dell'ICSID[153], né di quella di New York del 10 giugno 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri[154], ma anche in considerazione del Protocollo n. 7 allegato al TFUE sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea[155].

Il problema, comunque, è stato successivamente affrontato e, almeno apparentemente, risolto dal Regolamento (UE) n. 912/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte.

La nuova iniziativa volta a creare uno specifico sistema di soluzione delle controversie[156] richiederà, in ogni caso, una revisione o, quanto meno, un coordinamento con la soluzione predisposta dal predetto Regolamento, che ci apprestiamo a esaminare nel paragrafo che segue.

[150] V. l'art. 13, lett. c), del Regolamento (UE) n. 1219/2012, cit.

[151] V. F. Marrella, *Unione europea ed investimenti diretti esteri*, cit., pp. 137-138.

[152] *Ibidem*, p. 139.

[153] V. ICSID, *ICSID CONVENTION REGULATIONS AND RULES*, cit., e G. Sacerdoti, *La Convenzione di Washington*, cit.

[154] V. la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri, stipulata sotto l'egida delle Nazioni Unite, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20330/volume-330-I-4739-English.pdf> (testo ufficiale in lingua inglese).

[155] Ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 7 allegato al TFUE, cit., "*I beni e gli averi dell'Unione non possono essere oggetto di alcun provvedimento di coercizione amministrativa o giudiziaria senza autorizzazione della Corte di giustizia*" che, tuttavia, come notato giustamente da Marrella, in assenza di specifica previsione non pare poter essere adita direttamente dagli investitori. V. F. Marrella, *Unione europea ed investimenti diretti esteri*, cit., p. 139.

[156] V. *supra*, nel par. 4.

6. Il Regolamento (UE) n. 912/2014 sulla ripartizione della responsabilità finanziaria conseguente a trattati di investimento di cui l'Unione europea è parte

Il 23 luglio 2014, come detto, è stato adottato il Regolamento (UE) n. 912/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte[157].

Più precisamente, il suo ambito di applicazione *ratione materiae* riguarda le controversie investitore-Stato e i procedimenti transattivi derivanti da "*un accordo di cui l'Unione è parte, o di cui l'Unione e i suoi Stati membri sono parti e promossi da un ricorrente di un Paese terzo*"[158].

Come correttamente rimarcato da Cappiello, il Regolamento si fonda, principalmente, sul consenso delle istituzioni europee ad attribuire giurisdizione ai tribunali arbitrali[159].

In tale modo, l'Unione europea pareva avere preso atto del fatto che gli investitori del mercato unico sono ad oggi i più frequenti utilizzatori a livello mondiale degli ISDS normalmente previsti dai trattati di investimento, *in primis* del sistema ICSID[160].

D'altronde, anche i trattati commerciali ratificati e/o negoziati dall'UE sia prima, che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, prevedono sistemi arbitrali di soluzione delle controversie[161].

Ratione temporis il Regolamento in esame è applicabile ai procedimenti instaurati dopo il 17 settembre 2014, a seguito di inadempimenti di accordi internazionali, bilaterali o misti, posti in essere successivamente a tale data.

L'atto normativo UE regola distintamente la legittimazione a stare in giudizio e l'attribuzione della responsabilità finanziaria, pur essendo tali aspetti tra loro complementari[162].

[157] V. il Regolamento (UE) n. 912/1014, cit.

[158] V. l'art. 1 del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.

[159] V. B. A. R. Cappiello, *Il Regolamento europeo n. 912/2014 e la ripartizione della responsabilità tra Unione Europea e Stati membri nel caso di violazione di accordi internazionali di investimento,* in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1/2016, pp. 71 e ss., spec. p. 73.

[160] V. ICSID, *The Icsid Caseload - Statistics*, 2019-1, <*https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf*>.

[161] Cosi, *inter* alia, l'*Energy Charter Treaty*, cit., il CETA, cit., il TTIP, cit.

[162] V. B. A. R. Cappiello, *Il Regolamento europeo n. 912/2014*,cit., p. 73.

La responsabilità finanziaria si concretizza, com'è intuibile, nell'obbligo di risarcire il danno in caso di condanna. Risarcimento che, come abbiamo visto anche nel caso Achmea, data la materia di cui si tratta è spesso di valore piuttosto elevato[163].

L'attribuzione di tale onere dovrebbe discendere dai rapporti interni tra l'Unione europea e gli Stati membri.

Per contro, il Regolamento n. 912/2014 lega la suddetta responsabilità alla legittimazione a stare in giudizio, imponendo di fatto all'organo giudicante una preventiva indagine sul diritto unionale. E' palese, dunque, l'ennesima contraddizione con le affermazioni di principio della Commissione[164], confermate dalla CGUE[165], per cui una simile indagine violerebbe l'autonomia di quest'ultima nell'interpretazione e applicazione dei Trattati UE e degli atti derivati.

Non solo, e come di seguito approfondiremo, così disponendo il Regolamento vorrebbe imporre anche al cittadino di uno Stato non membro dell'UE la scelta della controparte processuale.

L'art. 1 del Regolamento di cui si discute pone a base della successiva disciplina il principio per cui "*l'applicazione del Regolamento lascia impregiudicata la delimitazione delle competenze stabilita dai Trattati, anche in relazione al trattamento messo in atto dagli Stati membri o dall'Unione e contestato da un ricorrente in un procedimento di risoluzione delle controversie investitore-Stato condotto in forza di un accordo*"[166].

Alla luce del suddetto principio, la normativa in commento distingue tra un regime di responsabilità diretta e un regime di responsabilità indiretta o speciale.

Quanto al primo regime, l'art. 3 del Regolamento collega la responsabilità alla competenza, di talché l'obbligo risarcitorio incombe sul soggetto al quale, ai sensi del diritto unionale, spetta regolare la materia su cui verte la procedura di inadempimento[167].

Come rimarcato da Cappiello, al riguardo va notato che non è sempre facile individuare il soggetto competente, in particolare quando si tratta di distinguere tra materie di competenza esclusiva e materie di competenza concorrente[168].

[163] V. *supra*, nel par. 3.
[164] V. *supra*, nel par. 2.1.
[165] V. *supra*, nel par. 3.1.
[166] V. l'art. 1 del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.
[167] V. l'art. 3 del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.
[168] V. B. A. R. Cappiello, *Il Regolamento europeo n. 912/2014*, cit., pp. 77-78.

L'Unione Europea, infatti, può agire non soltanto sulla base delle competenze che le sono specificamente attribuite dai Trattati, ma altresì dalla clausola di flessibilità[169] e dall'applicazione della teoria dei "poteri impliciti"[170].

In ogni caso, le norme sulla suddivisione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri non sono opponibili ai terzi e non possono, dunque, essere fatte valere in giudizio per escludere la loro responsabilità[171].

A ciò si aggiunga che, come detto, secondo l'orientamento ormai prevalente delle istituzioni UE, tali previsioni non dovrebbero essere oggetto di esame da parte dell'organo arbitrale, trattandosi di materia riservata alla CGUE[172].

D'altronde, come visto, l'Unione europea ha ammesso di potersi assoggettare al giudizio di fori diversi dai propri solo a condizione di poter escludere, o quanto meno circoscrivere, la possibilità per tali fori di statuire sulla corretta interpretazione o applicazione del diritto unionale[173].

[169] V. l'art. 352 del TFUE, cit. (ex articolo 308 del TCE, cit.):
"*1. Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo.*
2. La Commissione, nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 5, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea, richiama l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte fondate sul presente articolo.
3. Le misure fondate sul presente articolo non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i trattati la escludono.
4. Il presente articolo non può servire di base per il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune e qualsiasi atto adottato a norma del presente articolo rispetta i limiti previsti nell'articolo 40, secondo comma, del trattato sull'Unione europea.".
[170] *Ibidem.* Sulla teoria dei poteri impliciti, v. anche B. Conforti, M. Iovane, *Diritto internazionale,* cit., p. 122 ss.
[171] V. B. A. R. Cappiello, *Il Regolamento europeo n. 912/2014*, cit., pp. 91-92 e, *supra*, nel par. 5.
[172] V. *supra*, le note 159 e 160.
[173] V. *supra*, nei par. 3.2. e 4. Basti ricordare che nel già citato parere n. 2/13, la CGUE si è espressa contro l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, *inter alia*, con riguardo al "*meccanismo del convenuto aggiunto*", proprio perché tale meccanismo avrebbe dato alla Corte europea dei diritti dell'uomo il potere di sindacare l'attribuibilità all'UE degli atti oggetto del giudizio, al fine di stabilire se quest'ultima poteva o meno parteciparvi. V. il parere n. 2/13 della CGUE, cit., in particolare i par. 230-231.

Abbiamo, inoltre, già anticipato che il Regolamento n. 912/2014 introduce un regime di responsabilità indiretta o speciale, che sorge quando lo Stato membro ha posto "*in essere un trattamento prescritto dall'Unione*". La conseguenza è la sola responsabilità dell'UE, con esclusione, quindi, della possibile responsabilità congiunta[174].

Secondo parte della dottrina, la responsabilità indiretta ovvero speciale si configurerebbe, comunque, solo quando gli Stati membri si siano trovati ad applicare norme *self executing*, ossia norme che non consentono loro alcun potere di intervento. La responsabilità dell'Unione europea si configurerebbe quale *culpa in vigilando*, poiché essa, imponendo allo Stato membro di agire in difformità all'accordo internazionale di investimento, misto o meno che sia, non avrebbe esercitato il dovuto controllo sull'azione dello Stato[175].

Ciò discenderebbe dalla disciplina della responsabilità delle organizzazioni internazionali, così come declinata anche nel Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali elaborato dalla Commissione di Diritto Internazionale dell'ONU[176].

In realtà tale Progetto, così come il diritto internazionale generale, si riferiscono alla responsabilità delle organizzazioni internazionali nei confronti di altre organizzazioni internazionali o di Stati[177].

Nel caso di specie, invece, la contrapposizione e possibile responsabilità sussiste nei confronti di individui, persone fisiche o giuridiche.

Appare, poi, insostenibile parlare di una *culpa in vigilando* nel caso in cui l'UE sia parte contraente dell'accordo violato e autrice delle norme all'origine dell'inadempimento. Si dovrebbe semmai parlare di corresponsabilità ovvero di concorrenza nell'illecito, pur restando l'Unione europea libera di assumersene l'integrale responsabilità finanziaria. Come detto, quest'ultimo aspetto attiene ai rapporti interni all'organizzazione.

In ogni caso, la responsabilità indiretta/speciale comporta di fatto un ampliamento del campo di applicazione *ratione materiae* del Regolamento n. 912/2014, così come delineato dall'art. 1 dello stesso, potendo generare una responsabilità per condotte poste in essere da un soggetto che non è parte dell'accordo di investimento di cui si contesta la violazione. Ciò si profila, infatti, laddove un accordo bilaterale stipulato dall'UE sia violato

[174] V. l'art. 3, par. 1, lett. c), del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.
[175] V. B. A. R. Cappiello, *Il Regolamento europeo n. 912/2014*, cit., p. 79 ss.
[176] V. UN, *Draft articles on the responsibility of international organizations*, 2011, <*https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf*>.
[177] V. B. Conforti, M. Iovane, *Diritto internazionale,* cit., p. 426 ss.

dalla condotta di uno Stato membro. Non vi è dubbio, comunque, che la tutela dell'investitore sia rafforzata da tale ampliamento.

Problemi giuridicamente più complessi pongono, invece, i criteri stabiliti dal Regolamento in esame per individuare il soggetto legittimato a stare in giudizio[178], a cominciare dalla pretesa dell'UE di assumere l'esclusiva rappresentanza processuale nei confronti della controparte privata degli Stati membri.

Se, infatti, l'inadempimento dell'accordo verte su una materia di competenza esclusiva dell'Unione europea, *in primis* dunque l'investimento, solo l'organizzazione è legittimata a stare in giudizio, con la correlativa responsabilità finanziaria.

Se, tuttavia, l'inadempimento deriva da un'azione imputabile allo Stato membro, perché rientra nelle materie di sua competenza o di competenza esclusiva dell'UE delegate agli Stati ex art. 2, par. 1, del TFUE, lo Stato in questione può assumere lo *status* di parte processuale e la conseguente responsabilità finanziaria.

L'art. 9 del Regolamento n. 912/2014 individua, inoltre, le circostanze in cui l'Unione europea, pur non essendo autrice della condotta all'origine dell'inadempimento, può sostituirsi allo Stato membro nell'ISDS. Ciò può accadere, per decisione della Commissione o dello Stato membro coinvolto, nelle ipotesi di responsabilità indiretta. La Commissione può, inoltre, disporre in tal senso quando una condotta analoga a quella oggetto dell'instaurando procedimento arbitrale sia contestata in un'azione intentata contro l'UE davanti all'organo giurisdizionale dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC).

L'inversione dei ruoli ha l'evidente finalità di favorire una più frequente partecipazione dell'Unione europea agli ISDS e, con essa, l'identificazione degli Stati membri con l'istituzione mediante la comune rappresentanza nei confronti di soggetti terzi. Il corretto funzionamento del meccanismo dovrebbe essere garantito dal rispetto del principio di leale cooperazione tra l'UE e gli Stati membri[179].

Riguardo a tale meccanismo il Regolamento in oggetto non chiarisce, però, se la Commissione possa imporre la propria decisione o se lo Stato membro abbia la possibilità di contestarla, né, in quest'ultimo caso, se la questione vada sottoposta alla CGUE.

Inoltre, non vengono date indicazioni circa i parametri cui riferire la possibile analogia tra la condotta oggetto dell'ISDS e quella oggetto del-

[178] V. gli artt. 4 e 5 del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.

[179] V. B.A.R. Cappiello, *Il Regolamento europeo n. 912/2014*, cit., p. 88.

la controversia sottoposta alla giurisdizione dell'OMC, considerato che la seconda ipotesi coinvolge solo Stati e non individui soggetti alla loro sovranità[180].

Ai sensi degli articoli 10 e 11 del Regolamento in esame, lo Stato membro e la Commissione, rispettivamente nel caso in cui il primo sia parte convenuta dell'ISDS ovvero l'UE compaia in sua sostituzione, sono tenuti a collaborare alla predisposizione delle difese, nell'interesse del Paese coinvolto e dell'organizzazione, mediante consultazioni, scambio di documenti e possibile partecipazione alle loro delegazioni[181].

Tuttavia, nessuna conseguenza è prevista laddove, in concreto, non vengano rispettate le predette disposizioni.

Come detto, il Regolamento n. 912/2014 disciplina anche la possibile soluzione transattiva della controversia in materia di investimento diretto estero, solo però nell'ipotesi in cui l'Unione europea sia parte convenuta.

Laddove l'UE, oltre a essere parte processuale, si assuma anche la completa responsabilità finanziaria ovvero lo Stato membro coinvolto abbia espressamente rinunciato alla difesa[182], la Commissione è libera di negoziare nell'interesse dell'organizzazione[183].

Per converso, se la responsabilità grava esclusivamente sullo Stato, solo quest'ultimo può stabilire le condizioni alle quali l'UE può transigere la controversia[184].

In caso di responsabilità congiunta con l'UE, invece, il potere decisionale dello Stato membro interessato viene particolarmente circoscritto. Infatti, la Commissione potrà concludere l'accordo transattivo nonostante il parere contrario di tale Stato, in considerazione dell'interesse finanziario dell'Unione e della non incidenza sul bilancio dello Stato coinvolto. Per contro, lo Stato membro non potrà avvalersi dei vantaggi di una composizione bonaria, qualora la Commissione sia ad essa contraria[185].

[180] Stando al considerando n. 11 del Regolamento n. 912/2014, l'inversione dei ruoli dovrebbe avere luogo quando l'azione instaurata dall'investitore straniero riguardi la medesima questione giuridica trattata avanti l'organo giurisdizionale dell'OMC. L'unica concreta possibilità che si verifichi la situazione prefigurata dal predetto considerando riguarda le controversie relative alla violazione dell'*Agreement on Trade-related investment measures* (TRIMs, cit.).

[181] V. gli artt. 10 e 11 del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.

[182] V. l'art. 9, par. 1, lett. b), del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.

[183] V. l'art. 13, par. 1, del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.

[184] V. l'art. 16, par. 3, del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.

[185] *Ibidem*.

Al fine di evitare, comunque, che la peculiare distinzione stabilita dal Regolamento in esame tra partecipazione processuale e responsabilità finanziaria possa finire per danneggiare l'investitore, a seguito dei contrasti che possono insorgere tra l'organizzazione e gli Stati membri in merito all'obbligo di corrispondere la somma quantificata dal lodo o dalla transazione, il Capo V del Regolamento detta una serie di norme volte a garantire il pronto risarcimento.

Più precisamente, nel caso in cui lo Stato membro non abbia accettato la responsabilità finanziaria ai sensi dell'articolo 12 del Regolamento, l'investitore potrà chiedere alla Commissione il pagamento del risarcimento stabilito dal lodo definitivo o dalla transazione non registrata in una sentenza[186].

L'art. 19 del Regolamento n. 912/2014 regola, poi, la procedura per risolvere l'eventuale contrasto tra Commissione e Stato membro sulla rispettiva responsabilità finanziaria, a termini della quale prevale, però, ancora una volta, la decisione della Commissione, senza obbligo di motivazione e vieppiù con applicazione di interessi sulla somma che l'organo ha ritenuto dovuta[187].

Inoltre, ai sensi dell'art. 20 del Regolamento, la Commissione può imporre allo Stato membro interessato di anticipare al bilancio dell'Unione europea i contributi finanziari per coprire i costi, previsti o sostenuti, dell'arbitrato.

In realtà, proprio a quest'ultimo riguardo torna in evidenza la competenza dell'organo giudicante di esaminare e conseguentemente applicare il diritto unionale per accertare il soggetto legittimato processualmente e la sua responsabilità finanziaria. L'Unione europea, nonostante le proprie norme e affermazioni di principio, in assenza di apposita clausola inserita nei trattati di investimento, non può infatti impedire l'esercizio di tale competenza, né una decisione in contrasto con quella cui è o sarebbe giunta la Commissione.

In ogni caso, dall'analisi svolta ci pare emerga come il vero intento del Regolamento n. 912/2014, pur formalmente dedicato alla ripartizione della responsabilità finanziaria, sia quello di disciplinare la partecipazione dell'Unione e/o dello Stato membro interessato agli ISDS.

A ciò si aggiunga che i comunicati della Commissione europea che lodavano l'introduzione del testo normativo del 2014[188] sottolineavano,

[186] V. l'art. 18 del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.

[187] V. l'art. 19, par. 5, del Regolamento (UE) n. 912/2014, cit.

[188] V. Commissione europea, *L'UE approuve des règles pour gérer les différends entre inve-*

nel contempo, l'esigenza di includere nei nuovi trattati sugli investimenti degli obblighi di trasparenza per le imprese, di modo che tutti i documenti e le udienze fossero pubbliche, delle disposizioni in materia di lotta contro gli abusi del sistema e delle misure che garantissero l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri[189].

Sin dalla promulgazione ci si era interrogati, pertanto, sulla possibilità che il Regolamento intendesse essere un primo passo verso la creazione di un sistema europeo di soluzione delle controversie tra Stati e investitori stranieri, con inevitabili ripercussioni e/o sovrapposizioni con altri e già affermati strumenti risolutivi, quale il più volte citato sistema ICSID.

Questa impressione ha trovato una prima conferma nei negoziati sul TTIP svoltisi a fine aprile 2016, nei quali l'UE ha proposto di istituire un sistema giudiziario competente a decidere le controversie in materia di investimenti, composto da un Tribunale di prima istanza e una Corte d'Appello[190].

Interrottisi i negoziati sull'accordo transatlantico, come visto, in concomitanza con il discorso sullo Stato dell'Unione del 13 settembre 2017 la Commissione ha formalizzato il suo progetto di tribunale multilaterale degli investimenti[191].

7. Il Regolamento (UE) n. 452/2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione

Nel più volte richiamato discorso sullo Stato dell'Unione del 13 settembre 2017[192], l'allora Presidente della Commissione Juncker aveva proposto, altresì, di approvare un nuovo quadro normativo per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'UE. Ciò, come dichiarato dalla Commissaria Malmström, al fine di difendere gli interessi strategici europei potenzialmente a rischio. Tale rischio era stato ravvisato, ad esempio, nell'acquisto ad opera di società estere di proprietà stata-

stisseurs et États, Comunicato stampa del 28 agosto 2014, <*https://ec.europa.eu/commission/presscorner/ detail/fr/IP_14_951*>.

[189] V. anche, *supra*, nel par. 4.

[190] Una comunicazione di questo tipo si rinveniva anche nel Rapporto sul 13° *Round* di negoziati per il TTIP che ha avuto luogo a New York dal 25 al 29 aprile 2016. V. Commissione europea, *Report of the 13th Round of Negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, 18, <*http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/may/tradoc_154581.pdf*>.

[191] V. *supra*, nel par. 4.

[192] V. *supra*, nota 9.

le di "*un porto europeo, parte di una nostra infrastruttura energetica o un'azienda del settore delle tecnologie di difesa*". La preoccupazione, in altri termini, era che simili acquisizioni consentissero a Paesi terzi di sfruttare le relative attività a scapito, non solo del primato tecnologico, ma anche della sicurezza e dell'ordine pubblico dell'Unione europea[193].

Le misurazioni OCSE delle restrizioni giuridiche agli IDE, che interessano oltre 60 Paesi, hanno infatti rilevato che gli Stati membri dell'UE dispongono dei regimi più aperti[194].

La disciplina unionale degli IDE avrebbe dovuto garantire che essi fossero fatti "*in modo trasparente, a seguito di un controllo e di un dibattito*"[195]. In realtà, come espressamente dichiarato dalla Commissione con riferimento al regolamento proposto per declinare il suddetto quadro normativo, tale disciplina si sarebbe ispirata ai meccanismi di riesame

[193] L'intervento consegue a un'iniziativa di Italia, Francia e Germania che, nel febbraio 2017, hanno inviato rispettive lettere e un "*non paper*" alla Commissaria Malmström, per evidenziare la necessità di far rispettare, anche in materia di IDE, il criterio di reciprocità e le regole internazionali condivise. A preoccupare è stata soprattutto la crescita delle acquisizioni cinesi, quali quella dell'azienda tedesca di robotica KUKA da parte della cinese MIDEA, e più in generale lo squilibrio tra gli IDE cinesi in uscita e in entrata. Ciò, senza trascurare che spesso ai cittadini dell'UE non vengono riconosciuti analoghi diritti di investimento negli Stati terzi. V. Confindustria, "*Proposta di regolamento che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea (COM(2017)487) e Comunicazione "Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali*" (COM(2017)494), cit.

[194] A fronte di tali dati, il 10 maggio 2017 la Commissione europea ha pubblicato un documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione, in cui ha evidenziato le crescenti preoccupazioni per l'acquisizione di imprese europee che dispongono di tecnologie fondamentali da parte di investitori esteri. Conseguentemente, la Commissione ha messo in dubbio l'adeguatezza dell'attuale disciplina degli IDE all'interno del mercato unico. V. Commissione europea, *Documento di Riflessione sulla Gestione della Globalizzazione*, del 10 maggio 2017, COM(2017) 240.
Nei mesi successivi, sia il Consiglio, che il Parlamento europeo, hanno sposato l'iniziativa della Commissione di analizzare gli investimenti nell'UE provenienti da Stati terzi nei settori strategici, nelle infrastrutture, nelle principali tecnologie del futuro o in altre risorse importanti ai fini della sicurezza, nonché della protezione dell'accesso a esse. V. Commissione europea, "*Stato dell'Unione 2017 - Pacchetto sugli scambi commerciali: la Commissione europea propone un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti*", Comunicato stampa del 14 settembre 2017, <*https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_17_3183*>.

[195] V. Commissione europea, "*Stato dell'Unione 2017 - Pacchetto sugli scambi commerciali: la Commissione europea propone un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti*", cit.

nazionali già in vigore in vari Stati membri, tra cui l'Italia[196], e progressivamente adottata negli altri, ivi compresa la Slovacchia[197].

Quanto al nostro Paese, la normativa era già stata rafforzata con il D.L. n. 148/2017[198] volto a impedire l'acquisizione di attività strategiche da parte di soggetti extra-UE (c.d. esercizio del *Golden Power*), in particolare nei settori dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni, nonché in quelli ad alto impatto tecnologico, a tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico nazionali. Secondo il decreto, nel valutare il potenziale pregiudizio a questi valori fondamentali, è possibile considerare anche il fatto che l'investitore straniero sia controllato da un Paese terzo, fosse anche solo attraverso significativi finanziamenti[199].

Il 5 giugno 2018 il Parlamento europeo ha approvato con modifiche la proposta di regolamento della Commissione. Le nuove norme, già concordate in via negoziale con il Consiglio, sono state poi riapprovate a larga maggioranza dal Parlamento il 14 febbraio 2019[200].

Il 19 marzo 2019 è stato, quindi, emanato il Regolamento (UE) n. 452/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, pienamente applicabile dal 11 ottobre 2020[201].

[196] Al tempo della proposta della Commissione gli Stati membri dell'UE che avevano adottato meccanismi di controllo nazionale erano: Austria, Danimarca, Germania, Finlandia, Francia, Italia, Lettonia, Lituania, Polonia, Portogallo, Spagna e Regno Unito. A essi si sono poi aggiunti Ungheria e Paesi Bassi. V. Commissione europea, "*Stato dell'Unione 2017 - Pacchetto sugli scambi commerciali: la Commissione europea propone un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti*", *cit.*, e Attualità Parlamento europeo, "*Nuovo sistema UE per il controllo sugli investimenti esteri*", 14 febbraio 2019, *<http://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20190207IPR25209/nuovo-sistema-ue-per-il-cont rollo-sugli-investimenti-esteri>.*

[197] Nel momento in cui si scrive risultano ancora privi di un meccanismo di controllo nazionale Bulgaria, Cipro, Croazia, Grecia e Irlanda. V. Commissione europea, *List of screening mechanisms notified by Member States, Last update: 28 February 2024*, *<https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/investment-screening_en>.*

[198] V. il D.L. 16/10/2017, n. 148, recante *Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili,* convertito con Legge del 4/12/2017, n. 172, il cui art. 14 concerne "*Modifiche al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21 in materia di revisione della disciplina della Golden Power e di controllo degli investimenti extra UE*", in *G.U.* n. 284 del 5 dicembre 2017.

[199] Tale normativa è stata in seguito modificata e integrata a più riprese, sì da rendere il controllo e la tutela ancor più incisivi. V. Commissione europea, *List of screening mechanisms notified by Member States, Last update: 28 February 2024*, cit.

[200] V. Attualità Parlamento europeo, "*Nuovo sistema UE per il controllo sugli investimenti esteri*", cit.

[201] V. il Regolamento (UE) n. 452/2019, cit.

La non consueta velocità dell'*iter* di approvazione del testo normativo, dopo la pronuncia sul caso Achmea[202], testimoniano non solo il forte interesse, ma anche la particolare preoccupazione dell'UE, per la gestione e il controllo del flusso internazionale di capitali privati, in special modo laddove questi celino in sé la presenza di capitale pubblico e con esso la possibile ingerenza di Stati terzi nella politica del mercato unico.

Come annunciato, il Regolamento intende proteggere settori industriali nevralgici, quali l'energia, i trasporti, le comunicazioni, i dati, lo spazio e la finanza, le tecnologie come i semiconduttori, l'intelligenza artificiale, la robotica, nonché, a seguito delle modifiche introdotte dal Parlamento europeo, anche l'acqua, la salute, la difesa, i media, la biotecnologia e la sicurezza alimentare.

Rispetto alla proposta della Commissione, il Parlamento ha altresì rafforzato il meccanismo di cooperazione, includendovi lo scambio di informazioni tra gli Stati membri[203]. Questi ultimi possono, infatti, formulare osservazioni sugli investimenti diretti in altri Paesi UE, così come la Commissione europea può chiedere informazioni e fornire il suo parere al Paese cui è destinato l'investimento. La decisione finale spetta, comunque, allo Stato interessato.

Il Regolamento, inoltre, non incide sulla capacità degli Stati membri di istituire eventuali altri meccanismi a livello nazionale[204].

Questa scelta per un sistema volto a orientare, piuttosto che a vincolare, la condotta degli Stati membri, come sottolineato da vari commentatori, dipende dalla significativa incidenza che tale disciplina viene ad avere su prerogative della sovranità nazionale[205].

Per espressa previsione resta ferma, invero, "*la responsabilità esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda la tutela della loro sicurezza nazionale, in conformità dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, così come … la*

[202] V. *supra*, nel par. 3.1.

[203] V. Attualità Parlamento europeo, "*Nuovo sistema UE per il controllo sugli investimenti esteri*", cit.

[204] Riguardo ai meccanismi di controllo nazionali, il Regolamento ha comunque disposto che gli Stati membri notificassero alla Commissione, entro il 10 maggio 2019, quelli già esistenti, nonché, entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore, le eventuali modifiche a essi apportate o l'adozione di nuovi sistemi di verifica. V. l'art. 3, par. 7, del Regolamento (UE) n. 452/2019, cit.

[205] V. Confindustria, "*Proposta di regolamento che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea (COM(2017)487) e Comunicazione "Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali*" (COM(2017)494), cit.

tutela degli interessi essenziali della sicurezza degli Stati membri conformemente all'articolo 346 TFUE"[206].

In corrispondenza alla proposta da ultimo approvata, il Regolamento n. 452/2019 introduce un sistema di controllo degli investimenti esteri diretti fondato essenzialmente, come detto, su di un meccanismo di cooperazione tra gli Stati membri e tra gli Stati membri e la Commissione[207].

L'articolo 4 del Regolamento individua alcuni fattori significativi che gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione per determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, tra cui i suoi effetti potenziali a livello di: infrastrutture fisiche o virtuali e tecnologie critiche; prodotti a duplice uso; la sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; l'accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni, la libertà e il pluralismo dei media. A termini del citato articolo altri aspetti da considerare possono essere: il fatto che l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti, dall'amministrazione pubblica, inclusi gli organismi statali o le forze armate, di un Paese terzo; l'investitore estero sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro; vi sia un grave rischio che l'investitore intraprenda attività illegali o criminali[208].

Nell'opera di controllo, il Regolamento prevede che gli Stati membri, così come la Commissione, possano formulare osservazioni e pareri riguardo a un IDE oggetto di un controllo in corso o in programma o già realizzato e non oggetto di un controllo in corso in un determinato Stato membro. Ciò, se ritengono che tale investimento possa incidere sulla propria sicurezza o sul proprio ordine pubblico[209]. *More solito*, però, il meccanismo di scambio delle osservazioni e pareri è soggetto a termini, reciproche notifiche tra gli Stati e la Commissione, nonché eccezioni, che ne rendono inutilmente complessa la concreta attuazione[210].

[206] V. il considerando n. 7 del Regolamento (UE) n. 452/2019, cit.
[207] V. l'art. 1 del Regolamento (UE) n. 452/2019, cit.
[208] V. l'art. 4 del Regolamento (UE) n. 452/2019, cit.
[209] V. gli art. 6 e 7 del Regolamento (UE) n. 452/2019, cit.
[210] L'art. 8 del Regolamento n. 452/2019, cit., estende il meccanismo di controllo da parte della Commissione, così come disciplinato dagli articoli 6 e 7 del medesimo Regolamento (cit., *supra*, alla nota 209), ai casi in cui quest'ultima ritenga che un investimento estero

Si evidenzia, inoltre, che nessuna disposizione del Regolamento n. 452/2019 impone agli Stati di procedere al controllo degli IDE che interessano il loro territorio, ponendo in capo a essi soltanto l'obbligo di comunicare, entro il 31 marzo di ogni anno, "*una relazione annuale riguardante l'anno civile precedente, che includa informazioni aggregate sugli investimenti esteri diretti realizzati nei rispettivi territori, sulla base delle informazioni a loro disposizione, nonché informazioni aggregate sulle richieste ricevute da altri Stati membri*"[211].

A quest'ultimo riguardo si nota come, a fronte dell'eccesiva complessità burocratica del meccanismo di controllo, l'obbligo di informazione posto a carico degli Stati sia formulato in maniera così vaga da rischiare di privare il predetto meccanismo delle informazioni realmente necessarie al suo funzionamento. L'obbligo di informazione viene, infatti, dettagliatamente precisato nei suoi contenuti solo laddove lo Stato interessato decida di sottoporre l'IDE a verifica, ovvero gli altri Stati membri e/o la Commissione si determinino a esercitare le iniziative consentite dal Regolamento in esame[212].

A ciò si aggiunga che, così come viene genericamente disposto a carico degli Stati l'obbligo di tenere "*debitamente conto*" delle osservazioni e dei pareri ricevuti, "*in linea con il* [loro, n.d.r.] *obbligo di leale cooperazione di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE*"[213], altrettanto genericamente viene rammentata la possibilità per gli investitori esteri e le imprese di presentare ricorso contro le decisioni di controllo delle autorità nazionali[214].

diretto possa incidere su progetti o programmi di interesse per l'Unione per motivi di sicurezza o di ordine pubblico. L'elenco dei progetti o programmi di interesse per l'Unione è oggetto di un allegato al Regolamento e, comunque, lo stesso articolo precisa che, ai fini della sua applicazione, "*tra i progetti o programmi di interesse per l'Unione figurano quelli che comportano un importo consistente o una quota significativa di finanziamenti dell'Unione o quelli che rientrano nel diritto dell'Unione in materia di infrastrutture critiche, tecnologie critiche o fattori produttivi critici che sono essenziali per la sicurezza e l'ordine pubblico*". Anche in tale caso, però, lo Stato membro non è tenuto ad adeguarsi al parere della Commissione, pur prevedendo l'articolo citato, con finalità evidentemente esortative, ma comunque non precettive, che lo Stato membro in cui l'IDE è in programma o è stato realizzato prenda "*nella massima considerazione il parere*" o fornisca alla Commissione "*una spiegazione qualora non lo segua*".

[211] V. l'art. 5 del Regolamento (UE) n. 452/2019, cit.

[212] V. l'art. 9 del Regolamento (UE) n. 452/2019, cit.

[213] V. il considerando n. 17 del Regolamento (UE) n. 452/2019, cit. V. anche F. Di Benedetto, *Reciprocity in International Trade and Investment Law and the Establishment of a European Committee on Foreign Investment*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2017, n. 3, p. 573 ss.

[214] V. l'art. 3, par. 5, del Regolamento (UE) n. 452/2019, cit.

8. La proposta della Commissione europea per un nuovo regolamento relativo al controllo degli investimenti esteri

Già nel nostro scritto pubblicato nel 2019 sulla materia che ci occupa avevamo rimarcato i rischi d'inefficacia del sistema di "*Golden power*" predisposto dall'Unione europea, vieppiù al cospetto dei potenziali effetti negativi sull'apporto di capitali negli Stati membri, generati dal complesso meccanismo di verifiche e flusso di informazioni richieste dal Regolamento (UE) n. 452/2019[215].

Tali rischi sono stati evidenziati anche dalla Corte dei conti dell'Unione europea che, nel 2023, ha stilato un'apposita relazione, nella quale, dopo un cappello introduttivo su campo di applicazione, finalità del Regolamento (UE) n. 452/2019, principali attori e processo di controllo degli IDE nell'UE, corredato di interessanti dati statistici, ha analiticamente esposto i "*notevoli limiti*" e le conseguenti ragioni di inefficacia della normativa di controllo[216].

In particolare, la Corte ha rinvenuto dette ragioni nel fatto che, non essendovi obbligati, non tutti gli Stati membri dispongono di un meccanismo di controllo. E anche laddove ne sono dotati, tra i Paesi UE permangono "*differenze sul piano dell'ambito di applicazione, della copertura, della definizione dei settori critici e della comprensione dei concetti chiave*"[217].

Riguardo a quest'ultima, la Corte ha lamentato *inter alia* l'assenza nel Regolamento di una chiara indicazione degli IDE potenzialmente rischiosi per la sicurezza e l'ordine pubblico.

Soggetti a controllo dovrebbero essere, secondo l'organo di giudizio europeo, gli investimenti intra-UE controllati da investitori stranieri (tipicamente attraverso una struttura imprenditoriale o societaria previamente creata nel mercato unico) e gli investimenti esteri indiretti (tipicamente attraverso castelli societari o, comunque, soggetti interposti), mentre andrebbero esclusi gli investimenti di portafoglio che non comportino, in ragione della loro entità, una possibile incidenza sulle scelte gestionali delle realtà economiche di cui si detengono, direttamente o attraverso fondi, quote o partecipazioni azionarie.

In ogni caso, la Corte ha lodato l'incentivo alla cooperazione e allo scambio di informazioni posti a base della normativa unionale, non senza

[215] V. *supra*, nel paragrafo che precede.
[216] V. Corte dei conti europea, Relazione speciale 27-2023, *Controllo degli investimenti diretti esteri nell'UE*, <*https://www.eca.europa.eu/it/publications/SR-2023-27*>.
[217] V. Corte dei conti europea, cit., p. 5.

trascurare di notare, però, come proprio in virtù di codesti principi ispiratori, il regolamento abbia finito per esaurirsi in uno strumento "*catalizzatore*", piuttosto che "*di armonizzazione, il che limita inevitabilmente l'efficacia dell'identificazione dei rischi e l'uniformità del controllo*"[218].

Alla luce delle suddette problematiche e di altre analoghe approfondite nella Relazione, la Corte ha raccomandato alla Commissione di apportare al Regolamento n. 452/2019 le modifiche necessarie a rafforzare il quadro UE per il controllo degli IDE, chiarendone i concetti chiave, vincolando gli Stati membri ad adottare meccanismi nazionali di controllo, omogenei e coerenti con gli obiettivi della normativa unionale, a comunicare gli IDE, nonché a informare la Commissione e gli altri Paesi dell'Unione delle decisioni definitive adottate, in particolare, a seguito dei pareri della prima e/o delle osservazioni dei secondi sui possibili rischi di un IDE[219].

La Corte ha lamentato, infine, la scarsa qualità delle valutazioni, dei pareri e delle relazioni annuali prodotte dalla Commissione europea, invitandola a definirne più chiaramente i criteri e a circoscriverne l'oggetto, di modo che la quantità non finisca per comprometterne l'efficienza[220].

Nel formulare tutte le richiamate "raccomandazioni", la Relazione ha precisato distinti "*termin*[i] *di attuazione*", compresi tra giugno 2024 e il 2026 ([221]).

Il 24 gennaio 2024 la Commissione europea ha così adottato una Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione, che abroga il regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, nella quale ha essenzialmente recepito tutte le indicazioni della Corte dei conti europea[222].

Riguardo a tali indicazioni, tradotte in norme regolamentari, desta perplessità quella relativa all'estensione del sistema autorizzativo agli "*investimenti nell'UE con controllo estero*", vale a dire, come richiamato nella verifica di sussidiarietà svolta dall'Ufficio Rapporti con l'Unione europea della Camera dei deputati della Repubblica italiana, "*effettuati da un*

[218] *Ibidem.*

[219] V. Corte dei conti europea, cit., p. 38 ss.

[220] V. Corte dei conti europea, cit., pp. 40-42.

[221] *Ibidem*, pp. 39-42.

[222] V. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione, che abroga il regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio*, 24.1.2024, cit.

soggetto dell'UE controllato da un investitore di paesi terzi, in capo al quale permane il potere decisionale in merito all'investimento"[223].

Ebbene, già il fatto che l'investimento sia svolto da un soggetto incorporato nell'Unione europea, lo dovrebbe escludere, e non solo per definizione, dal novero degli IDE. Infatti, salvo voler incorrere in una possibile violazione delle fondamentali regole del mercato unico, ciò che dovrebbe essere oggetto di verifica è l'acquisizione del controllo della realtà economica unionale; verifica che, se il controllo si concretizza e permane, si suppone abbia dato esito positivo.

Le successive attività d'impresa intra-UE non dovrebbero, dunque, essere assoggettate a iter informativi-autorizzativi e alle connesse complessità burocratiche.

A tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, si potrebbe supporre di poter operare diversamente nei casi in cui tali attività esulino dal normale oggetto d'impresa e siano sostanzialmente configurabili, pertanto, quale nuovo IDE del soggetto del Paese terzo che esercita il controllo e non quale mera attività di investimento intra unionale.

D'altronde, è stata la stessa Corte dei conti europea ad avere constatato come alcuni aspetti dei pareri formulati dalla Commissione, ai sensi del Regolamento n. 452/2019, siano suscettibili di sollevare problemi di applicabilità o incompatibilità con l'economia di mercato[224]. Parimenti, la Corte ha posto l'accento sulla necessità di evitare qualsiasi violazione dei principi unionali sul divieto di trattamenti discriminatori, la libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali, violazioni a suo avviso potenzialmente conseguenti alla disomogeneità dei sistemi statali di scrutinio degli IDE[225].

Ordunque, pur avendo ben presente l'aggravarsi dei rischi connessi all'ingresso di soggetti esteri in tecnologie, infrastrutture e fonti produttive critiche, che sta all'origine delle iniziative normative in commento[226], ci pare che un'eccessiva estensione del meccanismo di controllo porti con sé i medesimi problemi evocati dalla Corte.

[223] V. Camera dei deputati, Ufficio Rapporti con l'Unione europea, *Elementi per la verifica di sussidiarietà – Proposta di regolamento relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione*, Dossier n° 61 – 19 marzo 2024, <*https://documenti.camera.it/Leg19/Dossier/Pdf/ES061.Pdf*>.

[224] V. Corte dei conti europea, cit., p. 6.

[225] V. Corte dei conti europea, cit., p. 5.

[226] V. Camera dei deputati, Ufficio Rapporti con l'Unione europea, *Elementi per la verifica di sussidiarietà – Proposta di regolamento relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione*, Dossier n° 61 – 19 marzo 2024, cit.

Allo stesso modo, imporre agli Stati membri di adottare sistemi nazionali di verifica, vieppiù soggetti a regole di struttura e funzionamento, riteniamo che mal si concilii con l'indiscutibile principio per cui, nonostante la competenza esclusiva attribuita all'UE in materia di politica commerciale comune estesa agli IDE, l'ordine pubblico e, in special modo, la sicurezza nazionale restano settori di dominio riservato degli Stati[227].

E, infatti, la stessa Proposta di regolamento richiama detto principio all'art. 1, par. 4, così come l'obbligo che grava sugli Stati membri di garantire alle persone fisiche e giuridiche il diritto di stabilimento intra-UE, nonché di movimentare i loro capitali all'interno del mercato unico ovvero verso Paesi terzi[228].

Il nuovo regolamento impone agli Stati membri di sottoporre a controllo, in funzione della previa autorizzazione, gli investimenti esteri in imprese dell'UE che partecipino, "*anche in qualità di destinatari*[e] *di fondi*", a progetti o programmi d'interesse per l'Unione ovvero "*economicamente attiv*[e]" in settori critici per la sicurezza o l'ordine pubblico dell'Unione. Sia i primi - tra cui, le reti transeuropee dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni, il Fondo europeo per la difesa e simili -, che le seconde - quali i settori dei prodotti a duplice uso, dell'intelligenza artificiale, dei semiconduttori e altri - saranno precisati in due distinti Allegati del regolamento, suscettibili di successive modifiche[229].

Il Capo 3, articoli da 5 a 14, del regolamento proposto dalla Commissione è, poi, interamente dedicato a rafforzare il meccanismo di cooperazione tra i Paesi dell'UE, l'intervento degli altri Stati membri e della Commissione, oltreché con osservazioni e pareri, anche con procedure di controllo *ex officio*[230], gli scambi di informazioni, sottoposti a requisiti minimi, che possono coinvolgere anche Paesi terzi[231].

E' inutile dire che la proposta include, altresì, l'obbligo per gli Stati membri di notificare alla Commissione e agli altri Paesi UE gli IDE in pro-

[227] Tale essenziale principio è sancito nell'art. 4, par. 2, TUE, a mente del quale: "*L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.*".

[228] V. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione,* cit., art. 1, par. 4.

[229] *Ibidem*, art. 4, par. 4, e art. 19.

[230] *Ibidem*, art. 9.

[231] *Ibidem*, considerando n. 40 e art. 15.

getti o programmi d'interesse per l'Unione, in settori critici, sia pure in presenza di determinate condizioni, e, più in generale, quelli suscettibili di incidere negativamente sulla sicurezza o l'ordine pubblico a termini degli articoli 13 e 14 del regolamento[232].

[232] Come richiesto dalla Corte dei conti europea (v. *supra*, nel corpo del testo), la Commissione ha dedicato l'art. 13 del nuovo regolamento alla "*Determinazione della probabile incidenza negativa sulla sicurezza e sull'ordine pubblico*". L'art. 14 disciplina, invece, le "*Decisioni di controllo sugli investimenti esteri che possono incidere negativamente sulla sicurezza o sull'ordine pubblico*". Ai sensi dell'art. 13, tale incidenza va valutata, in particolare, in rapporto alla sicurezza, integrità e funzionamento delle infrastrutture critiche, fisiche o virtuali. In questo contesto, "*sulla base delle informazioni disponibili*", Stati membri e Commissione dovranno valutare "*anche se l'investimento estero possa incidere negativamente sulla resilienza dei soggetti critici da essi individuati in virtù della direttiva (UE) 2022/2557 del Parlamento europeo e del Consiglio nonché dei soggetti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio. Sono tenuti in considerazione anche i risultati delle valutazioni coordinate a livello di Unione dei rischi per la sicurezza delle catene di approvvigionamento critiche in conformità dell'articolo 22, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2022/2555*".
Altri ambiti sensibili per vagliare l'impatto dell'IDE sono stati individuati, dalla norma in esame, nella disponibilità delle tecnologie critiche, continuità dell'approvvigionamento dei fattori produttivi critici, protezione di informazioni sensibili - tra cui i dati personali, in particolare per quanto riguarda la capacità dell'investitore estero di accedere, controllare e comunque trattare tali dati personali -, libertà e pluralismo dei media, comprese le piattaforme online che possono essere utilizzate per attività di disinformazione su larga scala o attività criminali.
Anche informazioni relative all'investitore estero dovranno essere oggetto di valutazione. Tra queste l'art. 13 della Proposta di regolamento pone l'attenzione, senza con ciò voler limitare ad esse lo spettro d'indagine, su: "*(a) il fatto che l'investitore estero, una persona fisica o un soggetto che controlla l'investitore estero, il titolare effettivo dell'investitore estero, un'impresa figlia dell'investitore estero o qualsiasi altra parte di proprietà dell'investitore estero, da questi controllata o che agisca per suo conto o sotto la sua direzione abbia partecipato a un investimento estero precedentemente sottoposto a controllo da uno Stato membro, che non è stato autorizzato o ha ricevuto unicamente un'autorizzazione subordinata a condizioni; a tal fine gli Stati membri e la Commissione si basano sulle informazioni a loro disposizione, tra cui quelle contenute nella banca dati sicura istituita a norma dell'articolo 7, paragrafo 10; (b) se del caso, i motivi per assoggettare a misure restrittive a norma dell'articolo 215 TFUE l'investitore estero, una persona fisica o un soggetto che controlla l'investitore estero, il titolare effettivo dell'investitore estero, un'impresa figlia dell'investitore estero o qualsiasi altra parte di proprietà dell'investitore estero, da questo controllata o che agisca per suo conto o sotto la sua direzione; (c) il fatto che l'investitore estero o una sua impresa figlia siano già stati coinvolti in attività che incidono negativamente sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro; (d) il fatto che l'investitore estero o una sua impresa figlia abbiano intrapreso attività illecite o criminali, tra cui l'elusione di misure restrittive dell'Unione previste dall'articolo 215 TFUE; (e) il fatto che l'investitore estero, una persona fisica o un soggetto che controlla l'investitore estero, il titolare effettivo dell'investitore estero, un'impresa figlia dell'investitore estero o qualsiasi altra parte di proprietà dell'investitore estero,*

Peraltro, quest'ultima norma conferma – e non potrebbe essere diversamente – che, in ogni caso, la scelta definitiva di vietare o autorizzare l'investimento estero spetta allo Stato in cui esso "*è previsto o è stato realizzato*"[233].

A maggior ragione gli Stati restano liberi di "*adottare o mantenere in vigore disposizioni nazionali nei settori non coordinati*" dal regolamento[234].

Ma se così è, non si capisce il senso di imporre agli Stati di conferire all'autorità di controllo "*il potere*", si badi bene non l'obbligo, di sottoporre al meccanismo di controllo, nazionale o unionale, gli investimenti esteri "*per almeno 15 mesi dopo la realizzazione di un investimento estero non soggetto a un obbligo di autorizzazione*"[235].

Com'è d'uso nella normativa e nei meccanismi di funzionamento delle politiche unionali, inoltre, l'art. 10 della Proposta di regolamento, dopo avere definito il contenuto minimo delle informazioni che gli Stati membri debbono fornire per adempiere agli obblighi di notifica degli IDE, prevede che la Commissione adotti un regolamento di esecuzione e fornisca un "*modulo*" che gli Stati dovranno utilizzare per le comunicazioni richieste[236].

Il che, al di là di una burocratizzazione ancor maggiore di quella già presente nel Regolamento n. 452/2019, lascia aperta la porta, attraverso la modulistica, ad un condizionamento dei meccanismi nazionali di controllo ulteriore rispetto alle prescrizioni minime stabilite dall'art. 4 della Proposta della Commissione.

Ciò che, però, travalicherebbe le competenze dell'Unione europea in materia di politica commerciale comune, sia pure includendovi gli investimenti esteri diretti.

E, invero, date le competenze riservate agli Stati riguardo alla sicurezza e all'ordine pubblico, le prescrizioni minime del citato articolo 4 non hanno potuto che limitarsi all'imposizione di obblighi generici, e in parte vaghi, come l'adozione di "*procedure adeguate*", l'esecuzione di "*un esame iniziale seguito, ove necessario, da un'indagine approfondita … e, se*

da questo controllata o che agisca per suo conto o sotto la sua direzione possa perseguire gli obiettivi politici di un paese terzo o agevolare lo sviluppo delle capacità militari di un paese terzo.". Cfr. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione*, cit., art. 13.

[233] V. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione,* cit., art. 14, par. 2.

[234] *Ibidem*, art. 1, par. 3.

[235] *Ibidem*, art. 4, par. 2, lett. c, e art. 9, par. 2.

[236] *Ibidem*, art. 10, par. 2.

del caso, di affrontare in maniera efficace le conseguenze dell'inosservanza delle misure di mitigazione"[237].

Infine, vale la pena di ricordare come la Commissione abbia giustificato il nuovo atto normativo invocando quale base giuridica, oltre all'articolo 207, anche l'art. 114 TFUE, il quale consente di intervenire legislativamente a livello unionale onde garantire l'instaurazione ovvero il funzionamento del mercato interno, salvo che i trattati non dispongano diversamente.

Oltre alle suddette norme, la Commissione ha fatto leva sull'art. 5, par. 3, TUE, ossia sul principio di sussidiarietà. Secondo la Commissione, invero, le differenze tra i meccanismi nazionali di controllo comporterebbero degli ostacoli agli investimenti all'interno dell'UE, eliminabili solo con "*un intervento a livello dell'Unione*". D'altro canto, il problema si perpetuerebbe, sempre secondo la Commissione, con l'adozione di meccanismi in quei Paesi che ne sono ancora privi – peraltro, destinatari di una quota significativa di IDE e del 42% dei relativi stock -, i quali hanno comunque avviato una discussione politica e/o una procedura legislativa per istituirli, anche alla luce degli orientamenti tecnici e politici forniti loro dalla stessa Commissione[238].

[237] Le altre prescrizioni riguardo al diritto degli investitori esteri di presentare ricorso avverso le decisioni dell'autorità di controllo, nonché alle relazioni annuali sui meccanismi di verifica nazionali e gli IDE sottoposti a scrutinio, rientrano già nella disciplina attualmente applicata. Né maggior precisione si rinviene nell'art. 11 della Proposta di regolamento, relativo alle "*Prescrizioni comuni applicabili ai meccanismi di controllo per garantire un meccanismo di cooperazione efficace*", tra le quali l'obbligo per gli Stati, non più di tenere in considerazione le osservazioni e i pareri ricevuti, rispettivamente, dagli altri Paesi UE e dalla Commissione, bensì di tenerli "*nella massima considerazione*". V. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione,* cit., art. 4 e 11. V. anche, *supra*, nel paragrafo che precede.

[238] V. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione,* cit., par. 2.2, e Camera dei deputati, Ufficio Rapporti con l'Unione europea, *Elementi per la verifica di sussidiarietà – Proposta di regolamento relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione*, Dossier n° 61 – 19 marzo 2024, cit., il quale ha espresso parere positivo riguardo al rispetto del principio di sussidiarietà. Non va dimenticato, d'altronde, che l'Italia è stata tra quei Paesi che hanno promosso l'adozione del Regolamento (UE) n. 452/2019 (v. *supra*, nota 193). Nello stesso senso si è espresso D. Gallo, *La recente proposta della Commissione sul controllo degli investimenti esteri diretti, il principio di sussidiarietà e il Parlamento italiano*, in rivista.eurojus.it, 2024, n. 2, <*https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/La-recente-proposta-della-Commissione-sul-controllo-degli-investimenti.pdf*>.

In realtà, sia il Regolamento in vigore, che quello che dovrebbe sostituirlo, hanno quale indiscutibile *ratio*, non tanto quella di favorire l'apporto di investimenti al mercato unico, quanto piuttosto quella di impedirli o condizionarli, nella misura in cui tali investimenti possono minare l'ordine pubblico o la sicurezza degli Stati membri.

Questioni queste ultime, come ricordato e come noto, riservate alla competenza degli Stati.

Se è ben vero, come osserva la Commissione, che "[u]*n investimento estero in uno Stato membro può avere un impatto che va oltre i suoi confini, ripercuotendosi su un altro Stato membro o a livello dell'UE*"[239], allora più rispettoso delle competenze e più efficace sarebbe istituire un meccanismo di controllo gestito e sanzionato direttamente dalla Commissione ovvero dagli organi di giustizia UE, similmente a quanto avviene *inter alia* per il controllo delle concentrazioni tra imprese di rilevo unionale ai sensi del Regolamento (CE) n. 139/2004, Regolamento che, oltretutto, lascia inalterato il potere di intervento delle autorità di controllo nazionali per tutelare interessi legittimi quali la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione e le norme prudenziali[240].

9. Conclusioni

Sin dall'*incipit*[241], si è detto come questo studio si proponesse di verificare se la nuova competenza esclusiva attribuita all'Unione europea in materia di investimenti diretti esteri, dal combinato disposto degli articoli 3 e 207 del Trattato di Lisbona[242], potesse favorire o magari piuttosto pregiudicare la certezza del diritto, la tutela dell'affidamento dell'investitore e, di conseguenza, il flusso internazionale di capitali privati.

Si è inoltre rimarcato come tale flusso possa essere scoraggiato, non solo dall'arretratezza del sistema giuridico del Paese in cui si vorrebbe investire il capitale, ma altresì dall'eccessiva complessità e burocratizzazione di tale sistema[243].

[239] V. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione,* cit., par. 2.2.

[240] V. il Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), in *G.U.U.E.,* 29.01.2004, L 24/1, in particolare l'art. 21.

[241] V. *supra*, nel par. 1, *in fine*.

[242] V. *supra*, nel par. 2.

[243] V. *supra*, nel par. 1.

Ebbene, dall'analisi dell'incalzante produzione di regolamenti da parte dell'Unione europea[244], ci pare sia emerso chiaramente come la costruzione normativa da essi predisposta sia caratterizzata proprio da tale complessità e burocratizzazione.

A ciò si sono aggiunte le contraddittorie pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, ispirate dalla contrapposta volontà politica, da un lato, di tutelare il potere di controllo delle istituzioni europee in settori particolarmente sensibili per il mercato unico, come quello oggetto di questo scritto, dall'altro, di favorire gli scambi commerciali tra l'Unione europea e altri fondamentali attori dell'economia globale[245].

Contraddizioni, come visto, non sono mancate neppure nelle posizioni di principio assunte dalla Commissione europea, prima recisamente avversa a sistemi alternativi di soluzioni delle controversie in materia di investimenti tra privati e Stati[246] e, poi, fautrice della creazione di un nuovo tribunale multilaterale degli investimenti[247].

La proliferazione di organismi internazionali di soluzione delle vertenze, come noto già diffusamente lamentata[248], investirebbe dunque non più solo la composizione delle controversie interstatali, bensì anche di quelle particolari controversie che vedono gli individui, persone fisiche o giuridiche, contrapporsi agli Stati, in applicazione di norme del diritto internazionale di natura procedurale, ma anche sostanziale.

Ciò con intuibili conseguenze negative sulla certezza del diritto internazionale degli investimenti, che sino a oggi, pur in presenza di strutture sperimentate di composizione delle liti, quale l'ICSID[249], è riuscito per via giurisprudenziale a enucleare pochi principi, senza poter essere invece ricondotto a un sistema di norme codificabili[250].

D'altronde, come detto, uno dei motivi per cui la soluzione extra-statale, e in particolare arbitrale, delle controversie in materia di IDE è divenuta il sistema privilegiato dalle parti coinvolte risiede, oltreché nel vantaggio per la parte privata di potersi avvalere di un foro equidistante dalla sua controparte statale, nell'interesse di entrambe di poter decidere se tenere riservati o rendere pubblici (e in quale misura) il contratto di

[244] V. *supra*, nei par. 5, 6 e 7.
[245] V. *supra*, nei par. 3.1, 3.2 e nota 136.
[246] V. *supra*, nei par. 2.1 e 3.
[247] V. *supra*, nel par. 4.
[248] V. S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli editore, Roma, 2009, p. 8.
[249] V. *supra*, nel par. 3 e nota 51.
[250] V. *supra*, nel par. 2 e nota 24.

investimento, gli aspetti inerenti la sua esecuzione, i profili di ragione o di torto stabiliti ad esito del procedimento.

Il nuovo tribunale multilaterale degli investimenti, così come concepito dalla Commissione europea e caldeggiato dal Comitato economico e sociale, andrebbe invece in senso diametralmente opposto, prevedendo giudici togati nominati dagli Stati e la trasparenza dei procedimenti[251].

Non ci si nasconde, comunque, che a livello regionale, se non addirittura bilaterale, può essere più semplice costruire un sistema più avanzato ed efficace di norme sostanziali e procedurali di tutela, così com'è avvenuto a livello europeo per la protezione dei diritti umani[252].

Al riguardo, va detto però anche che le istituzioni europee sono intervenute per eliminare, quanto meno nei rapporti intra-UE, le norme e i sistemi ISDS esistenti, senza previamente predisporre una disciplina e sistemi di composizione delle controversie altrettanto esaurienti di quelli contemplati dai BIT e dai MIT di cui gli Stati membri erano o sono parti[253].

Infine, si è visto come il Regolamento n. 452/2019, approvato per il controllo degli investimenti a tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico nel mercato unico, si sostanzi in una tortuosa struttura di analisi e scambio di dati tra gli Stati membri e la Commissione che può costituire un ulteriore elemento negativo nelle valutazioni svolte dai potenziali investitori esteri[254].

Quel che è certo è che negli ultimi anni il flusso in entrata di IDE nell'Unione europea, fatta eccezione per una fisiologica risalita in epoca post-pandemia, si è progressivamente ridotto[255]. Ciò dipende certamente dalla crisi economica e dalle tensioni geopolitiche internazionali, ma non si può escludere che i crescenti interventi dell'UE abbiano inciso su tale contrazione.

A ciò si aggiunga che, se, per un verso, il sistema di controllo in vigore potrebbe avere scoraggiato gli investimenti privati, per l'altro, esso non pare essere stato in grado di arginare gli investimenti "istituzionali" di Paesi che dispongono di rilevanti capitali e hanno un reale interesse a penetrare l'economia europea, come dimostrano gli ingenti investimenti cinesi, qatarini e arabi che hanno coinvolto anche l'Italia.

[251] V. *supra*, nel par. 4.
[252] V. *supra*, nel par. 3.2.
[253] V. *supra*, nel par. 2.1 *in fine*, e nei par. 3 e 3.2.
[254] V. *supra*, nel par. 7.
[255] V. *supra*, nel par. 1.

Invero, la Relazione speciale stilata dalla Corte dei Conti europea nel 2023 non ha mancato di rimarcare, sin dalla sua intitolazione, i "*notevoli limiti*" del Regolamento n. 452/2019 che "*impediscono una gestione efficace dei rischi per la sicurezza e l'ordine pubblico*"[256].

Né miglior esito pare preannunciare la proposta della Commissione europea di adottare un nuovo Regolamento relativo al controllo degli investimenti esteri dell'Unione, che abroga il Regolamento (UE) 2019/452. Come si è visto, infatti, tale proposta intensifica la burocratizzazione di un sistema che dovrebbe essere fondato sulla cooperazione tra gli Stati membri e impone a questi ultimi obblighi in materie tradizionalmente e normativamente riservate alla loro competenza.

A fronte delle indubbie crescenti esigenze di tutela, non solo economica, del mercato unico, a parere di chi scrive sarebbe invece preferibile la creazione di un meccanismo di controllo gestito e sanzionato direttamente dalle istituzioni europee, nei limiti delle competenze che gli Stati membri hanno ad esse attribuito in materia di politica commerciale comune e di investimenti diretti esteri[257], che restano comunque un motore determinante del benessere dei Paesi anche più avanzati[258].

[256] V. *supra*, nota 216.
[257] V. *supra*, nel paragrafo che precede.
[258] V. *supra*, nel par. 1.

Sul nuovo procedimento semplificato di cognizione*

Marcella Negri
Professoressa associata di Diritto processuale civile

Sommario: 1.Verso la progressiva generalizzazione del vecchio-nuovo rito "semplificato"? Breve riepilogo dei precedenti 2. I tratti qualificanti dell'intervento normativo ed i principali nodi problematici 3. L'ambito di applicazione del rito semplificato, tra pretesa "obbligatorietà" e potere giudiziale di mutamento del rito 4. Il ricarburato congegno del mutamento bidirezionale del rito secondo lo schema di decreto correttivo: la difficile quadratura del cerchio. 5. Reincarnazione del vecchio rito ordinario o clone del rito del lavoro? i chiarimenti apportati dal decreto correttivo

1. Verso la progressiva generalizzazione del vecchio-nuovo rito "semplificato"? Breve riepilogo dei precedenti

Il nuovo rito semplificato, disegnato dagli artt. 281 *decies* segg. c.p.c., rappresenta una ulteriore tappa evolutiva del vecchio procedimento sommario di cognizione, che fece la sua prima comparsa nel 2009 come al-

* Lo scritto riproduce con adattamenti il testo della relazione tenuta a Venezia il 20 marzo 2023 in occasione del primo incontro dedicato a «*La riforma del processo civile di primo grado: la fase introduttiva e preparatoria all'udienza di trattazione*» all'interno del ciclo di convegni su «*La riforma del processo civile*», organizzato dalla Università di Padova in collaborazione con la struttura didattica territoriale del distretto della Corte d'appello di Venezia. Nella versione qui pubblicata, con richiami di dottrina limitati all'essenziale, si tiene altresì conto delle novità introdotte dallo «Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149», approvato dal Consiglio dei ministri il 15 febbraio 2024. Il contributo è aggiornato alla data del 30 aprile 2024.

ternativa *facoltativa* rispetto al rito ordinario[1], evolvendosi poi nel 2014 – mercé l'introduzione dell'art 183 *bis* c.p.c. e della «piena inter-comunicabilità dei riti» per opzione del giudice – come primo, timido embrione di una gestione delle controversie ispirata alla modulazione proporzionata dello sviluppo della trattazione in ragione della maggiore o minore *complessità in concreto* della lite[2].

Come noto, il procedimento originariamente disegnato dai previgenti artt. 702 bis ss. c.p.c. è venuto nel tempo progressivamente delineandosi come un *modello* o *archetipo procedimentale*, accanto al rito ordinario ed al rito del lavoro. Tracce evidenti di questa tendenza avevano trovato traduzione soprattutto nella sua trasformazione in rito *ex lege* esclusivo per una nutrita congerie di materie, anche molto sensibili, ad opera del D. lgs. n. 150/2011[3]. È superfluo sottolineare come questo passaggio si allontani dalla filosofia della flessibilità del procedimento alla luce delle esigenze della *singola* controversia, richiamando la logica più tradizionale dei riti differenziati per categorie di controversie in ragione del *thema decidendum* e di una predeterminazione normativa ed astratta delle conseguenti esigenze di trattazione: segnando una ambiguità nella logica ispiratrice del sistema di cui permane traccia anche la più recente riforma[4].

[1] Artt. 702 bis segg. c.p.c., introdotti con l. n. 18.6.2009 n. 69 e tuttora applicabili ai processi introdotti prima del 28 febbraio 2023.

[2] Sull'esigenza di proporzionalità e flessibilità della organizzazione del processo in ragione della complessità della controversia, si registra una vasta convergenza, dietro la quale tuttavia si nascondono non irrilevanti divergenze circa il significato da attribuire a tali termini e su come realizzare l'obiettivo, a sua volta funzionale alla ragionevole durata dei processi. Senza poter qui riassumere i termini di un dibattito amplissimo, si rinvia per ogni opportuno riferimento a: R. Caponi, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 1442 segg.; nonché ai contributi raccolti in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 431 segg. Nel senso che l'art. 183 bis c.p.c. abbia rappresentato il primo esperimento di case management alle nostre latitudini: V. Ansanelli, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza. Il nuovo art. 183-bis c.p.c.* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2015, pp. 339 segg., 343. Per uno sguardo in ottica comparatistica sulla organizzazione flessibile del processo: M. De Cristofaro *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 282 segg.; S. Boccagna, *La nuova organizzazione del processo,* in *Riv. dir. Proc.*, 2023, p. 1341 segg.

[3] Ulteriori estensioni si sono poi registrate con riguardo ai giudizi di opposizione alle divisioni su domanda congiunta (art. 791 *bis* c.p.c.) ed alle azioni di classe (art. 840 *ter* c.p.c.), oltre che con riguardo ai giudizi in materia di responsabilità medica ex art. 8 comma 3 l. 8.3.2017 n. 24, in questo caso tuttavia restando la possibile conversione al rito ordinario

[4] Contro la proliferazione dei riti e dei modelli con differenti ambiti applicativi, generatrice di complicazioni applicative e soprattutto veicolo di potenziali errori nella scelta del rito corretto (fatali in assenza di chiare previsioni normative che ne sterilizzino le conseguenze, come opportunamente fa l'art. 4, comma 5, d. lgs. n. 150/2011): G. Costantino, in

Il generico *favor* per un modello procedimentale più snello di quello ordinario ha ispirato inoltre la scelta, non del tutto coerente con la logica di allocazione efficiente e proporzionata delle risorse del servizio giustizia e di adattamento modulare delle forme del contraddittorio alle peculiarità delle singole controversie, di incentivarne l'utilizzo promuovendolo a "rimedio preventivo" della eccessiva lunghezza dei processi e condizionando l'accesso alla riparazione del pregiudizio da durata eccessiva del processo ai sensi della Legge Pinto all'instaurazione del processo con ricorso ai sensi dell'art. 702 *bis* c.p.c.[5]. Ed in effetti, la predisposizione di una alternativa semplificata rispetto al rito ordinario di cognizione sembra rispondere, nelle intenzioni del legislatore, anche a quella pressante esigenza di accelerazione efficientistica che innerva tutte le ultime stagioni di riforma del processo civile ed in modo ancor più evidente quella del 2021/22. L'auspicio di centrare per tale via l'obiettivo di abbreviare la durata dei processi guida infatti la mano del legislatore nel tracciare per il rito alternativo un campo applicativo in progressiva espansione.

Facendo fortunatamente giustizia dell'idea di forgiare sul conio del vecchio procedimento c.d. sommario di cognizione, sia pure sensibilmente rimaneggiato ed irrigidito ibridandolo con il rigoroso regime preclusivo del rito del lavoro, addirittura il rito unico ed *esclusivo* per *tutte* indistintamente le cause di competenza del giudice monocratico[6], la Commissione Luiso e la legge di delega (art. 1, comma 5 lett. n, l. n. 206/2021) più realisticamente restavano aderenti alla configurazione di un rito *ulteriore* e *alternativo* a quello ordinario dinanzi al Tribunale, pur conservando l'aspirazione ad ampliarne l'ambito di applicazione prefigurandolo come percorso *obbligato* in determinate circostanze, coagulate intorno alla figura della causa che presenti in concreto esigenze di istruzione non complessa. Si giunge così agli attuali artt. 281 *decies-terdecies*, che costituiscono il nuovo Capo III quater, Titolo II, Libro secondo del Codice di rito, rubricato «Del procedimento semplificato di cognizione»,

La riforma della giustizia civile, Cacucci, Bari, 2022, pp. 194 segg.

[5] Art. 1 *ter* L. 89/2001 introdotto con L. 28.12.2015 n. 208.

[6] Come prefigurato, salvo solo l'ambito riservato al rito del lavoro, dal progetto Bonafede (d.d.l. AS 1662 del 9 gennaio 2020) e già, ma con ben diversa configurazione del procedimento, dal d.d.l., nato dai lavori della Commissione Berruti, approvato dalla Camera il 10 marzo 2016 (atto AS 2284). Di fatto, in questi progetti si mirava a forgiare un nuovo rito di applicazione generale per le cause dinanzi al Tribunale monocratico, perdendo tuttavia ogni traccia di quella proporzionalità e modularità in concreto di cui erano espressione gli artt. 702 bis ss. e 183 bis c.p.c.

con cui l'art. 3, comma 21, D. lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022 ha tradotto, più o meno fedelmente, i criteri direttivi dettati dalla legge di delega, improntati agli obiettivi di «semplificazione, speditezza e razionalizzazione» del processo[7]. La disciplina novellata rimodula ed al contempo significativamente ritocca lo schema del previgente procedimento sommario di cognizione[8], al dichiarato fine di renderlo più ospitale ed attrattivo mediante una disciplina più dettagliata dello svolgimento della dialettica processuale e dell'esercizio dei poteri difensivi delle parti. Significativamente, il procedimento originariamente dislocato nel Libro IV trova oggi più congrua collocazione all'interno del Libro I, Titolo II e viene contemporaneamente ribattezzato sostituendo l'aggettivo "sommario" con il più neutro "semplificato" (peraltro già in uso presso buona parte della dottrina), onde scongiurare ogni possibile equivoco sulla sua perfetta equipollenza rispetto agli altri riti a cognizione piena ed esauriente ospitati nel medesimo contesto, cioè il rito ordinario dinanzi al Tribunale ed il rito laburistico.

Nel nuovo assetto risultante dalla riforma, permangono dunque due diversi riti con campo di applicazione atipico quanto all'oggetto mediato ed immediato della controversia, potenzialmente applicabili dinanzi al Tribunale: il rito ordinario *ex* artt. 163 segg. c.p.c. ed il rito alternativo

[7] Senza pretese di completezza: A. Motto, P*rime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *www.judicium.it*, 2023, pp. 1 segg.; G. Balena, *Il (semi)nuovo procedimento semplificato di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, 1 segg.; R. Tiscini, *Commento agli artt, 281 decies segg.*, in *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022*, n. 149, a cura di Tiscini-Farina, Pacini, Pisa, 2023, pp. 395 segg.; G.P. Califano, *Il rito semplificato di cognizione*, Zanichelli, Bologna, 2023; F.P. Luiso, C*ommentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano 2023, pp. 132 segg.; A.R. Mingolla, *Il processo semplificato*, in *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di Cecchella, Zanichelli, Bologna, 2023, pp. 169 segg.; A. Carratta, *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur. it.*, 2023, pp. 697 segg.; A. Giussani, *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione*, in *Riv.dir. proc.*, 2023, pp. 632 segg.; E. Dalmotto, I*l procedimento semplificato*, in L*ezioni sul nuovo processo civil*e, a cura di Dalmotto, Zanichelli, Bologna, 2023, pp. 92 segg.; D. Castagno, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *Il processo civile riformato*, a cura di A. Ronco, Zanichelli, Bologna, 2023, pp. 180 segg.; M. Stella, *I nuovi riti di cognizione e il ruolo dell'avvocato, in particolare nel rito semplificato*, in *DPCIeC*, 2023, pp. 815 ss.; F. Noceto, *Ambiguità e discrasie nella disciplina del nuovo procedimento semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, pp. 941 segg.; B. Gambineri, *Il procedimento semplificato di cognizione (o meglio il nuovo processo di cognizione di primo grado)*, in *Questione giustizia*, 2023, 67 ss G. Fabbrizzi, C*onsiderazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, pp.1579 segg.

[8] La Relazione illustrativa al D.lgs. n. 149/2022 esplicita il fine di realizzare la "semplificazione dei procedimenti attraverso il rafforzamento di un modello processuale già esistente, il procedimento sommario di cognizione".

ex artt. 281 *decies* segg. Permane inoltre la possibilità di passaggio bidirezionale dall'uno all'altro su impulso del giudicante, dovendosi tuttavia adattare la funzionalità di tale congegno alla luce della trasformazione impressa al rito ordinario di cognizione: si tratta di una delle più evidenti smagliature nella tessitura della riforma, sulla quale non a caso si è concentrato il recentissimo intervento correttivo, varato dal Consiglio dei ministri lo scorso 15 febbraio 2024 ed al momento in cui si scrive tuttora all'esame del Parlamento.

In definitiva, il legislatore ha chiaramente optato per l'individuazione di percorsi procedimentali tra loro alternativi, *ciascuno dei quali interamente o almeno sufficientemente predeterminato nel suo svolgimento*[9], nettamente respingendo ogni suggestione incline ad abbandonare *in toto* la concreta determinazione del *modus procedendi* alla discrezionalità del giudice, secondo una malintesa nozione di *case management*[10]. Inoltre, il legislatore sembrerebbe *(*almeno nelle intenzioni*)* puntare alla parziale predeterminazione *ex lege* anche dell'*ambito applicativo* del rito alternativo, tentando di imbrigliare la valutazione giudiziale circa l'adeguatezza in concreto del rito alternativo: si indagherà oltre con quanto successo.

Al tempo stesso, permane la variante del rito semplificato *esclusivo***,** previsto *ex lege* per talune controversie indipendentemente dalla mag-

[9] Sulle diverse alternative: I. Pagni *Principio di proporzionalità e regole minime tra rito ordinario, rito del lavoro e tutela sommaria*, in *La tutela dei diritti e le regole del processo*, Bononia University Press, 2019, pp.113 segg. Il problema mi pare stia tutto nell'individuare il nucleo minimo irrinunciabile di regole che si ritenga necessario per non collidere con l'art. 111 Cost.: il vecchio procedimento ex art. 702 bis c.p.c. da taluni era visto come "disciplina mirabilmente equilibrata" (almeno nella misura in cui fosse seguito da un appello "aperto": M. De Cristofaro *Sommarizzazione e celerità tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 481 segg.); mentre da altri era giudicato come inammissibile abbandono all'arbitrio del giudicante nel forgiare caso per caso le regole del gioco (A. Carratta, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 449 segg.).

[10] Nel senso che la distinzione tra cognizione sommaria e cognizione ordinaria risieda nella predeterminazione normativa delle forme e dei modi di attuazione del contraddittorio e che "l'accelerazione dei processi e l'efficienza della giustizia non possano dipendere dall'estro del giudice": G. Costantino in *La riforma della giustizia civile*, Cacucci, Bari, 2022, pp. 194 segg., 201; Id., *Note su tutela dei diritti e regole del processo*, in *La tutela dei diritti e le regole del processo*, Bononia University Press, 2019, pp.21 segg., 36A. Proto Pisani, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.* 2002, V, pp. 65 segg.; Carratta, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale, cit.*, p. 467 segg. Nel senso che, fermo tale principio, la riserva di legge sancita dall'art. 11 cost., non osta ad un quantum di flessibilità e discrezionalità nella organizzazione del procedimento: A. Tedoldi, *Procedimento sommario di cognizione*, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 143 segg.

giore o minore complessità in concreto della singola controversia, che non solo non viene abbandonata ma anzi guadagna terreno, come si avrà modo di precisare nel prossimo paragrafo.

Nonostante i tasselli del *puzzle* non siano in sé stessi poi troppo cambiati, la loro rispettiva posizione e soprattutto la loro posizione nel complesso quadro delle forme e dei modi di trattazione e decisione delle cause in primo grado risulta significativamente alterata. Occorre quindi comprendere quale sia oggi la reale posizione della pianeta «rito semplificato di cognizione» nella galassia del processo di cognizione in primo grado: posizione che risulta inevitabilmente influenzata anche dalle forze che hanno deformato il volto del rito ordinario, come sin qui conosciuto.

Benché oggi il rito più snello sia stato riplasmato in modo da ricondurlo, come peraltro lo aveva forgiato la prassi[11], ad una alternativa non troppo dissimile dal rito ordinario cui eravamo abituati sino a ieri; non per questo può dirsi che il rito semplificato sia diventato un inutile doppione, dato che la rivoluzione copernicana che ha investito il rito ordinario irrigidendone oltremodo il corso, illumina il rito semplificato di nuova luce. Infatti, nel rito semplificato rivive la scansione di fasi fino a ieri consueta, con il primo incontro tra le parti ed il giudice che precede anziché seguire l'inizio della trattazione. Da qui il diffuso vaticinio di un ripetersi della nota vicenda che interessò il codice di rito del 1865, con il nuovo rito semplificato che, come avvenne per il rito sommario disegnato come residuale dal primo codice unitario[12], soppianta nella prassi il rito

[11] In definitiva la discrezionalità e la flessibilità si traducevano essenzialmente nella possibilità di modulare lo svolgimento della trattazione evitando la concessione di termini per la trattazione scritta se in concreto inutili ed imponendo quindi la decisione già all'esito della prima udienza, oltre che nella possibilità di prescindere da formalità non essenziali nella assunzione delle prove (C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, Giappichelli, 2023, p. 368) e quindi nel prescindere «dai due irriducibili snodi del rito ordinario offerti dagli artt. 183 e 189 c.p.c.» (Relazione illustrativa al D. lgs 150/2011). Nel senso che il previgente rito sommario di cognizione, ben diversamente dal procedimento camerale, fosse pienamente idoneo a soddisfare l'imperativo costituzionale della predeterminazione delle forme del processo, in quanto la parziale de-formalizzazione trovava giustificazione nella sua esclusiva applicazione alle cause realmente semplici e risultava compensata dall'accesso ad un appello aperto: M. De Cristofaro, *Sommarizzazione e celerità tra efficienza e garanzie*, cit., p. 481 segg.

[12] Sulle ragioni di fondo sottese - sotto l'impero del c.p.c. 1865 - alla disaffezione e quindi alla fuga del ceto forense dal rito formale, connotato da una fase preparatoria scritta anteriore al primo contatto con il giudice e soppiantato *de facto* dal rito sommario in cui invece la trattazione si svolge in udienza, *ex multis*: V. Ansanelli, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 126 segg.

ordinario «formale»: ma allora con buona pace dell'attitudine del primo a conseguire l'obiettivo della ragionevole durata dei processi[13].

Prima di avventurarmi in valutazioni e prognosi, procederò ad illustrare brevemente in cosa consiste il *restyling* del vecchio procedimento sommario di cognizione, per poi isolare i principali nodi problematici della nuova disciplina ed infine evidenziare in quale misura questi abbiano trovato congrua soluzione nel recentissimo intervento correttivo, quale prefigurato dallo schema di decreto legislativo trasmesso al Parlamento il 10 marzo 2024.

2. I tratti qualificanti dell'intervento normativo ed i principali nodi problematici

La nuova collocazione e la nuova denominazione impressa dal d.lgs. n. 149/2022 al rito alternativo confermano ed esplicitano la conclusione che si era ormai definitivamente consolidata con riguardo al previgente «procedimento sommario di cognizione», del quale dottrina e giurisprudenza prevalenti, ancorché a dire il vero non unanimi, erano giunte a riconoscere – nonostante la fuorviante denominazione – la piena idoneità ad esprimere una cognizione piena ed esauriente: non superficiale né incompleta, ma solo semplificata quanto alle forme del procedimento, e funzionale a rispondere alla domanda di tutela con un accertamento idoneo al giudicato[14]. Il legislatore non si è tuttavia limitato a mere modifiche formali, ma ha introdotto anche significative innovazioni strutturali. Rispetto al modello ispiratore, le novità di maggiore impatto attengono: al significativo ampliamento del suo ambito di applicazione rispetto alla precedente esperienza; alla più precisa predeterminazione normativa dello svolgimento del processo, in attuazione del principio direttivo stabilito

[13] La tentazione di fuggire dal rito ordinario può cogliere non solo le parti misoneiste, ma pure i giudicanti che acutamente percepiscono le difficolta applicative del nuovo rito: la cui nuova conformazione, con il triplice giro di memorie rinnovato in occasione della fissazione di una nuova prima udienza, si rivela specialmente farraginosa in caso di litisconsorzi successivi (si vedano oltre i tentativi di forzare in tali ipotesi il passaggio al rito semplificato)

[14] In questo senso, già esplicitato dalla Relazione illustrativa al D. lgs. 150/2011 descrivendo il procedimento sommario di cognizione «come giudizio a cognizione piena sia pure in forme semplificate ed elastiche rispetto ai due residui irriducibili snodi del rito ordinario offerti dagli articoli 183 e 189 del codice di procedura civile», si era del resto più volte espressa anche la Consulta: Corte cost. 26 novembre 2020 n. 253; Corte cost. 5 maggio 2021 n. 89.

dal legislatore delegante: principio direttivo peraltro sotto questo profilo assai scarno e tale da lasciare al legislatore delegato ampio spazio di manovra, limitandosi a prevedere che il rito dovesse essere «disciplinato mediante l'indicazione di termini e tempi prevedibili e ridotti rispetto a quelli previsti per il rito ordinario per lo svolgimento delle difese e il maturare delle preclusioni, nel rispetto del contraddittorio fra le parti».

Con riguardo all'ambito di applicazione - ferma come già per il suo antecedente l'incompatibilità con le controversie ricondotte *ex lege* ad altro e diversamente strutturato rito speciale e segnatamente al rito del lavoro ed ora anche al rito unificato per le persone, la famiglia e i minorenni ex Titolo IV *bis* del Libro II[15] - il nuovo procedimento semplificato di cognizione travalica la sfera rimessa al Tribunale monocratico e si estende anche alle residue ipotesi di decisione collegiale ex art. 50 *bis* c.p.c.[16]. In questo modo, il rito semplificato diviene ora potenzialmente applicabile anche alle controversie attribuite alle sezioni specializzate che decidono sempre in formazione collegiale, come deve dirsi anche per le sezioni specializzate per l'impresa[17].

La piena fungibilità, ormai evidente anche a livello lessicale, tra percorso ordinario e percorso semplificato, già di per se stessa consente di superare ogni residua incertezza circa l'ammissibile introduzione con ricorso e trattazione con rito semplificato delle opposizioni a decreto ingiuntivo[18]. Anzi, alla luce del nuovo corso del rito ordinario, optare per

[15] Infatti dalla lettura coordinata degli artt. 281 *duodecies*, 40 comma 3 e 183 *bis* (ma identica conclusione ricava anche dalla previsione che il decreto correttivo sostituisce a quest'ultima disposizione, cioè il nuovo art. 171 *bis* comma 4) si ricava che il rito semplificato di cognizione rappresenta una alternativa solo rispetto al rito ordinario (cosi, con riguardo agli artt. 702 bis segg., Cass. civ. 5 luglio 2023 n. 18990).

[16] La scelta non appare contraddittoria, dato che la valutazione *ex ante* di una necessaria maggior ponderazione in sede decisoria non esclude che la causa *in concreto* possa presentare modeste esigenze istruttorie e rivelarsi cosi, almeno sotto questo profilo, "semplice". All'originaria limitazione alle controversie da decidersi in formazione monocratica in precedenza il legislatore aveva comunque già apportato deroghe puntuali, in svariate ipotesi di applicazione *ex lege* esclusiva del rito sommario ai sensi del D. lgs 150/2011.

[17] *Cfr.*, con riguardo ai previgenti artt. 702 bis ss. c.p.c., Trib. Roma, sez. spec. imprese, 27 maggio 2019, in *Foro it.* 2019, I, 2939.

[18] G. Balena, *Il (semi)nuovo procedimento semplificato di cognizione*, cit.., 3. La compatibilità con l'opposizione monitoria era stata peraltro già riconosciuta con riguardo agli artt. 702 *bis* segg. da: Cass. civ., 31 agosto 2023, n. 25543; Cass. civ., 23 novembre 2022, n. 34501. Nella citata pronuncia (relativa ad opposizione a decreto ingiuntivo avente ad oggetto la richiesta di liquidazione di compensi maturati per la difesa in un processo penale ed estranea quindi alla disciplina di cui al d.lg. n. 150 del 2011, art. 14) il S.C. riconosce infatti che l'opponente può liberamente optare in alternativa alla citazione per il ricorso

il ricorso ex art. 282 *decies* c.p.c. si presenta vantaggioso per l'opponente quando il decreto ingiuntivo sia stato emesso in forma provvisoriamente esecutiva nella misura in cui la prospettiva di una auspicabilmente più celere celebrazione della prima udienza consente una più rapida definizione della istanza di sospensione ex art. 649 c.p.c.[19]. Benvenuto, anche se non indispensabile, appare dunque il chiarimento apportato sul punto dal decreto correttivo, là dove aggiunge all'art. 281 *decies* un terzo comma che espressamente sancisce la compatibilità del rito semplificato con l'opposizione monitoria[20]. Meno felice e meno comprensibile appare tuttavia la decisa ed inequivoca scelta di limitare espressamente la scelta del rito semplificato alle sole opposizioni pre-esecutive, escludendo quindi categoricamente che l'opponente possa avvalersi della forma del ricorso ex art. 281 *decies* nella seconda fase delle opposizioni a pignoramento, a valle della udienza cameral-cautelare ex art. 615, comma 2, come pure escludendone *tout court* la praticabilità per l'opposizione di terzo alla esecuzione[21].

Il campo di applicazione del rito semplificato risulta ulteriormente esteso alle controversie di competenza del Giudice di Pace; in questo caso, tuttavia gli artt. 281 *decies* c.p.c. sono richiamati con *clausola di compatibilità,* discostandosi così dalla proposta della Commissione Luiso che propendeva per una estensione secca del rito semplificato. Ammesso che il legislatore delegante, impartendo la direttiva della «uniformazione al rito ordinario davanti al Tribunale monocratica», mirasse ad eliminare uno tra i tanti riti differenziati (quello dinanzi al Giudice di pace), non sembra che il legislatore delegato abbia perfettamente centrato l'obiet-

ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. (analogamente: Cass. civ., 11 marzo 2021, n. 6817; Cass. civ., 27 settembre 2016, n. 19025).

[19] *Ex multis*: S. Rusciano, *Note minime su l'opposizione al decreto ingiuntivo dopo la riforma Cartabia*, in *Dir. proc. civ. e comp.*, 2023, pp. 733 segg.

[20] «Le disposizioni di cui al primo ed al secondo comma si applicano anche alle opposizioni previste dagli artt. 615, primo comma, 617 primo comma, e 645»

[21] L'applicabilità alle opposizioni esecutive del rito sommario di cognizione appare in effetti tutt'altro che scontata, in ragione delle peculiarità procedimentali che ne renderebbero complesso l'innesto; tuttavia, in dottrina se ne era dimostrata la praticabilità (non solo per l'opposizione a precetto, ma pure per) l'opposizione all'esecuzione e quella del terzo, ovviamente a valle della udienza cameral-cautelare ex art. 615 comma 2 e art. 185 disp. att. c.p.c. (R. Metafora, *L'ambito di applicazione del rito sommario di cognizione*, in *Giusto processo civ.*, 2015, pp. 809 segg., 832, la quale esclude solo le contestazioni ex artt. 512 c.p.c.; O. Desiato, *Opposizioni esecutive e procedimento sommario di cognizione*, in *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Studi in memoria di F. Cipriani*, III, cit., pp. 1567 segg., 1576 segg.).

tivo, forgiando piuttosto una variante-adattamento del rito semplificato, la cui più evidente peculiarità consiste nell'impossibilità di conversione nel rito ordinario[22]. Sull'assunto che le controversie devolute al giudice onorario siano per definizione «non complesse», il rito semplificato diviene qui *l'unico applicabile* a prescindere dalla valutazione caso per caso della sua maggiore o minore adeguatezza alle caratteristiche della controversia, dato che l'art. 316 comma 1 prevede perentoriamente che «davanti al Giudice di pace la domanda si propone nelle forme del procedimento semplificato di cognizione». Una nuova ipotesi in cui il rito semplificato diviene "esclusivo" si affianca così a quelle già individuate dal d.lgs. 1.9.2011 n. 150, dove ogni riferimento al previgente procedimento sommario di cognizione è stato sostituito con il rinvio agli artt. 281 *decies* segg.[23], oggi ulteriormente arricchite dall'art. 30 *bis*, comma 3 e comma 4, relativo a taluni giudizi in materia di efficacia di decisioni straniere previsti dal diritto della Unione Europea e dalle convenzioni internazionali.

L'ampliamento del campo di applicazione del rito "snello" si accompagna ad interventi "incentivanti": tra questi, si annovera la modifica dell'art. 2658 c.c., che mira ad eliminare una potenziale remora ad avvalersi del rito semplificato, in caso di urgenza di trascrivere la domanda[24];

[22] In disparte l'incomprensibile riferimento nell'art. 319 c.p.c. alla costituzione dell'attore con ricorso notificato, di cui si è coralmente sottolineata la sgrammaticatura, dato che nei processi che iniziano con ricorso, come il processo del lavoro e come appunto il rito semplificato, l'attore si costituisce in giudizio mediante il deposito del ricorso introduttivo, che contestualmente segna l'avvio della pendenza della lite. Il *lapsus calami* viene emendato dal decreto correttivo.

[23] Più in generale, il nuovo rito semplificato sostituisce il vecchio rito sommario ovunque questo venisse richiamato. Il legislatore ha infatti coordinato con la nuova disciplina le disposizioni del D. lgs. n. 150/2011che facevano rinvio agli abrogati artt. 702 bis ss. Il mancato coordinamento dell'abrogazione dell'intero Capo III *bis* del Titolo I del Libro IV con il testo dell'art. 840 ter c.p.c. ha trovato opportuna soluzione nel recente correttivo già citato. Che si trattasse di una mera dimenticanza, e che il rinvio dovesse intendersi come mobile o formale e quindi oggi rivolto alla nuova disciplina, era peraltro evidente già in precedenza: ed infatti in successivi interventi in ambiti assai vicini il legislatore ha espressamente richiama il nuovo rito semplificato (ci si riferisce alle azioni rappresentative consumeristiche ed all'art. 140 *septies* comma 8 d. lgs. n. 296/2005, come novellato dal d. lgs. n. 28/2023). Il correttivo ha provveduto inoltre a coordinare il testo dell'art. 791 bis comma 4 c.p.c., superando analoga svista.

[24] Quando la domanda giudiziale sia tra quelle che possono essere trascritte, l'attore potrà infatti procedere alla trascrizione presentando copia conforme dell'atto che la contiene munita di attestazione della data del suo deposito presso il Tribunale, in deroga alla disciplina generale che richiede la presentazione di copia della domanda notificata a controparte. Segnala il rischio di abuso della trascrizione nei casi in cui il ricorso venga depositato ma poi non venga notificato, determinandosi l'estinzione del processo senza

e probabilmente, almeno nelle intenzioni del legislatore, l'aver mantenuto il nesso tra rito semplificato e indennizzo *ex* legge Pinto[25], peraltro disattendendo le indicazioni del delegante[26]. Ragionando in termini di incentivi e disincentivi, sul piatto della bilancia va tuttavia posto anche un effetto secondario ed indiretto della marcata normalizzazione del rito semplificato, di cui subito appresso. Infatti, la collocazione all'interno del libro II ha fatto venire meno l'incentivo fiscale, posto che ora certamente il contributo unificato da corrispondere sarà quello ordinario, ai sensi dell'art. 13 comma 1 D.P.R. n. 115/2002, T.U. spese di giustizia, non potendosi applicare il dimezzamento di cui al comma 3 espressamente previsto per i procedimenti speciali del libro IV, Titolo I, c.p.c.

Quale sia effettivamente la porzione di contenzioso destinato a confluire nel percorso semplificato lo si ricava però soprattutto dall'art. 281 *decies*, disposizione che cerca, facendo tesoro della esperienza applicativa, di offrire parametri meno equivoci della vecchia formula "istruttoria non sommaria" contenuta nell'art. 702 bis c.p.c. Qui si registra una delle più vistose innovazioni e cioè la individuazione di un'area in cui il rito semplificato dovrebbe essere *necessariamente* adottato, ma sul significato di questa obbligatorietà occorre intendersi. Si tratta di uno dei nodi centrali, sul quale mi riservo dunque di tornare per comprendere se davvero si possa distinguere tra un ambito di rito semplificato necessario e un ambito di rito semplificato facoltativo, dopo avere sommariamente delineato il procedimento.

Venendo dunque alla articolazione del procedimento, nonostante l'ampio spazio di manovra lasciato dalla delega, il legislatore delegato ha

che ne consegua automaticamente la cancellazione della trascrizione: V. De Carolis in *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022*, n. 149, a cura di Tiscini-Farina, cit., pp. 82 segg.

[25] Previsione poco sensata, ma che la Consulta (Corte cost. 121/2020), peraltro pronunciandosi con riguardo agli artt.183 bis e 281 sexies, ha fatto salva reputandola non lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale, discorrendo di "comportamento collaborativo" consistente nel manifestare la propria disponibilità al passaggio al rito semplificato o al modello decisorio concentrato. Il punto però non sta nella (in effetti non esistente *vulnus* al diritto di agire e difendersi nel processo presupposto, ma) nell'essere il comportamento richiesto alla parte solo un inutile adempimento formale, maldestro tentativo di porre un "filtro" alla pioggia di richieste municipali di indennizzo, inadeguato peraltro a schermare da domande rivolte alla Corte EDU.

[26] Si veda il vigente art. 1 *ter* l. n. 24.3.2001 n. 89. Per contro la delega prevedeva al comma 22 lett E di sostituire il riferimento al rito semplificato con l'utilizzo di strumenti conciliativi, segnatamente la negoziazione assistita e la mediazione anche al di fuori delle ipotesi di obbligo: probabilmente si è temuto che per tale via si sarebbe dato ingresso ad una nuova ipotesi di giurisdizione condizionata con i relativi dubbi di legittimità costituzionale.

ampiamente ripreso il canovaccio del previgente rito sommario, da un lato cogliendo l'occasione per chiarire definitivamente taluni profili che avevano ingenerato dubbi e difficoltà e dall'altro lato pero insufflandovi un nuovo spirito.

Cosi, prendendo atto della impostazione prevalente, si esplicita che la chiamata di terzo è ammessa con la medesima latitudine prevista per il rito ordinario e quindi in tutte le ipotesi dell'art. 106 e non più solo per la chiamata in garanzia; come pure si esplicita che anche l'attore, alle medesime condizioni che valgono nel rito ordinario, può a sua volta determinare un ampliamento soggettivo della controversia[27]. L'espressa menzione di poteri innovativi del convenuto conferma che il carattere oggettivamente o soggettivamente cumulativo del processo di per sé stesso non osta alla trattazione in forme semplificate, come ulteriormente ribadisce l'art. 281 *duodecies* comma 2; tuttavia, dalla complessiva disciplina si ricava che le domande cumulate potranno assai spesso impedire la trattazione in forme semplificate, come si dirà appresso. Caduto il limite della collegialità e divenuto potenzialmente applicabile il rito semplificato a qualsiasi controversia pendente in primo grado (diversa da quelle soggette al rito del lavoro), è venuta meno l'irragionevole sanzione di inammissibilità con cui in precedenza l'art. 702 *ter*, in spregio del principio generale in materia di errore sul rito ricavabile dall'art. 4 comma 5 d. lgs. 150/2011, fulminava la proposizione con ricorso ex art. 702 *bis* di una domanda destinata a decisione collegiale e pertanto in astratto, e non solo in concreto, estranea all'ambito di applicazione del rito. Prendendo atto del principio sotteso a Corte cost. n. 253/2020, incentrato sul bilanciamento tra l'interesse a seguire un rito semplificato e celere ed il prevalente interesse al coordinamento dei giudicati in ipotesi di connessioni forti, si è quindi eliminata, oltre all'inammissibilità della domanda riconvenzionale a decisione collegiale, anche l'incongrua previsione di una *necessaria* separazione della riconvenzionale complessa[28]. Si favorisce in questo modo e molto opportunamente il processo simultaneo, da svolgersi nelle forme ordinarie, quando le domande siano connesse

[27] Art. 281 *duodecies,* comma 2, c.p.c. Ne risulta altresì confermata la conclusione, già in precedenza diffusa, secondo cui il rito semplificato ben può ospitare anche interventi volontari di terzi ovvero chiamate per ordine del giudice.

[28] Corte cost. 26.11.2020 n.253 ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 702 ter, comma 4, c.p.c. nella parte in cui prevedeva che la domanda riconvenzionale di competenza del collegio di Tribunale doveva essere dichiarata inammissibile, e quella "complessa" necessariamente separata, indipendentemente dall'intensità della connessione con il conseguente rischio di conflitto di giudicati in caso di nessi di pregiudizialità-dipendenza.

per pregiudizialità dipendenza o incompatibilità; ma si rischia di cadere nell'eccesso opposto: infatti, nell'attuale scenario sembra che sempre e necessariamente la trattazione secondo il rito semplificato debba risultare in concreto adeguata per tutte le cause cumulate, dovendosi altrimenti per tutte necessariamente disporre il passaggio al rito ordinario. Per evitare che una riconvenzionale solo debolmente connessa determini l'ineluttabile passaggio al rito ordinario dell'intera causa, si dovrebbe invece reputare sempre praticabile la *facoltà* di separazione del cumulo ai sensi dell'art. 103 c.p.c. prima di provvedere sul rito.

Le modifiche di maggior impatto, tuttavia, sono altre. Anche se la nuova disciplina non comporta alcuna palingenesi della funzione e della qualità della cognizione, che già nel previgente contesto era qualitativamente identica a quella svolta nel rito ordinario quanto a completezza ed approfondimento[29], l'art. 281 *duodecies* innova sensibilmente nella misura in cui ridimensiona la discrezionalità del giudicante, meglio articolando i poteri delle parti e le scansioni temporali per il loro esercizio. Si è così inteso porre rimedio al disorientamento degli operatori dinanzi all'assenza di regole esplicite, in particolare in ordine al regime delle preclusioni assertive ed istruttorie, che aveva probabilmente contribuito a deprimere l'auspicata adozione massiva del previgente rito sommario-semplificato; al tempo stesso, l'esplicitazione delle principali barriere preclusive risponde alle critiche sollevate da una parte della dottrina, secondo la quale il previgente rito disegnato dagli abrogati art. 702 *bis* ss. avrebbe tradito, in ragione della sua eccessiva indeterminatezza e de-formalizzazione, quel principio fondamentale che collega il conseguimento del giudicato ad un «giusto processo regolato dalla legge» ed alla connessa prevedibilità delle regole processuali a presidio e garanzia della eguaglianza dinanzi alla legge.

In estrema sintesi, il nuovo rito semplificato inizia con ricorso e si proietta verso la centrale prima e (potenzialmente, ma certo non necessariamente, essendo evidentemente ammesso il rinvio ad altra udienza per

[29] Nel senso che il procedimento, nonostante l'ingannevole denominazione, esprimesse una cognizione piena e sfociasse in provvedimenti idonei al giudicato, per tutti: C. Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009 n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere giur.*, 2009, pp. 877 segg., 882; R. Tiscini, *Il procedimento sommario di cognizione, fenomeno in via di gemmazione*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 112 segg. Ferma l'idoneità al giudicato e l'identica qualità della cognizione, dubita dell'utilità di adoperare per il rito ex art. 702 bis c.p.c. la formula cognizione piena, contrapposta a cognizione sommaria, in ragione del carattere sfuggente e storicamente relativo del discrimine: A. Tedoldi, *op. ult. cit.*, pp. 163 segg.

esperire gli incombenti istruttori) unica udienza che congloba attività di trattazione, eventuale istruzione e di decisione, salva la possibile concessione di termini per una breve trattazione scritta; e si conclude con una sentenza appellabile nei modi ordinari.

In questa medesima vena normalizzatrice, il comma 5 dell'art. 281 *duodecies* prevede che il giudice ammetta i mezzi di prova *rilevanti* per la decisione. Il senso della di per sé stessa scontata previsione si coglie nel confronto con la previgente formula normativa che, riecheggiando l'art. 669 *quater* abilitava il giudice a procedere nel modo ritenuto più opportuno agli atti di istruzione rilevanti «omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio» e cioè prescindendo dalle sole formalità non essenziali in sede di assunzione delle prove. L'innovazione riveste peraltro un rilievo pratico modesto, dato che già in precedenza era pacifico che non vi fossero differenze qualitative rispetto al rito ordinario quanto alle categorie di prove ammissibili ed ai poteri del giudice in campo istruttorio, discutendosi al più se fosse o meno possibile rinunciare alla previa capitolazione delle prove testimoniali[30].

La più precisa determinazione delle preclusioni relative alle iniziative assertive e soprattutto alle istanze istruttorie assume, ovviamente, un rilievo centrale; e ciò è tanto più vero se, come in effetti risulta(va) dal preterintenzionale svuotamento della possibile conversione in semplificato di un giudizio introdotto con citazione (vedi oltre sul mutamento di rito e sulla portata dell'intervento correttivo), il concreto successo del nuovo rito "snello" finisce per riposare quasi esclusivamente sull'iniziale opzione dell'attore. É prevedibile infatti che le scelte iniziali degli attori siano influenzate soprattutto dalla fiducia circa la piena possibilità di esplicare le proprie difese in modo compiuto all'interno del rito prescelto.

Tornerò *funditus* sull'argomento nel paragrafo conclusivo, anche per valutare l'impatto delle modifiche prefigurate dallo schema di decreto correttivo.

In omaggio all'imperativo della concentrazione e della celerità ed in coerenza con i caratteri della controversia adatta alla trattazione "semplificata", la legge predetermina anche lo svolgimento della fase decisoria, imponendo al giudice di adottare sempre il modulo più snello: quando reputa che la causa sia matura per la decisione, il che ben può avvenire alla prima udienza se non vi sono prove da assumere, il giudice deve neces-

[30] Per tutti: G. Balena, *Alla ricerca del processo ideale tra regole e discrezionalità*, in *La tutela dei diritti e le regole del processo*, cit., pp. 49 segg., 73.

sariamente pronunciare sentenza ai sensi dell'art. 281 *sexies*[31], senza previo scambio di note scritte per conclusionali e repliche. Analogamente, quando la decisione deve essere resa dal collegio: come precisa il decreto correttivo, in tal caso "l'istruttore dispone la discussione orale della causa davanti a se ed all'esito si riserva di riferire al collegio", che deposita poi la sentenza entro sessanta giorni; solo se le parti lo chiedano troverà applicazione l'art. 275 *bis,* che invece prevede uno scambio di memorie anteriore alla udienza di discussione[32].

Infine, ad ulteriore conferma della funzione dichiarativa e della piena equipollenza del rito semplificato rispetto a quello ordinario, si prevede che la decisione sia adottata in forma di sentenza e non più in forma di ordinanza. L'innovazione risulta meno significativa di quanto possa apparire a prima vista: sia perché già nel previgente contesto erano pacifici il carattere decisorio e l'attitudine al giudicato dell'ordinanza conclusiva[33]; sia perché l'adozione della forma di sentenza in luogo di quella dell'ordinanza riveste attualmente un rilievo relativamente modesto, sotto il profilo degli oneri di motivazione[34]. Oltre alla rassicurazione psicologica rivolta ai potenziali attori circa l'idoneità al giudicato della decisione[35], il principale effetto della modifica consiste allora nell'eliminare ogni dubbio, già prima ingiustificato, circa l'applicabilità di tutti i rimedi impu-

[31] Il modulo decisorio orale è stato tuttavia contestualmente modificato dato che il giudice monocratico può scegliere tra la lettura in udienza ovvero deposito della sentenza nei trenta giorni successivi alla discussione orale della causa, in questo modo divenendo applicabile anche alle cause non del tutto elementari. Nelle parole della Relazione illustrativa al progetto della Commissione Luiso «La possibilità di depositare la sentenza entro un termine successivo di trenta giorni consentirà di espandere la potenzialità del modello (*di decisione orale*) anche per quella parte del contenzioso più complesso, con ulteriore compressione dei tempi processuali».

[32] Viene così emendato l'originario rinvio esclusivo alle modalità previste in generale per la decisione "contestuale" dinanzi al collegio, ai sensi dell'art. 275 bis c.p.c., codificando un ulteriore variante della fase decisoria per le cause riservate al collegio e trattate con rito semplificato.

[33] Corte cost. 5 maggio 2021 n. 89, con pronuncia interpretativa di rigetto ha riconosciuto la impugnabilità con la revocazione per errore di fatto ex art. 395 n. 4 della ordinanza non appellabile conclusiva del procedimento per liquidazione degli onorari di avvocato ai sensi del previgente art. 14 d.lgs. n. 150/2011 argomentando dalla natura decisoria su diritti propria del provvedimento conclusivo.

[34] Oggi semplificati anche per la sentenza, potendo essere assolti anche con la succinta esposizione dei fatti di causa e delle ragioni della decisione «anche mediante rinvio a precedenti conformi», ai sensi dell'art. 132 e 118 disp. att. c.p.c.

[35] E probabilmente rivolta anche ai giudici, se è vero che le sentenze pesano più delle ordinanze (anche se decisorie) nelle valutazioni di professionalità dei magistrati (P. Biavati *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna 2021, p. 35).

gnatori previsti dal codice di rito per le sentenze e quindi non solo della revocazione ma pure della opposizione di terzo.

Di maggiore momento risulta invece la modifica apportata alla disciplina dell'appello, che viene coinvolta dalla generale "normalizzazione" del previgente rito sommario con la eliminazione di ogni deroga alle regole comuni. Ne risulta non solo l'eliminazione di ogni possibile, in realtà già in precedenza superata, incertezza sulla forma (citazione e non invece ricorso) dell'atto introduttivo del giudizio di appello[36] e sul decorso dei relativi termini[37], ma soprattutto il venir meno di ogni residua specialità con riguardo alle ammissibili novità assertive ed istruttorie. Giunge così a compimento un processo già avviato nel 2012 con la progressiva chiusura delle facoltà di recupero in appello: passandosi da un appello pienamente aperto alla deduzione di tutte le nuove prove "rilevanti", in funzione compensativa della possibile compressione degli spazi difensivi nel precedente grado "deformalizzato", all'ammissibilità delle sole nuove prove indispensabili ovvero che non fosse stato possibile proporre prima per causa non imputabile. Oggi quel recupero risulta ulteriormente circoscritto nei ristretti confini della rimessione in termini per causa non imputabile. La modifica chiaramente riposa sull'idea che l'eliminazione o, almeno, marcata riduzione degli spazi aperti alla discrezionalità del giudicante nella concreta modulazione del procedimento e la conseguente garanzia di piena prevedibilità delle sue scansioni temporali e delle modalità di assunzione delle prove costituende, elimini il rischio di compressione dei diritti difensivi e quindi renderebbero superflua una qualsiasi compensazione in fase di appello[38]. Si tratta di un elemento di novità che

[36] Da ultimo Cass. civ. 6 novembre 2023 n. 30843. Nessuna novità purtroppo si registra quanto al vessato tema della sanatoria dell'errore; non si può quindi non unirsi al coro unanime della dottrina che lamenta l'ostinata ritrosia della Cassazione ad abbandonare, fuori dal campo di applicazione diretta del d. lgs. 150/2011, la teorica della c.d. sanatoria dimidiata, insistendo a valutare la tempestività dell'atto introduttivo alla luce del rito previsto *ex lege* anziché alla luce di quello in concreto adottato (con riguardo all'appello ex art. 702 *quater* c.p.c.: Cass. 18.11.2021 n. 35351, con nota critica di Fanesi in *Foro it* 2022, I, c. 3161 segg). In linea generale, la giurisprudenza mostra di non voler recepire il principio sotteso all'art. 4 comma 5 d.lsv 150/2011 e cioè la direttiva, che non v'è ragione di confinare entro un ambito ristretto, secondo la quale in ogni ipotesi di errore sul rito deve garantirsi la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, giudicando quindi la tempestività dell'atto alla luce del rito in concreto adottato, anche se errato (nel senso criticato: Cass. civ. sez. un. 12 gennaio 2022 n. 758; Cass. civ. sez. un. 13 gennaio 2022 n. 927).

[37] Nel regime previgente, per l'applicabilità del termine lungo semestrale decorrente dalla pubblicazione dell'ordinanza: Cass. civ. 21 febbraio 2022 n. 5661.

[38] Nel previgente contesto, pur non reputandosi costituzionalmente necessario che il pro-

reclama quindi di essere posto a confronto con l'organizzazione della fase di trattazione quale risulta dall'art. 281 *duodecies*, e sollecita l'interprete a chiedersi se ed in che misura l'attuale chiusura della fase di appello possa orientare l'interprete nella più corretta ricostruzione delle preclusioni in prime cure.

3. L'ambito di applicazione del rito semplificato, tra pretesa "obbligatorietà" e potere giudiziale di mutamento del rito

Sperando così di superare lo scarso successo registrato dal procedimento sommario di cognizione, in ragione sia del limitato entusiasmo degli avvocati, sia dell'elevato tasso di conversione verso il rito ordinario a fronte di uno scarso utilizzo del varco in direzione opposta, l'art. 281 *decies* comma 1 introduce quella che appare, a prima vista almeno, come la novità più eclatante: l'emersione cioè di una categoria di cause che dovrebbero essere obbligatoriamente introdotte e trattate nelle forme semplificate.

Al di fuori di questo perimetro, l'art. 281 *decies* comma 2 prefigura poi, sempre nella prospettiva di incoraggiarne l'adozione, un'area ulteriore in cui, alla sola condizione che la causa non sia riservata alla decisione collegiale, l'introduzione della causa nelle forme del rito semplificato resta *sempre* possibile, a libera scelta dell'attore: ciò anche quando "non ricorrono i presupposti di cui al comma 1", come precisa oggi il decreto correttivo.

Per delimitare l'area in cui la causa andrebbe «obbligatoriamente» trattata secondo il rito semplificato, il legislatore si preoccupa di enunciare in positivo i caratteri che la lite deve a tale effetto presentare, presumibilmente nell'intenzione di chiarire la previgente formula «istruttoria non sommaria». L'art. 281 *decies* comma 1 indica quindi quattro presupposti tra loro alternativi, che vertono essenzialmente, se non esclusivamente sul profilo dell'impegno istruttorio.

cedimento sommario fosse seguito da un appello aperto e quindi non incostituzionali i casi in cui addirittura l'appello fosse *ex lege* escluso, come in taluni casi avviene nel contesto del d. lgs. n. 150/2011 (ma vedi, contra: M. De Cristofaro, *op. ult. cit.*, p. 499, 508), l'apertura ai *nova* in fase di gravame veniva comunque percepita come una opportuna forma di compensazione rispetto ad un rito a cognizione piena ed esauriente, ma pur sempre connotato da ritmi molto incalzanti e quindi potenzialmente meno ospitale per le esigenze difensive.

Diversamente dalla legge di delega, sul punto più perspicua[39], nell'art. 281 *decies,* comma 1, c.p.c. i requisiti vengono declinati nella prospettiva dell'attore e quindi appaiono riferiti alle caratteristiche della domanda: la norma sembra infatti rivolgersi in primo luogo all'attore, indicandogli le ipotesi in cui egli *deve (rectius, dovrebbe)* proporre la domanda nelle forme semplificate. Ciò avviene quando: la domanda sia «fondata su prova documentale» ovvero sia «di pronta soluzione» ovvero richieda «un'istruzione non complessa»; ed inoltre quando «i fatti di causa non sono controversi».

Già qui emerge una prima anomalia della pretesa obbligatorietà, posto che evidentemente non ha senso postulare che l'attore valuti se le sue allegazioni saranno o meno contestate dal convenuto. Ma più in generale, è evidente che nessuno dei caratteri dai quali dipenderebbe la necessità di proporre la domanda nelle forme del rito semplificato risulta davvero apprezzabile *ex ante* da parte dell'attore, che evidentemente non può sapere se la sua domanda e quindi la causa esiga o meno una istruzione solo documentale o più o meno articolata, addirittura prima che il convenuto abbia depositato la comparsa di risposta.

La norma quindi potrebbe tutt'al più significare che l'attore il quale, da parte sua, possa provare fatti costitutivi del suo diritto con prove documentali o di pronta soluzione, "deve" proporre la domanda con il ricorso ex art. 281 *decies*, formulando una prognosi circa la condotta della controparte e quindi scommettendo che la causa semplice non verrà resa complessa dalle difese del convenuto. Il che è quanto a dire che l'attore, che voglia mostrarsi sicuro delle proprie ragioni, dovrebbe utilizzare le forme semplificate: perché altrimenti ammetterebbe egli stesso che la questione è complessa ed incerta.

La realtà è che, al netto delle retoriche difensive, per l'attore non sussiste alcun obbligo in senso tecnico di avvalersi del rito semplificato e, soprattutto, che nessuna sanzione processuale, a meno di voler considerare tale la perdita del diritto all'indennizzo Pinto nel caso il processo si trascinasse per le lunghe, consegue alla scelta di notificare una citazione anziché depositare ricorso ai sensi dell'art. 281 *undecies*. L'unica conseguenza della instaurazione di una causa "semplice" nelle forme del rito ordinario sarà la *eventuale* conversione del rito su impulso del giudicante,

[39] L'art. 1, comma 5, lett. n 1, l. n. 206/2021 prevede che il rito semplificato debba essere adottato in ogni procedimento «quando i fatti di causa siano tutti non controversi, quando l'istruzione della causa si basi su prova documentale o di pronta soluzione o richieda un'attività istruttoria costituenda non complessa».

con piena salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda; giammai ne potrà derivare l'inammissibilità della domanda e giammai potrà ragionarsi qui di un "errore" sul rito imputabile all'attore[40]. Siamo dunque ben lontani dalle ipotesi in cui il rito semplificato risulta l'unico rito applicabile, in ragione di una predeterminazione legislativa basata sulla materia del contendere, e quindi il rito "esclusivo"[41]. La conversione del rito deve qui intendersi piuttosto come modulazione proporzionata dello svolgimento della trattazione, opzione ragionata per una ovvero l'altra variante di un rito sostanzialmente unico[42].

Il riferimento, nel primo comma dell'art. 281 *decies*, ai caratteri della domanda risulta dunque frutto di un equivoco, dato che la scelta del conveniente percorso procedimentale non può che farsi alla luce delle difese di entrambe le parti. La reale funzione dei criteri enunciati dalla citata disposizione è piuttosto quella di fornire il parametro di riferimento per la valutazione che il giudice è chiamato a compiere alla prima udienza, e quindi dopo la comparsa sulla scena del convenuto, sulla adeguatezza in concreto del rito prescelto dall'attore. Oggi come ieri, infatti, la prognosi dell'attore, fondata essenzialmente sulle esigue esigenze istruttorie dei fatti costitutivi allegati, dovrà essere confermata dal giudicante alla luce delle difese di controparte, come risulta dall'art. 281 *duodecies* comma 1

[40] Ciò consente, ove l'attore non si avvalga del ricorso ex art. 281 decies "semplice" (come pure viceversa), di eludere il nodo, tuttora dolente, delle conseguenze dell'errore nella scelta della forma dell'atto introduttivo e della valutazione della tempestività dell'atto (vedi retro nota 38). Non si può non unirsi al coro unanime della dottrina che lamenta l'ostinata ritrosia della Cassazione ad abbandonare, fuori dal campo di applicazione diretta del d. lgs. 150/2011, la teorica della c.d. sanatoria dimidiata, insistendo a valutare la tempestività dell'atto introduttivo alla luce del rito previsto *ex lege* anziché alla luce di quello in concreto adottato, e rifiutando di dare generale applicazione al principio inscritto nell'art. 4 comma 5 d. lgs. n.150/2011. Da un lato, infatti, Cass., sez un., 12 gennaio 2022 n. 758 ha correttamente stabilito che la regola sancita dall'art. 4 comma 5 citato si applica indipendentemente dall'effettiva adozione di un ordine di mutamento del rito; dall'altra parte, però, si insiste a negare che tale disposizione abbia valenza generale (Cass. sez. un. 13 gennaio 2022 n. 927, ribadendo la lettura formalistica dell'art. 426 c.p.c., con il risultato inappagante che se il rito da seguire sia quello del lavoro perché si tratta di controversia di lavoro non ci sarebbe sanatoria *ex tunc*).

[41] Nel senso che si tratti di una obbligatorietà solo apparente si pronuncia la dottrina sostanzialmente unanime. *Ex multis*: C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 368; G. Balena, *Il (semi)nuovo procedimento semplificato di cognizione*, cit., p. 3, 7, osservando che semmai potrebbe discutersi di un obbligo ai fini della trattazione, ma non certo della introduzione con il rito semplificato; F.P. Luiso, op. cit, p. 133; A. Giussani, *op. cit*., p. 635; A. Carratta, *Due modelli processuali a confront*, cit., p. 702.

[42] Anche se, sotto altri profili, il legislatore chiaramente mostra di considerare quello ordinario e quello semplificato come rito diversi (art. 40 c.p.c.).

c.p.c.[43]. Ai fini di questa decisiva valutazione *ex post*, risulta allora che il procedimento «deve» seguire le forme del rito semplificato quando: tutti i fatti sono pacifici[44]; oppure i fatti sono documentalmente provati ovvero esigono una istruttoria costituenda poco articolata: confermandosi così, com'era già chiaro nel contesto previgente, che l'esigenza di assumere prove costituende come pure quella di disporre una rapida consulenza tecnica d'ufficio sono perfettamente compatibili con il rito semplificato. Si tratta, come già segnalato, di presupposti che gravitano tutti sulla assenza di complessità in fatto. Il riferimento alla "domanda di pronta soluzione", che campeggia nella disposizione vigente in luogo del più familiare riferimento alle prove di pronta soluzione (come nell'art. 648 c.p.c.), risulta in questa chiave di difficile lettura. Se corretto in via interpretativa, alla luce della delega e della stessa relazione illustrativa al decreto delegato, nel senso di domanda fondata su "prove di pronta soluzione", il requisito finisce infatti per sovrapporsi all'ampia formula della istruttoria non complessa, a meno di tradurlo – evidentemente collocandosi nella prospettiva *ex post* propria del giudice e non certo in quella *ex ante* e prognostica evocata dall'art. 282 *decies* comma 1[45]– in "causa di pronta soluzione" nel senso di manifestamente infondata.

[43] Poiché il mutamento di rito dal semplificato all'ordinario interviene a valle di atti introduttivi il cui contenuto coincide con quello dei corrispettivi nel rito ordinario, e nonostante il termine a difesa concesso al convenuto sia inferiore, si deve escludere la completa regressione del processo con possibilità per il convenuto di godere dell'intero termine a comparire di cui all'art. 163 bis, superando anche le decadenze già maturate mediante una nuova comparsa di risposta. In tal senso depone inequivocabilmente il riferimento al decorso dei termini di cui all'art. 171 *ter* c.p.c. Contrariamente alla criticabile impostazione avallata da Cass. Civ. 6 luglio 2020 n. 13879, la dottrina prevalente tuttavia ha sempre escluso l'automatica regressione del procedimento, semmai facendo leva sull'art. 153 c.p.c. e quindi sulla rimessione in termini per causa non imputabile nelle ipotesi di vero e proprio abuso del ricorso ex 702 bis (*ex multis* A. Tedoldi, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., pp. 548 segg. La prosecuzione senza regressione si pone in coerenza con l'art. 4 d.lgs. n. 150/2011 là dove fa salve le decadenze maturate secondo il rito seguito prima del mutamento almeno quando, come nel caso in esame, queste sarebbero comunque maturate anche secondo il rito corretto. Il passaggio dal rito semplificato al rito ordinario quindi nemmeno ripropone il problema sollevato dall'art. 427 c.p.c., quanto alle deduzioni istruttorie del convenuto (ovvio che la conclusione potrebbe cambiare se invece si equiparassero le preclusioni iniziali a quelle del rito lavoro e si ritenesse che, nel passaggio verso un rito a cadenze *meno* rigide il convenuto debba essere restituito in termini).

[44] Il riferimento ai fatti non controversi va inteso nel senso che i fatti siano tutti non controversi come meglio si esprimeva il legislatore delegante e come tuttora recita la relazione illustrativa del decreto delegato.

[45] Cfr. A.Motto, P*rime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, cit., §2, per il tentativo di enucleare uno spazio autonomo al requisito.

Come anticipato, a dimostrazione dello speciale favore per questo procedimento, il capoverso dell'art. 281 *decies* facoltizza l'attore a proporre la domanda nelle forme del rito semplificato anche in assenza dei presupposti della istruttoria costituenda non necessaria o non complessa.

Ne risulta, a prima lettura, una netta dicotomia tra ipotesi di rito semplificato obbligatorio, *rectius* vincolato ai fini della trattazione per le cause di più modesto impegno istruttorio; ed ipotesi di rito semplificato meramente facoltativo, che il giudice – sempre che la causa non sia riservata al collegio – potrebbe *comunque* trattenere sul binario semplificato avallando l'opzione dell'attore. Tuttavia, in concreto la distanza tra le due ipotesi si attenua alquanto nella misura in cui in entrambi i casi l'iniziale opzione dell'attore necessita tuttora dell'avallo del giudicante, il quale se la reputa in concreto non congrua dispone la continuazione del processo nelle forme ordinarie ai sensi del primo comma dell'art. 281 *duodecies*; ed inoltre in entrambi i casi la valutazione giudiziale si incentra su formule vaghe (così la complessità della istruttoria costituenda), che aprono ad una ampia discrezionalità[46].

Osserviamo più da vicino il passaggio di *tutta* la causa (si è già detto retro del *favor* per il processo simultaneo) al rito ordinario, che risulta governato da due criteri, dei quali occorre chiarire il rapporto reciproco. Il giudice dispone il mutamento di rito: quando risulta che per la domanda principale e per l'eventuale domanda riconvenzionale non sussistono i presupposti per l'obbligatoria adozione del rito semplificato ai sensi dell'art. 281 *decies* alinea e dunque devono assumersi prove costituende di lunga indagine; quando alla luce della «complessità della lite e dell'istruzione probatoria» il rito ordinario appaia più appropriato.

Il primo comma dell'art. 281 *duodecies* rappresenta dunque il nodo centrale da sciogliere per comprendere quale sia il reale ambito di applicazione del nuovo rito semplificato.

La previsione può essere letta in due modi. Secondo una prima lettura, quando il giudice alla prima udienza, alla luce delle difese articolate dalle parti (non solo negli atti introduttivi ma anche alla stessa udienza, come meglio si dirà oltre) verifica che sussistono i presupposti, tutti incentrati sull'assenza di complessità in punto di ricostruzione dei fatti, delineati dall'art. 281 *decies* comma 1 c.p.c., sarebbe *vincolato* a trattenere la causa sul binario semplificato. In assenza di quei presupposti, deve di-

[46] Discrezionalità forse più circoscritta di prima (R. Tiscini, *op. ult. cit.*, 431), ma sempre presente ed ineliminabile anche in ragione della non impugnabilità dell'ordinanza (G. Balena, *op. ult. cit.*, 7).

sporre il mutamento nelle forme del rito ordinario, solo se si tratta di causa riservata alla decisione collegiale; se invece si tratta, come di regola, di causa a decisione monocratica potrebbe comunque scegliere se trattenere o meno la causa sul binario scelto dall'attore, alla luce di una globale valutazione della "complessità della lite e dell'istruzione probatoria"[47]. La generica locuzione, codificata nella seconda proposizione dell'art. 281 *duodecies*, comma 1, si attaglia certamente alle ipotesi in cui, nelle cause a decisione monocratica, il rito semplificato si atteggia come facoltativo: in tali casi, in cui l'istruttoria per definizione non è elementare il giudice potrà trattenere la causa sul binario semplificato oppure disporre il passaggio a rito ordinario valutando le caratteristiche globali della lite e quindi le complessive esigenze della trattazione alla luce del numero e della qualità delle questioni da affrontare. Secondo questa prima lettura resterebbe tuttavia categoricamente escluso che possa essere instradata verso il rito ordinario la causa documentale o comunque connotata da istruttoria semplice, indipendentemente dalla complessità e soprattutto dalla numerosità delle questioni di fatto o di diritto che debbono sciogliersi ai fini della decisione. Conclusione questa che parrebbe corroborata anche dall'apertura del rito semplificato ad una trattazione scritta, sia pure eventuale e contratta nei tempi, divenendo così potenzialmente idoneo ad ospitare anche la trattazione di cause non del tutto elementari; così come dal *restyling* della decisione contestuale ex art. 281 *sexies*, oggi meno vincolata ed incalzante.

In altre parole, consapevole del fatto che nell'esperienza precedente erano poche le cause che permanevano sul binario sommario, il legislatore avrebbe inteso lanciare al giudice un messaggio chiaro: esiste un nucleo di controversie – quelle che non hanno bisogno di istruttoria o comunque si possono chiudere con una CTU semplice e rapida ovvero con l'audizione di uno o due testi – in cui la causa deve necessariamente transitare sul binario semplificato indipendentemente da ogni altro fattore di complessità. Pare quasi di cogliere qui una reminiscenza della riforma mortariana che riplasmò il procedimento sommario ed il suo rapporto con il rito formale di cui al codice di rito del 1865; si legge infatti nella relazione al r.d. 31 agosto 191 n. 413, attuativo della l.31 marzo1901 n. 107, che «nel capo secondo sono regolati i casi di mutazione del procedimento … Ciò che darà per l'avvenire il carattere di procedimento di eccezione

[47] Non è agevole tuttavia cogliere quando una causa possa dirsi "semplice", nel senso di adeguata alla trattazione semplificata, quando comunque la istruttoria si palesa complessa.

al formale è la massima che esso non possa essere osservato se non per consenso delle parti o per disposizione del magistrato, dopo iniziata la lite con la forma comune del processo sommario. È prevedibile che il procedimento di eccezione si dileguerà rapidamente dalle consuetudini giudiziarie, se sin da ora il rito formale figura nelle tavole statistiche come una rarità. *E giova ricordare che i tribunali e le corti faranno uso ben moderato della facoltà di ordinare d'uffizio il procedimento formale, essendo utile che se ne astengano fintante volte sia possibile lo svolgimento regolare della istruttoria nelle forme, ormai ben garantite, del procedimento sommario*» (enfasi aggiunta)[48].

Tuttavia, anche ammesso che il legislatore del 2022 avesse in mente di imbrigliare rigidamente la valutazione giudiziale sull'adeguatezza del rito, si deve riconoscere che la formulazione letterale del primo comma dell'art. 281 *duodecies* non supporta adeguatamente tale conclusione.

La disposizione, nel complesso delle due proposizioni di cui consta il primo comma, si presta linearmente ad essere letta nel senso che *in ogni caso* il giudice può apprezzare con una valutazione globale la complessità della lite: sia che non sussistano, sia che sussistano i presupposti di cui all'art 281 *decies* comma 1 c.p.c. In questa logica, la valvola di sicurezza offerta dalla clausola generale della complessità della *lite* consente al giudice di mantenere un maggior controllo sulle effettive esigenze in concreto quanto a distensione dei tempi della trattazione, consentendogli di disporre il passaggio al rito ordinario anche quando i fatti siano documentalmente provati oppure abbisognano di istruttoria costituenda non troppo articolata, ma al tempo stesso la controversia non si presta ad una trattazione realmente concentrata in ragione dell'eccessiva mole dei documenti versati in atti, della numerosità delle questioni di fatto (o anche solo giuridiche) che le allegazioni delle parti impongono di affrontare[49].

[48] Peraltro, il procedimento sommario disegnato, quale procedimento ordinario ad applicazione generale, dalla riforma Mortara era un procedimento privo di preclusioni rigide, in cui la conduzione dell'udienza e la contrazione o dilatazione dei tempi della trattazione veniva affidata alla prudente direzione del magistrato, in modo da adattare lo svolgimento del processo alle concrete esigenze della lite.

[49] Con riguardo al regime previgente Cass. civ, 10 maggio 2022 n. 14734. La complessità della lite, tale da impedire l'applicazione del rito semplificato «ben può derivare anche dalla quantità dei documenti prodotti in giudizio dalle parti e da molteplici questioni ermeneutiche ad essi inerenti, da sviluppare attraverso minuziose e attente analisi nel contraddittorio tra le parti, consentendo loro di prendere specifica posizione su ciascun documento, spiegandone e argomentandone la rilevanza o reciprocamente confutando i significati rappresentativi e le ricostruzioni in fatto che ciascuna parte vorrebbe trarre» (A. Tedoldi, *Pluralità dei riti nel processo civile,* cit., 460 ss.). Più in generale vi era una

Alla stregua di questa seconda lettura, dunque, i reali confini del campo di applicazione del rito semplificato sarebbero in ultima analisi segnati, oggi come ieri, non unicamente dalla assenza o modestia dell'impegno istruttorio in senso stretto, ma dalla più ampia e sfrangiata nozione di «lite complessa»[50], in coerenza tra l'altro con le indicazioni ricavabili dal d. lgs. 150/2011 là dove ravvisa nella semplificazione della trattazione e non solo della istruttoria il *proprium* dell'abrogato rito sommario e oggi del rito semplificato. In definitiva, ed a dispetto delle apparenze, il rapporto tra rito semplificato e rito ordinario si atteggerebbe oggi in modo non troppo diverso rispetto allo scenario previgente: il primo configurandosi come corsia procedimentale alternativa rispetto a quella ordinaria, il cui utilizzo, pur fortemente incentivato, riposa in definitiva essenzialmente sull'apprezzamento insindacabile del giudicante circa la globale «complessità della lite».

A sdrammatizzare l'alternativa tra le due impostazioni concorre comunque la pacifica acquisizione che, anche accedendo alla prima lettura, di per se stessa la violazione dell'eventuale dovere di trattare la causa nelle forme semplificate non vizia la sentenza: in particolare, l'appello della parte che lamenti l'erronea conversione al rito ordinario, istituzionalmente più aperto, non avrebbe pregio[51].

certa convergenza di opinioni nel senso che potesse risultare determinante il numero, natura ed entità delle questioni da affrontare, di fatto o giuridiche (*ex multis*: A. Tedoldi, *op. ult. cit.*, p. 490; M. Abbamonte, *op. cit.*, p. 304 ss.), pur se certamente la complessità in diritto giocherà un ruolo marginale (R. Tiscini *Commento all'art. 702 ter*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio-C. Consolo-B. Sassani-R. Vaccarella, vol. V, 2, UTET, Milano 2014, pp. 633 segg., 647). Questa lettura traeva alimento anche dall'art. 183 bis c.p.c., che evocava il concetto di "complessità della lite", reputandosi necessario mantenere perfetta simmetria tra i due percorsi da e verso il procedimento sommario.

[50] In questo senso: A. Motto, *op. cit.*, §2; G. Balena *Il (semi)nuovo procedimento semplificato di cognizione*, cit., p. 7, auspicando comunque che la conversione in ordinario a fronte di istruttoria semplice resti eccezionale; E. Dalmotto, *op. cit.*, p. 999; F.P. Luiso, *op. cit.*, p. 141; F. Noceto, *op. cit.*, p. 952.

[51] È pacifico che, non avendo le regole sul rito processuale de per sé stesse copertura costituzionale, dall'adozione di un rito anziché di una altro non deriva alcuna automatica nullità, né la stessa può essere dedotta quale motivo di gravame a meno che l'errore non abbia inciso sul contraddittorio o sull'esercizio del diritto di difesa o non abbia, in generale, cagionato un qualsivoglia altro specifico pregiudizio processuale alla parte (cfr., *ex plurimis*: Cass. civ., sez. I, 132 maggio 2021 n. 12567). Si veda anche, ridimensionando la rilevanza della l'inadeguatezza (anche ex art. 702 ter comma 4) del rito sommario: Cass., n. 18990/2023 cit., là dove precisa che la questione resta preclusa se non viene rilevata entro la prima udienza.

Le considerazioni sin qui svolte devono tuttavia essere poste a confronto con il prefigurato ultimo "ritocco" legislativo. Deve riconoscersi, infatti, che l'intenzione di individuare un'area "riservata" alla trattazione nelle forme semplificate riesce oggi rafforzata alla luce dello schema di decreto correttivo. Infatti, la lettura qui caldeggiata, e che amplia lo spazio per la discrezionalità giudiziale nella valutazione dell'adeguatezza del rito estesa anche oltre il limitato orizzonte della istruttoria in senso stretto, poteva appoggiarsi anche sul riferimento alla complessità della lite che continuava a campeggiare nell'art. 183 *bis*, significativamente *accanto* alla valutazione della esistenza dei presupposti di cui all'art. 282 *decies*, comma 1, c.p.c.: in questo modo disegnando una perfetta simmetria tra le due passerelle[52]. Tuttavia, il correttivo, nel ridisegnare i tempi e i modi del passaggio inverso, ossia dal rito ordinario a quello semplificato, ha abrogato l'art. 183 *bis* c.p.c., ricollocando la valutazione sull'adeguatezza del rito nel decreto preliminare di cui all'art. 171 *bis* c.p.c. e, nel fare ciò, ha anche rimosso ogni riferimento alla complessità della lite: prevedendo che il giudice comunque debba disporre il passaggio al rito semplificato, se riscontra (evidentemente sulla base degli atti introduttivi) i caratteri di semplicità dell'istruttoria di cui al primo comma dell'art. 281 *decies*.

Quella ora evocata, circa i modi ed i tempi della passerella dal rito ordinario a quello semplificato, si qualifica come una delle correzioni di rotta più significative tra quelle introdotte dallo schema di decreto correttivo, sulla quale merita dunque spendere qui qualche parola.

4. Il ricarburato congegno del mutamento bidirezionale del rito secondo lo schema di decreto correttivo: la difficile quadratura del cerchio

Come osservato sopra, le vie d'accesso al rito semplificato codicistico restano, come in precedenza, affidate alla opzione iniziale dell'attore, convalidata *ex post* dal giudicante, ovvero alla autonoma opzione di quest'ultimo, che sentite le parti può reindirizzare la controversia sul binario più

[52] Anche nella direzione inversa, infatti, il mutamento di rito, nonostante l'uso dell'indicativo "dispone", restava pur sempre subordinato ad una valutazione globale alla luce delle complessive caratteristiche della controversia e cioè della complessità della lite e (insieme) dell'istruzione probatoria. Naturalmente, la passerella verso il rito semplificato sarà percorribile solo quando sussistono i presupposti di cui all'art. 281 *decies* comma 1 c.p.c., posto che negli altri casi l'opzione per il rito semplificato sembra essere interamente affidata ad una libera scelta dell'attore (art. 281 *decies* comma 2).

adatto e "proporzionato". Se la prima vena è alimentata dalla fiducia dei litiganti nella natura ospitale del rito, la seconda dipende oggi come ieri da una scelta in sostanza insindacabile del giudice. Il cataclisma che ha ribaltato la consueta scansione della trattazione nel rito ordinario post Cartabia aveva tuttavia di fatto isterilito, o almeno seriamente ipotecato la concreta funzionalità del meccanismo disegnato dall'art. 183 *bis* c.p.c.

La novella del 2022, infatti, prevede che il giudice debba segnalare alle parti con il decreto ex art. 171 *bis* c.p.c. l'opportunità di mutare il rito innescando un contraddittorio che trova spazio nelle memorie anteriori all'udienza di cui all'art. 171 ter c.p.c. Come in precedenza, l'art. 183 bis c.p.c., nel testo uscito dalla riforma Cartabia, continua a collocare la definitiva scelta sul rito alla prima udienza, dopo avere sul punto nuovamente sentito le parti, dimenticando però che quella prima udienza assume oggi una ben diversa collocazione all'interno del processo ordinario, ponendosi a valle e non già a monte della trattazione scritta. Da ciò, deriva ineluttabilmente l'incongrua conseguenza che il cambio di binario si attivi in una fase processuale in cui ormai i due percorsi si equivalgono ed altro non resta da fare se non assumere le prove ammesse ovvero rimettere la causa in decisione (l'art. 183 bis richiama infatti l'ultimo comma dell'art. 281 *duodecies*). Collocato in questa fase, dunque, il passaggio non sarebbe in grado di attingere alcun risparmio di tempi ed energie processuali: se la causa all'esito dell'ineliminabile scambio di memorie ai sensi dell'art. 171 *ter* c.p.c. risulta "semplice", il giudice alla prima udienza ammetterà le poche prove costituende oppure inviterà le parti a precisare le conclusioni e poi deciderà, ben potendo fare applicazione dell'art. 281 *sexies* c.p.c. Imboccare la via del rito semplificato risulterebbe inutile: una volta conclusa la fase di trattazione con la compiuta determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*[53], le differenze tra i due riti scolorano quasi del tutto, riducendosi alla necessaria e non meramente opzionale decisione ai sensi dell'art. 281 *sexies*[54]. Il mutamento di rito sarebbe anzi di

[53] E senza incongrue riaperture in sede "semplificata", posto che il mutamento del rito trascina con sé le decadenze già maturate R. Tiscini, *Commento agli artt, 281 decies segg., op. cit.*, p. 402.

[54] Nel rito ante Cartabia, era pacifico che l'ordinanza di mutamento del rito dovesse essere emessa al più presto nella prima udienza di effettiva trattazione art. ex 183 c.p.c. e non fosse ammissibile dopo tale momento ed in particolare dopo lo scambio delle memorie ex art. 183 comma 6 (A. Tedoldi, *La conversione del rito ordinario in rito sommario* ad nutum judicis, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 490 ss., 505; G. Basilico, A*rt. 183*-bis: *passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2015, 1749 ss., 1739; R. Martino, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir.*

fatto impossibile: dato che giunti a questo stadio i due treni confluiscono in sostanza su di un binario unico!

La consapevolezza dell'evidente disfunzione ha ispirato la ricerca di soluzioni alternative, capaci di assicurare in via interpretativa una anticipazione del doveroso contraddittorio e della conseguente decisione sul rito e quindi di scongiurare la trafila necessaria della trattazione scritta. Individuare una alternativa funzionale, tuttavia, non è agevole[55]. Tale non è ad esempio quella che, segnalata alle parti l'opportunità di virare verso il rito semplificato con il decreto ex art. 171 *bis* c.p.c., riserva la decisione sul rito alla prima udienza, ma al tempo stesso *contra legem* esclude il decorso dei termini per le memorie anteriori alla prima udienza|: in questo modo esponendosi alternativamente al rischio di condurre paradossalmente ad un allungamento dei tempi complessivi ovvero di violare il diritto di difesa delle parti[56]. Le difficoltà restano anche immaginando che il giudice, quando già dagli atti introduttivi emerga la possibilità di una rapida definizione della controversia e facendo uso del suo potere di direzione del processo ai sensi dell'art. 175 c.p.c., possa fissare una udienza "fuori spartito" per discutere del rito applicabile ed eventualmente disporre in tale sede il passaggio al rito semplificato, risparmiando allora il triplice giro di memorie[57]. Anche in questo caso, infatti, si dovrebbe comunque offrire alle parti uno spazio per esercitare, prima della deci-

proc., 2015, 916 ss.; 916 ss.; S. Turatto, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione: il nuovo art. 183*-bis *c.p.c.*, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, p. 737).

[55] Dovendosi l'interprete confrontare con un duplice vincolo: in primo luogo, occorre stimolare il contraddittorio sul rito e le nuove disposizioni destinano espressamente a tale scopo le memorie anteriori all'udienza; in secondo luogo, il giudice dovrebbe poter apprezzare i caratteri della controversia alla luce di un quadro difensivo sufficientemente definito, ma a tale scopo la legge destina proprio le memorie anteriori all'udienza garantendo alle parti tale spazio per modificare le domande ed eccezioni e integrare le istanze istruttorie.

[56] Trib. Bologna 23 giugno 2023, in *Giur. it.* 2023, 2105 segg., con nota critica di A.A. Romano. Il Tribunale felsineo infatti con il decreto ex art. 171 *bis* c.p.c segnalava alle parti l'opportunità di passare al rito semplificato e, ritenendo di poter escludere il decorso dei termini per le memorie scritte ex art. 171 ter c.p.c., si riservava di decidere sul punto alla prima udienza, trasformata così in "udienza filtro". Come osserva criticamente A.A. Romano, simile soluzione: o conduce a violare il diritto di difesa delle parti, che avevano fatto affidamento sul triplice giro di memorie, se dopo aver disposto il mutamento del rito il giudice decide sulla base degli atti introduttivi; oppure si risolve in un paradossale allungamento dei tempi, se il giudice dopo aver atteso la prima udienza e mutato il rito concede i termini di cui al quarto comma dell'art. 282 *duodecies*.

[57] In questa direzione muovono le proposte formulate da S. Boccagna, *op. cit.*, p. 7; E. Fanesi, *L'esercizio del case management nel processo civile riformato*, in *Judicium*, 2023, §5.4

sione sul rito, almeno i poteri inerenti alla definitiva fissazione del *thema decidendum*.

Il decreto correttivo cerca di uscire dall'*impasse* con una soluzione drastica, anticipando la decisione sul rito direttamente con decreto da adottarsi nei quindici giorni successivi alla scadenza del termine per la costituzione del convenuto[58]. Di fatto, si replica una soluzione simile a quella già adottata ai sensi dell'art. 4, comma 2, d. lgs. 150/201, la quale però è disegnata per il ben diverso contesto del rito semplificato "esclusivo" in cui le condizioni di applicabilità del rito sono previste in astratto dalla legge in base alla materia del contendere, a prescindere dalle allegazioni delle parti, così che la valutazione sul rito può compiersi immediatamente alla luce della domanda dell'attore.

Letti gli atti introduttivi, il giudice potrebbe dunque già disporre il mutamento di rito, decidendo "in solitaria". Se il legislatore del 2022 disegnava un contraddittorio scritto e poi orale finanche ridondante, quello del 2024 sembra del tutto dimentico dell'irrinunciabilità del confronto dialettico con le parti sullo specifico tema: si tratta qui, infatti, di individuare il percorso procedimentale maggiormente proporzionato alle concrete esigenze della singola controversia e quindi di una valutazione la cui efficienza e congruità riposa in definitiva sulla leale collaborazione di tutte le parti[59]. Decidere in solitaria, per lo più sulla base di atti fatalmente incompleti, non appare il miglior viatico per una gestione efficiente del processo. Il legislatore sembra ancora una volta cadere nell'equivoco della "obbligatorietà" del rito per le cause semplici, come se davvero la maggiore o minore complessità potesse tradursi in un giudizio di certezza. Inoltre, il giudice si trova evidentemente a decidere sul rito in una fase

[58] Art. 171 *bis*, comma 4, c.p.c., nel testo risultante dallo schema di decreto correttivo «Se ritiene che in relazione a tutte le domande proposte ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 281-*decies*, il giudice dispone la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato di cognizione e fissa l'udienza di cui all'articolo 281-*duodecies* nonché il termine perentorio entro il quale le parti possono integrare gli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti». Sul correttivo si vedano le considerazioni di: L. Salvaneschi, *Luci e ombre nello Schema di decreto legislativo correttivo e integrativo delle disposizioni processuali introdotte con la riforma Cartabia*, 4 aprile 2024, in www.judicium.it. Per il mutamento del rito *in limine litis*, al dichiarato scopo di evitare un inutile scambio di memorie, già Tribunale Piacenza, 1 maggio 2023, criticamente annotata da B. Limongi, *Conversione del rito (da ordinario a semplificato) per chiamata in causa del terzo. Prime applicazioni del novellato art. 183-bis c.p.c.*, in *Judicium*, 2023.

[59] Sulla necessità del dialogo tra le parti ed il giudice ai fini dell'adozione della più adeguata variante della trattazione, v. M. De Cristofaro, *L'avvocato e il giudice civile alla vigilia della riforma del processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. Proc.*, 2023 199 segg., 208 segg.

in cui per definizione il materiale di causa è ancora del tutto *in fieri*, dato che le parti avevano sin lì fatto affidamento sulle forme del rito ordinario. Proprio per evitare di impingere nei diritti di difesa delle parti, colte di sorpresa dal subitaneo mutamento del rito, il giudice deve necessariamente concedere un termine (la cui lunghezza viene *in toto* rimessa alla discrezionalità del giudicante) per integrare gli atti introduttivi: consentendo loro, quindi, di conferirvi la tendenziale completezza che si addice ad un rito, quello semplificato, in cui gli spazi di correzione del tiro in corso di causa appaiono ridotti[60].

In questo modo, tuttavia, si finisce inevitabilmente per aprire la strada ad una rinnovata valutazione dell'adeguatezza del rito alla prima udienza "semplificata". Se in tale sede le integrazioni delle parti smentissero la prognosi iniziale, non si potrebbe evitare un dispendioso ritorno all'indietro, dato che la valutazione sul rito resa mentre ancora possono significativamente i termini della controversia non può aspirare ad alcuna stabilità[61]. Questa possibilità è in effetti contemplata espressamente nella Relazione illustrativa al decreto correttivo e d'altra parte non incontra più ostacoli letterali, essendo caduta con la forma della ordinanza anche la previsione della sua non impugnabilità[62]. C'è da chiedersi con quale guadagno di efficienza.

5. Reincarnazione del vecchio rito ordinario o clone del rito del lavoro? I chiarimenti apportati dal decreto correttivo

La fase introduttiva del nuovo rito semplificato cambia poco rispetto al previgente procedimento sommario di cognizione, come si evince confrontando l'art. 281 *undecies* con il previgente art. 702 bis c.p.c. Si man-

[60] Nella Relazione allo schema di decreto correttivo si afferma di avere tratto ispirazione dal rito del lavoro, tradendo così una precisa opzione circa la configurazione del regime preclusivo nel rito semplificato (che tuttavia non viene neppure oggi sancita in modo esplicito).

[61] In tal caso, il processo si sposterebbe nuovamente sul binario ordinario, ferme per il convenuto le decadenze collegate alla comparsa di risposta, e riprendendo dunque dalle memorie ex art. 171 ter c.p.c., da depositarsi entro termini decorrenti a ritroso dalla nuova prima udienza fissata in sede di mutamento del rito. Manca purtroppo una qualsiasi indicazione esortativa che ne possa scongiurare la fissazione molto in là nel tempo.

[62] La Relazione Illustrativa allo schema di decreto correttivo esplicita che «non si prevede più, rispetto alla formulazione dell'art. 183-*bis*, che il provvedimento assuma la forma dell'ordinanza non impugnabile, proprio allo scopo di far sì che all'udienza il giudice, nel contraddittorio delle parti e *re melius perpensa*, possa rivedere la propria iniziale decisione e riportare il processo nei binari del rito ordinario».

tiene la forma del ricorso per l'atto introduttivo, il cui contenuto oggi come ieri ricalca tuttavia quello previsto per l'atto di citazione dall'art. 163 c.p.c., ed i termini di comparizione e costituzione, in coerenza con la finalità acceleratoria del rito semplificato, restano più brevi rispetto a quelli ordinari, anche se vengono meglio e più chiaramente espressi[63]. Come nel previo regime, il convenuto deve costituirsi entro il termine assegnatogli dal giudice e comunque non oltre 10 giorni prima dell'udienza, potendo contare su di un termine a difesa di 30 giorni, tuttora sensibilmente inferiore a quello garantito dagli artt. 163 *bis* e 166 c.p.c. nei processi avviati con citazione, anche se la differenza risulta oggi più contenuta alla luce della contrazione che il termine a difesa per il convenuto ha subito anche nella variante "ordinaria" del rito di cognizione (30 vs. 50 giorni, mentre in precedenza i 30 giorni del sommario fronteggiavano i 70 del rito ordinario).

Come in precedenza, la lettera dell'art. 281 *undecies* comma 2 ricalca il medesimo contenuto dell'art. 167 c.p.c., riproducendo il medesimo regime preclusivo.

Si giunge così alla prima e tendenzialmente unica udienza di comparizione e trattazione[64]; ed è qui che il giudice è chiamato – non diversamente da quanto prevedeva l'art. 702 *ter* - a compiere la centrale valutazione circa l'adeguatezza in concreto delle forme semplificate ai caratteri della controversia, ai sensi del primo comma dell'art. 281 *duodecies*[65]. Se il giudizio continua sul percorso semplificato, la trattazione, dopo lo scambio degli scritti difensivi, si svolge alla udienza e davanti al giudice, tendenzialmente in forma orale (ma l'art. 127 *ter* non è a rigore incompatibile), secondo una direttiva di massima concentrazione e proiettandosi

[63] Si precisa infatti che l'attore deve notificare al convenuto il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza almeno 40 (60 se il luogo della notificazione si trova all'estero) giorni prima dell'udienza di comparizione e si chiarisce espressamente che si tratta di termini «liberi» e quindi non si computano né *il dies a quo*, né il *dies ad quem*.

[64] Dovrà però necessariamente essere fissata una nuova udienza, quando il giudice, accogliendo l'istanza formulata dall'attore in prima udienza, lo autorizza a chiamare in causa un terzo.

[65] Naturalmente, anche se la norma tace sul punto, è in questa sede che, prima di porsi il problema del percorso procedimentale adeguato, il giudice adempierà alle consuete verifiche preliminari sui presupposti processuali e sulla regolare instaurazione del contraddittorio eventualmente adottando i provvedimenti orto-processuali; in questa stessa sede dovendo inoltre dichiarare la contumacia del convenuto, il quale potrebbe ancora costituirsi direttamente all'udienza. Diversamente dal rito ordinario non sono prescritti né la comparizione personale delle parti né il tentativo di conciliazione, ma nulla esclude che il giudice possa esercitare il potere che gli conferiscono l'art. 185 e 117 c.p.c.

verso la decisione necessariamente "contestuale" ex art. 281 *sexies*, dopo avere svolto gli eventuali incombenti istruttori[66]. Come noto, nel regime previgente nessuna espressa preclusione era prevista né quanto ai poteri assertivi né quanto alle istanze istruttorie ed alle produzioni documentali; tuttavia, era pacifico che il giudice ben potesse decidere alla prima udienza senza concedere alle parti termini a difesa in particolare per le deduzioni istruttorie. Da qui, indipendentemente dalla corretta individuazione della barriera preclusiva inespressa[67], l'evidente opportunità ed anzi la sostanziale necessità di fatto di formulare ogni istanza istruttoria negli atti introduttivi[68]. Insomma, il *proprium* del procedimento sommario ed il reale coefficiente di semplificazione delle forme processuali risiedeva nella possibilità che la causa fosse rimessa in decisione già alla prima udienza sulla base del materiale assertivo e probatorio risultante dagli atti introduttivi. Non erano previsti termini per integrare le difese, che tuttavia si riteneva il giudice potesse comunque discrezionalmente concedere.

Sotto entrambi i profili l'art. 281 *duodecies* cerca di apportare chiarezza: sia esplicitando il regime preclusivo, prima inespresso, delle deduzioni assertive ed istruttorie; sia autorizzando la concessione di termini per memorie integrative al ricorrere di determinate le condizioni.

Fermo che il convenuto deve proporre a pena di decadenza eccezioni in senso stretto e domande riconvenzionali nella comparsa di risposta, come pure deve nella stessa comparsa dichiarare che intende chiamare in causa un terzo, il secondo e terzo comma dell'art. 281 *duodecies* chiariscono cosa ancora si possa, ma al tempo stesso si debba fare a pena di decadenza entro la prima udienza. Si tratta precisamente del potere di introdurre le eccezioni (a pena di decadenza, almeno se di stratta di ecce-

[66] Nonostante l'innata vocazione alla concentrazione, quando devono ascoltarsi testimoni sarà inoltre normalmente necessario fissare una o due udienze istruttorie.

[67] Preclusione, quanto a prove e documenti, tendenzialmente collocata in corrispondenza della prima udienza, anche argomentando dall'art. 183 bis v.t. (A. Tedoldi, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p.461 segg.; M. Abbamonte, *op. cit.*, p. 325; G. Balena, *Alla ricerca del processo ideale*, cit., 78, 82). La giurisprudenza si era per lo più allineata all'impostazione mediana, respingendo sia la tesi dell'assenza di preclusioni sia quella che le avrebbe volute ricondurre agli atti introduttivi, individuando un limite alle attività assertive ed asseverative solo a valle dell'ordinanza con cui il giudice conferma l'opzione dell'attore, anche implicitamente ammettendo le prove richieste (Cass. civ., 7 gennaio 2021 n. 46 e id., 31 agosto 2021 n. 23677).

[68] *Ex multis*: G. Balena, *op. ult. cit.*, 78, per tale ragione reputando in fondo poco rilevante la *querelle* sulle preclusioni; M. De Cristofaro, reputando che il giudice ben potesse rifiutare di dare ingresso ad ulteriori istanze istruttorie e che la prova negata potesse recuperarsi in appello.

zioni in senso stretto) conseguenti alla riconvenzionale ed alle eccezioni del convenuto (o del terzo, intervenuto o chiamato) e dell'eventuale richiesta dell'attore di essere autorizzato a chiamare un terzo «se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto». L'art. 281 *duodecies* quindi, non diversamente dal quinto comma del previgente art. 183 c.p.c., consente (e non potrebbe essere diversamente) le repliche rese necessarie dallo sviluppo del contraddittorio, ma al tempo stesso le confina entro la prima udienza di trattazione.

Rispetto al quinto comma del previgente art. 183 c.p.c., la previsione tace tuttavia circa le nuove domande aggiuntive che siano conseguenza della riconvenzionale o dell'eccezione del convenuto. Il silenzio sulla *reconventio reconventionis* è stato quindi letto come volontaria esclusione di un fattore di complicazione del processo, suscettibile di determinare la conversione di tutte le cause al rito ordinario[69]. Benché certo la proposizione della domanda aggiuntiva non sia essenziale a fini difensivi, non credo che si trattasse di una lettura necessitata: lo stesso rischio potrebbe in effetti sussistere a fronte della pur espressamente ammessa, previa autorizzazione giudiziale, chiamata del terzo (ad esempio il terzo c.d. vero obbligato) da parte dell'attore. Né può dirsi che l'inammissibilità della *reconventio reconventionis* risulti appieno compensata dalla possibilità di allegare nuovi fatti costitutivi concorrenti e quindi di modificare la domanda, nell'accezione ampia avallata da Cass. civ., sez. un., n. 2015/12310. Tra l'altro, pure questa possibilità non è espressamente contemplata dal lacunoso comma terzo dell'art. 281 *duodecies*, anche se deve certo ammettersi almeno quando la necessità sorge dalle altrui difese. Alla prima e potenzialmente anche unica udienza di trattazione infatti sono certamente ammissibili tutte le attività necessarie a replicare ad iniziative avversarie, quali manifestazioni irrinunciabili ed incomprimibili della dialettica processuale paritaria. Al catalogo, deve quindi aggiungersi anche la deduzione di prova contraria rispetto alle deduzioni istruttorie del convenuto o del terzo. Ad ogni buon conto, le incertezze con riguardo alla riconvenzionale dell'attore sono superate dal decreto correttivo, nella parte in cui integra il terzo comma dell'art. 281 *duodecies* ammettendo che le parti possano proporre alla prima udienza anche le *domande* e non più solo le eccezioni che sono conseguenza delle difese di controparte.

[69] A. Motto, *op. cit.*, §4; E. Dalmotto, *op. cit.*, 104; M. Rendina, *Rito semplificato e preclusioni (… cercando Itaca)*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, pp. 829 segg., 847; G. Balena, cit., p. 13. *Contra,* ammette la riconvenzionale dell'attore, dubitando altrimenti della legittimità costituzionale della previsione: A. Carratta, *op. cit.*, p. 703.

Dall'art. 281 *duodecies* si ricava, dunque, in sostanziale coincidenza quanto già poteva dirsi nel regime previgente 702 *ter*, che la prima udienza segna il limite ultimo per tutte le attività finalizzate alla definizione del *thema decidendum ac probandum,* in modo da consentire al giudice la tendenzialmente *conclusiva* valutazione circa il grado di complessità della causa. L'estrema concentrazione e l'esclusiva oralità del procedimento risultano tuttavia temperate dall'espressa previsione della possibile concessione, su istanza di parte, di brevi termini successivi all'udienza per l'esercizio di ulteriori attività di trattazione a mezzo deposito di memorie scritte. In tali memorie integrative, le parti possono rispettivamente: con la prima, precisare e modificare domande, eccezioni e conclusioni (si intende, quelle già proposte) ed indicare mezzi di prova o produrre documenti; con la seconda replicare alle allegazioni contenute nella prima memoria e dedurre prova contraria[70].

Prima di soffermarmi sul nodo, invero centrale, delle condizioni che giustificano la concessione del termine, occorre chiarire un punto sul quale i primi commentatori esibiscono vedute assai diverse. Infatti, dal confronto tra il comma 3 ed il comma 4 potrebbe ricavarsi che sia l'esercizio di poteri correttivi (aggiustamenti di tiro non resi necessari

[70] Ovviamente, se i termini vengono concessi, alla luce delle esigenze prospettate dalle parti, l'attività integrativa delle parti, in quanto potenzialmente idonea ad incidere significativamente sulla determinazione del *thema decidendum (*basti pensare alla facoltà di modificare la domanda, nel pregnante senso attribuito alla espressione dalle citate Sezioni Unite del 2015*),* dovrebbe consentire ed anzi imporre una rinnovata valutazione circa la complessità della lite e la sua idoneità alla trattazione in forme semplificate. In questo caso il *thema decidendum ac probandum* si cristallizza definitivamente solo dopo la breve coda di trattazione scritta, che potrebbe allora intendersi come una prosecuzione della prima udienza, solo al termine della quale il giudice potrà formulare il suo conclusivo convincimento sulla idoneità del rito. Infatti, la valutazione conclusiva di compatibilità della lite non può che avvenire a valle della finale determinazione dell'oggetto del processo e del quadro fattuale, se non anche della compiuta determinazione delle istanze istruttorie. La questione della rinnovabilità della valutazione era già emersa con riguardo alla disciplina previgente (in arg., per tutti: M. Abbamonte, *op. cit*., p. 325). Con riguardo al procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis, prevaleva l'idea che la valutazione di compatibilità della causa potesse e dovesse essere rinnovata in ogni momento sino alla decisione, dato che solo la conversione nel rito *ordinario* ex art. 702 ter comma 4 c.p.c. era espressamente definita irreversibile. Tuttavia, una diversa conclusione poteva trarsi alla luce dell'art. 183 bis, vecchio testo, c.p.c., nella misura in cui la norma configurava come irreversibile il mutamento di rito (da ordinario a sommario) disposto alla prima udienza di trattazione (A. Tedoldi, *La conversione del rito ordinario in rito sommario* ad nutum judicis, cit., 505, il quale ne ricavava anche ulteriore argomento per sostenere che irreversibile fosse pure, la eventualmente implicita, opzione iniziale per la prosecuzione nelle forme del rito sommario introdotto ex art. 702 bis c.p.c.).

dallo sviluppo del contraddittorio, meri pentimenti), sia la deduzione di nuove istanze istruttorie e produzioni documentali sarebbero consentiti *solo* previa autorizzazione giudiziale, espressa appunto con la concessione dell'apposito termine da parte del giudice[71]. Tuttavia, in questo modo si finisce per introdurre una preclusione alle attività *asseverative* che non risulta dalla lettera di 281 *undecies*, norma che non collega affatto agli atti introduttivi la decadenza dai poteri in materia di prova. Di fatto, il regime preclusivo finirebbe per coincidere con quello del rito lavoro[72]. In assenza di chiare indicazioni positive, e nonostante vaghi indizi in tal senso potessero leggersi nella Relazione illustrativa al d. lgs. n. 149/2022 con riguardo tuttavia al rito semplificato dinanzi al Giudice di Pace, all'interprete resta precluso argomentare decadenze che non solo difettano di previsione esplicita, ma neppure sono inequivocabilmente e necessariamente imposte per esigenze di coerenza sistematica e funzionalità interna del procedimento. La soluzione appare criticabile anche sotto il profilo dell'opportunità: non si vede ragione per importare in questa sede le rigide ed anticipate cadenze preclusive proprie del rito lavoro, mancando qui la omogeneità e serialità della materia di causa che connota quello. Inoltre, si deve considerare che la rigida e precoce barriera preclusiva in quel contesto risulta temperata dai poteri ufficiosi in materia di prova, che il giudice del lavoro può esercitare in qualsiasi momento ai sensi dell'art. 421 c.p.c.[73] Da ultimo, ma non per importanza, manca nel rito semplificato anche l'apertura in appello alle prove nuove «indispensabili», che invece permane nell'art. 437 c.p.c.

Secondo la preferibile lettura, quindi, ancora *alla prima udienza* e fino a che il giudice non abbia ammesso le prove richieste, le parti potranno e

[71] In questo senso A. Motto, *op. cit.*, § 3, ricostruendo il rito semplificato ad instar del rito del lavoro, con preclusioni iniziali rigorose salvi limitati spazi di allentamento ad opera del giudice (cfr. art. 420 comma 5 e 6 c.p.c.). Nel senso che integrazioni istruttorie e modifiche della domanda non siano libere, ma necessitino di essere autorizzate, v. anche E. Dalmotto, *op. cit.*, p. 100 segg., il quale tuttavia critica la soluzione perché foriera di incertezza, senza produrre a mo' di contropartita rilevanti vantaggi per la speditezza del procedimento.

[72] Rito in cui nuove istanze istruttorie sono ammesse solo se la parte dimostra di non averle potute dedurre prima e dove il libero *ius poenitendi* non è ammesso, essendo la modifica della domanda condizionata ad autorizzazione del giudice (artt. 416 e art. 420 comma 5 c.p.c.).

[73] Nel senso che tali poteri si prestino ad offrire un opportuno temperamento alle rigide preclusioni imposte alle parti, pur senza poter supplire alla totale carenza di iniziativa istruttoria: G.Trisorio Liuzzi-D. Dalfino, *Manuale del processo del lavoro*, Cacucci,Bari, 2023, p. 82.

dovranno anche, a pena di decadenza non essendo *garantito* uno spazio ulteriore, esercitare ogni altro potere che non risulti già espressamente precluso. Alla prima udienza le parti sono quindi ancora in termini per formulare nuove istanze istruttorie a prova diretta pure in relazione a fatti già allegati negli atti introduttivi[74]. Nemmeno credo che resti assoggettato ad autorizzazione giudiziale l'esercizio dello *jus poenitendi* e quindi la modifica e la precisazione della domanda non innescata dall'altrui difesa[75]. È pur vero che, diversamente dal previgente art. 183, il terzo comma dell'art. 281 *duodecies* non esplicita che la parte possa liberamente alla prima udienza modificare o precisare la domanda; tuttavia, il quarto comma della stessa disposizione si limita a dettare le condizioni per concedere alla parte una dilazione temporale per l'esercizio di tale potere, ma nulla giustifica che esso venga letto come se dettasse le condizioni per la sua ammissibilità. La modifica deve quindi reputarsi ancora possibile alla prima udienza *anche se non innescata dalle difese di controparte*[76]. La decadenza imposta dal terzo comma si riferisce solo alla non recuperabilità del potere di sollevare contro-eccezioni in senso stretto e domande nuove aggiuntive nella memoria di emendamento, eventualmente concessa ai sensi del successivo quarto comma.

Ovvio che, sia per quanto riguarda le prove sia per l'allegazione di nuovi fatti costitutivi, si tratta di una relativamente modesta apertura, data la breve *distantia temporis* tra il termine per la costituzione del convenuto e la prima udienza, e che l'agio di completare con calma l'impianto difensivo può essere garantito solo dalla concessione di un acconcio termine successivo alla stessa udienza. Si tratta comunque di un'apertura

[74] G. Balena, *op. ult. cit.*, p. 10 segg.; C. Consolo, *op. ult. cit.*, p. 369; M. Rendina, *op. cit.*, p. 841. Per l'inserimento nel fascicolo telematico un nuovo documento, l'art. 87 disp. att. c.p.c. prevede che se la necessita di depositare emerge nel corso di un'udienza il giudice possa a tal fine concedere una dilazione temporale.

[75] Vedi gli Autori citati retro in nota 69; cui *adde,* se ben si intende: R. Tiscini, *op. ult. cit.*, 435, la quale reputa tuttavia libera la richiesta di ammissione di un nuovo mezzo istruttorio. Nel senso del testo: G. Balena, *op. ult. cit.*, p. 15; A. Carratta, *op. ult. cit.*, p. 704.

[76] Altrimenti la norma finirebbe per assomigliare alla versione dell'art. 183 uscita di penna al legislatore del 1990 (e mai entrata in vigore), dove si prevedeva appunto che: «Entrambe le parti possono precisare e, *previa autorizzazione del giudice,* modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate. Se richiesto, ove ricorrano giusti motivi, il giudice fissa un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande e delle eccezioni già proposte». Mi sembra pero significativo che in quella disposizione si tenessero ben *distinti* i due piani: quello della autorizzazione a modificare la domanda, espressamente prevista, e quello della concessione di termini per quelle stesse modificazioni. Non sarebbe stato dunque possibile, in assenza di una previsione esplicita, ricavare la prima dalla seconda.

che non credo possa essere negata: pur con la consapevolezza che una nuova allegazione o la deduzione di una nuova prova alla prima udienza esigono che siano garantiti adeguati spazi per la replica di controparte.

Questa considerazione ci riporta all'eventuale concessione dei termini per le memorie integrative, che il legislatore del 2022 ha subordinato, oltre che all'istanza di parte, alla sussistenza di un «giustificato motivo», sottolineandone ulteriormente la discrezionalità con l'espressione «se richiesto, *può* disporre». Naturalmente, è tutt'altro che agevole concretizzare una nozione tanto elastica e quindi ancorare a parametri rigorosi il possibile allentamento dell'incalzante ritmo procedimentale, con l'inevitabile strascico di incertezze[77]. Si tratta però con tutta evidenza di una questione centrale, dalla cui soluzione dipendono al tempo stesso il successo pratico del modello semplificato e la sua effettiva idoneità a veicolare una risposta giudiziale effettivamente più celere di quella ordinaria[78]. Da un lato, si staglia il timore di una gestione arbitraria e capricciosa del potere giudiziale di concedere o meno tale agio difensivo; dall'altro lato, si profila il rischio di trasformare la concessione in un automatismo e quindi di escludere la stessa astratta possibilità di una definizione in prima udienza anche per le cause più semplici.

Non poche infatti sono state le voci inclini a letture assai generose, reputando sufficiente la prospettazione dell'esigenza di dedurre nuove prove anche per fatti già in precedenza allegati negli atti introduttivi, oltre che per fatti nuovi allegati per prima volta in tale sede[79]. Ed era appunto in questa direzione che si era mossa, nel dichiarato intento di rassicurare i potenziali ricorrenti, una sezione del Tribunale di Milano, prospettando con una celebre ed ampiamente divulgata direttiva interna l'applicazione non eccezionale della concessione del termine. Argomentando dal novel-

[77] Secondo alcuni dei primi commenti la formula potrebbe alludere a situazioni in cui la controversia presenta un grado intermedio di complessità, tale da suggerire una maggior ponderazione ed approfondimento del dibattito, non al punto però da giustificare il passaggio al rito ordinario (C. TARASCHI, *Riforma processo civile: il nuovo rito semplificato di cognizione*, in Il processo civile.com, 2022). La maggior parte dei commenti di limita ad osservare con disincanto il rinvio alla piena discrezionalità giudiziale.

[78] Per tutti: S.MENCHINI, in S. MENCHINI- E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.* 2023, 578 segg., 583.

[79] G.P. CALIFANO, *op. cit.*, p. 21, nel senso che per integrare il giustificato motivo sia sufficiente l'istanza di parte e la "non pronta soluzione" della controversia data la necessità di raccogliere di ulteriori mezzi di prova rilevanti; G. BALENA, *op. ult. cit.*, p. 16, osservando che la concessione di brevi termini sarebbe comunque preferibile rispetto alla concentrazione di ogni deduzione all'udienza, con i conseguenti oneri di verbalizzazione; F.P. LUISO, *op. cit.*, p. 142.

lato art. 101 c.p.c. e dall'esigenza di garantire il contraddittorio, i giudici del Tribunale ambrosiano preannunciavano quindi una interpretazione generosa della condizione legittimante la concessione dei termini. Ma dove trovare un accettabile equilibrio, che eviti di trasformare la concessione in un automatismo ed al tempo stesso si traduca nel frequente, i.e. non eccezionale riconoscimento della congruità della richiesta dilazione temporale? Un criterio direttivo si sarebbe forse potuto ricostruire ammettendo la concessione dei termini a fronte della prospettazione della necessità di tempo per affinare le rispettive impostazioni difensive, rifiutandola solo se *evidentemente* pretestuosa ovvero quando emerga la possibilità di definire la controversia sulla base di questioni preliminari o pregiudiziali assorbenti *ovvero* quando a fronte di atti di parte sufficientemente completi il giudice stimi possibile definire la controversia per inconcludenza *in iure*[80]. In questa prospettiva, il rito semplificato avrebbe in sostanza finito per riprodurre la fisionomia familiare del rito ordinario pre-riforma, solo con tempi ridotti ed un *quantum* minimo di discrezionalità giudiziale nell'amministrare l'opzione tra contraddittorio solo orale all'udienza ovvero diluito in una trattazione scritta non troppo distesa. Con la conseguenza che, dinanzi ai disorientamenti provocati dallo sconvolgimento dell'*iter* del giudizio nel rito ordinario, avrebbe potuto davvero avverarsi la profezia di una sorta di trasmigrazione in massa verso il rito semplificato, quale porta di ingresso "normale" del contenzioso e salva sempre la ponderata valutazione di adeguatezza alla prima udienza[81]. Occorre ammettere, tuttavia, che la lettura sopra tratteggiata di fatto finisce per invertire il rapporto regola/eccezione emergente dall'art. 281 *duodecies*, in cui evidentemente la concentrazione temporale entro

[80] Nel rito ordinario pre-Cartabia, alla luce della formulazione letterale dell'art. 183, comma 6, c.p.c., il potere del giudice di rigettare l'istanza di termini per il deposito di memorie e rimettere la causa in decisione direttamente alla prima udienza ai sensi degli art. 187 e 80 *bis* dis. att. c.p.c. non era pacifico (cfr.: G. Costantino, *op. cit.*, 170; e, in senso *contrario*: Balena-Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 87 segg.), ma aveva trovato avallo ad opera della Suprema Corte quanto meno nelle ipotesi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 187 (Cass. civ. 23 marzo 2017 n. 7474). Per la possibile rimessione in decisione alla prima udienza, senza concessione dei termini quando il giudice reputi possibile decidere la controversia immediatamente "*anche* sulla base di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito" si era quindi espressa la Commissione Luiso, *Proposte normative e note illustrative*, 25 maggio 2021, pp. 36 segg., nella Proposta A.

[81] Va detto peraltro che l'urgenza di incoraggiare gli attori ad imboccare il binario semplificato suona forse oggi meno impellente, dato che la funzionalità dello *switch* inverso, i.e. dall'alveo del rito ordinario, è stata ripristinata mercé l'anticipazione dello snodo.

la prima e unica udienza dell'attività di trattazione si presenta come la soluzione di *default*.

Ferma dunque la sostanzialmente insindacabile valutazione giudiziale dell'opportunità di concedere una coda di trattazione scritta, può e deve in ogni caso riconoscersi che tale concessione sia obbligata, riducendosi la discrezionalità a zero, almeno quando alla prima udienza emergono ammissibili novità, anche a seguito di rilievo ufficioso del giudice, e non sia concretamente esigibile una reazione immediata, ad esempio per la deduzione di prova contraria[82]; ed *a fortiori* quando il convenuto si sia costituito direttamente alla prima udienza sollevando eccezioni in senso lato ed innescando in questo modo l'esigenza di una replica ponderata da parte dell'attore[83]. Salvo valorizzare eventuali impedimenti soggettivi, per i quali tuttavia si dovrebbe a rigore fare leva su all'art. 153 c.p.c., la concessione di un termine per le semplici integrazioni istruttorie ovvero per quelle produzioni documentali, che avrebbero comunque potuto essere effettuate dalla parte entro la prima udienza, risulterebbe invece interamente rimessa alla insindacabile discrezionalità del giudicante[84].

Rispetto a questi primi orientamenti, l'intervento del recentissimo decreto correttivo rischia di avallare una impostazione assai più restrittiva. Vediamo perché.

La modifica incide in due direzioni: in primo luogo, sostituisce al «può disporre» un più rassicurante «se richiesto *dispone*»; in secondo luogo, e *soprattutto*, mira a circoscrivere e meglio determinare il parametro valutativo al quale comunque la concessione del termine resta subordinata. Il quarto comma dell'art. 282 *duodecies* viene quindi riscritto chiarendo che il giudice, se richiesto, concede i termini per le memorie integrative «*quando l'esigenza sorge dalle difese di controparte*». Secondo la Relazione illustrativa, i termini dovrebbero essere concessi «ad esempio perché è necessario replicare a specifiche domande o eccezioni o perché le avverse

[82] M. Rendina, *op. cit.*, p. 855.

[83] G. Balena, *Il (semi)nuovo procedimento semplificato di cognizione*, cit., p. 16; F.P. Luiso, *op. cit.*, p. 142.

[84] Nel senso che, ferma la doverosa concessione dei termini per le repliche alle novità emerse all'udienza, la formula del "giustificato motivo" alluda ad una sorta di applicazione speciale della rimessione in termini, dai presupposti più sfrangiati e capaci di abbracciare anche le situazioni di complessità "intermedia" della causa, che suggerisca l'opportunità di dettare un ritmo meno incalzante: M. Rendina, *op. cit.*, p. 859 s. Secondo una più severa impostazione, la concessione del termine sarebbe giustificata solo a fronte di uno sviluppo dialettico che generi l'esigenza di replica consequenziale: G. Fabbrizzi, *op. cit.*, p. 1598 segg.; M. Stella, op. cit., pp. 826 segg.

allegazioni rendono necessario dedurre nuove prove». L'esemplificazione continua, declinata al negativo, precisandosi che i termini «non verranno concessi, ad esempio, nel caso in cui il convenuto rimanga contumace o si limiti a mere contestazioni in diritto». La Relazione quindi lascia un notevole margine di ambiguità con riguardo a cosa concretamente possa intendersi per «esigenze sorte dalle difese di controparte».

Le novità possono leggersi in due modi, a seconda del peso che si voglia attribuire all'uso dell'indicativo «concede», che suggerisce il dovere di concedere i termini al ricorrere della istanza di parte, e del requisito aggiuntivo come precisato dal decreto correttivo. Se si prendono sul serio la sostituzione del «può concedere» con un secco «concede» e la precisazione che l'esigenza di una dilazione temporale debba *sorgere* dalle difese di controparte; se si considera, inoltre, che ogni aggiustamento del tiro, come pure ogni replica rispetto alle allegazioni e deduzioni del convenuto tempestivamente costituitosi può farsi in prima udienza e che pure alla prima udienza entrambe le parti potrebbero liberamente integrare le deduzioni istruttorie, può sembrare difficile ammettere che le difese di controparte, idonee a giustificare la concessione del termine, possano identificarsi con quelle già note, alle quali non si sia riusciti a reagire entro l'udienza in ragione della loro ampiezza, comunque non tale da determinare il passaggio al rito ordinario, ovvero per ragioni puramente soggettive: anche perché ragionando altrimenti si otterrebbe l'effetto certo non voluto di rendere sostanzialmente *sempre* doverosa la concessione del termine[85]. In questa chiave, oltre che per i fatti nuovi emersi all'udienza, i termini per ulteriori deduzioni istruttorie in relazione ai fatti allegati con gli atti introduttivi sarebbero concessi solo nel caso in cui sopravvenga in udienza la contestazione specifica (sempre che la si consideri ammessa dopo la comparsa di risposta) da parte del convenuto. In questa chiave di lettura, il chiarimento apportato dal decreto correttivo pagherebbe tuttavia un prezzo assai elevato sull'altare della prevedibilità delle regole del gioco[86], sacrificando l'elemento di flessibilità offerto dalla valutazione caso per caso dell'opportunità in concreto di proseguire la trattazione

[85] La stessa Relazione d'altra parte sottolinea l'esigenza che «gli atti introduttivi siano il più completi possibile, a garanzia della celerità del processo, in quanto i termini per le memorie integrative non verranno concessi, *ad esempio, nel caso in cui il convenuto rimanga contumace o si limiti a mere contestazioni in diritto*».

[86] Si legge nella Relazione illustrative che l'intervento sul comma quarto intende soddisfare «l'esigenza, manifestata da più parti e in particolare dall'avvocatura, di individuare in modo più specifico e circostanziato i presupposti per la concessione dei termini per memorie integrative».

per iscritto e con esso pure l'intenzione ad incentivare ed incoraggiare la scelta del rito semplificato che la stessa Relazione illustrativa declama. In altre parole, bene la previsione che la concessione dei termini sia doverosa quando l'esigenza di precisare, modificare la domanda ovvero indicare mezzi di prova sorga dall'esigenza di replicare a novità emerse in udienza e non sia quindi esigibile una reazione istantanea; ma perché escludere che la trattazione non possa essere concessa anche in altre circostanze, più variegate e non tutte *ex ante* predeterminabili in astratto?

Risulta allora preferibile accedere ad una diversa lettura della nuova formulazione del tormentato quarto comma: nel senso cioè che il riferimento alle esigenze sorte dalle difese di controparte, che condizionano la concessione delle memorie successive all'udienza (e non invece l'esercizio dei poteri assertivi o asseverativi che solo si chiede di poter esercitare per iscritto anziché verbalmente in udienza), evochi in termini del tutto generici qualsiasi situazione in cui appaia opportuno, alla luce della articolazione delle argomentazioni e deduzioni in fatto sin li già emerse, consentire maggior agio difensivo. In altre parole, la concessione di un termine non sarebbe garantita, donde l'onere di completezza degli atti introduttivi, ma sarebbe eventualità tutt'altro che eccezionale. Ovviamente, quali siano questi casi nessuno potrebbe a priori predeterminare e la doverosità finirebbe per scolorire del tutto, salvi tuttavia i casi in cui davvero la dilazione temporale si imponga in ragione delle novità emerse all'udienza[87].

[87] Benché la disposizione si riferisca esclusivamente alle difese di controparte, la dilazione temporale va ammessa ed anzi si impone evidentemente anche alla luce di rilievi ufficiosi, in relazione ai quali la concessione di un termine per replicare dovrebbe d'atra parte comunque giustificarsi alla luce dell'art. 101 c.p.c.

An overview on the "crisis" of testimonial evidence as a judicial decision-making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination

Pier Paolo Paulesu
Professore ordinario di Diritto processuale penale

Summary: 1. Introductory remarks. The "crisis" of witness evidence as a cognitive tool, between the needs of protection of the declarant and needs of judicial celerity and efficiency. - 2. Protected witnesses. - 2.1. The testimony of the victim: lights and shadows. - 2.2. "Anonymous" witnesses, between the European Court of Human Rights and Judicial Cooperation. - 3. Media witnesses and possible procedural relapses. - 4. Change of the trial judge and testimonial evidence: short remarks. - 5. Testimonial evidence and appeal judgment. - 6. Final remarks.

1. Introductory remarks. The "crisis" of witness evidence as a judicial decision-making tool, balancing the needs of protection of the declarant and requests for procedural speed

That the testimonial evidence today presents new and higher levels of difficulty than in the past is evident. For at least two reasons. The first. The well-known "structural" problems linked to the peculiar nature of testimony as a representative / evocative instrument of facts through language (questions, perceptions, memories, silences, lies, discrepancies, blandishments, pressures, threats, partisan checks and judicial checks) are increasingly complex due to the multiplication of witnesses on the trial scene. Figures who, as a sort of counterpart for their contribution

to the assessment, require high, constant and diversified levels of protection: "fragile" and vulnerable people, minors, mentally ill, witnesses assisted, witnesses of justice, "anonymous" witnesses. Hence the strenuous search for a balance point between opposing and difficult to reconcile needs: ensuring the value and quality of the contradictory, understood here above all as the accused's right to effectively counter-examine the accused; protect the declarant from the prejudicial effects that dialectical confrontation in the trial is capable of producing. Moreover, from a strictly logical point of view, those who intend to test the credibility of a registrant would not want there to be too many obstacles to the possibility of examining it, even several times, and in a strategically effective way, that is, by submitting it to the questions it deems useful in the specific case. Unfortunately, however, this instance clashes with the current trend aimed at reducing the number of hearings (and therefore the opportunities for dialectical confrontation with the witness), and at the same time, at "personalizing" more and more the methods of carrying out the hearing by adapting it to the protection needs to be met. Instances of protection on which the European Court of Human Rights has been insisting for some time now, as we will have the opportunity to underline further, focusing in particular on two figures of protected witnesses: particularly vulnerable victims and undercover agents. This problematic conflict between the right to defend oneself by asking the accused and the duty of the State to protect the declarant from the potential harmful effects attributable to those questions obviously also impacts on the type of questions that can be proposed to the witness, which must be adapted from time to time to the particular position of declarant. This results in a greater commitment in terms of preparation for the cross-examination by the prosecutors and (above all) by the defenders, on the one hand, and the equally demanding activity of control and selection of admissible questions entrusted to the judge, on the other hand. Thus, for example, let us think of the prohibition of formulating harmful (for the sincerity of the answers) or leading questions provided for by the Italian criminal procedure code (Article 499): while with reference to the ordinary witness the admissibility of those questions is essentially measured on the typology of the historical fact and on its perception by the declarant, in the presence of a protected subject (victim, particularly vulnerable victim, undercover agent), further limits arise on the questions that can be proposed, to be calibrated also on the specific and diversified protection needs required. With a clear increase in the level of complexity of

the exam. And at the same time with the risk of obtaining qualitatively less reliable statements, because they might be too conditioned by those protection needs, precluding the defender of the accused the possibility of deepening some controversial points. On this topic, however, it is necessary to avoid misunderstandings. Some witnesses deserve to be adequately protected in the trial and because of the trial. But it is necessary to be convinced that the trial cannot constitute the privileged place of protection for those types of declarants: because there is a reasonable threshold of protection beyond which one cannot go without compromising the cognitive function of the criminal proceeding, which in the testimony and in the dialectical method with which it is formed in the trial (questions of the parties and controls by the judge) finds its highest and most powerful expression. Here then is the duty of the State to protect those who make a contribution to the assessment (witnessing, we know, is an easement of justice, because the law obliges the witness to present himself and respond truthfully, under the threat of criminal sanctions) it must find its reasonable limit in the right of the accused to refute its credibility in an equally effective manner. If we agree on this point, it would perhaps be necessary to cultivate a different perspective: identifying and strengthening forms of protection parallel and external to the trial, acting on an administrative level.

The second reason is of a very different and broader nature and to understand it clearly it is necessary to start from a premise. There is a sort of symbiosis between testimonial evidence and the principles of contradictory, orality and immediacy[1]. Contradictory is understood here as a dialectic between the parties, and between the parties and the third and impartial judge. Orality is understood as the system's preference for the communicative tool of the word spoken aloud and heard at the hearing by the protagonists of the trial. Immediacy is understood as the identity between the trial judge who assists in the construction of the evidence (thus gaining genuine impressions thanks to the contact with the persons subjected to the examination: hence his ability to grasp every nuance of the deposition, in particular the non-verbal language of the declarant)[2], and the judge who is called to evaluate the results in a decision-making

[1] See P.P. Paulesu, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Giappichelli, 2001, p. 5 ss.

[2] See P. Ferrua, *Contraddittorio e verità nel processo* penale, in P. Ferrua (ed.), *Studi sul processo penale*, II, Giappichelli, 1992, p. 80; R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali,* Giuffrè, 2011, p. 12 ss.

key. A logical consequence derives from that symbiosis: the persuasive force of a testimony is directly proportional to the effectiveness of the three fundamental principles in question.

We know that the construction of the testimonial evidence is often a long and complex operation. Hence a fundamental question: how to reconcile that complexity with the modern needs of simplification and speeding up of criminal proceedings? Is there really a risk that the search for the quality of the contributions offered by witnesses (which would often require the simultaneous presence on the scene of witnesses, judges, prosecutors, defenders, to create an effective contextual dialectic among the protagonists of the trial) could be partly sacrificed on the altar of simplifying and speeding up the criminal trials? At the political level (national and European), the idea now prevails that the efficiency of criminal justice is the primary purpose on which to calibrate the level of reliability and solidity of an economically advanced State. This mainstream perspective is the fruit of an exasperated and erroneous conception of the principle of the reasonable duration of the trial (Art. 6 par. 1 ECHR and Art. 111 par. 2 of Italian Constitution). The *time factor* is now an absolute, absorbing value in the criminal trial, which seems capable of negatively impacting the quality of the witness evidence as well. We think of the remote examination provided for in the Italian procedural system (art. 147 implementing provisions of Italian Code of Criminal Procedure). The declarative evidence is taken through the audio-visual link between the courtroom and the seat where the witness is located[3]. The questions and answers are filtered by tools for the contextual reproduction of sounds and images. In short, the construction of witness evidence takes place even if the witness does not physically participate in the trial. Sure, the audio-visual link saves time and resources. But the mediation of the technological apparatus between the person conducting the examination and the declarant could make the cross examination less fluid, less effective, weakening the principle of orality, immediacy, contradictory. As we will see later, similar perplexities also emerge in the light of recent Italian Law n. 134 of 2021 (so-called *Cartabia Reform*), with specific reference to the hypothesis of change of the trial judge[4]. Also in this case, the risk of a loss

[3] See D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, 2006, p. 305 s; M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Giappichelli, 2012, p. 62.

[4] Art. 525 par. 2 of Italian code of criminal procedure : "Under penality of absolute nullity, the same judges who partecipated in the trial shall be present at the deliberation". On this topic see *infra* par. 4.

of quality of witness evidence and of the value of immediacy is serious and cannot be underestimated. Of course, it could be argued that technological progress must lead to a new concept of immediacy and orality in a modern criminal trial, appropriate to the time. But where technological progress ends and where the risk of weakening testimonial evidence begins? And in a broader perspective: where technological progress ends and where the risk of wrong judgments begins?

2. Protected witnesses and the right to cross examination

2.1. The testimony of the victim, between lights and shadows

The difficulty of reconciling the protection needs of the witness with the need to ensure effective control of his statements through cross-examination emerge today especially with reference to the testimony of the victim. We know that the criminal trial increasingly needs the testimony of the victim, especially when the latter is the only witness available at the trial scene (crimes committed within the family, assaults in isolated places, sex crimes, etc.). The system therefore needs the testimony of the victim, but must take charge of the need to protect it.

The problem of protecting the victim as a witness emerges above all with reference to a particular category of subjects, defined as "particularly vulnerable". This is the area where the widest experimentation of the protection of fragile subjects in the process is carried out, both in Europe and, in cascade, at the level of national legal systems. Particular attention is paid to vulnerable victims through forms of differentiated and strengthened safeguards with respect to other victims (considered) less fragile. The primary objective is to ensure to those subjects the widest protection from certain procedural activities that could trigger situations of "secondary victimization": an expression which, as is well known, alludes to the possible re-emergence of a psychological trauma during the reconstruction of the historical fact in the judicial context.

At the European legislative level, the steps towards the goal of protecting fragile victims can be summarized as follows: first, attention to the victim's testimony; then the sensitivity for the testimony of the minor (victim or not), a fragile subject par excellence; finally, with the well-known directive 2012/29/EU, the arrival of a broader protection dimension (i.e. not restricted to the witness context only and released from specific crimes), focused on the "particularly vulnerable" victim.

Precisely in compliance with the aforementioned Directive 2012/29/EU, the criteria for identifying the vulnerable victim are today analytically codified in the Italian system (Article 90-*bis* of the Italian code of criminal procedure). The method is based on individual assessment, that is, on the analysis of the peculiarities of each individual victim[5]. Hence a fixed point: no presumption of the vulnerability of the subject involved from time to time but checks carried out case by case. The condition of particular vulnerability is obtained from the following data: age and state of infirmity or mental problems of the victim; criminal type; modalities and circumstances of the fact for which you proceed; it is then necessary to verify whether the fact was committed with violence to the person or with racial hatred, whether it is the result of organized crime or terrorism (internal or international) or trafficking in human beings; if it is characterized for purposes of discrimination; if there is a relationship of emotional, psychological or economic dependence between the (alleged) victim and the (alleged) perpetrator of the crime. However, it is not clear how the state of particular vulnerability should be ascertained in practice. That there is a strong accountability of the judicial authority (police, prosecutor, judge) who from time to time comes into contact with the victim is evident. Just as it is plausible to believe that the individual assessment should usually take place in the early stages of the investigation, to immediately ensure timely and effective protection for the victim. However, some unresolved issues remain. For example, what happens if doubts arise about the victim's real state of vulnerability or if there are errors of assessment about her real psychophysical state? If the minor age is uncertain, the judge orders an expert opinion and, if the uncertainty persists, the minor age is presumed (but only for procedural purposes: it is therefore forbidden to use this presumption for the purpose of configuring aggravating circumstances based on the minor. age of the victim). However, this mechanism is not extended to other vulnerable victims. In general, the Italian legislation today appears to be deficient in terms of controls on the activity of those who intervene to test the vulnerability of a given subject, also taking into account that it is a verification that implies a high degree of discretion. Perhaps the Italian legislator intends to promote "informal", agile and timely solutions; with the risk, however,

[5] See S. Quattrocolo, *Vulnerabilità ed individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. Bargis, H. Belluta (eds.), *Vittime di reato e sistema penale. Alla ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017, p. 311.

of leaving room, in doubtful cases, for the presumptive evaluations that one would rather avoid.

The idea of protecting some victims more than others may appear progressive, modern, sensitive to individual needs, but it poses two main problems that, at the moment, do not find truly effective solutions. Neither on a European level nor on an Italian level.

The first problem. As mentioned, the criteria for the identification (individual assessment) of particularly vulnerable victims provided at European level (and implemented by the Italian legislator) are generic and leave too much discretion to the judges (and, in investigations, to the judicial police and the prosecutor). Hence the risk of errors, inequities and above all discrimination among the victims. What happens if a guy is assessed as "particularly vulnerable" but in reality it is not. Or viceversa. In these cases, would there not perhaps be a blatant violation of the fundamental principle of equality, understood here as equal treatment in the trial of victims? Due to a mere misjudgment, one victim may be unreasonably more protected in the process than others. More. The wide discretion of the judge in assessing the status of a vulnerable person risks favoring too much the use of forms of taking testimony that significantly reduce the right to be heard. It should be borne in mind that, when dealing with vulnerable persons, the Italian code of criminal procedure considerably restricts the right to listen to the witness already heard elsewhere in the trial (Article 190 bis paragraph 1 bis, final period of Italian Code of Criminal Procedure)[6].

The second problem, even more delicate. The recalled need to prevent vulnerable victims, when called to testify as witnesses, from undergoing secondary victimization phenomena, has prompted the Italian legislator to place the fragile witness under a sort of "glass bell"[7], severely limiting the right of 'accused of confronting the subject who accuses him (Article 6 letter *d* of the ECHR and Article 111 paragraph 3 of the Italian Constitution). So, for instance, if it is a minor witness, the defender must submit the questions to the judge, who filters them. More. There is the highly protective mechanism of the "shielded" hearing, designed specifically for all victims who are in particularly vulnerable conditions: in that case the examination is carried out through a glass mirror (the witness is in a sep-

[6] See *infra*.

[7] C. Cesari, *"La campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne*, in C. Cesari (ed.), *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, 2nd ed., Giuffrè, Milan, 2015, p. 296 ss.

arate room and connected via intercom) (Article 498 paragraph 4 *quater* of the Italian code of criminal procedure)[8]. As has rightly been observed, the witness's response and the paralinguistic features that accompany it come in turn mediated and from afar, making it impossible to grasp the nuances of the speech. So, it is doubtful whether in these cases the evidence is really formed in the cross-examination (art. 111 paragraph 4 of the Italian Constitution)[9].

This unresolved knot that concerns the phase of construction of the testimony of the victim is then joined with that relating to the evaluation of that same testimony. We start from a logical premise even before a juridical one. Premise that may seem obvious, but we will see that it is not so obvious. The statements of the victim who testifies should be carefully considered. For a very simple reason. This is a person involved in the crime (as the alleged recipient of the criminal action) and therefore directly interested only in a specific procedural outcome: the conviction of the accused. Aware of this problem, in the past the Italian Constitutional Court had stressed the need for a scrupulous examination of the testimony of the victim[10]. Recently the European Court of Human Rights has also reiterated the need to evaluate with particular attention the statements of weak witnesses, because they are made in contexts and in ways that do not ensure defensive rights the possibility of manifesting themselves at the levels usually imposed by the ECHR[11]. As can be seen, the European judges are aware of the crucial problem already highlighted above. In other words: the protection needs of the victim must be properly met within a solid framework for the protection of the accused and his right to effectively refute the statements of the witness. However, it is enough to take a quick look at the Italian jurisprudence of legitimacy to realize how much the risk of unreliable or slanderous declarations by victims is underestimated. Recently, the Italian Court of Cassation has argued that the testimony of the injured person can be taken, *even alone*, as proof of the accused's responsibility, provided that it is subjected to a positive scrutiny as to its reliability, *but without the need to apply the evidential rules pursuant to art. 192 par. 3 and 4 of the Italian code of criminal proce-*

[8] A. Presutti, *Le audizioni protette*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit. p. 378 ss.
[9] O. Mazza, *Il Contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in D. Negri, R. Orlandi (eds.), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli, 2017, p. 130; D. Negri, *Il dibattimento*, cit., p. 576.
[10] Corte cost. 19 March 1992 n. 115.
[11] ECtHR,16 December 2003, *Magnusson c. Svezia.*

dure, which require the presence of external feedback[12]. As we can see, there is an almost fideistic attitude towards the victim's statements. An attitude that can be strongly criticized, especially when there are statements from particularly vulnerable victims. The psychological fragility of these subjects should instead impose even more rigorous assessments. Too many variables are involved: the greater risk of perception errors; the lesser ability to recall previous experience; the recalled limitations for the defense in conducting an effective cross-examination. It is not meant to say that the state of particular fragility and vulnerability of the victim-witness implies a lower reliability in the abstract. But, in practice, the risk of obtaining non-genuine declarations is really too high. Faced with the testimony of the vulnerable victim, the accused is in a vice. On the one hand, the protection mechanisms in place for the victim make it more difficult for the defender to carry out a full cross examination. On the other hand, the accused is constantly exposed to the risk that the victim's statements may have a decisive and decisive weight for the purposes of the sentence. Hence a proposal. Introduce a rule that extends the assessment rules for witnesses to the testimony of all vulnerable victims. We refer to the discipline of the findings referred to in Article 192 paragraph 3 of the Italian code of criminal procedure. So as to strongly empower the judge during the evaluation, forcing him to provide an explicit and timely motivation on those findings. With a further regulatory clarification. The guilt of the accused cannot be based solely on the victim's declaration. Once the path of procedural specificity (greater safeguards) of victims with weak procedural dynamics has been undertaken, it would seem reasonable to really follow it to the end, that is, up to the crucial evaluation context.

2.2."Anonymous" witnesses, between the European Court of Human Rights and Judicial Cooperation

When it comes to "protected witnesses", the delicate profile of the procedural contribution of undercover agents comes to the fore. It is well known that the use of covert investigations is now widespread internationally. It is a very profitable investigative tool but also potentially damaging to some individual guarantees[13]. There is no information to be

[12] Cass. pen. 13 February 2020, *Ciotti*, *CED* 279070.

[13] Moreover, undercover operations have a peculiar border line physiognomy, because they are suspended between prevention and repression. It is often difficult to concretely understand to what extent the undercover agent seeks evidence on the basis of an already acquired *notitia criminis*, or rather acts in order to find it. In fact, in the context of such

communicated to the suspect or minutes documenting the proper conduct of the activities, as happens for the ordinary judicial police activity: we rely above all on the "protected" testimony of the agents during the trial. Moreover, it is hardly necessary to observe that, in the face of the challenges posed by modern forms of crime, the very word intelligence, with which we often generically allude to the complex of proactive police activities (including undercover operations) today it is colored with a plurality of meanings. It no longer refers only to administrative/preventive investigations that anticipate the judicial moment, but to operations interpenetrated with the criminal investigation. Apparatus of the executive and judicial police bodies act in constant synergy, in the context of a sort of "parallel criminal law", where the substantive principle of strict legality and the procedural values of the presumption of innocence, of cross-examination, of the right to defense can be severely weakened.

Having said this, it must immediately be said that the European Court of Human Rights has often intervened in the matter of the procedural contribution of undercover agents as "anonymous witnesses"[14]. In this case, the European judges consider anonymity functional to the protection of agents, but they are also aware of the objective difficulties faced by the defense that intends to refute its credibility during cross examination. Hence the need to provide adequate defensive guarantees in the evidentiary procedure. In terms of admission of the anonymous witness, the fundamental principle of proportionality is appropriately recalled. And in this perspective, the anonymity of members of the police forces and security services should be limited to exceptional cases (it is still a "not disinterested" testimony, given by subjects linked to the executive power and the public prosecutor), that is, when it is essential to protect agents, also in order not to compromise their use in similar future operations[15]. With specific regard, then, to the assumption of anonymous testimony, the Court considers it essential to ensure the effective possibility of the defender to formulate questions in the hearing in the presence

investigations, the (casual?) discovery of crime reports other than those for which it is investigated incognito is frequent. As it is highly probable, in such contexts, the emergence of evidence relating to crimes other than those covered by the concealed investigation.

[14] ECtHR, 23 April 1997, *Van Mechelen, v. Netherlands*. On this topic, see A. Balsamo, *Operazioni sotto copertura e giusto processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.,* 2008, p. 2641.

[15] ECtHR, 23 April 1997, *Van Mechelen*, cit.

of the judge (who should always know the true identity of the witness, to verify their reliability)[16].

The profile of the evaluation of the undercover agent's testimony is also controversial. The thesis of the sole and decisive rule[17], that is the prohibition to found an exclusive or decisive conviction on the declaration of the anonymous witness, which was initially considered a sort of "closing rule", was then in part significantly reduced : anonymous testimony can, by itself, legitimately support a conviction, even if the Court reserves the power to verify, from time to time, the possible presence of situations capable of ensuring a fair judgment pursuant to art. 6 ECHR, and, in particular, the concrete possibility of the guy accused to contest the statements against him[18].

It is almost obvious to point out that the undercover agent is not just any witness. He is no stranger to the facts. He acquires data undercover for repressive purposes. It reports the outcome of activities carried out on the basis of the directives of others. For the reasons already stated, it requires particular forms of protection, before, during and after the enforcement. The testimony of the infiltrator is now expressly contemplated in the trial systems of various countries. In the Italian legal system, in particular, it is envisaged that the officers and agents of the judicial police, also belonging to foreign police bodies, the employees of the security information services, the auxiliaries and the interposed persons, called to testify in any status and grade of the proceedings regarding the undercover activities carried out pursuant to art. 9 of Law no. 146 of 2006, can provide on that occasion the fictitious details used in the investigation (Article 497 paragraph 2-*bis* of the Italian code of criminal procedure). And to this end, the use of "precautions necessary for the protection and confidentiality of the person to be examined" is envisaged, with "modalities" (identified by the judge or, in urgent cases, by the president of the Court) such as to prevent the face of the depositor from being visible. The witness examination of the undercover agent takes place remotely (audiovisual link), unless the judge considers the presence of the declarant to

[16] See again ECtHR 23 April 1997, *Van Mechelen*, cit. In that case, the undercover agents had been heard by the judge in a separate place without the presence of the accused and his lawyer. Not only the details of these subjects were unknown to the defense, but the latter had not even had the opportunity to observe the behavior of the agents in the face of questions. See also ECtHR, 10 April 2012, *Ellis, Simms v Martin v.UK*.

[17] ECtHR, 28 February 2006, *Krasniki v. Czech Republic.*

[18] ECtHR, 10 April 2012, *Ellis, Simms, Martin v. UK,* cit.; ECtHR, 15 December 2011, *Al Khawaja and Tahery v. UK*.

be necessary (Article 147-*bis* implementing provisions of Italian code of criminal procedure). As you can see, this is an anonymous testimony in all respects. In the proceedings there is no trace of the real identity of the agents. They are unknown to the accused, to his lawyer, to the judge himself. Instead, they can be known by the prosecutor: the latter can in fact ask the body that ordered the undercover investigations for the names of the subjects who carry them out pursuant to art. 9 paragraph 4 L. n. 146 of 2006. The failure to provide a selective filter by the judge aimed at verifying, from time to time, in the specific case, the absolute need to preserve the anonymity of the undercover agent is criticizable. This gap, in addition to sacrificing the accused's right to confrontation, significantly alters the level playing field, because the prosecutor knows the true identity of the infiltrator, the defender does not. There are, however, criminal offenses where the risk of retaliation against agents would seem very limited (this is the case of computerized child pornography)[19]; in this case, the use of fictitious identities during the enforcement would seem really excessive. Another decisive problematic aspect is constituted by the lack of knowledge of the true identity of the witness by the judge, who can neither test the credibility of the infiltrator (Article 194, paragraph 2 of the Italian code of criminal procedure), nor verify *a posteriori* the presence of investigative abuses, violation of rights, induction of crime. In short, the need to preserve and crystallize the "investigative knowledge" of the investigators prevails. With the obvious negative repercussions in terms of correctness and completeness of the decision. This risk can perhaps be partially mitigated through a non-decisive and careful use of anonymous testimony in a decision-making key, in line with what was established by the Strasbourg Court. The unreasonable automatism of undercover investigations - anonymous testimony, present in the phase of taking the evidence, would thus find a reasonable reconciliation on a strictly evaluation level.

Looking at the field of judicial cooperation, the European Criminal Investigation Order obviously takes on importance for our purposes. In this regard, it must immediately be said that, in the context of the passive procedure, the undercover agent who is on Italian territory can be heard as a witness, by videoconference, subject to agreement with the issuing authority on the modalities of the hearing and on the protective measures to be taken[20]. The contextual cross-examination is thus safeguarded

[19] On this topic see G. Barrocu, *Le indagini sotto copertura,* Iovene, 2011, p. 133.
[20] Art. 18 D.lgs. n. 108/ 2017.

during the formation of the evidence. But the most interesting fact, in light of the strong internal criticalities already reported, lies in the presence of a consensual space that should be widely exploited by the authorities involved to assess the actual need to examine the undercover agent anonymously, and to agree possibly, alternative forms of protection to the use of fictitious identity. The hearing of the undercover agent is conducted directly by the authority that issued the investigation order (and in any case under his direction), to which the relative report must be sent. The audiovisual link mechanism allows the authority issuing the order and the parties to the internal procedure to exercise the right to be heard, understood as the possibility to speak directly with the declarant. The enforcement can also take place via telephone conference, in the event that the declarant cannot appear before the authority that issued the order or when his presence is inappropriate[21]. This technical expedient may perhaps contribute to solving the problem of the protection of the registrant, but it risks significantly worsening the quality of the hearing. As for the active procedure, the prosecuting authorities (public prosecutor or judge) can issue an investigation order to request the remote hearing of witnesses in the cases provided for by art. 147-bis of implementing provisions of italian code of criminal procedure (therefore also officers and judicial police officers who have carried out undercover activities), when their presence on the national territory is not appropriate (Article 39 of Legislative Decree No. 108 of 2017). The methods of the hearing must be agreed between the authorities involved, and it is the duty of the Italian judicial authority to verify that the declarant is provided with all the information about the rights and guarantees provided for by our legal system. Only under these conditions can the minutes of the hearing be legitimately merged into the file for the hearing (Article 36 paragraph 1 letter *b* of Legislative Decree no. 108 of 2017) and be used for the decision.

3. "Media" witnesses and possible judicial relapses

For our purposes it may be interesting to briefly mention the figure of the "media witness". Alongside the real trial, which takes place in the courtrooms, in some cases there is also a parallel, virtual trial, which is celebrated in the media: a trial based above all on testimony. Well, if we observe the rules on testimony in the Italian criminal procedure code,

[21] Art. 19 D.lgs. n. 108/ 2017.

there are clear differences between the trial witness and the media witness[22]. In the criminal trial, as a rule, the witness cannot testify on the morality of the accused. He cannot testify on current rumors in the public (in that environment it is said that, it is well known that). He cannot express personal appreciation (value judgments on the accused) (Article 194 of Italian code of criminal procedure). In the media process, however, what is forbidden by the code almost always happens. Yet. In the criminal trial, the declarant must be warned of the duty to tell the truth, and of the criminal consequences for false or reticent witnesses (Article 497 of Italian code of criminal procedure). In the criminal trial, therefore, the witness has the obligation to answer truthfully to the questions that are asked (Article 198 of the Italian code of criminal procedure). In the media trial, nothing like this happens (indeed, people are often rewarded for their willingness to be interviewed and to issue coached statements that satisfy the demands of journalists television programs). For example, obtaining a statement from the witness that is effective, even ambiguous, but that can arouse the attention of the public. Or leave room for implications. In the criminal trial, questions that may harm the sincerity of the answers and suggestive questions are prohibited. In the media no. Because in the media the validity of a question is measured according to the type of response that the questioner expects (also here: often in line with a pre-established thesis). In the criminal trial there are some incompatibilities to testify in relation to some subjects (Article 197 of Italian code of criminal procedure). In the media, everyone can make statements. In the criminal trial, the next of kin of the accused are advised that they can refrain from testifying (Article 199 of the italian code of criminal procedure). This rule does not apply in the media. In the criminal trial, the witnesses are examined one after the other, and cannot communicate with each other before the deposition, nor attend what happens at the hearing (Article 149 of implementing provisions of Italian code of criminal procedure). In the media, the witnesses are even confronted with each other. In the criminal trial there is a judge who checks the relevance of the questions and the fairness of the exam. In the media trial, the witness's statement is beyond any control. On this basis, the following question arises: can the statements made by witnesses to the media have an impact on the criminal trial, and in particular, on the conviction of the judge? It could be answered that, after all, it is a false problem, because the judge should absolutely not be conditioned by what happens outside the courtrooms,

[22] See G. Giostra, *Processo mediaticǫ* in *Enc. Dir. Agg.*, Giuffré, 2017, p. 656.

thus proving not to be impartial. The point is that an external psychological conditioning of the judge capable of compromising his impartiality is not visible, measurable and controllable. That a problem of this type exists is moreover demonstrated, for example, by the care with which the Italian legislator takes care to prohibit the publication of documents contained in party files, when there is certainty that the hearing will proceed (art. 114 of Italian code of criminal procedure). To mitigate the risk that statements made by witnesses to the media could have some impact on the trial, we could perhaps begin to reflect on the possibility of introducing, in the hands of journalists, the prohibition (controlled by disciplinary sanctions) to contact and receive statements from witnesses indicated in some particular acts of the parties (requests for evidence, the witnesses lists) but also witnesses introduced *ex officio* by the judge during the trial pursuant to art. 507 of Italian code of criminal procedure. This prohibition would cease only after the examination of the witness or when the latter does not take place (because, for example, one party renounces to examine him). In this perspective, the witness could make statements to the media only after having made his testimony in the trial, or in the event that he was not examined (for example, as a result of a renunciation of evidence pursuant to Article 495 of Italian code of criminal procedure).

4. Change of the trial judge and testimonial evidence: short remarks

What is the fate of witness evidence, correctly forged in cross-examination, when the judge who has to adopt the sentence is different from the judge who attended the formation of that evidence?

It is clear that the choice to give priority to the reading, in front of the new judge, of the minutes of evidence carried out previously, if on the one hand it could speed up the criminal trial, on the other hand it would weaken the principles of orality and immediacy (the judge must form his own conviction on the immediate perception of what happened before him in the judgment). Given that the Italian code of criminal procedure safeguards those two principles through the rule of the immutability of the trial judge (under penality of absolute nullity, the same judges who participated in the trial shall be present at the deliberation: Article 525 par. 2 Italian code of criminal procedure), the problem of the fate of witness evidence following the change of the trial judge was originally resolved by Italian jurisprudence in the following way. The parties

were granted the right to witness evidence, understood as the right to examine the declarant before the new judge. The reading of the minutes of evidence was considered legitimate only after the new examination of the declarant or when none of the parties had requested it[23]. As can be seen, the principles of orality and immediacy were all in all sufficiently safeguarded.

But then this scenario changed. To achieve goals of efficiency and procedural speed, the Italian Constitutional Court[24], but above all the Italian Court of Cassation[25] (both relying on some judgments of the Strasbourg Court inclined to tolerate exceptions to the principle of immediacy when the accused has benefited from procedural guarantees capable of balancing the failure to renew the cross examination in front of the new judge)[26] have greatly reduced the right to renewal of witness evidence in front of the new judge, thus weakening the values of immediacy and orality. On the one hand, it was stated that the parties must indicate the reasons that make it necessary to examine the witness before the new judge. On the other hand, the new judge was given a wide discretion in rejecting the party's request. The message of the Court of Cassation was clear: the renewal of the examination of the witness is always an exception; renewal becomes superfluous in two cases: a) if the party who asks to hear the witness again does not demonstrate that this activity is decisive for the fate of the trial (it is a very difficult operation for the defense, almost a *probatio diabolica*) b) if the first audition is verbalized by means of stenotyping and contextual phonographic recording (the technical support becomes the alibi for dismantling the principle of immediacy). As can be seen, in the name of a misunderstood and exasperated conception of the principle of the reasonable duration of the trial, the defense is penalized

[23] Cass. pen., 15 January 1999, *Iannasso*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 480; Corte cost., 9 March 2007, n. 67.

[24] Corte cost., 29 May 2019, n. 132; see P. Ferrua, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore,* in *Arch. pen. (web)*, 2019, n. 2; M. Daniele, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità nel caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1551; O. Mazza, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale,* in *Arch. pen. (web)*, 2019, n. 2.; D. Negri, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, n. 2.

[25] Cass. pen., 30 May 2019, *Bajrami*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 136. A. Mangiaracina, *Immutabilità del giudice versus inefficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 166.

[26] ECtHR, 2 December 2014, *Cutean v. Romania*; ECtHR 6 December 2016, Škaro *v.Croatia.*

due to an event, the change of the trial judge, linked to the organization and structure of the judicial offices[27].

Let's investigate the latest reforms. As already mentioned, the so called Cartabia reform (L. n. 134 of 2021 and implementing decrees) tries to solve the problem with a compromise solution that enhances the instrument of audiovisual reproduction of the testimonial evidence (art 510 par. 2 *bis* and 3 *bis* and 498 par 4 *ter* Italian code of criminal procedure).

If the trial judge changes, the interested party has the *right to obtain* an examination of the persons who have already made statements in the same debate in the cross-examination with the subject against whom the same declarations will be used. So far the right of proof seems to be sufficiently protected. The *right of proof* must be correctly understood as *to ask* but also as *to obtain*: a request by the party must correspond to a duty of performance of the judge (to decide on the request) anchored to clear and predefined criteria[28]. And here is a duty of performance that falls on the judge.

But there is also an important exception to ensure the judicial efficiency. The right to examine the witness before the new judge is no longer recognized if previously, the examination has been fully documented by means of audiovisual reproduction. The technological tool therefore serves to compensate for the evident downsizing of orality and immediacy to speed up the proceedings. Of course, the judge can always order the renewal of the exam if he deems it necessary on the basis of specific needs. But we have to point out that in this case we are *outside the area of the right to proof*: because the new face to face hearing of the witness depends on a discretionary choice of the new judge.

Many doubts remain. The videotaped evidence cannot be assimilated to the evidence gathered in presence of the first judge. The perception of the witness's story by the new judge who watches the video recording may be completely different. For this reason, the methods by which the new judge must take cognizance of the videotaped evidence must be analytically regulated to ensure maximum transparency of activities of the judge and the parties (prosecutor and defendant). And in this perspective it is necessary a dedicated and public hearing[29].

[27] On this topic see recently O. Mazza, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista a l decisionismo efficientista,* in *Arch. pen.*, 2022, p. 19.

[28] See P.P. Paulesu, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit. p. 30.

[29] See O. Mazza, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, cit., p. 19.

5. Testimonial evidence and appeal judgment

In the civil law systems, the hearing instruction on appeal usually reflects the strong tension between two opposing needs. The first. Preserve the function of the appeal intended as a control tool, that is, as a mere critical reassessment of the results obtained in the first instance; prevailing, in this perspective, is the idea of the completeness of the evidence taken at first instance: the appeal only serves to verify their consistency. As you can see, in this case, the idea of efficiency, speed and simplification prevails. The second need. Protect the right to proof and to be heard: here the appeal judgment opens up to new probative activities and maintains its own peculiar and autonomous cognitive dimension with respect to the first instance judgment. Well, in the Italian criminal trial the tension between these two instances is resolved with a compromise choice: the renewal of the probative instruction constitutes an exception, because it is limited to some strictly provided cases (Article 603 of Italian code of criminal procedure). As is known, the boundaries set by the Italian code of criminal procedure *to the renewal of* testimonial *evidence on appeal* have been the subject of some significant interventions by the European Court of Human Rights which concerned the witness evidence itself. In particular, the Strasbourg judges found a violation of art. 6 par. 1 ECHR (right to a fair trial) and 3 par. *d* ECHR (right to examine and have examined witnesses against him and to obtain the convocation and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him), when the judge of appeal replaces the sentence of acquittal with the conviction on the basis a mere rereading of the minutes of the testimonies collected in the first instance, without proceeding with the (new) examination of the testimonial evidence available against the accused. The reliability of the statements made by the witnesses against him can in fact be concretely verified only if the appellate judge has the direct perception (not filtered and mediated by the minutes), and can therefore listen and correctly evaluate the narrative contribution of the witness. The value of immediacy and contradictory must prevail over instances of speed and simplification of the appeal. Hence the prospect of reforming an acquittal sentence on appeal (challenged by the public prosecutor) without the scrutiny of the guilt of the accused beyond any reasonable doubt based on evidence examined in the cross-examination between the parties is therefore in open conflict with the ECHR. Hence the changes introduced in Italy by L. n. 103 of 2017, aimed at enhancing the testimonial evidence on appeal. In summary. If the appeal of the public prosecu-

tor against the acquittal sentence is based on reasons relating to witness evidence (but the discourse applies to all declaratory evidence), the judge is obliged to order the renewal of the hearing instruction, to allow that same evidence in the cross-examination between the parties (Article 603 paragraph 3 bis of the Italian code of criminal procedure). In this case, the need to examine the witness again is presumed by law. It can be argued that acquittal at first instance strengthens the presumption of innocence on appeal. A presumption that can be overcome in the second level of judgment only through the establishment of a cross-examination as a method of constructing the declaratory evidence (Article 27, paragraph 2 and 11, paragraph 4 of the italian Constitution). However, some doubts remain. The art. 603 paragraph 3 *bis* of italian code of criminal procedure obliges the judge to order the renewal of the hearing instruction not only when, in the light of the documents, it is oriented towards conviction, but in all cases in which the public prosecutor has appealed the acquittal for reasons relating to the evaluation of the declaratory evidence: public prosecutor would be enough to adduce those reasons (even in a pretext way), to win a full right to proof even in the second degree. An arrangement of this type creates an asymmetry with respect to the accused, who does not see a similar right expressly recognized. What happens, in fact, if the accused appeals against the sentence? In the silence of the law, the conditions provided for by art. 603 paragraph 1 of the Italian code of criminal procedure: therefore the judge would be required to renew the witness evidence only if it were impossible to decide on the state of the documents. A solution of this type, however, seems to conflict with the principle of equality of the parties referred to in art. 111 paragraph 2 of the Italian Constitution: because the right to witness evidence on appeal seems to have been granted to the public prosecutor, and instead denied to the accused. According to the jurisprudence it is still possible to reform the sentence in acquittal, even without taking the witness evidence already evaluated at first instance, but in this case the appellate judge is obliged to draft a reinforced motivation. To conclude on this point, it should be noted that the Law n. 134 of 2021 (the so-called Cartabia Reform) seems in part to deviate from the path traced by the European Court, favoring the requests for simplification and speed of the second instance judgment: the possibility of taking a testimony in the event of an appeal against an acquittal sentence for reasons relating to the evaluation of this declaratory evidence is limited to the sole case in which the latter was taken at the hearing during the first instance trial proceedings.

6. Final remarks

In the light of the reflections made, the following conclusions can be drawn. The first conclusion. The protection of some witnesses in the trial and from the trial, while sometimes necessary, must always take place within a framework (legislative and jurisprudential) of effective protection of the accused. In fact, a fair balance must be ensured between the needs aimed at protecting witnesses (victims of crime, fragile and particularly vulnerable persons, underage, undercover agents) and the right of the accused to examine them effectively to refute the statements against him (or her). The second conclusion. The principle of immediacy (understood as the identity between the trial judge who assists in the construction of the evidence and the judge who is called to evaluate the results in a decision-making key) can be adapted to the needs of simplification and speed of a modern criminal trial, which must in any case have a reasonable duration. Therefore, if the trial judge changes, the principle of immediacy can also be ensured by exploiting modern technological resources, and in particular audiovisual tools. The testimony given before the first judge must be videotaped and the second judge can view it. Provided, however, that the modalities with which this vision is achieved are well defined and made transparent (possibly in a public hearing?) so as to ensure an effective cross-examination between the parties, and between the parties and the new judge. Third conclusion. The particular structure of the testimony (perceptions, memories, language, etc.) exposes it to an inevitable qualitative decay due to the passage of time. Hence the need to enhance the principle of immediacy in the appeal judgment, through a new cross-examination of the witness in that context.

All these conclusions seem to be in line with the jurisprudence of the European Court of Human Rights, which in the matter of witnesses does not seem to tolerate excessive restrictions on cross-examination.

La guerra come "inutile strage": il contributo di Papa Benedetto XV alla creazione del nuovo diritto internazionale*

Alessandra Pietrobon
Professoressa ordinaria di Diritto internazionale

Sommario. 1. Introduzione. - 2. Il divieto di uso della forza, secondo la Carta delle Nazioni Unite. – 3. Il diritto precedente la Carta: lo *ius ad bellum* e il concetto di guerra giusta. - 4. La posizione internazionale del Vaticano all'epoca della prima guerra mondiale. – 5. La presa di posizione di Benedetto XV nella Nota del 1917: la condanna dell'*inutile strage*. - 6. Il piano di pace e le reazioni dei belligeranti. - 7. L'opera di Benedetto XV in campo umanitario. – 8. Conclusioni: l'eredità di Benedetto XV per il diritto internazionale e per la pace.

1. Introduzione

Divenuto Papa nel 1914, durante la prima guerra mondiale Benedetto XV fu autore instancabile di molteplici iniziative vuoi per l'assistenza umanitaria, vuoi per favorire un accordo di pace: iniziative che rivelano una visione giuridica degli avvenimenti e delle loro conseguenze che anticipava concezioni che solo molti anni dopo sarebbero divenute la base portante del diritto internazionale.

In particolare, come si vedrà, il Papa già allora aveva voluto abbandonare il concetto di guerra giusta, allora usuale nel dibattito politico e giu-

* Questo lavoro riproduce con lievi modifiche un articolo già pubblicato dalla stessa Autrice, in occasione del centenario dalla scomparsa di Benedetto XV: cfr. A. Pietrobon *L'eredità di Papa Benedetto XV per il Diritto internazionale e il nuovo dibattito sulla "guerra giusta"*, in *La Comunità Internazionale*, 2022, p. 585 ss.

ridico. Lo stesso concetto, peraltro, è tornato impropriamente ad affiorare con riferimento al conflitto in Ucraina, che ha colto l'Europa di sorpresa, dopo decenni di stabilità. I precedenti conflitti degli anni '90, nella ex Jugoslavia, avevano avuto origine dalle istanze secessionistiche verso uno Stato unitario, nascendo dunque come conflitti interni, ciascuno con origini antiche e complesse, che pochi furono in grado allora di capire a fondo[1]. La guerra in Ucraina, invece, rappresenta il clamoroso ripetersi una vicenda di aggressione ed occupazione di uno Stato sovrano, da parte di una delle maggiori potenze europee e, inevitabilmente, ricorda gli eventi che scatenarono la seconda guerra mondiale. Si dice quindi che la Russia abbia riportato indietro gli orologi della storia, facendo riemergere non solo ambizioni politiche, ma anche strategie militari che si credevano obsolete[2]. Gli storici potranno nel tempo approfondire e valutare queste analisi.

Per il diritto internazionale, al contrario, una valutazione può già darsi, perché "riportare indietro gli orologi" non è possibile, vale a dire che non possono valere, nell'esame della crisi in corso, paragoni o richiami a concetti che il diritto attuale ha superato. L'analisi giuridica della vicenda non può e non deve prescindere dalle norme del diritto internazionale odierno. Il fatto che vi sia stata un'aggressione all'Ucraina da parte della Russia appare evidente e configura la fattispecie più grave di violazione del divieto di uso della forza, come sancito oggi da una norma di *ius cogens*. La violazione, che si produce *erga omnes*, comporta non solo la responsabilità dello Stato autore, ma potrà implicare la responsabilità sul piano penale degli individui che abbiano deciso l'invasione[3]. Nondimeno, il Governo russo qualifica la propria iniziativa come una *operazione militare speciale*, a suo dire giusta e anzi inevitabile, per garantire da un lato i

[1] Fa luce un'opera recente, cfr. F. Battistini, M.G. Mian, *Maledetta Sarajevo*, Neri Pozza, 2022.

[2] Cfr., ad esempio G. Gramaglia, *Ucraina: svegliarsi nell'Europa del 1939 sembra inspiegabile, sotto ci deve essere dell'altro*, in *Il fatto Quotidiano*, 24 febbraio 2022, disponibile in https://www.ilfattoquotidiano.it/2022/02/24/ucraina-svegliarsi-nelleuropa-del-1939-sembra-inspiegabile-sotto-ci-devessere-dellaltro/6506254/; *BBC News*, June 2022 *As happened: Conflict in Ukraine Settling into 'WWI-Style Trench Warfare'*, in https://www.bbc.com/news/live/world-europe-61701807.

[3] E' difficile tuttavia ipotizzare la possibilità concreta di un processo ai responsabili, poiché la giurisdizione della Corte penale internazionale in ordine al crimine di aggressione incontra limiti difficilmente superabili: cfr. per tutti F. Lattanzi, *La competenza della Corte penale internazionale sui crimini in Ucraina*, in *formiche,* disponibile in https://formiche.net/2022/03/corte-penale-internazionale-lattanzi-ucraina/#content.

diritti violati delle minoranze russe e, dall'altro, la difesa della Russia stessa dal pericolo costituito dal temuto allargamento della Nato all'Ucraina.

I mezzi di informazione e l'opinione pubblica continuano ad alimentare un dibattito piuttosto confuso, al cui confronto emergono, per contrasto, la lungimiranza e la profondità del pensiero di Benedetto XV, Papa giurista per formazione ed esperto diplomatico. Colpisce come, più di un secolo fa, il Papa avesse delineato con chiarezza principi fondamentali che il diritto internazionale, in seguito, ha pienamente accolto e che oggi tuttavia sembrano messi in discussione.

2. Il divieto di uso della forza, secondo la Carta delle Nazioni Unite

Per comprendere la rilevanza del pensiero di Benedetto XV, è utile rivedere i caratteri del diritto internazionale della sua epoca, dopo aver richiamato brevemente i fondamenti del sistema attuale, basato sulla Carta delle Nazioni Unite. Qui, l'art. 2.4 sancisce il divieto della minaccia e dell'uso della forza nelle relazioni internazionali, con una norma di portata senza precedenti. In passato, non erano mancati accordi con cui gli Stati parte si impegnavano a porre limiti alla guerra, ma secondo modalità ancora lontane dal configurare un divieto generale, quale previsto oggi dalla Carta delle NU[4]. L'art. 2.4, infatti, non vieta solo la guerra ma ogni uso della forza, escludendo quindi anche la liceità delle misure cd. *short of war* (rappresaglie armate, intervento in territorio straniero, blocco navale). Il nuovo divieto prende origine da una norma pattizia e, pertanto, inizialmente vincola solo gli Stati membri delle NU. A questi, peraltro, la stessa Carta ancora consentiva di derogare al divieto per il caso in cui gli Stati ex nemici – ancora estranei all'ONU – avessero ripreso una politica di aggressione, utilizzando per primi la forza militare. L'Organizzazione si impegna a fare in modo che anche gli Stati non membri agiscano in conformità alla Carta "per quanto possa essere necessario per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale" (art. 2.6). Nel 1986, nella sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti*, la Corte internazionale di

[4] Si pensi, in particolare, alla Convenzione sulla limitazione dell'uso della forza per il recupero di debiti contrattuali del 1907, allo Statuto della Società delle Nazioni del 1919, al Patto Kellogg-Briand del 1928: i testi si leggono in M.L. Picchio Forlati (a cura di), *Le Nazioni Unite*, Torino, 1998; per approfondimenti, cfr. R. Kolb, *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix. Précis*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles, 2003.

giustizia accerta come al divieto di uso della forza possa finalmente riconoscersi natura di norma generale consuetudinaria, ravvisando la tenuta dell'*opinio iuris* non tanto nella mancanza totale di violazioni, quanto nel fatto che gli Stati, ove agiscano in violazione dell'art. 2.4, usano addurre giustificazioni riconducibili alle eccezioni ammesse nel sistema delineato dalla Carta stessa, così confermando l'esistenza del divieto[5]. La norma, rileva la Corte, ha anzi acquisito carattere di *ius cogens,* quanto meno per la parte in cui vieta la fattispecie più grave di uso della forza, vale a dire l'aggressione[6].

In questo nuovo sistema, dunque, non vi è spazio per alcun ricorso unilaterale all'uso della forza. Questo può essere deciso solo a livello multilaterale, da una risoluzione Consiglio di sicurezza delle NU, nell'ambito del sistema di sicurezza collettiva creato dalla Carta. Lo stesso Consiglio, peraltro, non potrebbe autorizzare un uso della forza in contrasto con lo *ius cogens*[7].

Resta impregiudicato il diritto naturale alla legittima difesa, dalla Carta definito anzi *inherent right* con il più efficace termine inglese, che lascia intuire come la capacità di difesa della propria indipendenza sia carattere strutturale alla stessa nozione di Stato nel senso del diritto internazionale. Uno Stato che sia tale deve potersi immediatamente difendere un attacco armato in corso, senza attendere alcuna autorizzazione, ma l'art. 51 prevede che l'autodifesa possa esplicarsi anche in forma collettiva, ammettendo così l'uso della forza da parte di alleati dello Stato aggredito, ai quali quest'ultimo richieda aiuto. In questo panorama, poiché la legittima difesa resta l'unica giustificazione possibile per un uso unilaterale della forza, non stupisce che gli Stati cerchino di ampliare la portata dell'eccezione al divieto, con un'interpretazione che va ben oltre il testo letterale dell'art. 51, in cui si ammette esplicitamente solo la reazione ad un attacco armato[8]. Non a caso, varie dichiarazioni russe reclamano ragioni

[5] Vale a dire, adducendo ragioni di legittima difesa o sostenendo di avere agito in presenza di un consenso dell'avente diritto; cfr. ICJ, judgement of 27 June 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *Merits*, *Nicaragua v. United States*, in *ICJ Reports*, 1986, par. 186.

[6] *Ivi*, par. 190 ss.

[7] Sui limiti strutturali all'azione delle stesse NU, cfr. M.L. Picchio Forlati, *Introduzione*, in M.L. Picchio Forlati (a cura di), *Le Nazioni Unite,* cit., p. 50 ss.

[8] Non è possibile in questa la sede un esame della prassi molto varia in cui si è invocata la legittima difesa per iniziare operazioni militari quando in realtà non vi era stato un attacco armato. Il problema è quello della legittima difesa preventiva, o meglio di quanto questa possa anticipare un temuto attacco. Per una panoramica sulla prassi degli Stati cfr. N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2021, p. 34 ss., per appro-

di legittima difesa: giustificazione che – seguendo il ragionamento della Corte nel caso *Nicaragua* c. *Stati Uniti* – potrebbe pur sempre indicare una volontà di agire comunque all'interno del sistema della Carta[9]. Tuttavia, pare si evidenzi soltanto la spregiudicatezza nell'interpretazione del concetto, benché in sé piuttosto duttile, di legittima difesa[10]…

Per effetto del divieto di uso della forza, scompare lo *ius ad bellum* - ovvero il diritto di ciascuno Stato di intraprendere una guerra - e si elimina pure, di conseguenza, la possibilità di acquisizioni territoriali che abbiano titolo in una conquista, in quanto questa altro non potrebbe essere se non conseguenza di un uso illegittimo della forza. Corollario è il divieto di riconoscimento – da parte degli Stati terzi – di eventuali acquisizioni territoriali derivanti da un uso della forza in violazione dell'art. 2.4. Basterà qui ricordare l'esempio dell'occupazione e conseguente annessione del Kuwait, da parte dell'Iraq, nel 1990. Il Consiglio di sicurezza chiese il ritiro immediato delle truppe irachene, dicendosi determinato a ripristinare il Governo legittimo del Kuwait e precisando che "the annexation of Kuwait by Iraq under any form and whatever pretext has no legal validity, and is considered *null and void*". Di qui, l'invito agli Stati e alle organizzazioni internazionali a non riconoscere l'annessione e ad astenersi "from any action or dealing that might be interpreted as an indirect recognition of the annexation"[11].

3. Il diritto precedente la Carta: lo *ius ad bellum* e il concetto di guerra giusta

Prima della entrata in vigore della Carta delle NU, l'uso della forza era opzione giuridicamente praticabile non solo per la legittima difesa,

fondimenti, cfr. P. Picone, *L'insostenibile leggerezza dell'art. 51 della carta dell'ONU*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 7 ss.

[9] Ad esempio, *cfr. Operation in Ukraine stems from Russia's right to self-defense — Putin, in https://tass.com/politics/1467385*

[10] E' comprensibile che il possibile allargamento della Nato ad includere l'Ucraina possa costituire una preoccupazione per la Russia, ma è pure chiaro come non sia possibile ricavarne una minaccia attuale o imminente, tale appunto da giustificare la legittima difesa, fosse pure preventiva, anche nell'accezione più ampia finora reclamata. Al momento dell'invasione, l'ingresso dell'Ucraina nella Nato era ancora solo un'ipotesi, non vi erano installazioni militari occidentali nel territorio del paese, meno che mai la parvenza di un attacco imminente alla Russia. In ogni caso, la legittima difesa comunque va condotta entro i limiti della necessità e della proporzionalità, tali da non poter giustificare le gravi violazioni del diritto umanitario ora riportate quasi quotidianamente.

[11] UN S/RES 662 (1990) del 9 agosto 1990 *on Iraqi annexation of Kuwait.*

ma per la tutela di interessi di vario tipo così come per la soluzione delle controversie internazionali. La decisione di ricorrere alle armi era di pertinenza esclusiva di ciascuno Stato sovrano, benché i frequenti trattati di alleanza potessero impegnare le parti ad entrare in guerra a fianco dei Paesi vincolati dallo stesso patto e non solo per motivi di difesa congiunta in caso di attacco, ma anche per mantenere specifici equilibri di forze fra le Potenze. Gli effetti dell'operare di queste alleanze potevano essere disastrosi, basti ricordare come la Triplice Alleanza e la Triplice Intesa siano state fra i meccanismi di innesco del primo conflitto di dimensione mondiale[12].

Le misure *short of war* appartenevano alla normalità delle relazioni internazionali. Nel non molto lontano 1902 l'Italia decide, con altre Potenze europee, il blocco navale delle coste del Venezuela, al solo scopo di indurre quest'ultimo a pagare dei risarcimenti[13]. Non quindi per ragioni di difesa o per la tutela di asseriti interessi superiori, ma per un mero recupero crediti. L'arbitrato che segue, per di più, assegna ai Paesi partecipanti al blocco una posizione di creditori privilegiati nei confronti del Venezuela, allora in *default*. L'uso della forza, quindi, non solo non è considerato con sfavore dagli arbitri, ma addirittura fonda il buon diritto degli Stati partecipanti al blocco alla soddisfazione del proprio credito con precedenza sugli altri Stati creditori, quasi a premiare una maggiore "diligenza" dei primi[14].

[12] "[O]gni membro delle due coalizioni era in condizioni non solo di iniziare una guerra, ma anche di ricattare gli alleati perché intervenissero in suo aiuto": cfr. H. A. Kissinger, *L'arte della diplomazia*, Milano, 2004, p. 145. Nell'analisi delle cause del conflitto, l'Autore osserva, con riferimento agli Stati europei: "[i] capi delle principali nazioni non afferravano le implicazioni della tecnologia a loro disposizione o delle coalizioni che stavano costruendo febbrilmente. Sembravano disinformati delle enormi perdite dell'ancor relativamente recente guerra di secessione americana e si attendevano un conflitto breve e decisivo. Non ebbero mai il sospetto che la mancata corrispondenza delle alleanze a obiettivi politici razionali avrebbe avuto come conseguenza le distruzione delle civiltà in cui vivevano. Ciascuna coalizione aveva in gioco una posta troppo alta per consentire che funzionasse il tradizionale Concerto d'Europa. Le grandi potenze riuscirono a creare un meccanismo diplomatico apocalittico, senza esserne consapevoli": *ivi*, p. 147.

[13] All'epoca, rivolte e conflitti interni nel Venezuela avevano causato ingenti danni ai cittadini stranieri ivi residenti, i cui Stati di nazionalità pretendevano adeguati risarcimenti. Non trovando riscontro alcuno il Regno Unito, presto affiancato da Germania e Italia, decide il blocco navale (sul caso, cfr. A. Pietrobon, *Il giudizio nell'arbitrato fra Stati*, Napoli, 2016, p. 43 ss.).

[14] Cfr. PCA, *The Venezuelan Preferential Case* (Germany, Great Britain, Italy et al.), 22 febbraio 1904, in *RIAA*, IX, p. 99 ss.

L'occupazione e la conseguente annessione potevano costituire valido titolo giuridico per l'acquisizione di nuovi territori. Meno di cento anni fa, la guerra italiana di aggressione all'Etiopia, iniziata ai primi di ottobre del 1935 porta – il 9 maggio 1936 – al riconoscimento dell'annessione di quel Paese all'Italia[15]. Questo, nonostante le sanzioni prontamente adottate dalla Società delle Nazioni, di fatto non adeguate a scoraggiare il proseguimento della campagna militare italiana[16]. L'analisi storica ritiene che la reazione da parte della Società delle Nazioni– "clamorosa nella forma" ma "blanda nella sostanza" – fosse dovuta solo al fatto che l'Etiopia era anch'essa Stato membro della stessa Società. Se così non fosse stato – si osserva - l'iniziativa italiana sarebbe stata probabilmente tollerata dalle altre potenze europee: "[i]n altri termini, l'aggressione italiana *non era considerata come un atto brutalmente contrario alle regole del diritto internazionale*"[17].

In questo scenario non vi erano norme giuridiche a fissare limiti al ricorso alle armi. Tuttavia, da un punto di vista politico, si dibatteva comunque circa le condizioni in cui il ricorso alla guerra potesse considerarsi moralmente "giusto". Filosofi e giuristi argomentavano sulla questione, non escludendo che anche lo scatenare un conflitto armato o, come si è visto, intraprendere una vera e propria guerra di conquista, potesse essere "giusto"[18]. Le ragioni della guerra erano poi considerate altro dai motivi

[15] La conquista dell'Etiopia non portava vantaggi concreti immediati all'Italia, ma solo "effetti di immagine". Per Mussolini "la conquista dell'impero esprimeva in concreto quella parità effettiva nel sistema delle grandi potenze, che sino allora l'Italia aveva cercato di ottenere grazie alle arti della diplomazia": cfr. E. Di Nolfo, *Storia delle relazioni internazionali. Dal 1918 ai giorni nostri*, Bari, 2008, p. 190.

[16] L'Etiopia era anch'essa uno Stato membro della Società delle Nazioni e il Consiglio seguì il suo appello a colpire l'Italia con sanzioni economiche. Queste tuttavia non comprendevano le forniture di materiali strategici, fra i quali ferro, acciaio, rame, zinco e petrolio, la cui mancanza da sola avrebbe potuto determinare l'interruzione dell'impresa italiana. Per di più, il Regno Unito ritenne di non chiudere il canale di Suez alle navi italiane: *ibid.*, p. 194.

[17] *Ibid.*, corsivo aggiunto.

[18] La dottrina della guerra giusta è sviluppata dai filosofi cristiani del Medio Evo. Secondo San Tommaso d'Aquino, ad esempio, la guerra è *giusta* se ricorrono alcune condizioni: che sia iniziata da un'autorità pubblica, per la cura della cosa pubblica, che sia dovuta ad una causa giusta, che corrisponda all'intenzione di "perseguire il bene o evitare il male": cfr. P. Porro, *Tommaso d'Aquino. Un profilo storico-filosofico*, Carrocci, Roma, 2019, p. 356. Sulla concezione della guerra come *iuris executio*, cfr. R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, p. 279 ss. Anche ai giorni nostri, peraltro, i più recenti conflitti (il conflitto in Palestina, la guerra del Golfo, gli interventi in Kosovo e Iraq) vengono esaminati alla luce di un concetto di guerra giusta: cfr. M. Walzer, *Sulla guerra*, Laterza, Bari, 2004;

contingenti per i quali essa veniva intrapresa: i motivi (o pretesti) non giustificabili rendevano ingiusta anche una guerra in sé giusta[19].

Al di là degli studi teorici, è interessante considerare la prassi, che testimonia quali fossero in concreto le ragioni addotte per il ricorso alle armi. Una recente ricerca ha raccolto i proclami o manifesti con cui i sovrani, nel corso dei secoli, giustificavano la decisione di intraprendere una guerra, che ciascuno voleva presentare come voluta per sanare qualche ingiustizia. Questi documenti, veri e propri strumenti della propaganda bellica, indicano come il ricorso alle armi, benché non vietato o limitato dal diritto internazionale, dovesse pur sempre venire adeguatamente motivato, per una serie di buone ragioni molto pratiche. Innanzitutto, il sovrano che decideva di muovere guerra ben sapeva di dover privare le famiglie, i campi, le botteghe e le fabbriche di uomini e forza lavoro per molto tempo. Era quindi necessario giustificare ai sudditi il sacrificio richiesto e motivare i soldati, adducendo ragioni effettivamente convincenti. Sulla scena internazionale, i manifesti dovevano persuadere gli altri Stati della fondatezza e ragionevolezza della guerra, in modo che eventuali partner, tenuti ad unirsi allo sforzo militare grazie all'operare di trattati di alleanza, potessero essere convinti della non futilità dell'operazione. *Last but not least*, le banche dovevano poter valutare le ragioni dell'impresa bellica, prima di concedere eventuali finanziamenti, dal momento che non sempre i sovrani, anche i più potenti, potevano permettersi con le sole casse dello Stato di affrontare il peso economico di anni di guerra.

La ricerca dimostra come la ragione più frequente fosse anche allora la legittima difesa ma, accanto a questa, diversi altri risultano i possibili fondamenti dello *ius ad bellum*: in primo luogo, la necessità di far rispettare i trattati, o di reagire a violazioni della legge di guerra o del diritto delle Nazioni. A fianco, anche ragioni non necessariamente formulate in chiave giuridica, ma politica: quali l'esigenza di fermare chi svolgesse equilibri di potere costituiti, la protezione delle relazioni diplomatiche o, più spesso, di interessi commerciali e, non ultima, la riscossione dei cre-

dello stesso Autore, cfr. anche *Just and Unjust Wars*, 2 ed., Harper Collins, New York, 1992.

[19] Cfr. M. De Vattel, *Le droit des gens ou principles de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, III (tome 22), Paris, 1820, p. 140 ss. I motivi del ricorso alla guerra potevano essere genuini (*honnêtes et luoables*)) o pretestuosi *(vicieux*): i primi consistevano nel proposito del sovrano di fare il bene dello Stato e dei suoi cittadini, gli altri erano invece quelli suggeriti "par la violence des passion. Tel sont l'orgueilleux désir de commander, l'ostentation des ses forces, la soif des richesses, l'avidité des conquêtes, la haine, la vengeance": *ivi*, p. 144.

diti. Ancora, la guerra poteva essere finalizzata alla conquista dell'indipendenza o ispirata a motivazioni di carattere umanitario, dal bisogno di proteggere la libertà religiosa di un popolo, o dalla necessità di difendere la "vera" religione o di tutelare i missionari in terre inospitali[20].

Solo - forse - in questo scenario del passato potrebbero, dunque, collocarsi le giustificazioni inizialmente addotte dalla Russia per la propria "operazione militare speciale", che fanno riferimento, ad esempio, alla necessità di proteggere i diritti delle minoranze russe in Ucraina, o di favorire l'indipendenza del Donetsk e di Lugansk, i territori da queste abitati[21].

4. La posizione internazionale del Vaticano all'epoca della prima guerra mondiale

All'epoca della prima guerra mondiale, la questione romana era ancora aperta e il Vaticano non aveva rapporti ufficiali con il Governo italiano. La situazione non era migliore con i maggiori Stati europei: con la Francia, ad esempio, le relazioni diplomatiche erano state interrotte dopo l'abrogazione unilaterale del Concordato e l'approvazione, nel 1905, di ampie riforme basate su di un principio di separazione fra Stato e Chiesa, riforme che avevano rafforzato il carattere laico delle istituzioni e decretato l'espropriazione di molti beni ecclesiastici[22]. Con i Paesi Bassi, la Santa Sede aveva rotto da anni le relazioni diplomatiche in conseguenza del rifiuto, da parte del Governo di quel Paese, di ammettere la partecipazione di un delegato pontificio alla Conferenza di Pace dell'Aja del 1899. Con Paesi prevalentemente protestanti come il Regno Unito e gli Stati Uniti, non vi erano ancora mai state vere e proprie relazioni diplomatiche, mentre la Germania e la Russia avevano dei semplici delegati in Vaticano, nell'interesse delle proprie minoranze cattoliche, senza che vi fosse però un Nunzio Apostolico a Berlino o a San Pietroburgo. Fra le maggiori Po-

[20] Cfr. O.A. Hathaway, S.J. Shapiro, *Gli internazionalisti. Come il progetto di bandire la guerra ha cambiato il mondo,* Neri Pozza, Vicenza, 2018, p. 76.

[21] Per una sintesi delle posizioni del Governo russo, cfr. A. Spagnolo, *Prime considerazioni sul tentativo russo di giustificare l'intervento in Ucraina*, in *SIDI Blog*, http://www.sidiblog.org/2022/02/25/prime-considerazioni-sul-tentativo-della-russia-di-giustificare-lintervento-armato-in-ucraina/.

[22] A ciò si aggiungeva il grave affronto, da parte del Presidente francese, che nel 1904 era giunto a Roma in visita ufficiale al Quirinale, cosa che veniva dal Vaticano vietata ai Capi di Stato cattolici: per maggiori dettagli sulle relazioni internazionali della Santa Sede all'epoca, cfr. J. Pollard, *The Papacy in the Age of Totalitarianism, 1914-1958*, Oxford, 2014, p. 18 ss.

tenze dell'epoca, solo l'Austria Ungheria aveva relazioni ufficiali costanti con la Santa Sede. L'imperatore Francesco Giuseppe, anzi, aveva inciso in modo determinante sull'elezione di Pio X - il predecessore di Benedetto XV - esercitando un diritto attribuitogli dal concordato con l'Austria che gli consentiva sostanzialmente di porre un veto a candidature papali non gradite[23].

Durante la crisi del luglio 1914, con Pio X, il Vaticano mantiene un atteggiamento distaccato: al punto che la diplomazia vaticana è descritta come "passiva, impotente ed irrilevante"[24]. Difficilmente, del resto, sarebbe potuto essere altrimenti visto il basso profilo - di cui si è detto poc'anzi - delle relazioni della Santa Sede con i principali Paesi coinvolti.

Dopo la morte di Pio X, nell'agosto 1914, il conclave si svolge mentre la guerra è ormai in corso e si conclude il 3 settembre, con l'elezione di Giacomo Della Chiesa, che diviene Papa Benedetto XV. L'atteggiamento del nuovo Papa è da subito radicalmente diverso, egli è sinceramente determinato a prodigarsi per far cessare il conflitto che peraltro, all'epoca della sua elezione, ancora si crede destinato a durare pochi mesi. La prima enciclica *Ad Beatissimi*, del 1 novembre 1914, tratta inevitabilmente il tema della guerra, ma ancora in termini prettamente religiosi: le cause del conflitto sono individuate nella debolezza dei quattro pilastri che dovrebbero guidare la società, vale a dire "l'amore mutuo, la giustizia, il rispetto per l'autorità, la spiritualità"[25]. Non vi sono ancora valutazioni o concrete proposte politiche, bensì un evangelico invito a negoziare e ripristinare al più presto la pace. La lettura politica del documento, tuttavia, è inevitabile e molte reazioni non sono favorevoli: in particolare, si critica la mancanza di una condanna all'invasione del Belgio, cosa che a molti appare indizio di un favore del Papa per la parte degli Imperi centrali[26].

[23] Cfr. J. Pollard, *The Papacy,* cit., p. 18. Il risultato del conclave incide di riflesso sulla carriera del giovane Giacomo Della Chiesa, che era uno stretto collaboratore di Rampolla - il candidato sconfitto - presso la Segreteria di Stato vaticana. Egli viene quindi allontanato da questo incarico e nominato arcivescovo di Bologna. Sarà poi lo stesso Pio X ad abolire il diritto di veto.

[24] Cfr. J Pollard, *The Papacy,* cit., p. 28. L'Autore osserva che "not since the death of Pius IX in 1878 had the Catholic Church possessed so little influence on the international scene as in the summer of 1914".

[25] Cfr. l'analisi di C. Ciriello, *La prima enciclica*: Ad Beatissimi, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV. Papa Giacomo della Chiesa nel mondo dell'"inutile strage"*, Bologna, 2017, I, p. 155.

[26] *Ibid.,* p. 157 ss.

Il Papa lavora per scongiurare l'entrata in guerra dell'Italia. Con un'iniziativa autonoma, cerca fino all'ultimo di convincere l'Austria a cedere il Trentino all'Italia, sperando che ciò basti ad assicurare la neutralità italiana. Questo tentativo peraltro, oltre alle obiezioni di Francesco Giuseppe, incontra anche la ottusa diffidenza di Salandra e Sonnino, che decidono infine l'entrata in guerra dell'Italia a fianco dell'Intesa, nel maggio 1915[27].

5. La presa di posizione di Benedetto XV nella *Nota* del 1917: la condanna dell'*inutile strage*

Cosa non comune per un Papa, Giacomo Della Chiesa non ha una formazione esclusivamente in materia teologica ma, per desiderio del padre, prima dell'ordinazione sacerdotale consegue la laurea in giurisprudenza, nella laica Regia Università di Genova. In seguito, a Roma, ottiene il dottorato in *utroque iure*[28]. Durante il pontificato di Leone XIII, Della Chiesa segue da vicino diverse vicende internazionali, maturando un'esperienza diretta nella diplomazia, prima come assistente della Nunziatura Apostolica a Madrid, poi quale collaboratore del Segretario di Stato vaticano[29].

Questa esperienza si riflette, in particolare, nella lunga e meticolosa preparazione della lettera, conosciuta come Nota del 1917, rivolta "a chi tiene in mano le sorti delle Nazioni", in cui il Papa formula proposte concrete per un piano di pace, sulla base di condizioni che rendano impossibile il ripetersi di una guerra[30].

[27] Il Papa deve considerare inoltre come l'entrata in guerra dell'Italia si rifletta di fatto anche sulla posizione della Santa Sede, per maggiori approfondimenti cfr. M. Cau, *'In pro della pace'. L'azione diplomatica di Benedetto XV per scongiurare l'intervento italiano*, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., p. 241 ss.; su come nel Governo italiano maturi la decisione di intervenire, cfr. A. Varsori, *Radioso maggio*, Il Mulino, Bologna, 2015.

[28] Giacomo Della Chiesa si laurea nel 1875, mentre l'ordinazione sacerdotale avviene tre anni dopo: cfr. A. Zambarbieri, *Dialettiche ai vertici: Merry del Val, Della Chiesa, Pio X* (1883-1907), in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., I, p. 72 ss.

[29] Occupandosi fra l'altro dei buoni uffici fra Francia e Spagna nel 1893, di una controversia fra Francia e Portogallo in materia di tariffe doganali (1894). Si ricorda inoltre un intervento di Della Chiesa all'approssimarsi della Conferenza di pace dell'Aja del 1899, in cui egli paventa la perdita di efficacia della Conferenza nel suo insieme, a motivo del rifiuto di ammettere la partecipazione della Santa Sede, importante "potenza morale": cfr. J.M. Ticchi, *Rampolla, Della Chiesa, Benedetto XV*, *ivi*, p. 87 ss.

[30] La Nota porta la data del 1 agosto e viene consegnata ai rappresentanti degli Stati che

Il Papa esorta i Capi dei popoli in conflitto a "giungere (…) quanto prima alla cessazione di questa lotta tremenda, la quale, ogni giorno più, apparisce *inutile strage*"[31]. Di questa lettera, il punto più noto è proprio questa definizione del conflitto come *inutile strage*. E' espressione decisamente forte, che peraltro oggi - e tanto più perché pronunciata da un'autorità religiosa - potrebbe apparire scontata, forse persino banale: non lo era affatto, però, nel contesto storico-giuridico dell'epoca.

Almeno due sono le chiavi di lettura. La prima, sul piano diplomatico: il Papa è ben consapevole di come, per poter svolgere un'opera efficace in favore della pace, egli debba garantire alle parti la propria equidistanza, dichiara quindi di voler seguire "una perfetta imparzialità verso tutti i belligeranti, quale si conviene a chi è Padre comune e tutti ama con pari affetto i suoi figli". La sua principale cura - essenziale per il Papa cattolico che vede schierati Paesi cattolici su fronti opposti - è proprio di individuare e proporre condizioni di pace del tutto neutrali rispetto alle posizioni delle parti. Il Papa deve saper evitare ogni espressione che possa urtare la suscettibilità dei contendenti[32]. Per questo, nella Nota non compaiono parole di condanna di singoli atti di guerra, ma solo la condanna morale della "inutile strage", del disastro umanitario in quanto tale.

Sul piano giuridico, la definizione di "inutile strage" dice molto di più, indicando come il Papa ritenga di dover prescindere da qualsiasi valutazione del conflitto desunta da un concetto di guerra giusta. Le ragioni dell'una e dell'altra parte semplicemente non rilevano e non vanno quindi considerate. Di fronte alla gravità delle conseguenze della guerra, unico dovere dei Capi di popoli che soffrono è di riportare la pace il prima possibile. Il Papa esorta i governi ad evitare che l'Europa "così gloriosa e fiorente" corra "quasi travolta da una follia universale, all'abisso, incontro ad un vero e proprio suicidio"[33]. Rispetto alla mentalità dell'epoca, il passo è fin troppo rilevante e infatti non verrà capito.

avevano relazioni diplomatiche con il Vaticano e poi da questi, nei giorni successivi, agli Stati che non le avevano.

[31] Il testo integrale della Nota, ovvero la *Lettera del Santo Padre Benedetto XV ai Capi dei popoli belligeranti* è disponibile al sito della Santa Sede, in https://www.vatican.va/content/benedict-xv/it/letters/1917/documents/hf_ben-xv_let_19170801_popoli-belligeranti.html.

[32] A. Canavero, *La Nota del 1917: le proposte su armamenti, arbitrati, sanzioni, danni*, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV* cit., p. 331.

[33] Cfr. il testo di cui *supra*, n. 29.

6. Il piano di pace e le reazioni dei belligeranti

"Primieramente, il punto fondamentale deve essere che sottentri alla forza materiale delle armi la forza morale del diritto"[34].

Così la Nota introduce la parte propositiva, che sviluppa in modo coerente la premessa fondamentale, vale a dire la necessità di prescindere da ogni valutazione che riconosca carattere "giusto" alla guerra, tanto per l'uno che per l'altro schieramento. Non può esservi alcuna giusta causa per un'inutile strage. Su questa base, le posizioni dei belligeranti sono considerate come pari, a prescindere dunque dalle ragioni che li abbiano condotti alla guerra. Il piano di pace è concepito in modo da non potersi individuare alcun vincitore, non vi sono concessioni o compensazioni di sorta, i belligeranti in uguale modo devono impegnarsi a ripristinare la pace e a porre le condizioni materiali per scongiurare la possibilità di un ripetersi del conflitto.

Le acquisizioni territoriali non vengono riconosciute, i territori occupati vanno reciprocamente restituiti. Quindi, in particolare, la Germania deve provvedere alla "evacuazione totale sia del Belgio, con la garanzia della sua piena indipendenza politica, militare ed economica di fronte a qualsiasi Potenza, sia del territorio francese". Da parte avversaria, si attende "piena restituzione delle colonie tedesche"[35]. Anche a questo riguardo, il Papa anticipa i tempi, escludendo ogni effetto giuridico alle acquisizioni territoriali ottenute durante il conflitto: è quanto corrisponde, a ciò che in diversi termini sarà disposto molti anni dopo dal Consiglio di sicurezza, dichiarando "nulla e non avvenuta" l'annessione del Kuwait all'Iraq.

Quanto invece alle questioni territoriali che rimangono in sospeso - fra Germania e Francia, fra Austria e Italia – il Papa confida che possano essere risolte, una volta cessato il conflitto, "tenendo conto, nella misura del giusto e del possibile (…) delle aspirazioni dei popoli, e coordinando, ove occorra, i propri interessi a quelli comuni del grande consorzio umano"[36]. Qui, si può leggere facilmente un annuncio del principio di auto-

[34] *Ibid.* Il Papa afferma chiaramente il suo proposito di "non contenerci sulle generali, come le circostanze ci suggerirono in passato, vogliamo ora discendere a proposte più concrete e pratiche ed invitare i Governi dei popoli belligeranti ad accordarsi sopra i seguenti punti, che sembrano dover essere i capisaldi di una pace giusta e duratura, lasciando ai medesimi Governanti di precisarli e completarli".

[35] *Ibid.*

[36] "Lo stesso spirito di equità e di giustizia dovrà dirigere l'esame di tutte le altre questioni territoriali e politiche, nominatamente quelle relative all'assetto dell'Armenia, degli Stati

determinazione dei popoli, quale criterio per determinare la sistemazione delle questioni territoriali.

In merito a danni e spese di guerra, sempre assumendo come uguali le posizioni delle parti, la Nota prevede la "norma generale di una intera e reciproca condonazione", non escludendosi tuttavia la possibilità di negoziare in base a "giustizia ed equità" in relazione a situazioni specifiche.

Ma dunque, nel disegno del Papa, come potrebbero i belligeranti disporsi ad accettare queste condizioni "neutrali" che, ispirate alla urgenza di riportare la pace fra i popoli, escludono qualsiasi tipo di guadagno dallo sforzo bellico enorme già compiuto? La Nota vede oltre la conclusione del conflitto, proponendo i mezzi per tutelare la pace futura, in primo luogo realizzando una "diminuzione simultanea e reciproca degli armamenti, secondo norme e garanzie da stabilire", in modo da rendere di fatto impossibile l'accendersi di nuove guerre. Gli Stati dovrebbero limitare il proprio armamento a quanto necessario e sufficiente per mantenere l'ordine pubblico, risparmiando così ingenti risorse da destinare, invece, a migliorare le condizioni di vita della popolazione[37].

Balcanici e dei paesi formanti parte dell'antico Regno di Polonia": questo passaggio va letto anche come riferimento indiretto alla posizione della Russia, che il Papa decise di non trattare esplicitamente, data la delicata relazione della Santa Sede con quel Paese, centro della religione ortodossa, e la situazione politica generale particolarmente incerta, dopo lo scoppio della rivoluzione: sul punto cfr. R. Morozzo Della Rocca, *Santa Sede e Russia rivoluzionaria*, in *Quaderni di Scienze Politiche. Università Cattolica del Sacro Cuore,* 2018, p. 13 ss.

[37] Il tema sarà ripreso da Giovanni XXIII nell'Enciclica *Pacem in terris* (il testo è disponibile in https://www.vatican.va/content/john-xxiii/it/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html) in cui il Papa avverte dei pericoli della politica della deterrenza e degli armamenti nucleari. Ancor oggi, come è noto, un obbligo di disarmo effettivo esiste solo per le armi chimiche e biologiche, mentre l'articolo VI del Trattato di non proliferazione nucleare resta quasi del tutto inoperante, nonostante il valore ad esso attribuito dalla Corte internazionale di giustizia, nel parere del 1996 (cfr. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pp. 263 ss., par. 98 ss) La necessità di limitare gli armamenti, per destinare invece le risorse al benessere della popolazione, non si è tradotta mai in norme internazionali pertinenti, con cui gli Stati decidano di auto-limitare il proprio livello di armamenti. Invece, una posizione comune dell'Unione Europea indica, fra i criteri per il rilascio dell'autorizzazione all'esportazione di armi e materiali di armamento dagli Stati membri verso Paesi terzi, la necessità di tener conto che i Paesi da cui proviene la domanda "dovrebbero essere in grado di soddisfare le loro legittime esigenze in materia di difesa con una diversione minima di risorse umane ed economiche per gli armamenti": cfr. Posizione comune 2008/944 PESC, del Consiglio, dell'8 dicembre 2008, *che definisce norme per il controllo delle esportazioni di tecnologia e attrezzature militari*, in *GU* L 335 del 13 dicembre 2008. Peraltro, la Relazione annuale del Consiglio sull'applicazione della posizione comune dimostra che le esportazioni di armi verso i Paesi terzi sono cospicue, anche verso Paesi poveri o in via di sviluppo (cfr. A. Pie-

Le controversie internazionali dovranno essere affidate all'arbitrato, prevedendo sanzioni per lo Stato che rifiutasse di farlo o non si adeguasse ad una sentenza, come verrà poi previsto nello Statuto della Società delle Nazioni. Vi è di più: una volta stabilito in tal modo "l'impero del diritto", l'assenza di conflitti potrà garantire una ripresa delle relazioni e il consolidamento dei commerci internazionali, in modo da realizzare migliori opportunità economiche e prosperità per tutte le Nazioni. A questo fine, il Papa propone che "si tolga ogni ostacolo alle vie di comunicazione dei popoli con la vera libertà e comunanza dei mari". La costruzione di questo nuovo ordine mondiale dovrebbe essere il valore inestimabile che potrà compensare le parti di una conclusione della guerra senza guadagno alcuno, senza vincitori né vinti.

Nel breve testo già si possono cogliere gli spunti per lo sviluppo dei principi che guideranno l'evoluzione del diritto internazionale. Ma, all'epoca, quali esiti sortì la Nota? Una parte dell'opinione pubblica saluta con entusiasmo e speranza l'iniziativa del Papa, ma le reazioni delle cancellerie sono di "indifferenza, cortese rifiuto o irritazione"[38]. Lo sguardo dei belligeranti non è ad un futuro migliore, ma alle ragioni contingenti della guerra. La risposta del Presidente americano Wilson – che sostanzialmente esprime la posizione degli alleati - è tale da non lasciare spazio a ulteriori negoziati: la proposta del Papa non può essere considerata, semplicemente perché non è possibile avere fiducia nella Germania: "[w] e cannot take the word of the present rulers of Germany as a guarantee of any thing that is to endure". Benedetto XV ricorderà il ricevere questa risposta come il momento più amaro della sua vita[39].

Francia e Italia non rispondono nemmeno, ma una valutazione negativa viene espressa dai Ministri degli Esteri, nel commentare l'iniziativa papale di fronte al proprio Parlamento. In verità, in questi Paesi non si attenua il sospetto che il Papa voglia fare gli interessi degli Imperi centra-

TROBON, *Il ruolo delle armi e della presenza militare nella proiezione esterna dell'Europa di oggi*, in R. PETRI, M.L. PICCHIO FORLATI (a cura di), *L'Europa a cent'anni dalla prima guerra mondiale. Storia, politica, diritto*, Torino, 2020, p. 141 ss.

[38] Un resoconto dell'epoca, dalla diocesi di Padova, narra che "il giorno dell'Assunta sembrava un delirio, specie fra i militari (...) non solo si gridava viva il Papa viva la pace, ma i graduati pubblicamente si abbracciavano, si baciavano, quasi fossero per congedarsi quella sera": cfr. G. CAVAGNINI, *L'episcopato italiano e francese davanti alla Nota del 1917*, in G. CAVAGNINI, G. GROSSI (a cura di), *Benedetto XV*, cit., I, p. 359. Per converso, a Parigi suscita l'entusiasmo dei presenti il sacerdote che dal pulpito dichiara "Santo Padre, noi non vogliamo la vostra pace": cfr. J. POLLARD, *The Papacy in the Age of Totalitarianism, 1914-1958*, Oxford, 2014, p. 67.

[39] *Ibid.*

li[40]. In Italia, Sonnino sottolinea come non si possa presentare al popolo italiano una pace senza esito positivo, senza il ritorno delle terre irredente, senza alcun guadagno dopo che lo si era convinto della necessità della guerra e dei conseguenti, immani sacrifici. In seguito, al Papa si addebiterà di aver influito in modo negativo sulla determinazione al combattimento e sul morale delle truppe, tanto da aver addirittura contribuito, tramite la sua Nota, alla disfatta di Caporetto[41].

7. L'opera di Benedetto XV in campo umanitario

Gli storici evidenziano oggi il lavoro incessante di Benedetto XV, la sua tenace, ostinata determinazione a fare tutto quanto possibile per i popoli colpiti dalla guerra[42]. Benedetto XV volle anche affrontare in modo concreto la questione armena, denunciando pubblicamente le persecuzioni in corso da parte della Turchia, a difesa di tutta la popolazione armena, non solo di quella cristiana. Sono documentati al riguardo molteplici interventi personali ufficiali del Papa, presso il Sultano Mehemed Reshad[43].

Durante tutto il tempo della guerra, in modo incessante, Benedetto XV promuove iniziative umanitarie concrete, per migliorare la condizione dei civili, dei combattenti e delle loro famiglie, sulla base di un principio di non discriminazione e, in particolare, senza distinzione di religione[44]. Si deve alla diplomazia vaticana la realizzazione della possibilità per i feriti più gravi di ciascuna delle parti del conflitto di venire portati e curati in ospedali in Svizzera, Paese neutrale[45]. Anche in questo caso

[40] Tanto che Benedetto XV veniva chiamato "il Papa tedesco" (*ivi*, p. 68) o anche… "Maledetto XV": cfr. X. Boniface, *La Nota dell'1 agosto 1917 e il suo fallimento*, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., p. 366. Non è possibile in questa sede illustrare le complesse ragioni per cui la proposta del Papa viene infine respinta da tutti i Governi interessati. Per l'Italia, pesa sicuramente la questione delle terre irredente, cui non si vuole rinunciare, ma anche il fatto che Sonnino non vuole veder rafforzato il ruolo del Papa sulla scena internazionale, in particolare per evitare che la Santa Sede possa, finita la guerra, partecipare alla negoziazione dei trattati di pace, cosa che l'Italia aveva voluto escludere nel Patto di Londra: *ivi*, p. 66, S. Marchisio, *La mancata revisione del Patto di Londra (luglio 1918)*, *ivi*, p. 1003 ss.

[41] Cfr. J. Pollard, *The Papacy,* cit., p. 70.

[42] J. Pollard (*The Papacy,* cit., p. 37) parla di "sheer dogged persistence (…) so impressive".

[43] Cfr. G.H. Ruyssen, *Benedetto XV e la questione armena*, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., p. 271 ss.

[44] *Ibid*., p. 54 ss.

[45] Per realizzare l'iniziativa il Papa inviò in segreto un proprio messo in Svizzera, e questi ebbe dal Presidente Motta un'accoglienza e un riscontro molto favorevole: cfr. S. Picciareddu, *La Svizzera neutrale: l'ospedalizzazione dei feriti e l'accredito di Carlo Santucci*, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., p. 313 ss.

l'iniziativa del Papa anticipa i tempi: la possibilità di ricovero e cura in paesi neutrali, ancora non sancita dal diritto internazionale dell'epoca, lo sarà poi dalla III Convenzione di Ginevra del 1949[46]. Il Papa sorveglia sul trattamento dei prigionieri di guerra, la Segreteria di Stato vaticana con la Croce rossa organizza – a beneficio di tutte le parti belligeranti - un elaborato sistema di raccolta e diffusione di informazioni sullo stato dei soldati prigionieri o dispersi (di qualunque religione), per permettere alle famiglie di avere loro notizie[47].

Meno fortunato è il tentativo di Benedetto IV di ottenere la cessazione del blocco navale della Siria, a causa del quale la popolazione locale era vittima di una grave carestia. Le potenze belligeranti non vogliono accogliere l'invito del Papa, né concedere alla nave di aiuti umanitari da lui allestita di superare il blocco, ma l'episodio resta a testimoniare la concreta operosità del pontefice[48]. Ancora, il Papa organizza l'invio di aiuti a soccorso alla popolazione del Belgio, in particolare dei bambini, durante la durissima occupazione tedesca[49]. Nel 1919, il Papa appoggia ufficialmente la nascita dell'organizzazione *Save the Children* e supporta concretamente la raccolta internazionale di fondi per l'infanzia a favore, fra l'altro, dei bambini della non cattolica Russia[50]. L'intento umanitario di Benedetto XV viene largamente apprezzato e riconosciuto in Oriente, tanto che ad Istanbul esiste una statua – forse l'unica - dedicata a questo Pontefice[51].

Anche grazie a queste iniziative cresce il prestigio internazionale del Vaticano e aumentano i Paesi che con esso stabiliscono regolari relazioni diplomatiche, avviando in generale un progressivo consolidamento della

[46] Cfr. art. 110; l'allegato 1 contiene un modello di accordo bilaterale, per la realizzazione del trasferimento e dell'ospedalizzazione dei feriti e dei malati, che ciascuno Stato belligerante può concludere con lo Stato neutrale disponibile.

[47] M. Dissegna, *Il Comitato internazionale della Croce rossa, il Vaticano e i prigionieri di guerra*, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., p. 298.

[48] F. Hellot-Bellier, *Il soccorso ai siriani (1916-1917): un insuccesso?* in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., p. 285 ss.

[49] Cfr. J. De Volder, *Benedetto XV: il soccorso al Belgio*, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., p. 367 ss. L'opera umanitaria del Papa per il Belgio fu tuttavia volutamente discreta per non contraddire la posizione di neutralità del Vaticano, solo di recente viene pienamente apprezzata.

[50] J. Pollard, *The Papacy,* cit., p. 80 ss.

[51] R. Marmara, *La statua di Benedetto XV a Istanbul. Riconoscenza dell'Oriente al papa della carità*, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., p. 1059 ss.

posizione internazionale del Vaticano che, uscito dall'isolamento, mira ad accreditarsi come potenza morale *super partes*[52].

8. Conclusioni: l'eredità di Benedetto XV per il diritto internazionale e per la pace

Il diritto internazionale di oggi probabilmente deve a Benedetto XV più di quanto si possa pensare. In molti testi sulla prima guerra mondiale, il Papa "sconosciuto" non è neppure menzionato e, del resto, le sue iniziative poco successo hanno avuto sul piano pratico[53]. Tuttavia, benché non abbia all'epoca influito sul corso degli eventi, l'impronta di Benedetto XV sulla storia del diritto internazionale è marcata. Gli storici ritengono che il Presidente Wilson, nella definizione dei suoi 14 punti, abbia tratto ispirazione e recepito ampiamente proprio i punti salienti della Nota del 1917. Questa perciò ha infine contribuito alla stessa creazione dello Statuto della Società delle Nazioni[54]. Rispetto a questo, peraltro, il disegno di Benedetto XV va ben oltre, anticipando i principi fondamentali che trent'anni dopo, solo a seguito di un'altra terribile guerra, saranno introdotti nel diritto internazionale dalla Carta delle NU[55]. E' dunque probabile che anche a Benedetto XV vada ascritto, in buona parte, il merito di aver dato impulso al nuovo diritto internazionale, in cui non trovano posto né il concetto di guerra giusta, né lo *ius ad bellum*[56].

Per di più, nel disegno visionario del Papa, anche l'odierna nozione di legittima difesa sarebbe destinata di fatto all'obsolescenza, dal momento

[52] Gli Stati accreditati presso la Santa Sede sono solo 12 prima della guerra, diventano 27 nel 1922: sul tema, cfr. S. Samerskj, *Nuove relazioni diplomatiche e nuovi accordi concordatari in Europa*, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., p. 1019 ss.

[53] L'espressione è di J. Pollard, *The Unknown Pope. Benedict XV and the Pursuit of Peace (1914-1922)*, London-New York, 1999.

[54] Ivi, p. 67: "the famous "Fourteen points" speech made by Wilson in January 1919 was so close in content and formulation to Benedict's note that the only conclusion to be drawn is that it was heavily inspired by it"; nello stesso senso P.J. Houliban, *Rimodellare i confini: l'Europa e le colonie nella Nota di pace di Benedetto XV*, in G. Cavagnini, G. Grossi (a cura di), *Benedetto XV,* cit., p. 346.

[55] Lo Statuto della Società delle Nazioni ancora ammette il ricorso alle armi, nei confronti dello Stato che non si adegui alla decisione arbitrale o alla relazione del Consiglio, dopo che siano trascorsi tre mesi: cfr. art. 12.

[56] A ciò si aggiunga che, secondo un'opinione, a Benedetto XV va anche riconosciuto di aver svolto, nella sua enciclica *Pacem Dei munus*, alcune prime considerazioni in favore della realizzazione di una unione fra gli Stati europei: cfr. J. Pollard, *The Papacy,* cit., p. 80.

che nessuno Stato potrebbe più disporre del livello di armamenti necessario ad un'aggressione. Purtroppo, la proposta di un disarmo multilaterale effettivo era e rimane irrealistica. Le vicende attuali alimentano, al contrario, una tendenza generale al riarmo, già tipica di molti Stati, ma condivisa ora da altri, anche attraverso l'Unione Europea e gli impegni reciproci assunti degli Stati membri in quella sede[57].

Se la strada per il disarmo è sempre più in salita, resta comunque fermo che la possibilità di iniziare una guerra da considerarsi "giusta" non è ora contemplata dal diritto internazionale[58]. In questo chiaro scenario, l'iniziativa della Russia di invadere l'Ucraina non trova una collocazione plausibile all'interno della legalità, quali che ne possano essere le ragioni: ragioni che potrebbero dunque assumere rilievo giuridico solo nell'irreale ipotesi in cui anche gli orologi del diritto internazionale potessero essere portati indietro, come si dice per quelli della storia.

Se la valutazione giuridica deve restare ferma, sul piano politico e diplomatico la piena conoscenza delle ragioni della Russia è tuttavia necessaria, se non doverosa, per chi abbia un sincero proposito di contribuire al ristabilimento della pace. Non sarà possibile arrivare ad un negoziato di pace produttivo se anche queste ragioni non saranno seriamente analizzate, pur sapendo che questo in nessun modo può equivalere ad una giustificazione dell'invasione sul piano giuridico. La situazione odierna forse non è meno complessa di quella con cui si misurava Benedetto XV e, a ben vedere, ripropone i delicati equilibri dell'Europa degli imperi e delle monarchie, in cui la sensibilità personale dei sovrani era fattore di rilievo decisivo per le relazioni internazionali. Non a caso, del resto, la Convenzione dell'Aja per la risoluzione pacifica delle controversie, conclusa nel 1907 e tuttora in vigore, affida al mediatore anche il preciso compito di "calmare i risentimenti", cercando quindi non solo aggiustamenti pratici, ma un più profondo ristabilimento di una reciproca comprensione fra gli Stati[59].

[57] Nell'ambito della Cooperazione strutturata permanente in materia di difesa (PESCO), cfr. A. Pietrobon, *Il ruolo delle armi,* cit., p. 159.

[58] A meno che non si voglia intendere per "giusto" l'uso della forza "legale," ovvero basato su di una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle NU: in questo caso peraltro è l'uso del termine "guerra", come ben si sa, ad essere evitato.

[59] Precisamente, l'art. 4 prevede: "Il ruolo del mediatore consiste nel conciliare le opposte pretese e nel calmare i risentimenti che possono essersi prodotti fra gli Stati in conflitto". Secondo la Convenzione, gli Stati parte hanno il diritto di offrire agli Stati in lite i loro buoni uffici o la mediazione "nei limiti in cui le circostanze lo permettono". L'esercizio di questo diritto "non può mai essere considerato dall'una o dall'altra delle parti come atto inamichevole" (art. 3).

Focus su alcune novità introdotte in materia di esecuzione forzata dalla recente riforma Cartabia*

Monica Pilloni
Professoressa associata di Diritto processuale civile

Sommario: 1. Il deposito anticipato della documentazione ipocatastale. – 2. *Segue*: il conseguente aggravio della posizione del creditore. – 3. Profili processuali della vendita diretta (e non più privata) dell'immobile staggito. – 4. La vendita "direttissima" con aggiudicazione del bene al terzo offerente "non ostile". – 5. La vendita diretta con gara tra gli offerenti e la natura dell'istituto di cui agli artt. 568-*bis* e 569-*bis* c.p.c. – 6. Le differenze rispetto alla vendita diretta contemplata nella legge delega. – 7. Il sistema di rimedi avverso gli atti del professionista delegato. – 8. Le modifiche apportate all'art. 591-*ter* c.p.c. dalla riforma Cartabia e la *ratio* alla base della novella – 9. La stabilizzazione degli atti del delegato e la maggior stabilità del decreto di trasferimento (a margine del dubbio su possibili vizi "resistenti" alla sanatoria per mancato tempestivo reclamo).

1. Il deposito anticipato della documentazione ipocatastale

L'anticipazione del termine per il deposito della documentazione ipocatastale sembrerebbe rientrare nel più ampio contesto delle misure frutto della riforma tese a propiziare una *accelerazione* dei tempi del processo esecutivo, ponendosi così apparentemente in linea con le modifiche volte ad accelerare il susseguirsi degli esperimenti di vendita, onde consentire

*Contributo pubblicato nella rivista *Le nuove leggi civili commentate*, Wolters Kluwer, 2024, n. 2, pp. 363 ss.

uno svolgimento più rapido delle operazioni liquidatorie[1]. Tuttavia, mentre queste previsioni riguardano l'attività degli organi della procedura, il d.lgs. n. 149/2022 ha innovato l'art. 567 c.p.c., sancendo che con la realizzazione del pignoramento comincino a decorrere non solo il termine per il deposito dell'istanza di vendita, ma anche un termine coincidente (di pari estensione e con identico *dies a quo*) per la produzione della documentazione ipocatastale.

Come noto, nel regime *ante* riforma, il creditore[2], perfezionata la notifica del pignoramento, era onerato del deposito dell'istanza di vendita nel termine perentorio di quarantacinque giorni e, dalla scadenza del termine per il deposito di quest'ultima, decorrevano *ulteriori* sessanta giorni per la produzione della documentazione ipocatastale ovvero del certificato storico ventennale ipocatastale notarile[3].

L'attuale versione dell'art. 567 c.p.c. (destinata ad applicarsi ai procedimenti instaurati dopo il 28 marzo 2023: pertanto con pignoramento perfezionato successivamente a tale data[4]), non contempla più due termini disgiunti e successivi per gli incombenti poc'anzi descritti. Il termine per il deposito della documentazione ipocatastale viene diminuito di quindici giorni (inizialmente erano sessanta giorni[5], poi portati a centoventi giorni[6], riportati a sessanta giorni[7] e ora a quarantacinque giorni) e il *dies a quo* di decorrenza dello stesso coincide oggi con il pignoramento.

Così con il perfezionamento del vincolo esecutivo[8] due termini distinti ma di medesima durata cominciano a decorrere contemporanea-

[1] Sto facendo riferimento alla norma che prevede la durata annuale della delega e il compimento di tre esperimenti nell'anno solare, pena la revoca-sostituzione del delegato, salvo il ricorrere di causa non imputabile del ritardo (v. art. 591-*bis*, comma 11°, c.p.c.): ferma restando la possibilità per il delegato di richiedere tempestiva proroga al g.e. e ferma la salvaguardia degli atti compiuti oltre il termine annuale accordato, non essendo questi inficiati da nullità.

[2] L'istanza di vendita può essere presentata anche da un creditore intervenuto munito di titolo esecutivo.

[3] Termine *illo tempore* prorogabile per una sola volta per altri sessanta giorni.

[4] In base al comma 1° dell'art. 35, d.lgs. n. 149/2022, le modifiche in esame si applicano ai procedimenti instaurati dal 1° marzo 2023, mentre i procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio sono regolati dalle disposizioni anteriormente vigenti.

[5] In ragione della modifica dell'art. 567 c.p.c. operata dalla l. n. 302/1998 (termine che, peraltro, all'epoca non era prorogabile).

[6] A seguito delle modifiche della riforma del 2005, che hanno pure introdotto la possibilità di proroga del predetto termine.

[7] In virtù delle modifiche intervenute nel 2015.

[8] Che coincide con la notifica del pignoramento al debitore, e prescinde tanto dalla successiva trascrizione nei registri immobiliari, quanto dall'effettiva iscrizione a ruolo del procedimento (infatti, ai sensi dell'art. 555 c.p.c., effettuata la notifica del pignoramento

mente e simmetricamente, accelerando bensì le fasi di avvio della procedura, ma a tutto scapito del creditore, gravato da un onere incalzante e di non sempre agevole assolvimento (ad es. in tutti i casi in cui risulti necessario "recuperare" la trascrizione di trasferimenti successori non ancora formalizzati, *ex* art. 2648 c.c.), che finirà con il penalizzare la tutela del creditore munito di titolo ben più di quanto verrà a rendere effettivamente più sollecito (sto parlando di un "risparmio" di soli due mesi) lo svolgimento della procedura.

Certo è che il corollario di tale previsione è che con un solo deposito telematico il creditore può sia promuovere istanza di vendita[9] che produrre contestualmente la documentazione ipocatastale, ferma restando la possibilità di effettuare separatamente queste due attività. Del resto, nella stessa relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, si precisa che, in virtù della nuova formulazione della norma, deve escludersi che debba necessariamente depositarsi la documentazione ipocatastale insieme all'istanza di vendita, ma deve comunque escludersi «che il deposito della suddetta documentazione possa precedere l'istanza di vendita».

2. Segue: il conseguente aggravio della posizione del creditore

Già due anni fa invero, in un contributo[10] pubblicato sulla (imminente) riforma del processo civile alla luce della legge delega, si erano manife-

immobiliare, il creditore deve entro quindici giorni dalla riconsegna dell'atto notificato da parte dell'ufficiale giudiziario procedere all'iscrizione a ruolo, depositando la nota iscrizione a ruolo nonché il titolo esecutivo, il precetto, l'atto di pignoramento con le attestazioni di conformità, unitamente alla nota di trascrizione, fermo restando che quest'ultima può essere depositata anche successivamente, una volta ricevutala dal conservatore dei registri immobiliari).

[9] Il termine di cui all'art. 497 c.p.c. è sospeso in caso di proposizione di opposizione agli atti esecutivi, ai sensi dell'art. 628 c.p.c. Nel contesto della disciplina previgente, la sospensione del termine per il deposito dell'istanza di vendita si ripercuoteva *de plano* sul termine per il deposito della ipocatastale (che dal decorso del primo "prendeva data"). Nell'attuale quadro normativo, essendo i due termini disgiunti e decorrenti dal medesimo *dies a quo*, meglio avrebbe fatto il legislatore a specificare che analoga sospensione colpisce la decorrenza del termine per il deposito della ipocatastale, sebbene ad analoga conclusione si possa pervenire, in via interpretativa, per il fatto che l'art. 567, comma 2°, c.p.c. rinvia proprio al termine *ex* art. 497 c.p.c. per irregimentare temporalmente l'onere di deposito della relazione ipocatastale. D'altronde, se – come dice la Relazione – questo deposito non può precedere quello dell'istanza di vendita, là dove questa sia sospesa non è immaginabile che si debba comunque procedere con un deposito della ipocatastale che risulterebbe, a tal punto, imposto dalla legge ma al contempo inammissibile.

[10] V., *si vis*, M. Pilloni, *L'esecuzione forzata nell'epoca della riforma perenne: le innovazioni*

state forti perplessità quanto all'attitudine dell'anticipazione del termine in esame a ridurre seriamente ed efficacemente i tempi dell'esecuzione immobiliare[11].

Piuttosto la suddetta contrattazione rischia di onerare, ancora una volta, la posizione del creditore[12], il quale si vede così costretto ad attivarsi con solerzia[13] onde non incappare nella perdita di efficacia del pignoramento (cui consegue l'estinzione della procedura esecutiva[14]), che si accompagna a una tardiva produzione della documentazione ipocatastale o, come per lo più avviene, del certificato storico notarile ventennale[15]. In-

prospettate dalla legge delega n. 206/2021, in *www.judicium.it*.

[11] Salvo forse la calendarizzazione dell'udienza di cui all'art. 569 c.p.c. in tempi più ravvicinati.

[12] Il quale, alla luce delle altre modifiche in materia di esecuzione forzata, già si è visto destinatario di una serie di oneri aggiuntivi introdotti dalla recente riforma. Segnatamente ci si riferisce alla modifica che ha inciso sull'art. 543, commi 5° e 6°, c.p.c., realizzata direttamente dalla legge delega n. 206/2021 ed entrata in vigore nel 2022, nonché alla modifica dell'art. 492-*bis*, ult. comma, c.p.c.: tutti oneri corredati dalla "sanzione" – in caso di mancata ottemperanza – di inefficacia del pignoramento.

[13] Nonostante la sospensione feriale dei termini.

[14] Ai sensi dell'art. 630 c.p.c. l'estinzione verrà pronunciata anche d'ufficio dal g.e. Quanto alla problematica emersa con riguardo al momento ultimo per la dichiarazione di estinzione v. Cass. civ. 6 dicembre 2011, n. 26202, ove si afferma che «è preclusa al debitore esecutato l'impugnazione del decreto di trasferimento mediante la deduzione, avvenuta per la prima volta dopo la pronuncia di quello, di vizi nella produzione della documentazione ai sensi dell'art. 567 c.p.c. (nel testo anteriore alla riforma del 2006 e cioè nel testo introdotto dalla l. 3 agosto 1998, n. 302, art. 1 vigente anteriormente alla novella introdotta con d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, in l. 14 maggio 2005, n. 80, come modificata dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263, art. 1, comma 3°, lett. 1 in vigore dal 1 marzo 2006), verificatisi nella fase precedente all'ordinanza di determinazione delle modalità della vendita». La preclusione – quale diretto corollario dell'omesso rilievo dei vizi della documentazione entro il termine di venti giorni dalla notificazione dell'ordinanza di autorizzazione alla vendita – non vale anche per l'eventualità di mancato deposito della stessa. In tal caso si prospetta, invero, un ostacolo funzionale che dovrebbe impedire *in adiecto* la prosecuzione del processo esecutivo. In tal senso v. Cass. civ. 17 ottobre 2023, n. 28846, ove si legge che in caso di radicale omesso deposito della documentazione *de qua*, l'estinzione della procedura esecutiva sarà sempre rilevabile dal g.e. e il rilievo sarà possibile anche dopo l'eventuale ordinanza di vendita (almeno fino al momento dell'aggiudicazione); esso darà inevitabilmente luogo alla dichiarazione di estinzione del processo esecutivo, non essendo possibile assegnare, ai sensi dell'art. 567 c.p.c., un termine per l'integrazione della documentazione non depositata neanche in parte e non essendo sanabile il relativo vizio, che priva il processo esecutivo della base documentale necessaria per il raggiungimento del suo esito.

[15] Anche il mancato rispetto del termine fissato dal g.e. per produrre ulteriore documentazione rispetto a quella già depositata conformemente all'art. 567, comma 2°, c.p.c., a termini di Cass. civ. 11 giugno 2019, n. 15597, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1301 ss., con nota

fatti, se è vero che il termine di quarantacinque giorni tutto sommato non è brevissimo (vieppiù considerata la sospensione feriale[16]), è anche vero che la realtà delle esecuzioni immobiliari spesso offre scenari assai com-

di G. Ruffini, *La «chiusura anticipata» dell'espropriazione immobiliare per assenza di documentazione relativa alla trascrizione, di almeno vent'anni anteriore al pignoramento, di acquisti in favore dell'esecutato o dei suoi danti causa*, conduce a una chiusura anticipata della procedura esecutiva. Il problema che fa da sfondo alle fattispecie in esame concerne l'eventualità in cui il titolo di acquisto del bene staggito non agli atti sia anteriore al ventennio: di talché il g.e. ne ordina la produzione al creditore, non potendosi certamente vendere forzatamente un bene la cui titolarità in capo all'esecutato non sia stata acclarata. Non venendo qui in rilievo, a rigore, la fattispecie di cui all'art. 567 c.p.c., la giurisprudenza individua quale diretta conseguenza all'inottemperanza dell'ordine *de quo* la c.d. estinzione atipica (e non già tipica) del processo esecutivo: diretto corollario è che il provvedimento del g.e. di arresto dell'esecuzione in atto dovrà essere censurato con l'opposizione agli atti esecutivi e non con il reclamo. Si legge, infatti, nella pronuncia richiamata che «in tema di espropriazione forzata immobiliare, è doverosa la richiesta, da parte del giudice dell'esecuzione ai fini della vendita forzata, della certificazione attestante che, in base alle risultanze dei registri immobiliari, il bene pignorato appaia di proprietà del debitore esecutato sulla base di una serie continua di trascrizioni d'idonei atti di acquisto riferibili al periodo che va dalla data di trascrizione del pignoramento fino al primo atto di acquisto precedente al ventennio a decorrere dalla stessa. All'ordinanza di richiesta del primo atto di acquisto ultraventennale effettuata dal giudice dell'esecuzione si applica il regime degli artt. 484, 175, 152, 154 c.p.c., e alla mancata produzione del suddetto titolo, imputabile al soggetto richiesto, consegue la dichiarazione di chiusura anticipata del processo esecutivo». In particolare, in motivazione si chiarisce che «a) solo se il creditore non fornisca, neppure nel termine fissato *ex* art. 567, comma 3°, c.p.c., la certificazione del ventennio letteralmente richiamata, l'estinzione sarà tipica, mentre b) la mancata produzione del primo titolo di acquisto ultraventennale cui deve risalire la certificazione, oggetto di richiesta da iscrivere, di conseguenza, nel perimetro degli artt. 484 e 175 c.p.c., imporrà la chiusura anticipata del processo esecutivo, non essendo possibile porre in vendita il bene; c) il regime del relativo termine fissato per l'acquisizione documentale indicata *sub* b) sarà quindi quello ordinatorio di cui agli artt. 152 e 154 c.p.c. (Cass. civ. 27 gennaio 2017, n. 2044); d) il creditore procedente potrà, come logico e in applicazione dei generali principi in tema di rimessione in termini in ipotesi di causa non imputabile, dimostrare l'impossibilità incolpevole della produzione della documentazione *sub* b), specie nella prospettiva delle ricerche cartacee di cui si sta per dire al § che segue (si pensi allo smarrimento dei documenti fisici di conservatoria anteriori alla meccanizzazione)». La necessità di produzione del titolo di acquisto ultraventennale, laddove non già presente nel fascicolo dell'esecuzione, è un'eventualità che genera problematiche a livello operativo, rispetto alle quali il legislatore della riforma non ha colto l'occasione per innovare l'art. 567 c.p.c., integrando il comma 2° – subito dopo la previsione sull'obbligo di depositare i certificati delle iscrizioni o trascrizioni relative all'immobile pignorato effettuate nei venti anni anteriori alla trascrizione del pignoramento – semplicemente aggiungendo la dicitura "o antecedenti se il titolo è anteriore al ventennio".

[16] V. Corte cost. 1 giugno 2016, n. 191.

plessi, prospettandosi non poche complicazioni nella ricostruzione della titolarità dell'immobile, specie se entrano in gioco fenomeni successori.

Questi fenomeni talora implicano difetti di continuità delle trascrizioni *ex* art. 2650 c.c.: a titolo esemplificativo già si è indicata l'ipotesi del difetto di trascrizione dell'acquisto *mortis causa*, dell'accettazione (tacita[17]) dell'eredità *ex* art. 2648, comma 3°, c.c.[18], che è foriero di problemi a livello pratico. Problemi possono prospettarsi anche quando si pignori un bene in comunione legale tra i coniugi, ossia nel contesto di quella peculiare comunione definita dalla stessa Cassazione[19] "senza quote", perché presenta affinità con il modello tedesco della *Gemeinschaft zur gesamten Hand* quale forma di contitolarità collettiva priva del riferimento a quote. In questi casi si prospetta, infatti, l'esigenza che gli accertamenti ipotecari siano estesi pure nei confronti del coniuge non esecutato, posto che

[17] Cfr. Cass. civ. 26 maggio 2014, n. 11638, ove si legge che «se il chiamato all'eredità ha compiuto uno degli atti che comportano accettazione tacita dell'eredità ma questo non sia trascrivibile, perché non risulta da sentenza, da atto pubblico o da scrittura privata autenticata, ovvero se si assume che l'acquisto della qualità di erede sia seguito *ex lege* ai fatti di cui agli artt. 485 o 527 c.c., non risultando questo acquisto dai pubblici registri, la vendita coattiva del bene pignorato ai danni del chiamato presuppone che la qualità di erede del debitore esecutato sia accertata con sentenza». Conf., in ordine alla necessità di promuovere l'accertamento della qualità di erede, in capo all'esecutato, al di fuori del processo esecutivo, Cass. civ. 3 aprile 2015, n. 6833.

[18] Tra l'altro considerando che la denuncia di successione ha valenza ai soli fini fiscali, non essendo idonea a fornire la prova del diritto di proprietà di un determinato bene (v. per tutte Cass. civ. 29 luglio 2004, n. 14395).

[19] A partire da Cass. civ. 14 marzo 2013, n. 6575, in *Foro it.*, 2013, I, p. 3274 ss., con osservazioni di R. Lombardi e con nota di M. Acone, *Espropriabilità dei beni della comunione legale per i debiti personali di uno dei coniugi; un passo avanti ed uno indietro della Corte di cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 663 ss., con nota critica di Costa, *Responsabilità della comunione per i debiti personali dei coniugi: ancora non chiaro il concetto di quota*; in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 790 ss., con nota di M. Pilloni, *L'espropriazione «integrale» dei beni del coniuge in regime di comunione legale*; in *Riv. esec. forz.*, 2014, p. 790 ss., con nota di F. Santagada, *Espropriazione forzata dei beni della comunione legale per debiti personali*. In arg. v. G. Balena, *Brevi riflessioni sull'espropriazione di beni in comunione legale*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 1 ss. In arg. v. *amplius* l'approfondita indagine di R. Lombardi, *L'espropriazione promossa dai creditori particolari del coniuge. L'art. 189 c.c. tra dogmatica e diritto vivente*, Torino, 2019, *passim*. Cfr. altresì Cass. civ. 31 marzo 2016, n. 6230 e, da ultimo, la recente Cass. civ. 7 aprile 2023, n. 9536, ove si legge che l'azione revocatoria, promossa dal creditore di uno dei coniugi nei riguardi dell'atto con cui un bene della comunione legale sia stato conferito in un fondo patrimoniale, dev'essere rivolta (notificata ed eventualmente trascritta *ex* art. 2652, comma 1°, n. 5, c.c.) nei confronti di entrambi i coniugi, essendo preordinata alla pronuncia d'inefficacia dell'atto nel suo complesso (vale a dire non limitatamente a un'inesistente quota pari alla metà del bene), e funzionale ad un'esecuzione forzata da compiersi anch'essa, necessariamente, sull'intero bene.

sull'immobile in comunione potrebbero risultare trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli da parte di creditori di quest'ultimo. Da tanto consegue che il creditore verosimilmente potrebbe doversi attivare, per procurare la documentazione prescritta, già prima della notifica del pignoramento, non appena individuato il bene da subastare.

È pure vero che la riforma mantiene la possibilità di formulare per una sola volta istanza di proroga del termine per il deposito della documentazione ipocatastale, potendo così il creditore beneficiare di altri quarantacinque (non più sessanta) giorni per provvedere all'adempimento *de quo*. Tuttavia affinché la stessa possa essere ammissibilmente proposta e così concessa, è necessario che siano rispettate due condizioni.

Anzitutto – ovviamente – essa deve essere formulata prima della scadenza del termine per il deposito della documentazione ipocatastale, non potendosi richiedere la proroga di un termine irrimediabilmente consumato. Di poi la stessa deve essere corredata dalla illustrazione di «*giusti motivi*». Ciò significa che il creditore dovrà dedurre ragioni che oggettivamente giustifichino la concessione di un ulteriore termine per l'espletamento del medesimo incombente: si pensi all'eventualità in cui il pignoramento abbia colpito un compendio immobiliare, che presenta plurime particelle e una storia ipocatastale tale da imporre indagini più approfondite o che richiedono del tempo (in ragione del fatto che sono intervenuti svariati passaggi di proprietà non sempre perfettamente trascritti), ecc.

Questa precisazione può apparire bensì ultronea, ma tanto scontata non è, se si considera un *modus operandi* alquanto discutibile registratosi già dal mese successivo l'entrata in vigore della riforma. Invero, alcuni avvocati di creditori procedenti, dopo la trascrizione del pignoramento, depositano delle istanze rivolte al g.e. con richiesta di proroga del termine *ex* art. 567 c.p.c., sostanzialmente di questo tenore: "dato che non riuscirò a rispettare il termine di cui all'art. 567 c.p.c. stante la sua irrisorietà conseguente alla innovazione effettuata dalla riforma, chiedo la concessione della proroga". E così è la stessa riforma a venir prospettata quale giusto motivo di concessione della proroga.

Ebbene questa tipologia di istanza (di proroga generalizzata e non contestualizzata) a mio avviso è destinata a sicuro rigetto, posto che la proroga non può chiedersi ora per allora senza che si siano effettivamente concretizzati i primi impedimenti alla possibilità di rispettare il termine di cui all'art. 567 c.p.c. o, comunque, senza illustrare quali siano gli oggettivi ostacoli. Né ci sarebbero *chances* per la proposizione di un'opposizione

ai sensi dell'art. 617 c.p.c. da promuoversi avverso il provvedimento di rigetto emesso dal g.e.

Occorre quindi fare attenzione: il creditore, rispetto allo scenario *ante* riforma, deve interessarsi della documentazione nel momento stesso in cui individua il bene immobile da pignorare e procede alla notifica dell'atto di pignoramento e la proroga dovrà essere richiesta, prima della scadenza del termine, deducendo i giusti motivi che ne fondano l'accoglimento e che non potranno certamente focalizzarsi sulla circostanza che oggi il tempo per il deposito è inferiore rispetto a quello concesso fino al 28 febbraio 2023.

L'auspicio, però, è che il g.e. – soprattutto alla luce dell'odierna innovazione – operi con una certa lungimiranza e senso pragmatico, onde fugare il rischio che la procedura si concluda e subisca chiusure in rito. In particolare, mi riferisco al possibile utilizzo da parte del g.e. del potere di ordinare una integrazione della documentazione prodotta ai sensi del comma 3° dell'art. 567 (previsione ancor oggi vigente), a mente del quale «un termine di quarantacinque giorni è inoltre assegnato al creditore dal giudice, quando lo stesso ritiene che la documentazione da questi depositata debba essere completata».

L'interpretazione offerta nei vari Tribunali di questa previsione non è affatto univoca e vi sono g.e. che non esercitano questo potere, quando la documentazione depositata tempestivamente, ma in modo incompleto, concerne il certificato storico ventennale ipocatastale redatto dal notaio, sulla scorta del rilievo per cui, a stretta esegesi, la norma discorre di «documentazione». In questo modo, laddove il certificato sostitutivo sia incompleto (e capita che le relazioni sostitutive redatte da notai non siano complete, perché, per es., non recano tutte le iscrizioni ipotecarie), alcuni g.e. non esercitano questo potere ordinatorio e, conseguentemente, non concedono un termine per la integrazione, decretando *tout court* l'inefficacia del pignoramento.

Ora, al di là della considerazione per cui non si vede in che cosa il certificato notarile sarebbe diverso rispetto alla «documentazione»[20], questa esegesi pare essere inutilmente foriera di complicazioni e (con un effetto

[20] Solo nella versione *ante* modifiche del 2005, l'art. 567 c.p.c. metteva in luce chiaramente il distinguo tra queste due modalità di adempimento dell'onere relativo al deposito *de quo*, riferendosi distintamente al mancato deposito nei termini della documentazione ovvero del certificato notarile sostitutivo della stessa, alfine però facendo conseguire ad entrambe le ipotesi di omissione la pronuncia da parte del g.e. ad istanza del debitore o di ogni altra parte interessata o anche d'ufficio dell'ordinanza di estinzione della procedura esecutiva *ex* art. 630 c.p.c., con cancellazione del pignoramento.

a catena) di responsabilità del professionista[21] e di incremento del contenzioso. L'incongruità si coglie tanto più perché i difetti della produzione documentale non dipenderebbero in questo caso dal creditore che decide di provvedere direttamente alla raccolta dei documenti prescritti ai fini della loro produzione (cosa che si fa assai di rado nella realtà), bensì dal notaio incaricato dal creditore. Nei limiti in cui – in sintonia con la lettera della norma – si tratti solo di «integrare» (e non già di redigere sostanzialmente *ex novo*) la documentazione prodotta, la proroga ufficiosa dovrebbe trovare sempre ingresso. Invece, laddove la certificazione sostitutiva ottenuta dal professionista sia assolutamente carente, sarà lo stesso creditore a doversi attivare anzitempo per chiedere la proroga, in difetto della quale la procedura non potrà certo proseguire.

3. Profili processuali della vendita diretta (e non più privata) dell'immobile staggito

La vera novità della riforma in tema di esecuzione forzata è tuttavia offerta dall'istituto della c.d. *vendita diretta* (non più "privata" come, invece, sembrava emergere alla luce della legge delega[22], generandosi dubbi a livello interpretativo sull'indole di siffatta vendita, anche nell'ottica della attitudine alla cancellazione delle iscrizioni)[23].

L'istituto di nuovo conio è disciplinato agli artt. 568-*bis* e 569-*bis* c.p.c., ove si prevede che il debitore possa chiedere al g.e. «di disporre la vendita diretta dell'immobile pignorato o di uno degli immobili pignorati», purché risultino integrate determinate condizioni. Che non si tratti di una vendita "privata", bensì giudiziale, emerge già dal contenuto dell'istanza promossa dal debitore: istanza la quale, rispetto alla legge delega, non reca più la richiesta «di essere autorizzato a procedere direttamente alla vendita dell'immobile pignorato» – come se la procedura di vendita fosse gestita quasi esclusivamente dal debitore – bensì che sia il g.e. a disporre

[21] V. in arg. G. Felloni, *Regime dei provvedimenti e responsabilità dei professionisti dell'esecuzione immobiliare*, in *Riv. esec. forz.*, 2022, p. 1141 ss.

[22] Essendosi il legislatore ispirato alla *vente privée* francese. Sulla *vente amaible* v. recentemente L. Durello, *La vendita diretta dell'immobile pignorato nella riforma del processo civile: studi comparati con la Francia*, in *Il diritto degli affari*, 2023, p. 11 ss., anche per la puntualizzazione, supportata da dovizia di argomentazioni, dei profili per cui le due modalità di vendita (italiana e francese) divergono ampiamente.

[23] Sul nuovo istituto v. A. Saletti, *La "vendita diretta"*, in *Giur. it.*, 2023, p. 484 ss.; Savino, *Una nuova alternativa liquidatoria: la vendita diretta ad istanza del debitore tra esecuzione esattoriale e vendita concorsuale*, in *www.ildirittoprocessualecivile.it*.

questa modalità, rispetto alla quale mantiene la sua *governance*, mentre il debitore offre un apporto collaborativo alla liquidazione. È questo il primo degli elementi di forte distanza del modello riformato rispetto a quello francese della *vente privè*, che pareva aver ispirato il legislatore delegante.

All'evidenza l'istituto in esame contempla una nuova modalità di vendita forzata giudiziale, da non confondere con quella diversa tipologia di vendita che avviene in forza di una prassi diffusa, ossia la vendita privata del bene pignorato con contestuale estinzione della procedura esecutiva, c.d. "a saldo e stralcio"[24], e la cui disciplina oggi risolve alcune criticità che emergevano dalla legge delega[25], pur continuando a destare ancora qualche perplessità, a livello operativo[26].

[24] Si tratta dell'ipotesi in cui il debitore reperisce un potenziale acquirente al fine di formulare un'offerta al creditore procedente (e agli eventuali intervenuti). In caso di accordo, verrà presentata un'istanza al g.e. per la convocazione delle parti (istanza eventualmente accompagnata da una richiesta di sospensione ai sensi dell'art. 624-*bis* c.p.c.), affinché si possa procedere tramite il ministero di un notaio al rogito di un atto di compravendita volontaria dell'immobile staggito, con contestuale dichiarazione di estinzione per rinuncia del creditore (-dei creditori). Il risultato è che, una volta versato il prezzo direttamente a questi ultimi, verrà dichiarata l'estinzione della procedura esecutiva e, in contemporanea, si registrerà il trasferimento della proprietà dell'immobile libero dal pignoramento e da eventuali ipoteche.
Come ognun vede questo tipo di vendita è prettamente "privata" e, solo per occasione, si svolge nei locali del tribunale. Diversamente la vendita diretta è una vendita in tutto e per tutto "giudiziale" (anche laddove il suo epilogo porti a un trasferimento che avviene con atto negoziale con il ministero di un notaio, essendo comunque corredato dall'ordine – anticipato, "ora per allora" – del g.e. di cancellazione dei gravami: v. subito *infra supra* nel testo).

[25] Sulla base della quale, peraltro, emergevano dubbi financo sulla stessa celebrazione dell'udienza di cui all'art. 569 c.p.c., *post* presentazione dell'istanza di accesso alla vendita diretta. V. *infra* nel testo. Cfr. G. Miccolis, *L'esecuzione forzata nella riforma che ci attende*, in *Quest. giust.*, 2021, p. 120, il quale giustamente auspicava maggior chiarimenti sul punto da parte del legislatore.

[26] Come si legge nella relazione illustrativa, la *ratio* del novello istituto è da individuare nello «scopo di favorire una "liquidazione 'virtuosa' e rapida attraverso la collaborazione del debitore", facendo attenzione a non allungare "infruttuosamente i tempi processuali" e ad evitare che siano perpetrate "frodi in danno dei creditori"». Ad avviso di L. Durello, *La vendita diretta dell'immobile pignorato nella riforma del processo civile: studi comparati con la Francia*, cit., p. 9, il nuovo istituto «ridisegna in un certo senso la figura processuale del debitore che non è più solo il soggetto che "subisce" la procedura esecutiva ma è ora anche colui che può attivarsi per raggiungere la finalità – soddisfazione del ceto creditorio – perseguita dalla medesima».

È infatti prescritto che: a) l'istanza[27] deve essere depositata non oltre dieci giorni prima[28] dell'udienza per l'autorizzazione della vendita o della delega delle operazioni (*ex* art. 569 c.p.c.[29]); b) all'istanza il debitore deve sempre allegare a pena di inammissibilità l'offerta di acquisto[30] proposta da un terzo interessato[31]: l'offerta è irrevocabile, salvo che siano decorsi centoventi giorni dalla data del provvedimento di cui al comma 2° dell'art. 569-*bis* c.p.c. ed essa non sia stata accolta[32]; c) il prezzo offerto per l'acqui-

[27] È discusso se l'istanza *de qua* possa essere presentata senza il ministero di un difensore. Dubbi potrebbero sorgere a fronte della necessità che l'offerta e l'istanza, una volta depositate, debbano essere notificate, nonché in ragione della mancanza nel dettato normativo dell'avverbio "personalmente". Tuttavia sarebbe preferibile riconoscere la possibilità in capo al debitore di procedere anche senza il ministero di un difensore, in un'ottica di contenimento dei costi processuali, vieppiù considerato che l'istanza *de qua* è volta a promuovere una modalità della vendita (lasciando in capo al g.e. il potere di determinare il prezzo base e il potere di decidere sulla ammissibilità dell'istanza e dell'offerta, nonché in capo ai creditori la possibilità di non aderire alla stessa, in tal modo impedendo la vendita senza gara) e non già a contestare l'azione esecutiva (come con l'opposizione all'esecuzione, in relazione alla quale non vi sono dubbi in ordine alla necessità di difesa tecnica). Inoltre la stessa non è neppure lontanamente accostabile all'istanza di vendita, che resta nel monopolio dei creditori titolati (procedente o intervenuti): dovendosi, anzi, presumere che la sua proponibilità sia condizionata dalla previa proposizione dell'istanza di vendita e dal deposito della documentazione ipocatastale.

[28] La norma non precisa la natura perentoria del predetto termine. Tuttavia, tra gli interpreti tende a prevalere l'idea che si tratti di termine "funzionalmente" perentorio, alla luce di considerazioni di carattere sistematico, che fanno leva sul collegamento tra la tempestiva proposizione dell'istanza in esame e il successivo schiudersi di scenari operativi diversi (vendita diretta non competitiva o competitiva) all'udienza di cui all'art. 569 c.p.c. V., *mutatis mutandis*, l'orientamento accolto dalla Cassazione con riguardo alla natura del termine per presentare la cauzione da parte degli offerenti ai sensi dell'art. 576, comma 1°, n. 5, c.p.c.: termine ritenuto perentorio e non suscettibile di proroga (cfr. Cass. civ., sez. un., 12 gennaio 2010, n. 262).

[29] V'è da chiedersi che succede in caso di rinvio dell'udienza, ovvero se il posticipo della stessa sia idoneo, eventualmente, a rimettere in termini il debitore che intenda promuovere l'istanza. Sul punto v. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2022, 8° ed., p. 1616, che esclude questa possibilità (onde se il debitore deposita l'istanza 5 giorni prima dell'udienza e questa viene poi rinviata, il rinvio non lo rimette in termini e l'istanza andrà dichiarata inammissibile perché tardiva), facendo tuttavia salva l'ipotesi eccezionale in cui il rinvio sia dipeso dal mancato deposito nei termini della relazione di stima.

[30] L'istanza può concernere anche uno solo dei più beni immobili pignorati.

[31] Rispetto a questa offerta troveranno applicazione, in quanto compatibili, l'art. 571 c.p.c., nonché l'art. 579 c.p.c.

[32] Ossia dal secondo dei due provvedimenti contemplati dal comma richiamato. Sul punto v. A. Saletti, *La "vendita diretta"*, cit., pp. 489-490, chiarendo che in tutte le altre ipotesi, che non implicano l'ordine di integrazione, l'irrevocabilità verrà meno solo quando l'offerta non sarà stata accolta.

sto non deve essere inferiore al valore indicato nella relazione di stima di cui all'art. 173-*bis*, comma 3°, disp. att. c.p.c.[33]; d) a garanzia della serietà dell'offerta, deve essere prestata cauzione in misura non inferiore a un decimo del prezzo offerto[34]; e) l'istanza può essere formulata per una sola volta a pena di inammissibilità[35].

Già da queste prime indicazioni contenute è possibile dedurre, anzitutto, che, sebbene l'art. 568-*bis* c.p.c. indichi il solo debitore come soggetto legittimato a richiedere l'attivazione di questa modalità di vendita, a mio avviso potrà essere lo stesso proprietario del bene espropriato nell'esecuzione *ex* artt. 602 ss. c.p.c. a presentare la suddetta istanza[36], posto che, in questa ipotesi di espropriazione, l'art. 604 c.p.c. dispone che al terzo si applichino tutte le disposizioni relative al debitore, tranne il divieto

[33] Si è così passati dal riferimento al valore di mercato presente nel d.d.l. n. 1662 al valore indicato nella relazione di stima di cui all'art. 173-*bis*, comma 3°, disp. att. c.p.c. (mentre nella legge delega il riferimento era al prezzo base indicato nella relazione di stima).

[34] Dovrà pertanto prodursi la prova del suo versamento, che verrà effettuata nei modi stabiliti dal g.e. con il decreto di fissazione d'udienza *ex* art. 569 c.p.c. e, in difetto, attraverso le consuete modalità (quali la produzione di assegno circolare intestato alla procedura). È verosimile, comunque, che nelle circolari dei vari tribunali, poi recepite dalle cancellerie, venga chiarito il profilo della modalità del versamento, come del resto avviene con riferimento alla proposizione dell'istanza di conversione del pignoramento e al versamento della somma pari a 1/6 del debito complessivo.

[35] Nella delibera del 15 settembre 2021 relativa al parere sul disegno di legge governativo di riforma del processo civile, il CSM metteva in luce alcune criticità connesse al nuovo istituto, segnatamente alle modalità e ai tempi di presentazione dell'istanza. In particolare si legge che «per l'esecuzione immobiliare viene introdotta la facoltà per il debitore esecutato di procedere alla vendita del bene pignorato attivandosi nella ricerca di un acquirente (art. 8, comma 1°, lett. b). L'istituto si presta ad essere utilizzato dal debitore a fini dilatori atteso che l'istanza può essere depositata fino a 10 giorni prima dell'udienza di cui all'art. 569 c.p.c., nella quale normalmente viene disposta la vendita del compendio. Al fine di garantire che l'offerta sia reale sarebbe opportuno prevederne la redazione in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata con elezione di domicilio ai fini delle comunicazioni di cancelleria e del contraddittorio previsto dall'articolo in esame, nonché chiarire che la cauzione resti definitivamente acquisita alla procedura nel caso di mancata stipula dell'atto di trasferimento nel termine stabilito dal giudice. Per scongiurare le finalità dilatorie sarebbe probabilmente opportuno valorizzare la serietà dell'offerta prevedendo una cauzione più elevata rispetto a quella di 1/10 prevista nel caso di vendita competitiva dall'art. 571 c.p.c. prevedendo contestualmente che, in caso di inadempimento, trovino applicazione le sanzioni previste dall'art. 587 c.p.c.».

[36] Esclude che nell'eventualità di esecuzione contro il terzo proprietario il debitore possa promuovere l'istanza di vendita diretta (sul rilievo che il debitore non avrebbe titolo per proporre la vendita di un bene altrui) A. Saletti, *La "vendita diretta"*, cit., p. 486, riconoscendo siffatta legittimazione appunto al solo terzo proprietario.

di cui all'art. 579, comma 1°, c.p.c. (ossia il divieto di presentare offerte)[37]. Inoltre, come già nella legge delega, anche nel d.lgs. n. 149/2022 che introduce gli artt. 568-*bis* e 569-*bis* c.p.c., viene individuato un termine finale, ma non anche esplicitamente un termine iniziale per la proposizione dell'istanza di vendita diretta: termine iniziale, che, evidentemente, non potrà che coincidere con il deposito della relazione di stima, dovendo l'offerta del terzo rinvenuto dal debitore (da allegare alla richiesta di vendita diretta) essere parametrata al valore stimato.

La richiesta *ex* art. 568-*bis* c.p.c. non sarà dunque ragionevolmente proponibile in data antecedente: non fosse altro che un'eventuale anticipata proposizione porta con sé il rischio che l'offerta (e conseguentemente l'istanza) sia dichiarata poi inammissibile, perché formulata per un prezzo inferiore a quello stimato[38], non potendo il g.e. fissare un termine per l'integrazione della stessa, posto che questo potere è previsto esclusivamente per l'ipotesi in cui determini il prezzo base in misura diversa (superiore) al valore di stima individuato dall'esperto[39].

[37] Secondo A. Saletti, *op. cit.*, p. 486, nel caso di bene in comproprietà, laddove tutti i comproprietari siano esecutati non sarà necessaria un'istanza congiunta di vendita diretta, potendo anche un solo condebitore-comproprietario promuoverla. Viceversa laddove il bene sia bensì in comunione, ma solo uno dei comproprietari sia l'esecutato, ad avviso dell'A. occorrerà un'istanza congiunta, fatta eccezione per l'ipotesi in cui il debitore voglia procedere alla liquidazione della sola quota di cui è titolare: a tal riguardo Saletti chiarisce che un'eventuale istanza di vendita diretta proposta senza specificazione che la stessa è circoscritta alla sola quota di titolarità del debitore sarà destinata a declaratoria di inammissibilità, dovendosi procedere nelle forme dell'espropriazione dei beni indivisi. V. sul punto *infra sub* nt. 41.

[38] Si consideri che, a mente dell'art. 173-*bis*, comma 3°, disp. att. c.p.c., terminata la relazione (redatta in conformità ai modelli predisposti dal g.e.), l'esperto ne invia copia ai creditori procedenti o intervenuti e al debitore, anche se non costituito, almeno 30 giorni prima *ex* art. 569 c.p.c., a mezzo pec ovvero, quando ciò non è possibile, a mezzo posta ordinaria. Le parti possono depositare all'udienza note in merito alla relazione purché abbiano provveduto, almeno 15 giorni prima, ad inviare le stesse al perito. In questa eventualità l'esperto interviene all'udienza per rendere i chiarimenti. Tutto questo significa che, considerato che l'istanza ai sensi dell'art. 568-*bis* c.p.c. deve essere presentata non oltre dieci giorni prima dell'udienza, vi saranno una ventina di giorni tra il deposito della relazione e il termine ultimo per il deposito dell'istanza per ricercare il terzo offerente "non ostile", predisporre l'offerta irrevocabile di acquisto e l'istanza da depositare, versare la cauzione (fermo restando che il debitore potrà attivarsi già prima – ossia già da quando è stato realizzato il pignoramento – a individuare un terzo disposto ad offrire un prezzo d'acquisto in misura non inferiore al valore ipotizzato quale verosimilmente vicino alla futura relazione di stima).

[39] V. subito *infra* nel testo.

L'istanza *ex* art. 568-*bis* c.p.c. e l'offerta, dopo il loro deposito, devono altresì essere notificate a cura dell'offerente o del debitore almeno cinque giorni prima dell'udienza di cui all'art. 569 c.p.c. al creditore procedente, ai creditori destinatari dell'avviso di cui all'art. 498 c.p.c.[40] e a quelli «intervenuti» – recita la norma – «prima del deposito dell'offerta medesima»[41]: in verità, più che dell'offerta, il riferimento dovrebbe essere al deposito dell'istanza di vendita diretta, visto che quest'ultima è inammissibile se non corredata dall'offerta di acquisto da parte di un terzo[42].

La *ratio* della previsione è evidentemente quella di notiziare questi soggetti – al di là del deposito telematico dell'istanza nel fascicolo dell'esecuzione, che consente la visibilità da parte di tutti gli intervenuti – in modo che l'offerta allegata all'istanza possa essere valutata al fine di potersi opporre all'udienza in cui la stessa viene decisa, che altro non è che l'udienza *ex* art. 569 c.p.c. rispetto alla quale vengono fugati i dubbi alimentati dalla legge delega quanto alla sua celebrazione. La notifica vale, dunque, come una sorta di *provocatio ad opponendum*, visto che, se non vi sono opposizioni, il procedimento è destinato ad un rapido epilogo a favore dell'unico offerente individuato dal debitore[43].

[40] Creditori iscritti che subiranno l'effetto purgativo della vendita forzata. Non viene indicato come destinatario della notifica in esame il creditore sequestrante, anche se avvisato *ex* art. 158 disp. att. c.p.c.

[41] In verità, laddove si ritenesse la vendita diretta applicabile anche nell'ipotesi di pignoramento di quota indivisa *ex* artt. 599 ss. c.p.c., la notifica *de qua* andrebbe effettuata anche a favore dei comproprietari non obbligati.

[42] A meno che il riferimento all'offerta non voglia alludere all'ipotesi in cui, ordinata l'integrazione della stessa da parte del g.e. (v. *infra* nel testo), vi si provveda: ma allora ciò sottenderebbe un onere (ulteriore) in capo alternativamente al debitore e al terzo offerente, ossia di notificare l'offerta (integrata) ai creditori eventualmente intervenuti *medio tempore*, tra la data del deposito dell'istanza *ex* art. 568-*bis* c.p.c. e la presentazione dell'offerta integrativa. Il che, al di là della valenza estremamente rarefatta di quest'ipotesi, pare doversi comunque escludere, posto che la norma non indica che, a seguito dell'esercizio del potere del giudice di determinare autonomamente il prezzo base in misura superiore al prezzo di stima e dell'invito ad integrare (laddove necessario) l'offerta e la cauzione, debba altresì procedersi nuovamente alla notifica della stessa a favore dei creditori già raggiunti dalla notifica dell'offerta e dell'istanza inizialmente depositata, nonché ai creditori nel frattempo intervenuti.

[43] Nulla è chiarito sulle conseguenze connesse alla mancata (o tardiva) notifica da parte del debitore o, in alternativa, del terzo offerente. La tesi prospettata della inammissibilità dell'istanza (v. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., pp. 1620-1621) fa sostanzialmente leva su considerazioni connesse sia alla necessità che il procedimento si concluda prima che l'offerta presentata cessi di essere irrevocabile, sia all'esigenza di evitare il rischio che siffatte condotte possano essere funzionali a ritardare la fase liquidativa. È d'uopo peraltro considerare che la notifica è funzionale a mettere i destinatari nelle condizioni

4. La vendita "direttissima" con aggiudicazione del bene al terzo offerente "non ostile"

Una volta attivato il procedimento il legislatore prospetta due possibili orizzonti processuali, due percorsi che possono condurre a una vendita diretta, anzi "direttissima", ovvero a una vendita a seguito di procedura competitiva: il tutto a seconda della assenza o, all'opposto, della sussistenza di opposizione dei creditori (o anche di uno solo di essi). Peraltro si registra un uso atecnico del termine opposizione (visto che non si tratta delle opposizioni degli artt. 617 ss. c.p.c.), qui richiamato come sinonimo di contestazioni (come già il legislatore ha fatto in altri contesti: v. art. 483 c.p.c., ove opposizione va intesa come istanza volta a ottenere una limitazione del cumulo dei mezzi di espropriazione). Questa soluzione che contempla due modelli diversi di vendita diretta non era prospettata nella legge delega ed è novità del d.lgs. n. 149/2022.

Va tenuta ferma l'ipotesi che all'udienza di cui all'art. 569 c.p.c. il g.e. possa anzitutto decretare l'istanza inammissibile perché tardiva, perché l'offerta è inferiore al prezzo di stima, non irrevocabile o ancora non cauzionata: in tale eventualità il processo prosegue con autorizzazione della vendita da parte del g.e. secondo i modi e i tempi dell'art. 569 c.p.c.

Se, invece, valuta l'ammissibilità dell'istanza, ma il prezzo base determinato ai sensi dell'art. 568 c.p.c. è maggiore del prezzo offerto, il g.e. fissa un termine di dieci giorni per integrare l'offerta e pure la cauzione, adeguandole al prezzo base[44]: ovviamente, anche se la norma nulla chiarisce sul punto, questo provvedimento – se adottato fuori udienza – dovrà essere portato a conoscenza non solo del debitore, ma anche del terzo[45].

di potersi opporre in udienza alla vendita "senza gara", sì da potersi anche immaginare – per non penalizzare eccessivamente la novella possibilità introdotta dal legislatore sotto la scura di un florilegio di termini incalzanti – che i destinatari della notifica possano richiedere termine per promuovere la predetta opposizione, e che nel caso contrario il procedimento di vendita "senza gara" possa senz'altro proseguire.

[44] La previsione trova ragione nel dato che, nel momento in cui viene proposta l'istanza *ex* art. 568-*bis* c.p.c. unitamente all'offerta del terzo, si conosce solo la relazione dello stimatore depositata, mentre l'autonoma determinazione del g.e. in ordine al prezzo base deve ancora essere resa (potendo il g.e. anche non attenersi alla valutazione espressa dall'esperto: cosa che avviene non di rado nella realtà, per es., nell'ipotesi in cui nella relazione si sia considerato opponibile alla procedura esecutiva un contratto di locazione e il g.e. in sede d'udienza *ex* art. 569 c.p.c. lo abbia, di contro, ritenuto non opponibile, fissando così un prezzo base in considerazione di questa diversa valutazione).

[45] Così P. Farina, *L'ultima sistemazione dell'esecuzione forzata: una prima lettura della nuova normativa*, in *Riv. esec. forz.*, 2022, p. 1129.

Inoltre il g.e. dovrà in tal caso fissare altra udienza per verificare se l'adeguamento dell'offerta ha avuto luogo, nel termine perentorio fissato.

Se l'offerta e la cauzione non sono integrate entro tale termine, il g.e. entro i successivi 5 giorni, dichiara inammissibile l'offerta e dispone di procedersi alla vendita nei modi e nei termini di cui all'art. 569 c.p.c. Più correttamente, nello specifico si tratterebbe di un'ipotesi di improcedibilità dell'istanza di apertura del subprocedimento di vendita diretta, posto che l'istanza era virtualmente ammissibile e diventa improcedibile a fronte della mancata integrazione dell'offerta. Anche nel d.lgs. n. 149/2022 così come pure nella legge delega, nulla si chiarisce sulla sorte della cauzione versata a seguito della declaratoria di inammissibilità dell'istanza o dell'offerta: è ineluttabile pensare che la stessa debba essere restituita, senza possibilità che trovi applicazione disciplina analoga a quella di cui all'art. 587 c.p.c., dovendosi dunque procedere allo svincolo della cauzione a favore dell'offerente.

Laddove, invece, si ottemperi tempestivamente l'ordine-invito ad integrare l'offerta (così come laddove il prezzo base determinato ai sensi dell'art. 568 c.p.c. non sia maggiore del prezzo offerto), il g.e. provvede sull'istanza, schiudendosi quel duplice orizzonte di cui si è fatto cenno, a seconda della condotta tenuta dai creditori.

Invero, se all'udienza di cui all'art. 569 c.p.c. (e non oltre la stessa) i creditori non fanno opposizione (e i creditori legittimati ad opporsi sono quelli con titolo esecutivo o intervenuti di cui all'art. 498 c.p.c.[46]), il giudice aggiudica l'immobile all'offerente reperito dal debitore. Tale modalità altro non rappresenta che una sorta di vendita giudiziale senza procedura competitiva, introdotta dal legislatore, andando oltre i criteri direttivi contenuti nella legge delega. In detta ipotesi, il vantaggio per il debitore e per il terzo offerente è che, se il prezzo offerto non è inferiore al prezzo di stima (o base, se maggiore) e se vi è accordo dei creditori (manifestato per il tramite della mancata opposizione), si perviene *de plano* all'aggiudicazione diretta a favore dell'offerente "non ostile" individuato dal debitore[47].

[46] Sono così esclusi tanto i creditori di cui all'art. 498 c.p.c. non intervenuti quanto i creditori intervenuti *sine titulo*.

[47] L'istituto presenta delle similitudini con la possibilità contemplata nella vendita esattoriale all'art. 52, comma 2° *bis*, d.p.r. 29 settembre 1972, n. 602, come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto del fare), convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98 (norma che recita che «il debitore ha facoltà di procedere alla vendita del bene pignorato o ipotecato al valore determinato ai sensi degli articoli 68, 79 e 80, comma 2, lettera b), con il consenso dell'agente della riscossione, il quale interviene nell'atto di cessione e al quale

Il g.e., con lo stesso provvedimento con cui aggiudica l'immobile al terzo offerente, stabilisce le modalità di versamento del prezzo (che dovrà avvenire entro novanta giorni[48], a pena di decadenza ai sensi e per gli effetti dell'art. 587 c.p.c., applicandosi l'art. 585 c.p.c.). Se il prezzo non è versato, si dispone la vendita nei modi e nei termini già fissati ai sensi dell'art. 569, comma 3°, c.p.c.[49], per regola delegando le operazioni al professionista: in tal modo rifluendo la procedura sul binario dell'*iter* liquidatorio ordinario[50]. Se, all'opposto, il prezzo è versato, il g.e. pronuncia il decreto con il quale trasferisce il bene all'aggiudicatario con ordine di cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e iscrizioni ipotecarie, potendo altresì il suddetto trasferimento, anziché con decreto, avvenire su istanza dell'aggiudicatario mediante atto negoziale.

Questo primo modello di vendita diretta presenta indubbi vantaggi: per il debitore, che vede ridursi i costi della procedura; per l'offerente che può ottenere l'aggiudicazione e poi la vendita-trasferimento in tempi rapidi; ma anche per i creditori, perché questo tipo di vendita è certamente preferibile laddove vengano in rilievo beni non facilmente liquidabili sul mercato, onde con questa modalità della vendita hanno il vantaggio di riuscire a incamerare il ricavato parametrato al valore di stima del bene, senza il rischio di ribassi (nemmeno del primo dato dal prezzo minimo) … in una parola tutto e subito. Per il debitore non v'è però la prospettiva di quel possibile risultato esdebitatorio che spesso si accompagna alla vendita a saldo e stralcio, a meno che, nella vendita diretta, il prezzo offerto dal terzo sia tale da soddisfare interamente le ragioni creditorie.

è interamente versato il corrispettivo della vendita. L'eccedenza del corrispettivo rispetto al debito è rimborsata al debitore entro i dieci giorni lavorativi successivi all'incasso»), sebbene con l'adesione espressa dell'agente di riscossione che è l'unico creditore agente della procedura (v. art. 54 d.p.r. citato).

[48] Fatta salva l'ipotesi in cui sia stato lo stesso terzo a indicare nella sua offerta un pagamento in tempi diversi e più contenuti.

[49] Più precisamente questa eventualità sarà già stata contemplata nell'ordinanza di autorizzazione della vendita o di delega delle operazioni emessa all'udienza di cui all'art. 569 c.p.c.

[50] Come si legge nella relazione, la vendita diretta con l'accordo dei creditori, così come congegnata, avrebbe il pregio di depotenziare anche l'iniziativa dilatoria del debitore, «considerando che in caso, appunto, di mancata opposizione dei creditori, l'espletamento della vendita, seguìto dal mancato versamento del saldo-prezzo, comporterebbe un rallentamento della procedura di non più di quattro o cinque mesi, a fronte dei 10/12 mesi della vendita diretta con procedura competitiva nel caso di opposizione dei creditori».

5. La vendita diretta con gara tra gli offerenti e la natura dell'istituto di cui agli artt. 568-*bis* e 569-*bis* c.p.c.

Se però il bene pignorato è un bene rispetto al quale appare assai probabile che la vendita forzata, laddove disposta, possa condurre a rilanci rispetto al prezzo base, essendo il bene suscettivo di avere una certa attrattiva per il mercato, allora, a fronte di opposizioni all'aggiudicazione diretta da parte dei creditori, entra in gioco un secondo modello di vendita diretta (sempre contemplata all'interno dell'art. 569-*bis* c.p.c.), che è invece contrassegnata dai caratteri propri della vendita competitiva, con gara tra gli offerenti, per il tramite di un subprocedimento di vendita che si dipana secondo le consuete modalità.

In detta eventualità, dinnanzi all'opposizione di un creditore *cum titulo* o di un creditore ai sensi dell'art. 498 c.p.c., il g.e. è tenuto a fissare una vendita con gara tra gli offerenti e quindi (a mente dell'art. 569-*bis*, comma 5°, c.p.c.[51]):

1) fissa un termine non superiore a quaranta giorni per l'effettuazione della pubblicità sul p.v.p. e su alcuni siti internet autorizzati ai sensi dell'art. 490 c.p.c., dell'offerta pervenuta e della vendita[52];

2) fissa il termine di novanta giorni per la formulazione di ulteriori offerte di acquisto ad un prezzo non inferiore a quello dell'offerta già presentata, garantite da cauzione in misura non inferiore a un decimo del prezzo proposto. È d'uopo ricordare che l'offerta del terzo presentato dal debitore è già in misura uguale o comunque non inferiore al presso base determinato ai sensi dell'art. 568 c.p.c.: onde si evita con questa procedura che si pervenga a una vendita con deprezzamento, a fronte del sistema ordinario che fa leva sull'offerta minima al primo tentativo di vendita (con possibile ribasso del 25%[53]) e su eventuali ribassi dei successivi tentativi;

[51] Nella sostanza il g.e. emetterà un provvedimento di autorizzazione della vendita o di delega al professionista, in parte diverso dal provvedimento ordinariamente assunto, considerato che i tempi del subprocedimento sono funzionali a permettere che la gara si tenga entro centoventi giorni dalla presentazione dell'offerta.

[52] Scompare rispetto alla legge delega il riferimento al termine di quindici giorni per redigere l'avviso. Quanto al termine di novanta giorni per la presentazione delle offerte, esso dovrebbe decorrere dalla pubblicazione dell'avviso.

[53] Rispetto alla vendita senza incanto disposta al di fuori del subprocedimento di vendita diretta, il bene, dunque, non potrà essere venduto per un'offerta minima ai sensi dell'art. 571 c.p.c., non essendo consentita la formalizzazione di offerte per importi inferiori al prezzo offerto dal terzo individuato dal debitore. È stato messo in luce (v. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., pp. 1614-1615) che l'istituto in esame sottenderebbe l'obiettivo di riequilibrare la posizione dell'esecutato e dei creditori, dal momento che, come questi

3) convoca il debitore, gli eventuali comproprietari, il creditore procedente, i creditori intervenuti, i creditori iscritti e gli offerenti a un'udienza che fissa entro 15 giorni dalla scadenza del termine di cui al numero 2) per la deliberazione sull'offerta e, in caso di pluralità di offerte, per la gara tra gli offerenti;

4) prevede, salvo che sia pregiudizievole per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della procedura, che il versamento della cauzione, la presentazione delle offerte, lo svolgimento della gara tra gli offerenti nonché il pagamento del prezzo siano effettuati con modalità telematiche (nel rispetto della normativa regolamentare *ex* art. 161-*ter* disp. att. c.p.c., chiarendo se, dunque, la modalità in cui dovrà tenersi la vendita sia sincrona pura, sincrona mista o asincrona): onde la modalità di vendita telematica viene indicata come forma da prediligersi.

In pratica, l'opposizione dei debitori dà avvio al procedimento di vendita con gara tra gli offerenti, ma con un prezzo base determinato dall'offerta acquisita con l'istanza di vendita diretta (che non è inferiore al prezzo di stima): si attiva, dunque, un modello di vendita competitivo, con differenze rispetto al modello di vendita ordinario e termini ridotti[54]. Ovviamente potrà darsi il caso che, a seguito dell'espletata pubblicità, in sede di delibazione delle offerte si prenda atto che non sono pervenute altre offerte rispetto a quella presentata (o se presentate sono state dichiarate inammissibili) e, allora, il bene verrà aggiudicato all'offerente selezionato dal debitore[55]; viceversa la presentazione di offerte da parte di soggetti diversi aprirà la gara sulle stesse e il bene verrà aggiudicato all'offerta migliorativa più vantaggiosa[56].

ultimi beneficiano dello strumento dell'istanza di assegnazione del bene ai sensi degli artt. 571 e 572 c.p.c. per fugare il rischio di un'aggiudicazione al ribasso, parimenti il debitore con l'istanza di vendita diretta «introduce una speciale forma di liquidazione del bene, destinata a concludersi con una aggiudicazione per un importo quantomeno pari al prezzo fissato dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 568 c.p.c.».

[54] Lo stesso avviso di vendita avrà un contenuto, per certi versi, differente dal consueto, posto che dovrà darsi atto che è stata presentata dal debitore istanza di vendita diretta nonché menzione dell'offerta pervenuta.

[55] Non è ovviamente prospettabile in detta eventualità l'applicazione della previsione di cui all'art. 572, comma 3°, c.p.c. (laddove prescrive che, se il prezzo offerto è inferiore al prezzo stabilito nell'ordinanza di vendita in misura non superiore a un quarto, il giudice può far luogo alla vendita quando ritiene che non vi sia seria possibilità di conseguire un prezzo superiore con una nuova vendita e non sono state presentate istanze di assegnazione ai sensi dell'art. 588 c.p.c.).

[56] Queste operazioni potranno essere delegate al professionista. V. *infra* nel testo.

Una volta versato il prezzo[57], la vendita diretta dovrà concludersi con l'emanazione del decreto di trasferimento da parte del g.e. con conseguente cancellazione dei gravami[58].

Il legislatore, tuttavia, ha inteso inserire una modalità alternativa di conclusione del subprocedimento di vendita diretta, posto che, su istanza dell'aggiudicatario, può autorizzare che il trasferimento avvenga mediante atto negoziale con ordine, contestualmente alla trascrizione di quest'ultimo, della cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie ai sensi dell'art. 586 c.p.c.

In altri termini l'epilogo della vendita può venire a concretizzarsi o con l'emissione del decreto di trasferimento da parte del g.e., oppure con un provvedimento del g.e. che, se richiesto[59], autorizza che il trasferimento avvenga per atto negoziale a rogito di un notaio: trasferimento che comunque – una volta che il notaio stipulante abbia trasmesso copia dell'atto al cancelliere o al professionista delegato, che provvedono al deposito nel fascicolo della procedura – si accompagna all'ordine del giudice – contenuto nello stesso provvedimento che autorizza questa modalità di epilogo – di cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie. In questo modo, quando si dovrà procedere alla trascrizione dell'atto notarile si allegherà anche il provvedimento del g.e. che aveva autorizzato il rogito[60] e che aveva ordinato, ora per allora, al

[57] Parrebbe in un'unica soluzione, posto che, a rigore, l'art. 569, comma 3°, c.p.c. sulla possibilità di versamento rateale in un termine non superiore a dodici mesi non è espressamente richiamato.

[58] All'esito della gara, il g.e., con il provvedimento con il quale aggiudica l'immobile al migliore offerente, stabilisce le modalità di pagamento del prezzo che dovrà essere versato entro novanta giorni, altrimenti l'aggiudicatario incorre nelle conseguenze di cui all'art. 587 c.p.c. Si applica l'art. 585 c.p.c. Se il prezzo non è depositato nel termine indicato, o in ogni altra ipotesi in cui il bene immobile non viene aggiudicato, il giudice con decreto dispone la vendita nei modi e nei termini già fissati ai sensi dell'art. 569, comma 3°, c.p.c.

[59] Richiesta che tendenzialmente dovrà proporsi nei termini indicati per il versamento del prezzo.

[60] La previsione si ispira agli artt. 216 e 217 c.c.i.i. (artt. 107 e 108 l. fall.), laddove si prevede che il trasferimento avvenga, in alternativa, con atto notarile sottoscritto dal curatore. Restano tuttavia difficili da individuare, ad avviso di chi scrive, le ragioni per cui l'acquirente dovrebbe optare per questo epilogo (fatta eccezione per la possibilità di ottenere il trasferimento in tempi più celeri), considerato che dovrebbe sopportare le spese dell'atto a rogito del notaio (pur nel dubbio ingenerato dalla relazione illustrativa, nella quale si legge che «l'idea, contenuta nella legge delega è quella di rendere interessante per l'acquirente l'acquisto del bene, in ragione della verifica giudiziale dei presupposti e, soprattutto, dell'assunzione dei costi del trasferimento e della cancellazione dei gravami a carico della procedura (come già avviene col provvedimento *ex* articolo 586 c.p.c.)»).

conservatore dei registri immobiliari[61] la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie[62].

Non ritengo che questa diversa modalità di attuazione del trasferimento forzoso possa riflettersi sulla natura della vendita resa all'esito del procedimento esecutivo in esame (attingendo a tal riguardo alle considerazioni sviluppate in dottrina e in giurisprudenza con riguardo all'analoga modalità utilizzata nel contesto delle procedure concorsuali, ossia ai sensi dell'art. 107 l. fall., oggi art. 216 c.c.i.i.[63]), permanendo l'indole di vendita giudiziale coattiva con tutto quel ne consegue in punto di disciplina applicabile[64]. Infatti si tratta pur sempre di una vendita che sfrutta bensì lo strumento negoziale, ma che resta inquadrabile come vendita coattiva inserita in un processo esecutivo, effettuata contro la volontà del debitore e pur sempre previamente autorizzata dal g.e. (suscettiva poi,

[61] La Conservatoria dei registri immobiliari è oggi il Servizio di Pubblicità Immobiliare dell'Agenzia del Territorio.

[62] In pratica, laddove il g.e. abbia disposto la delega al professionista, avvenuta la stipula dell'atto, il notaio stipulante trasmette copia dello stesso al professionista delegato, il quale poi procederà ai sensi dell'art. 591-*bis*, comma 3°, n. 11, c.p.c., ossia «alla esecuzione delle formalità di registrazione, trascrizione e voltura catastale del decreto di trasferimento, alla comunicazione dello stesso a pubbliche amministrazioni negli stessi casi previsti per le comunicazioni di atti volontari di trasferimento nonché all'espletamento delle formalità di cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie conseguenti al decreto di trasferimento pronunciato dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'articolo 586». Ritiene, invece, che sia preferibile demandare al notaio rogante anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie A. Saletti, *La "vendita diretta"*, cit., p. 492, *sub* nt. 55.

[63] V. a tal riguardo Cass. civ. 23 settembre 2003, n. 14103; Cass. civ. 10 dicembre 2008, n. 28984. Cfr. altresì Cass. civ. 16 maggio 2018, n. 11957. Non si tratta, dunque, di una modalità di vendita che nasce dall'incontro di due volontà, ossia di chi vuole vendere e di chi vuole acquistare. Sulla natura della vendita forzata v. *amplius* Cass. civ. 2 aprile 2014, n. 7708; Cass. civ. 26 agosto 2020, n. 17814.

[64] Onde l'applicazione degli artt. 2919 ss. c.c. e l'esclusione della disciplina di cui agli artt. 1490 e 1497 c.c., ad eccezione della garanzia prevista in caso di vendita di *aliud pro alio*. Sul punto v. Cass. civ. 24 gennaio 2023, n. 2064, la quale ha statuito che nella vendita forzata l'esclusione della garanzia per vizi della cosa, disciplinata all'art. 2922 c.c., è limitata ai casi in cui la cosa presenti imperfezioni che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, ovvero appartenga per caratteristiche strutturali ad un tipo o ad una specie diversa da quella pattuita, e non riguarda, invece, l'ipotesi di consegna di *aliud pro alio* che è configurabile sia quando la cosa appartenga ad un genere del tutto diverso da quello indicato nella ordinanza di vendita, ovvero manchi delle particolari qualità necessarie per assolvere alla sua naturale funzione economico-sociale, sia quando risulti del tutto compromessa la destinazione della cosa all'uso che, preso in considerazione nell'ordinanza di vendita, abbia costituito elemento determinante per l'offerta di acquisto.

una volta che il prezzo sia stato versato, di produrre l'effetto purgativo delle trascrizioni e iscrizioni).

6. Le differenze rispetto alla vendita diretta contemplata nella legge delega

Ciò chiarito, le differenze rispetto alla versione di vendita diretta-"privata" che emergeva nella legge delega sono piuttosto evidenti. Non si contempla più un modello unico di vendita diretta, che di privato, però, aveva solo la scelta dell'offerente da parte del debitore, ma che in tutto e per tutto era una vendita giudiziale e che verosimilmente – per come era stata pensata inizialmente – era destinata a scarso impiego. Sono invece prospettati due modelli eterogenei che in comune hanno solo l'istanza iniziale e la proposta dell'offerente da parte del debitore, ma che poi si articolano attraverso due percorsi processuali differenti, solo uno dei quali contempla i caratteri della vendita competitiva con gara tra gli offerenti: modelli di vendita che verranno anche, in misura diversa (a seconda della modalità e dello strumento giuridico optato per il trasferimento), ad incidere sugli stessi compiti del delegato[65], come del resto emerge dalla modifica dell'art. 591-*bis* c.p.c. (considerato che questa speciale modalità di liquidazione è delegabile a uno dei professionisti di cui agli elenchi dell'art. 179-*ter* disp. att. c.p.c.[66]).

[65] In caso di vendita "direttissima", al professionista saranno delegate le sole operazioni conseguenti all'aggiudicazione diretta e che si incentrano soprattutto (ma non solo) nella riscossione del prezzo e nella distribuzione del ricavato tra i creditori. Accanto a questi adempimenti si collocano l'autorizzazione all'assunzione dei debiti da parte dell'aggiudicatario a norma dell'art. 508 c.p.c., l'esecuzione delle formalità di trascrizione e voltura catastale del decreto di trasferimento e le attività conseguenti. Nell'ipotesi, invece, di vendita diretta con modalità competitive, la delega al professionista concernerà tutte le attività connesse all'attivazione del subprocedimento di vendita con gara e che si concretizzano nella predisposizione dell'avviso, nell'effettuazione delle pubblicità prescritte, nella partecipazione all'udienza per la delibazione sulle offerte e, in caso di pluralità delle offerte, nello svolgimento della gara, negli adempimenti previsti dall'art. 570 c.p.c. e dall'art. 576 c.p.c., ecc., nonché tutti i compiti connessi alla distribuzione del ricavato (fatta eccezione per la risoluzione di eventuali controversie distributive). Diretto corollario è che gli strumenti per "contestare" il suo operato saranno il reclamo *ex* art. 591-*ter* c.p.c., soprattutto laddove sia stata attivata la vendita diretta competitiva, mentre nell'ipotesi di vendita direttissima predominerà verosimilmente lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi.

[66] Norma che, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, ha subito prospettato il problema dell'individuazione dei percorsi di formazione e aggiornamento professionale ai fini del popolamento del relativo elenco, a fronte della previsione che individua quali requisiti per l'iscrizione, alternativamente: a) lo svolgimento nel quinquennio precedente

Inoltre nell'art. 569-*bis* c.p.c. non si trova riprodotta la previsione – presente nella legge delega – in forza della quale il g.e., nell'autorizzare la vendita diretta, avrebbe dovuto disporre il rilascio dell'immobile nella disponibilità del custode entro trenta giorni a pena di decadenza dell'istanza, «salvo che il bene sia occupato con titolo opponibile alla procedura». Non v'è più, dunque, alcun dovere del g.e., nel disporre la vendita diretta (laddove vi siano opposizioni dei creditori), di cumulare nello stesso provvedimento un ordine di rilascio dell'immobile, "entro trenta giorni e in modo incondizionato" (senza operare alcun distinguo in funzione del soggetto occupante e del motivo dell'occupazione: con la sola eccezione dell'occupazione in forza di titolo opponibile alla procedura, come nell'ipotesi di contratto di locazione avente data certa anteriore al pignoramento, ad un prezzo non vile[67]): ordine che, in caso di mancata ottemperanza da parte del debitore, comportava la decadenza dall'istanza proposta (peraltro non chiarendosi quali fossero le conseguenze nell'i-

di non meno di dieci incarichi di professionista delegato alle operazioni di vendita, senza che alcuna delega sia stata revocata in conseguenza del mancato rispetto dei termini o delle direttive stabilite dal g.e. (previsione che già di per sé solleva problematiche a livello interpretativo sulla portata della attività e sul *dies ad quem* per il calcolo del quinquennio e che probabilmente potranno essere risolte anche attingendo alla omologa disciplina contenuta nell'art. 356 c.c.i.i. per l'albo dei gestori della crisi di impresa); b) il possesso del titolo di avvocato specialista in diritto dell'esecuzione forzata ai sensi del d.m. giustizia 12 agosto 2015, n. 144 (in data 8 maggio 2023 la Commissione permanente nominata dal Ministero della giustizia ha emanato le linee guida per la definizione dei programmi dei corsi di formazione necessari a conseguire il titolo di avvocato specialista); c) la partecipazione in modo proficuo e continuativo a scuole o corsi di alta formazione, organizzati, anche delegando gli Ordini locali, dal Consiglio nazionale forense o dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili o dal Consiglio nazionale del notariato ovvero organizzati dalle associazioni forensi specialistiche maggiormente rappresentative di cui all'art. 35, comma 1°, lett. *s*, l. 31 dicembre 2012, n. 247, nello specifico settore della delega delle operazioni di vendita nelle esecuzioni forzate e il superamento con profitto della prova finale di esame al termine della scuola o del corso: corsi poi attivati a partire da aprile 2023, una volta licenziate dalla SSM le linee guida cui attingere nella predisposizione dei programmi.

[67] Cfr. Cass. civ. 28 marzo 2022, n. 9877, ove si legge che l'art. 560 c.p.c., a seguito della novella apportata dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, attribuisce al g.e. il potere, per il tramite del custode da lui nominato, di conseguire subito alla procedura la disponibilità del bene per la sua offerta in gara e quindi in tempo anche anteriore all'aggiudicazione: pertanto, nel presupposto che quanto non sarà opponibile all'aggiudicatario già non è opponibile neppure alla procedura o ai creditori che ad essa danno impulso, è pienamente legittima l'emanazione diretta da parte del g.e. di un ordine di liberazione sul presupposto della non opponibilità, all'aggiudicatario in futuro ed al ceto creditorio procedente nell'attualità, di un contratto di locazione a canone c.d. vile. V. anche Cass. civ. 9 maggio 2023, n. 12473.

potesi in cui l'inottemperanza all'ordine fosse dipesa da terzi occupanti diversi dal debitore).

Tutto questo significa che, nell'attuale versione della vendita diretta, il debitore che utilizza l'immobile a fini abitativi con il proprio nucleo familiare, e che presenta istanza ai sensi dell'art. 568-*bis* c.p.c. allegando l'offerta del terzo "non ostile", non sarà destinatario di alcun ordine anticipato di rilascio rispetto al termine ultimo normalmente concessogli ai sensi dell'art. 560 c.p.c., coincidente con la pronuncia del decreto di trasferimento, salvo non incorra nelle situazioni di cui al comma 9° (*id est*, salvo che sia di ostacolo al diritto di visita di potenziali acquirenti, impedisca la realizzazione del *virtual tour* o lo svolgimento delle attività degli ausiliari del giudice, non mantenga l'immobile in buono stato di conservazione, ecc.)[68].

7. Il sistema di rimedi avverso gli atti del professionista delegato

In una prospettiva diversa dalla *ratio* che fa da sfondo alle innovazioni sinora sviscerate si collocano le modifiche cha hanno investito l'art. 591-*ter* c.p.c.: modifiche dirette a risolvere criticità emerse nella prassi applicativa delle norme in materia di esecuzione e volte a promuovere la stabilizzazione degli esiti esecutivi (soprattutto del decreto di trasferimento), segnando un ritorno, *in parte qua*, al passato *ante* intervento del 2015[69].

È bene fare subito una precisazione, perché l'art. 591-*ter* c.p.c., in verità, disciplina due istituti distinti, uno al comma 1° e uno ai commi 2° e 3°. Il primo concerne la richiesta presentata dal professionista al g.e. per ottenere istruzioni volte a risolvere criticità[70] emerse nell'espletamento della delega (in tal caso il g.e. provvede con decreto). Il secondo concerne il

[68] Il che però significa, *a contrario*, che non potrà mai beneficiare di una deroga a questo regime laddove operi la vendita diretta con aggiudicazione diretta a favore del terzo offerente individuato dallo stesso debitore, permanendo come unica possibilità che, con l'emissione del decreto di trasferimento unitamente all'ordine di liberazione, sia l'aggiudicatario offerente ad esonerare il custode dall'attuazione dello stesso ai sensi dell'art. 560, comma 10°, c.p.c.

[69] Cfr. A. Auletta, *Il ricorso al G.E. secondo la novellata disciplina di cui all'art. 591-ter c.p.c.: una prima lettura*, in *www.inexecutivis.it.*

[70] A difficoltà di ordine materiale si allude nella relazione illustrativa (sostanzialmente rifacendosi alla logica della risoluzione delle difficoltà operative che emerge nel contesto degli artt. 610 e 613 c.p.c., dettati in materia di esecuzione in forma specifica).

reclamo proponibile dalle parti e dagli interessati[71] innanzi al g.e. avverso gli atti del professionista delegato[72], rispetto al quale il legislatore della riforma introduce finalmente il termine di proposizione (opportunamente ora aggettivato come) perentorio di venti giorni (pena la cristallizzazione dell'atto ancorché illegittimo), e assoggetta il provvedimento (ordinanza) reso in sede di reclamo all'opposizione agli atti esecutivi, anziché al reclamo *ex* art. 669-*terdecies* c.p.c.

L'attuale formulazione normativa non consente più di ritenere che il reclamo *ex* art. 591-*ter* c.p.c. sia esperibile anche avverso il decreto emesso dal g.e. ai sensi del comma 1°[73], ossia quando dà istruzioni per risolvere

[71] Legittimati nella misura in cui abbiano subito un *pregiudizio* dal compimento dell'atto del delegato. Sul concetto di "interessati" si veda Cass. civ. 26 luglio 2022, n. 23338, nella quale si afferma che questa categoria ricomprende tutti i soggetti che, a vario titolo o in diversa maniera, assumono un ruolo effettivo e concreto (e non meramente ipotetico ed eventuale) nel procedimento esecutivo, in quanto destinatari degli effetti di atti o provvedimenti (ad esempio: il terzo nei cui confronti sia pronunciato ordine di liberazione: v. Cass. civ. 28 marzo 2022, n. 9877) oppure perché abbiano compiuto un atto, ad efficacia o di rilievo processuale, che costituisca l'immediato presupposto o l'impulso per il necessario esercizio di potestà giurisdizionale od ordinatoria ad opera del g.e. o degli organi dell'ufficio esecutivo. In arg. v. A. Auletta, *Il ricorso al G.E. secondo la novellata disciplina di cui all'art. 591-ter c.p.c.*, cit., il quale, alla luce della giurisprudenza invalsa, ritiene che debba sussistere un collegamento processuale tra la posizione del terzo e le attività svolte nel procedimento di espropriazione (ossia un contatto intercorso tra il terzo e le operazioni oggetto di contestazione), e reputa necessario che l'interessato debba allegare uno specifico e concreto pregiudizio sostanziale derivante dal vizio denunciato. Da tanto consegue, ad avviso dell'A., che «è dubbio, in ragione di quanto detto, che la semplice circostanza del mancato espletamento di una visita all'immobile sia di per sé sufficiente a rendere ammissibile la proposizione del ricorso: in questo caso il ricorrente dovrà dimostrare se e in che modo la suddetta circostanza abbia inciso sulla mancata presentazione dell'offerta e quindi sulla legittimità dell'intero procedimento».

[72] Norma, dunque, che contempla un controllo sull'operato del delegato, che viene in rilievo nella fase di esercizio della delega nel rispetto della legge e delle direttive impartite con l'ordinanza di vendita dal g.e.

[73] Osserva P. Farina, *L'ultima sistemazione dell'esecuzione forzata: una prima lettura della nuova normativa*, cit., p. 1137, che, laddove le istruzioni contenute nel decreto del g.e. che risolve le difficoltà pratico-operative, confluiscano in un atto del professionista che si assume illegittimo, l'atto sarà comunque reclamabile ai sensi dell'art. 591-*ter*, comma 2°, c.p.c. nel termine perentorio di venti giorni dal suo compimento o dalla sua conoscenza. Rientrando il decreto *ex* art. 591-*ter*, comma 1°, c.p.c. nel concetto di atto esecutivo, residuerà la possibilità di sua opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c.: diretto corollario è che la mancata proposizione della opposizione dovrebbe precludere la fondata proposizione del reclamo ai sensi dell'art. 591-*ter* c.p.c. avverso l'atto del delegato assunto in conformità alle istruzioni ricevute con decreto del g.e.

le problematiche insorte[74]: pertanto tale strumento è proponibile solamente avverso gli atti del professionista delegato.

Tra l'altro, per "coerenziare" il sistema dei rimedi e il loro regime processuale, è stato novellato pure lo speculare strumento contemplato all'art. 534-*ter* c.p.c. per l'espropriazione mobiliare (*id est*, il reclamo avverso gli atti del professionista delegato o del commissionario), nonché il reclamo contro l'operato dell'ufficiale incaricato della vendita ai sensi dall'art. 168 disp. att. c.p.c.

Fatta questa premessa, prima della attuale riforma (e la soluzione vale anche per gli atti del delegato emessi nei procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023), gli atti del professionista delegato erano suscettivi di reclamo *sine die* ai sensi dell'art. 591-*ter* c.p.c.[75].

Da qui la duplice opzione per le parti. Infatti l'atto del delegato che si assumeva illegittimo poteva essere anzitutto reclamato *ex* art. 591-*ter* c.p.c. e l'ordinanza del g.e. che decideva il reclamo, a seguito delle modifiche intervenute nel 2015, era a sua volta reclamabile davanti al collegio ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. Tuttavia, era anche possibile non proporre reclamo e veicolare la censura all'interno dell'impugnativa *ex* art. 617 c.p.c. del decreto di trasferimento[76], essendo questo l'atto con cui il g.e. recepisce e fa proprie le attività del professionista delegato.

Questa alternativa era possibile anche in caso di previa proposizione del reclamo, avendo la Cassazione[77] statuito che il provvedimento reso in

[74] Infatti, mentre nella versione normativa *ante* riforma l'articolo recitava «quando, nel corso delle operazioni di vendita, insorgono difficoltà, il professionista delegato può rivolgersi al giudice dell'esecuzione, il quale provvede con decreto. Le parti e gli interessati possono proporre reclamo avverso il predetto decreto nonché avverso gli atti del professionista delegato […]», l'attuale testo prevede «quando nel corso delle operazioni di vendita insorgono difficoltà, il professionista delegato può rivolgersi al giudice dell'esecuzione, il quale provvede con decreto. Avverso gli atti del professionista delegato è ammesso reclamo delle parti e degli interessati […]».

[75] Nonostante le esegesi promosse in dottrina al fine di individuare comunque un termine: vuoi facendo leva sull'art. 617 c.p.c., vuoi sull'art. 739 c.p.c. o vuoi ancora sull'art. 669-*terdecies* c.p.c.

[76] *Id est*, il primo provvedimento successivo adottato dal g.e.

[77] Cfr. Cass. civ. 9 maggio 2019, n. 12238, in *Riv. esec. forz.*, 2019, p. 881 ss., con nota di Giacinto, *Sul regime impugnatorio dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione nella vendita forzata delegata*, in *Rass. esec. forz.*, 2019, p. 1179 ss., con nota di M.L. Guarnieri, *L'ordinanza collegiale emessa a norma dell'art. 591 ter c.p.c. e la sua impugnabilità*, decisione emessa nell'ambito del *Progetto esecuzioni*, con la quale si è statuito che l'ordinanza collegiale, pronunciata all'esito del reclamo ai sensi dell'art. 591-*ter* c.p.c. avverso gli atti pronunciati dal g.e. nel corso delle operazioni di vendita per espropriazione di immobili delegate al professionista *ex* art. 591-*bis* c.p.c., non ha natura né decisoria, né definitiva e,

sede di reclamo (tanto *ex* art. 591-*ter* c.p.c. innanzi al g.e. quanto *ex* art. 669-*terdecies* c.p.c. innanzi al collegio) ha natura meramente ordinatoria, non è suscettibile di passare in giudicato e non è in grado di vincolare il g.e. nell'adozione dei successivi provvedimenti della procedura, e questa assenza del carattere di decisorietà precludeva la possibilità di proposizione del ricorso (tanto ordinario quanto straordinario) per Cassazione[78].

come tale, non è suscettibile di passare in giudicato, sicché non è impugnabile con ricorso per cassazione, né ordinario, né straordinario ai sensi dell'art. 111, comma 7°, Cost. In particolare, la Corte precisa che: a) tutti gli atti del professionista delegato sono reclamabili dinanzi al g.e. ai sensi dell'art. 591-*ter* c.p.c.; b) gli atti coi quali il g.e. dia istruzioni al professionista delegato o decida sul reclamo avverso gli atti di questi hanno contenuto meramente ordinatorio e non vincolano il g.e. nell'adozione dei successivi provvedimenti della procedura; c) il reclamo al collegio avverso gli atti suddetti del g.e. mette capo ad un provvedimento che non ha natura decisoria e non è suscettibile di passare in giudicato; d) eventuali nullità verificatesi nel corso delle operazioni delegate al professionista, e non rilevate nel procedimento di reclamo *ex* art. 591-*ter* c.p.c., potranno essere fatte valere impugnando ai sensi dell'art. 617 c.p.c. il primo provvedimento successivo adottato dal g.e.
In senso conforme si veda altresì Cass. civ. 11 luglio 2023, n. 19712, ove si legge che nell'ambito del fallimento (oggi liquidazione giudiziale), nel caso in cui il curatore preveda all'interno del programma di liquidazione che le vendite vengano effettuate secondo le disposizioni del codice di procedura civile, con delega delle operazioni di vendita, la disciplina di cui agli artt. 591-*bis* e 591-*ter* c.p.c. – quest'ultimo nel testo *post* modifiche del 2015 ma *ante* modifiche riforma del 2022 – si applica nella sua interezza, con la conseguenza che: a) l'ordinanza emessa dal g.d. ai sensi dell'art. 591-*ter* c.p.c. è impugnabile col reclamo *ex* art. 669-*terdecies* c.p.c.; b) l'ordinanza collegiale pronunciata all'esito di tale reclamo non ha natura decisoria, né definitiva; c) la medesima ordinanza, in ragione di una simile natura, non è impugnabile con ricorso per cassazione, né ordinario, né straordinario ai sensi dell'art. 111, comma 7°, Cost.; d) eventuali nullità verificatesi nel corso delle operazioni delegate al professionista si trasmetteranno agli atti successivi riservati al g.d., i quali soltanto potranno essere impugnati ai sensi dell'art. 26 l. fall. (oggi art. 124 c.c.i.i.). Questa ricostruzione è verosimilmente destinata a mutare alla luce delle ultime modifiche che hanno interessato l'art. 591-*ter* c.p.c., non prospettandosi più un percorso processuale suscettivo di sfociare in un possibile reclamo *ex* art. 669-*terdecies* c.p.c., bensì in una eventuale opposizione agli atti destinata ad essere decisa con sentenza soggetta a ricorso straordinario per cassazione.

[78] Peraltro va altresì ricordata la pronuncia di Trib. Napoli 30 novembre 2020 (ord.), in *www.judicium.it*., con nota di S. Rusciano, *Improcedibile il reclamo (ex artt. 591 ter e 669 terdecies c.p.c.) se il provvedimento è "doppiato" dal successivo atto del g.e*., con la quale il Tribunale partenopeo ha statuito: «in tema di impugnazione degli atti del professionista delegato alle operazioni di vendita nominato *ex* art. 591 *bis* c.p.c., il reclamo al Collegio avverso l'ordinanza con la quale il g.e. abbia deciso sul ricorso contro un atto del professionista ai sensi dell'art. 591 *ter* c.p.c. è inammissibile od improcedibile qualora il giudice abbia posto in essere l'atto successivo previsto nella sequenza procedimentale di legge, atteso che – trattandosi del controllo su d'una attività meramente ordinatoria – la decisione del Collegio non potrebbe incidere direttamente né sull'attività posta in essere dal professionista delegato (in quanto oramai assorbita dallo sviluppo successivo del proce-

8. Le modifiche apportate all'art. 591-*ter* c.p.c. dalla riforma Cartabia e la *ratio* alla base della novella

L'applicazione dell'art. 591-*ter* c.p.c. *ante* riforma ha permesso di pervenire a un primo approdo: ossia che il reclamo di cui all'art. 669-*terdecies* c.p.c. avverso l'atto del professionista non aveva alcuna effettiva utilità e anzi lasciava il processo esecutivo esposto al rischio che un vizio inerente a un'attività compiuta dal delegato potesse "trasmettersi" agli atti successivi fino al decreto di trasferimento, esposto alla proposizione di opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c.[79] (a mo' di effetto domino). Vi sono stati casi eclatanti, ove per omessa pubblicità della vendita in uno dei portali o siti indicati dal g.e. (*ergo* al di fuori dell'ipotesi di omissione assoluta di pubblicità), dopo una serie di esperimenti di vendita e dopo l'aggiudicazione del bene, versato il saldo prezzo si perveniva alla pronuncia del decreto di trasferimento e, fatalmente, si faceva avanti il debitore proponendo opposizione agli atti avverso lo stesso, denunciando la nullità "indotta" per difetto originario della prescritta pubblicità.

dimento), né sull'atto successivo del g.e. (in quanto soggetto ad autonoma e necessaria impugnazione con lo strumento dell'opposizione *ex* art. 617 c.p.c.)". V. *infra sub* nt. 85, in relazione al nuovo regime.

[79] Peraltro con l'incertezza che si collega alla soluzione accolta da Cass. civ., sez. un., 14 dicembre 2020, n. 28387, in *Riv. esec. forz.*, 2021, p. 93 ss., con nota di F. Tizi, *La vendita immobiliare: immediata esecutività dell'ordine di cancellazione delle formalità*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1366 ss., con nota di P. Farina, *Il tempo dell'effetto purgativo delle vendite forzate: una parola definitiva dalle Sezioni unite*, e in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1011 ss., con nota di C. Vanz, *La trascrivibilità del decreto di trasferimento immobiliare*, ad avviso della quale, anche se il decreto di trasferimento è ancora impugnabile *ex* art. 617 c.p.c., i gravami vanno cancellati, essendo l'ordine rivolto al conservatore subito esecutivo. Si consideri poi che l'art. 586 c.p.c. non prescrive alcuna comunicazione del decreto di trasferimento, come del resto ribadito anche dalla recentissima Cass. civ. 19 gennaio 2023, n. 1647, sicché ciò incide sulla "mobilità" del momento di decorrenza del termine di decadenza di venti giorni per la proposizione dell'opposizione agli atti: opposizione azionabile non solo dal debitore ma anche dagli altri interessati che deducano un pregiudizio connesso al vizio denunciato (per es. un offerente che si è visto illegittimamente escluso dalla gara per ritenuta inammissibilità della sua offerta). A tal riguardo giova ricordare Cass. civ. 26 luglio 2022, n. 23338, la quale ha chiarito che, in difetto di espressa previsione normativa *ad hoc*, dall'omesso o tardivo versamento del saldo prezzo non deriva per l'aggiudicatario inadempiente alcun ostacolo alla formulazione di offerte (ed alla partecipazione alla gara) in successivi esperimenti di vendita compiuti anche nel medesimo procedimento espropriativo: e tanto in coerenza con la natura eccezionale e di stretta interpretazione delle norme, poste dal codice di rito (artt. 571 e 579 c.p.c.) o da disposizioni sostanziali (artt. 323, 378 e 1471 c.c.), che sanciscono divieti di offrire o acquistare in vendita forzata, poiché in linea di principio comportanti limitazione alla generale libertà negoziale riconosciuta ad ogni individuo (così Cass. civ. 13 febbraio 2019, n. 4149).

Tutto questo, però, non aveva senso rispetto alla logica che da anni pervade il processo esecutivo (e avallata, con una serie di pronunce, anche dalla stessa giurisprudenza: a partire dalla nota decisione delle sezioni unite sulla preclusione da fase[80]): logica tesa ad arginare e sterilizzare i vizi dell'esecuzione forata attraverso una progressiva stabilizzazione degli atti per mancata opposizione *ex* art. 617 c.p.c. Di fronte a questa logica non si poteva certo tollerare un decreto di trasferimento a *caducità intrinseca* e inevitabilmente instabile[81]. Né era possibile accettare un regime di instabilità degli atti del delegato suscettivo di riflettersi sullo stesso decreto di trasferimento, dinnanzi a una graduale incremento – intervenuto negli anni – dei poteri del professionista delegato, in termini sempre più estesi[82].

Di qui l'intervento del legislatore, il quale ha mantenuto lo strumento del reclamo ai sensi dell'art. 591-*ter* c.p.c. avverso il solo atto del professionista, essendo strumento più agile rispetto a quello *ex* art. 617 c.p.c., ma nel medesimo termine di proposizione previsto per l'opposizione agli atti esecutivi, ossia venti giorni dal compimento dell'atto o dalla sua conoscenza. Il reclamo in esame è destinato a concludersi con la emissione di ordinanza suscettiva di opposizione agli atti (non più reclamo cautelare), che, a sua volta, conduce necessariamente alla pronuncia di sentenza ricorribile per cassazione ai sensi dell'art 111, comma 7°, Cost., con ciò

[80] V. Cass. civ., sez. un., 27 ottobre 1995, n. 11178, ove si è statuito che il processo esecutivo non si presenta strutturato come una sequenza continua di atti concatenati in modo funzionale e tra di loro dipendenti, ordinati ad un unico provvedimento finale secondo lo schema proprio del processo di cognizione, bensì come una successione di subprocedimenti autonomi che danno corpo al processo esecutivo, la cui disciplina è ispirata all'esigenza di garantire stabilità dello stesso, come si desume dalla previsione degli artt. 530, 569 e 617 c.p.c. nonché dell'art. 2929 c.c. L'autonomia, che contraddistingue ciascuna fase dell'esecuzione rispetto a quella precedente, comporta, ad avviso delle sez. un., che le situazioni invalidanti che si verificano in una fase in tanto sono suscettibili di rilievo nel prosieguo del processo, in quanto impediscano al processo il conseguimento del risultato che ne costituisce lo scopo, e cioè l'espropriazione del bene pignorato come mezzo per la soddisfazione dei creditori (fermo restando il limite ultimo per dedurre tali nullità dato dalla chiusura del processo esecutivo), mentre ogni altra situazione invalidante, di per sé non preclusiva del conseguimento dello scopo del processo, deve essere eccepita con opposizione agli atti esecutivi nel rispetto del termine decadenziale.

[81] Con inevitabili riflessi in punto efficienza delle vendite esecutive, avendo questo scenario (frutto del regime previsto nell'art. 591-*ter* c.p.c. *ante* riforma) dispiegato potenziali effetti dissuasivi nei confronti di possibili acquirenti in vendita forzata.

[82] A fronte della presa d'atto che innanzi a un atto del delegato è esclusa la proponibilità dell'opposizione agli atti, potendosi denunciare il vizio unicamente con lo strumento di cui all'art. 591-*ter* c.p.c.

recuperandosi la possibilità per la Suprema Corte di affermare in funzione nomofilattica principi con riguardo al controllo degli atti del delegato.

Il legislatore compie, quindi, un passo in avanti con questa innovazione, ma al contempo pure un passo indietro, ritornando al regime previgente, *ante* novella del 2015. Perché? Perché si è reso conto che la strada della semplificazione delle forme processuali, attraverso l'adozione del più rapido e agile strumento del reclamo cautelare in luogo dell'opposizione agli atti, mal si combina con l'esigenza che l'esecuzione proceda per stadi suscettivi di stabilizzarsi. Inoltre l'idea di un mezzo processuale esperibile al fine di ottenere un provvedimento che, però, non vincola il giudice, senza dunque fissare alcun esito stabile (potendo l'atto del delegato – reclamato o non – essere rimesso in discussione in sede di impugnazione del decreto di trasferimento) è una soluzione che si scontra con i più elementari principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di efficienza della tutela esecutiva.

9. La stabilizzazione degli atti del delegato e la maggior stabilità del decreto di trasferimento (a margine del dubbio su possibili vizi "resistenti" alla sanatoria per mancato tempestivo reclamo)

La diretta conseguenza di questa innovazione è che, di fronte a un atto del delegato che si assume viziato, le parti hanno venti giorni di tempo per promuovere reclamo ai sensi dell'art. 591-*ter* c.p.c. e, se lo stesso non viene azionato, il vizio si sana, è *tamquam non esset* e non sarà più possibile, in relazione ad esso, promuovere opposizione agli atti avverso il decreto di trasferimento. Per converso, laddove si proponga tempestivo reclamo[83], la decisione del g.e. – vuoi emessa in prime cure *ex* art. 591-*ter* c.p.c., vuoi emessa all'esito dell'opposizione agli atti avverso la decisione assunta in sede di reclamo – avrà comunque efficacia non già di mera "direttiva", bensì vincolante rispetto alla successiva attività posta in essere dal g.e.

[83] Posto che il ricorso non sospende le operazioni di vendita, salvo che il g.e., concorrendo gravi motivi, disponga la sospensione, potrà anche darsi che in pendenza del reclamo il processo prosegua. A questo punto si potrebbe financo giungere a un rigetto del reclamo, con ordinanza poi impugnata con opposizione agli atti. Se, per ipotesi di lavoro, *medio tempore* si pervenisse al decreto di trasferimento, il successivo accoglimento dell'opposizione agli atti avrebbe inevitabili riflessi sul decreto di trasferimento.

Rimane sullo sfondo il problema se tutti i vizi concernenti le operazioni delegate possano rientrare nel contesto di questo effetto sanante per mancata proposizione del reclamo avverso gli atti del delegato[84] (tema alquanto complesso perché si riallaccia a quello più generale dei vizi c.d. insanabili o delle c.d. nullità assolute degli atti del processo esecutivo, non suscettive di sanatoria per mancata opposizione agli atti[85], perché tali da impedire al processo di raggiungere lo scopo cui è destinato e, quindi, rilevabili d'ufficio dallo stesso g.e.[86])[87].

Al di là di questa considerazione, il corollario della soluzione accolta nel nuovo art. 591-*ter* c.p.c. è che il decreto di trasferimento, nel vigore della normativa riformata, recupera maggiore stabilità[88]: diverrà un atto

[84] A cui si riallaccia la questione sulla sussistenza o meno, nell'attuale regime, del potere del g.e. di revocare l'aggiudicazione laddove rilevi (nell'esercizio del suo controllo sull'operato del professionista) che un atto del delegato violi la delega o le disposizioni di legge. V. subito *infra sub* nt. 88.

[85] In merito v. la pronuncia di Cass. civ. 6 dicembre 2022, n. 35878, la quale ha statuito che, in tema di esecuzione forzata, anche le gravi ed eccezionali invalidità degli atti che determinano nullità non sanabili o l'improseguibilità del processo, pur se rilevabili *ex officio* dal g.e., debbono essere fatte valere, dalla parte interessata, col rimedio dell'opposizione *ex* art. 617 c.p.c., la quale va proposta – necessariamente entro il termine decadenziale prescritto (decorrente dal compimento o dalla conoscenza dell'atto esecutivo opposto) e, comunque, entro gli sbarramenti preclusivi correlati alla conclusione delle singole fasi dell'espropriazione forzata – avverso l'atto viziato oppure contro quelli successivi in cui il medesimo vizio si riproduce.

[86] Cfr. sul punto P. Farina, *L'ultima sistemazione dell'esecuzione forzata: una prima lettura della nuova normativa*, cit., p. 1136, ove si discorre di vizi che superano lo sbarramento da fase (facendo l'A. riferimento ai vizi in materia di pubblicità, alla vendita di un bene oggettivamente diverso da quello pignorato, o di un bene danneggiato e reso inutilizzabile dal debitore rispetto alla sua funzione, o altre ipotesi di *aliud pro alio*).

[87] Esclude che la "sanatoria" per omessa proposizione del reclamo possa operare con riguardo al mancato rituale compimento degli adempimenti pubblicitari funzionali alla vendita forzata, come pure nelle ipotesi di avviso di vendita riportante indicazioni errate e non corrispondenti a quelle contenute nell'atto di pignoramento dell'immobile (ossia con riferimento alla consistenza del bene o alla sua individuazione catastale), M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 1809, *sub* nt. 106. Probabilmente questa soluzione è da accogliersi per l'ipotesi (più accademica) di totale difetto di espletamento degli adempimenti pubblicitari (venendo in rilievo un predominante interesse pubblicistico), ma non anche nell'ipotesi di pubblicità incompleta, perché effettuata sul p.v.p. ma non anche sugli altri siti.

[88] V. A. Tedoldi, *La riforma dell'esecuzione forzata: le novità del D. Lgs n. 149/2022*, in *www.giustiziainsieme.it*. Osserva Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 1808, che «poiché, in applicazione dei principi generali […] un atto non può essere contestato se sia meramente confermativo di quello presupposto», per potersi raggiungere questo obiettivo sarà sufficiente che i soggetti legittimati ad esperire il reclamo avverso l'atto del delegato siano stati resi edotti dell'atto stesso e soprattutto della aggiudicazione, al fine di consen-

tendenzialmente blindato, perché sarà di norma impugnabile solo per vizi suoi propri, intrinseci del solo decreto[89] *ex* art. 586 c.p.c.[90] (come pure nell'ipotesi di mancato tempestivo versamento del prezzo della vendita), pur con l'alea delle conseguenze da riconnettersi all'omesso adempimento previsto dall'art. 585, comma 4°, c.p.c., ossia la dichiarazione scritta resa dall'aggiudicatario, nella consapevolezza della responsabilità civile e penale prevista per le dichiarazioni false o mendaci, al fine di fornire al g.e. o al professionista delegato le informazioni prescritte dalla normativa antiriciclaggio (art. 22, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231).

tire il decorso del termine preclusivo del rimedio in esame.

[89] Laddove, per esempio, ricorra erronea identificazione del bene aggiudicato ovvero sussista una violazione delle formalità indicate dall'art. 585 c.p.c.

[90] E non già, quindi, per vizi "derivati" connessi alle operazioni di vendita delegate antecedenti.

Populismo e costituzionalismo. La modifica dell'art. 81 della Costituzione italiana nell'esperienza italiana (2012-2019)

Mario Pomini
Professore associato di Economia politica

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il costituzionalismo economico: il contributo della Public Choice. – 3. L'intermezzo di Monti (2011-2013) e il mito liberista dell'austerità. – 4. Letta, Renzi e Gentiloni. La sinistra alla prova. – 5. Dai partiti antisistema al ritorno dei tecnici: da Conte a Draghi. – 6. Verso un nuovo populismo economico individualistico e corporativo. – 7. La lezione mancata del costituzionalismo fiscale.

1. Introduzione

Nell'autunno del 2012 il Parlamento italiano a larga maggioranza ha votato la proposta di modificare l'art. 81 della Costituzione. Eravamo nella tempesta del debito degli Stati sovrani. Alcuni Paesi come Italia, Grecia, Olanda e Spagna si trovavano gravemente esposti alle conseguenze negative della crisi finanziaria del 2008. Se l'effetto principale della crisi internazionale è stato una drastica riduzione del Pil, ciò ha portato come conseguenza inevitabile a una spinta verso l'alto il rapporto debito/pubblico Pil. La difesa della moneta unica richiedeva azioni importanti e nel 2012 è stato approvato dai Paesi dell'Unione europea il *Fiscal Compact*, una versione ancora più severa per le finanze pubbliche rispetto al vecchio *Patto di Stabilità* del 1997. La speranza era che l'austerità fiscale riducesse la volatilità del mercato.

Il *Fiscal compact* prevedeva, come opzione consigliata, che le nuove norme vincolanti sul debito pubblico fossero inserite anche nel testo costituzionale. Il Governo italiano seguì questa indicazione e furono aggiunti all'articolo 81, che nella sostanza ricalcava quello dello Statuto Albertino, un primo e secondo comma. Il nuovo primo comma recita che: "Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico". Con questo comma il principio del pareggio di bilancio entrava direttamente in Costituzione. La formulazione tradizionale era mitigata da istanze, per così dire, keynesiane. L'andamento del disavanzo nella impostazione keynesiana deve tener conto delle condizioni economiche generali: ridursi nel caso di andamento favorevole dell'economia e aumentare nel caso contrario. Il secondo comma interviene in maniera specifica: "Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali". La Costituzione non precisa quali siano queste circostanze eccezionali che invece vengono descritte in maniera minuziosa nel testo europeo del *Fiscal Compact*. Il governo, allora guidato Berlusconi, preparò l'adozione della modifica che venne perfezionata dal governo Monti perché a novembre 2011 l'aumento eccezionale dei tassi di interesse convinse il leader di Forza Italia della necessità di un cambiamento radicale della compagine governativa dimettendosi.

Lo scopo di questo contributo è quello di offrire una parziale verifica di quello che può essere definito come un episodio di costituzionalismo fiscale, cioè di inserimento di precise regole di finanza pubblica nel testo costituzionale. Vedremo che nel caso italiani lo scopo finale, il contrasto alle spinte populiste, verrà solo parzialmente raggiunto ma con degli importanti cambiamenti sulla natura del debito. Prima però è utile offrire un sintetico inquadramento teorico di riferimento, accennando brevemente ad alcuni aspetti del costituzionalismo economico, in questo caso di tipo fiscale.

2. Il costituzionalismo economico: il contributo della *Public Choice*

Le radici del costituzionalismo economico vengono di norma collocate in due grandi filoni di pensiero: l'ordoliberalismo tedesco e la scuola della *Public Choice*. Il primo filone è una riflessione sulle regole economi-

che che troviamo nella scuola tedesca e maturato negli anni Cinquanta (Masini 2023). Per i teorici dell'ordoliberalismo, lo Stato ha la funzione di agevolare e sorvegliare il funzionamento dei mercati, anche nel campo della finanza pubblica dove il principio guida dovrebbe essere quello del bilancio in pareggio. Il secondo filone deriva principalmente dall'opera del premio Nobel per l'economia James Buchanan (Holcombe 2016). Noi prenderemo in considerazione ai nostri fini solo questo secondo filone di pensiero.

Uno dei temi centrali attorno ai quali si è svolta la ricerca di Buchanan è sicuramente quello del debito pubblico, argomento al quale l'economista americano ha dedicato numerosi articoli e monografie (2008Tanzi). Un problema di finanza pubblica tradizionale studiato specialmente nelle sue implicazioni sul piano politico. Con Buchanan la scienza delle finanze ritornava ad essere un ramo della teoria dello Stato e non solo una trattazione teorica dell'imposizione fiscale. In questo egli riprendeva consapevolmente la tradizione della finanza pubblici italiana che conosceva molto bene, avendo passato un anno in Italia con una borsa di studio nel 1952. Due testi sono rilevanti per i nostri scopi. Il primo è il volume del 1967, *Public Finance in Democratic Process* e il secondo è quello del 1977, scritto con il suo collega Richard E. Wagner, *Democracy in Deficit*. Il testo del 1967, come il titolo già anticipa, costituisce una riflessione generale sul ruolo dello Stato nelle scelte collettive di carattere fiscale. In questo contesto non potevano mancare acute riflessioni sul ruolo del debito pubblico.

Qui Buchanan si mantiene su posizioni piuttosto tradizionali. Il disavanzo dello Stato può essere accettato solo per realizzare delle spese straordinarie o per investimenti pubblici. La ragione evidenziata è interessante. Riprendendo una definizione da Amilcare Puviani contenuta nel libro del 1903 *Teoria dell'illusione fiscale,* per Buchanan il debito pubblico rischiava di essere una minacciosa illusione fiscale, cioè un inganno per il cittadino-contribuente. Questo aspetto psicologico, cioè la non consapevolezza dei guasti di un eccessivo indebitamento, ha delle conseguenze notevoli. L'illusione fiscale è utilizzata ampiamente per Buchanan e gli esponenti della *Public Choice* dall'élite politica per ottenere un ampio consenso elettorale. Non è l'unica forma di illusione fiscale, secondo la tradizione italiana e anche Buchanan, ma certamente quella più potente. Chi sceglie il debito, infatti, non sono i singoli cittadini ma il ceto politico che non ha di mira l'interesse collettivo, ma solo un suo vantaggio personale, come ad esempio la rielezione. Questo individualismo metodo-

logico di stampo opportunistico è tipico della scuola della *Public Choice*. Quindi il debito, non solo è un errore economico dovuto all'ignoranza del contribuente, ma è un errore provocato e cercato da chi governa. In termini odierni è una forma di populismo, un insieme di promesse che non possono essere mantenute, ma che consentono di ottenere una grande fortuna politica. Una posizione, dunque, quella di Buchanan ampiamente anti-keynesiana in un periodo in cui, gli anni Sessanta, la teoria di Keynes era il faro della politica economica con Paul Samuelson, altro premio Nobel per l'economia, come suo principale interprete.

Se il tema della critica alle teorie del debito pubblico di stampo keynesiano è presente anche se in forma implicita nel testo del 1967, esso costituisce l'obiettivo fondamentale del nuovo libro del decennio successivo, *Democracy in Deficit*. Gli anni Settanta sono un periodo particolarmente turbolento per l'encomia americana e internazionale in generale. Il conflitto arabo-israeliano del 1973 aveva fatto sprofondare l'economia internazionale nella prima vera recessione post bellica. L'inflazione saliva ma anche la disoccupazione. Le ricette keynesiane di un aumento della spesa in disavanzo, ampiamente sperimentate, generavano un nuovo fenomeno chiamato stagflazione, cioè l'aumento sincronico dell'inflazione e della disoccupazione. In questo contesto facevano sentire la loro autorevole voce, Buchanan e il suo collega Wagner.

A comprendere la tesi del libro ci aiuta il sottotitolo: "L'eredità politica di Lord Keynes". Qual è questa eredità lasciata dal grande economista britannico? I due economisti neoclassici non hanno dubbi. Keynes è stato il principale artefice della democrazia che si basava sul principio del disavanzo pubblico. Nella loro opinione l'economia keynesiana non è stata solo un disastro sul piano economico, ma ha avuto un effetto dirompente soprattutto sul piano politico. L'ideologia keynesiana a loro avviso ha convinto politici e cittadini che il debito pubblico fosse la panacea per i mali economici, lo strumento necessario in particolare per mantenere elevato il tasso di occupazione. Affermando che la regola tradizionale del pareggio di bilancio era superata, e anche dannosa per l'economia, gli economisti keynesiani avevano deresponsabilizzato i politici che ne hanno subito approfittato. Poiché il disavanzo pubblico consente di spendere senza tassare, ecco che la teoria aveva corrotto il processo democratico. Le conseguenze negli anni Settanta per i due economisti erano tangibili: un'inflazione fuori controllo e una dilatazione abnorme del ruolo dello Stato. Se il principio di usare il debito pubblico per stabilizzare l'economia

poteva avere un qualche fondamento teorico, la sua applicazione negli Usa per Buchanan è stata nefasta.

Per l'economista americano era necessario trovare una nuova sintesi tra l'impostazione keynesiana e quella tradizionale. Con le sue parole: "Il principio che il bilancio in pareggio debba essere equilibrato lungo il ciclo economico ha rappresentato uno sforzo per colmare il divario tra il percetto keynesiano di finanza funzionale e il precetto classico di bilancio in pareggio su base annua" (Buchanan e Wagner 1977, p. 176). Ma per Buchanan questo bilanciamento non era possibile sul piano pratico perché i politici hanno un incentivo troppo forte ad aumentare la spesa. Per ottenere questo risultato risultava necessario ridurre il potere discrezionale della classe politica. Questo si poteva fare introducendo delle regole costituzionali che definissero dei principi sottratti alle pressioni elettorali o dei gruppi di interesse. Con Buchanan: "E' sulla base di considerazioni come queste che abbiamo sostenuto, e continuiamo a sostenere, gli sforzi per emendare la Costituzione degli Stati Uniti così da richiedere che il governo federale pareggi il bilancio, sforzi che suggeriscono loro stessi una consapevolezza crescente dell'eredità keynesiana potenzialmente disastrosa" (Buchanan e Wagner 1977, p. 209).

Nonostante l'autorevolezza dei due interpreti, le voci di Buchanan e Wagner rimasero ampiamente inascoltate e il disavanzo americano proprio nei primi anni Ottanta cominciò la sua crescita che lo ha portato ora al 110% del Pil. Paradossalmente non sono stati gli economisti keynesiani a procurare questo risultato, ma piuttosto gli sponenti della scuola opposta. Il disavanzo pubblico dagli anni Ottanta negli Usa ha cambiato natura. Il disavanzo dei democratici aveva lo scopo di aumentare il welfare, e dunque i servizi pubblici, il disavanzo liberista di Reagan è stato provocato da una fortissima riduzione delle tasse per le famiglie benestanti, e dunque per fare avanzare il mercato. È cambiato l'indirizzo politico, ma non lo strumento populista: l'esplosione del debito pubblico.

3. L'intermezzo di Monti (2011-2013) e il mito liberista dell'austerità espansiva

Da un punto di vista teorico, possiamo dunque dire che le misure del *Fiscal Compact* recepite nel nuovo articolo 81 della Costituzione italiana nel 2012 siano perfettamente in linea con la vecchia proposta di Buchanan di inserire delle regole fiscali in Costituzione. È interessante allora chiedersi se questa ricetta costituzionale abbia funzionato, cioè se i vinco-

li costituzionali siano riusciti nel loro scopo di avviare una riduzione del debito pubblico italiano. Limitiamo la nostra analisi al periodo 2012-2019 perché poi il ciclo economico è stato influenzato dalla pandemia da Covid 19 iniziata nel 2020.

Quando un sistema politico non è in grado di gestire correttamente l'economia, si ricorre alla scialuppa di salvataggio del governo tecnico, cioè di un governo senza un preciso colore politico e formato da persone di indiscusso valore che ha il compito di introdurre le necessarie misure economiche spesso impopolari. Il governo del prof. Mario Monti, a cui il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano affidò l'incarico di formare il nuovo governo, è stato il terzo di questo tipo nella storia della Repubblica, accanto a quello di Carlo Azeglio Ciampi (1993-4) e di Lamberto Dini (1995-95). La prima uscita del governo si è concretizzata nel cosiddetto decreto Salva Italia del dicembre 2011, denominazione altamente simbolica. La manovra restrittiva, vista con gli occhi del presente, non appare così impegnativa comportando un importo lordo di 30 miliardi, di cui 20 coperti con nuove entrate e la parte rimanente con riduzione di spese. Sul piano squisitamente fiscale abbiamo il ritorno di una imposta patrimoniale sulla casa, ora diventata Imu (Imposta Municipale Unica). Dal secondo semestre 2022 venne introdotto un notevolissimo aumento dell'IVA dal 21% al 23%, con un ulteriore aumento dello 0,5% previsto nel 2014. Vennero aumentate anche molte imposte minori, come la tassa sulle auto di lusso, sulle barche e sugli aerei privati. A queste misure sulle entrate si accompagnarono molte altre misure volte a contenere la spesa pubblica. Spiccavano, tra gli altri interventi, i tagli alla sanità e agli enti locali per svariati miliardi.

L'intervento più rilevante, e anche più noto, del Salva Italia è stato quello relativo alla riforma delle pensioni. La questione pensionistica in Italia, il veloce aumento della spesa generatosi negli ultimi decenni a causa dell'invecchiamento della popolazione e di una legislazione generosa, era stato oggetto nel tempo di diversi interventi legislativi che però non avevano affrontato alcune questioni di fondo. Con la riforma Fornero, dal nome della ministra dl lavoro e delle politiche sociali proponente, nonché nota economista, si interveniva in profondità. In particolare, l'età per la pensione di vecchiaia venne alzata a 66 anni e sette mesi, mentre quella anticipata fu spostata a 42 anni e 10 mesi. Con la riforma della ministra Fornero la spesa pensionistica veniva riportata, almeno in teoria, ad un principio di sostenibilità intergenerazionale. Il risparmio previsto era di 80 miliardi in dieci anni. L'intervento risultò però decisamente drastico e

penalizzò in maniera molto grave coloro che erano prossimi alla pensione, i cosiddetti esodati. L'intervento della professoressa Fornero non sarà l'ultimo che riguarderà le pensioni che continueranno ad essere un tema centrale nella politica economica, e non solo in Italia. Da un lato, l'invecchiamento della popolazione e, dall'altro, il ristagno della produttività, sono le due forze di fondo che spingono per un ridimensionamento della rendita pensionistica in tutti i paesi industrializzati.

Dopo il decreto Salva Italia, dedicato alla messa in sicurezza dei conti pubblici con un programma di severa austerità fiscale, il governo Monti operò anche in una direzione differente, sfruttando l'ampio appoggio parlamentare nel tentativo di darsi un aspetto autenticamente riformista. Nel marzo 2012 venne approvato il decreto Cresci Italia che, almeno nelle intenzioni perché poi molti decreti attuativi non verranno approvati, avrebbe dovuto aggredire i monopoli tradizionali e le posizioni di rendita da un lato, e facilitare l'avvio di molte attività economiche, dall'altro. Nella versione finale questo decreto sulle liberalizzazioni doveva portare più farmacie, più servizi taxi e più concorrenza nel settore delle professioni e dei servizi. Un punto rilevante è stata l'abolizione delle tariffe minime per gli ordini professionali con l'obbligo di presentare al cliente un preventivo. Ma questa stagione riformista, superata l'urgenza finanziaria, diede modesti risultati.

In definitiva, la politica economica del Governo Monti è stata improntata fortemente all'austerità, cioè all'aumento delle tasse e alla riduzione della spesa pubblica, e diversamente non poteva essere, data la pesante eredità berlusconiana, con inevitabili riflessi sull'andamento del Pil. La crescita nel 2011 è stata appena dello 0,6%, che poi è diventata negativa nel 2012, -2,8%, ed è rimasta ancora negativa nel 2013 con una caduta del Pil del -1,7%. La messa in sicurezza dei conti pubblici ha comportato un notevole costo economico e sociale. Non sono mancati gli effetti di segno opposto. Quando Monti prese le redini del governo lo spread sui titoli di Stato era a 470 punti, cioè i titoli di stato pagavano un interesse del 4,7% superiore rispetto ai titoli tedeschi; alla fine dei due anni di governo scenderà a 250 punti, con un innegabile effetto di sollievo sui conti pubblici. Non è chiaro però se questa riconquistata fiducia nell'Italia sia stato il risultato della politica dell'austerità oppure dell'azione della politica monetaria del Governatore della Bce, Mario Draghi. In definitiva, l'azione di Monti se ha rimesso a posto, soprattutto nel medio periodo, i conti pubblici ci aiuta a capire l'effetto dei saldi del bilancio pubblico sull'economia.

In ogni caso, l'austerità di Monti, medicina forse necessaria dopo la fase berlusconiana delle promesse non mantenute, ha portato l'economia verso una forte recessione e non certo all'espansione. Il risultato, in termini di finanza pubblica, è stato ancora più deludente. La sobrietà del professor Monti ha portato il debito pubblico dal 116% rispetto al Pil alla soglia del 129%, anche se la responsabilità è principalmente dell'andamento del denominatore, cioè la caduta del Pil. La crescita economica da liberalizzazioni non si è vista, mentre la stangata fiscale ha travolto la finanza pubblica, con effetti che saranno simili, anche se per nostra fortuna molto meno drammatici, di quelli del caso della Grecia.

4. Letta, Renzi e Gentiloni. La sinistra alla prova

Le regole europee sulla finanza pubblica recepite nella Costituzione italiana, operative dal 2014, sembravano aver designato un percorso abbastanza severo anche per la finanza pubblica italiana. D'altra parte, il raggiungimento del pareggio di bilancio anche nella forma meno severa dell'obiettivo di medio termine previsto dal *Fiscal Compact* costituiva un obiettivo molto impegnativo. Si potrebbe parlare di un problematico tentativo di raggiungere un difficile equilibrio tra Scilla e Cariddi, tra la montagna del debito pubblico da un lato, e l'attività di monitoraggio e controllo della Commissione Europea, dall'altro. A questo contesto dobbiamo aggiungere le novità della politica italiana con l'affermazione dei partiti dichiaratamente populisti. Le elezioni del 2013 sono state particolarmente importanti perché segnarono una rottura definitiva dei vecchi equilibri politici, basati sulla tradizionale contrapposizione fra conservatori e progressisti. Il centro-sinistra si affermava, ma è stata una vittoria mutilata. Il vero vincitore è stato il movimento politico fondato qualche anno prima dal comico Beppe Grillo che alla Camera raccolse ben il 25% dei consensi. Una legge elettorale particolarmente carente poi non consentì al centro-sinistra di avere una maggioranza assoluta anche al Senato. Tramontava così l'ipotesi di un governo Bersani, il segretario del Partito Democratico e leader del fronte progressista, e nasceva al suo posto il governo di Enrico Letta, vicesegretario dei Democratici. Si formava un governo di larghe intese, cioè comprendente quasi tutti i partiti presenti in Parlamento. La finanziaria per il 2013, nel frattempo diventata ancora dal 2012 legge di stabilità, costituì il primo banco di prova per il primo governo della legislatura. Aveva un aspetto singolare: era costituita da un unico articolo con 564 commi, una specie di legge *omnibus*.

La finanziaria di Letta non aveva una grande portata economica e possedeva un tenore minimalista dal momento che mobilitava appena 13 miliardi di risorse complessive, di cui quasi tre miliardi recuperati a debito. Il nuovo deficit rappresentava appena il 21% dell'intera manovra; nessuno poi seguirà il suo esempio di responsabilità fiscale. La percentuale della legge di bilancio finanziata in disavanzo è un indicatore importante all'interno di una riflessione sulla natura populista della politica economica. Più elevata è questa percentuale e maggiore è quella che possiamo definire come la pressione populista, cioè l'attitudine ad aumentare le spese senza copertura. Anche i contenuti specifici della manovra Letta erano rilevanti. Le minori entrate andavano sostanzialmente a vantaggio dei contribuenti, con la riduzione delle prime due aliquote dell'Irpef di un punto che valeva più di due miliardi, dei consumatori con la sterilizzazione parziale degli aumenti dell'Iva previsti da Monti, dei lavoratori dipendenti con una robusta riduzione delle tasse sugli aumenti di produttività. Questa riduzione del carico fiscale era finanziata essenzialmente con il taglio della spesa pubblica, ministeri ed enti locali *in primis*, con l'aumento delle accise e appunto con il disavanzo. In realtà, fece la sua apparizione anche la cosiddetta Tobin tax, cioè la tassa sulle transazioni finanziarie internazionali che però poi non avrà un grande successo. Anche il governo Letta confermava il taglio dei salari del pubblico impiego, in linea con il governo Berlusconi che lo aveva introdotto nel 2011.

Questa prima finanziaria Letta è importante perché, pur politicamente ibrida, indica la strada che sarà abbondantemente percorsa nel decennio dai successivi governi: il rigorismo europeo si scaricherà principalmente sulla riduzione dei servizi dello Stato e sulla creazione di nuovo debito pubblico. Gli interventi fiscali saranno di volta in volta molto selettivi e rivolti a determinate categorie di contribuenti, ampliando gli elementi di disparità del nostro sistema fiscale, sia dal lato della spesa che dal lato delle entrate. L'esperienza del Governo Letta si concluse nel febbraio del 2014, sia per la debolezza intrinseca della sua coalizione e sia per l'affermazione di uno scalpitante competitor all'interno del Partito Democratico, il nuovo segretario Matteo Renzi che il 22 febbraio del 2014 prenderà il suo posto.

Toccava dunque ancora al Partito Democratico guidare la compagine governativa. Renzi aveva un'energia nuova e un approccio del tutto differente da quello di Letta. Se con Letta la parola d'ordine era prudenza e compromesso, Renzi si porterà dietro l'appellativo di rottamatore. Non si trattava solo di fare le riforme, ma di cambiare direzione di marcia.

Ma verso dove? Guardiamo al campo che ci interessa, cioè a quello delle politiche di bilancio, anche se in maniera sintetica. Il governo Renzi ha approvato ben tre finanziarie, per il 2015, 2016 e 2017 per un totale di 84,2 di miliardi mobilitati. Questa somma va ripartita in due parti: le risorse da autofinanziamento ammontavano a 51,7 miliardi e la parte a debito risultava essere pari a 32,5, cioè il 38% dell'importo complessivo. Questa traiettoria del debito non era compatibile con gli impegni europei e il governo Renzi, come anche tutti gli altri, ha sempre posticipato nel tempo il raggiungimento del famoso obiettivo di medio termine sul debito.

Come sono state utilizzate queste somme? Fondamentalmente due sono gli interventi principali attuati dai governi Renzi. Il primo è senza dubbio l'erogazione di un bonus fiscale di 80 euro per i lavoratori dipendenti sotto i 24.00 euro, che da solo valeva 9,5 miliardi di euro per anno, assorbendo quindi circa un terzo della manovra complessiva. Questo intervento puramente redistributivo si affiancava alla riforma del mercato del lavoro che ha eliminato la tutela reale del lavoratore. Possiamo dire che la Commissione europea si sia mostrata benevola nei confronti delle manovre economiche del governo Renzi anche per questa ragione. I disavanzi eccessivi venivano ripagati con riforme in senso liberista del mercato del lavoro.

Un'altra voce molto importante è stato l'uso spregiudicato delle clausole di salvaguardia, un'idea introdotta dalla finanziaria 2011 di Berlusconi e poi seguita sia da Monti che Letta. Le clausole di salvaguardia sono riduzioni di spese o aumenti delle tasse che scattano in maniera automatica se non vengono rispettate le previsioni di bilancio. In sostanza sono anticipi *una tantum* di entrate per l'anno corrente, a spese degli esercizi futuri. Nella finanziaria del 2015 vengono annullate, sterilizzate nel gergo economico, somme per 3 miliardi, ma altre vengono aggiunte e precisamente 13 miliardi per il 2016, 19 per il 2017 e ben 22 per il 2018. In definitiva ogni bilancio successivo nasceva con un debito pregresso. Renzi è riuscito con questa finanza creativa a disinnescare le clausole anno per anno che riguardavano sostanzialmente l'aumento dell'Iva, ma lascerà al Governo Gentiloni un conto ben salato, un debito di 19,5 miliardi. La danza virtuale delle aliquote dell'Iva continuerà anche nei governi successivi. Nel frattempo il fardello cresceva e per gli anni 2021 e 2022 le clausole sull'Iva varranno 47 miliardi. Queste clausole saranno annullate definitivamente solo nel 2021. Quindi è toccato al governo Conte saldare i conti non pagati delle spericolate manovre renziane.

Sul lato delle minori entrate, nel triennio si segnalano la riduzione dell'Irap e la detassazione dei contributi per i neo assunti. Particolarmente interessante è da considerarsi anche l'abolizione dell'Imu, che ha comportato una perdita cumulata per l'erario di circa 6 miliardi. Altre risorse hanno la caratteristica di interventi una tantum come i condoni fiscali, 3,6 miliardi in introiti previsti, la modifica dell'Ace (una agevolazione fiscale per le imprese) o la vendita delle frequenze nel settore delle telecomunicazioni. Le risorse mancanti sono state recuperate attraverso il pesante disavanzo, da un lato, e il perseguimento dei tagli di spesa, dall'altro. La riduzione cumulativa della spesa per lo Stato, le Regioni e la sanità, supererà nell'era Renzi abbondantemente i 10 miliardi. Il blocco degli stipendi nella PA sarà eliminato solo grazie ad una sentenza della Corte Costituzionale, non retroattiva peraltro.

Al di là delle cifre pur importanti, si può intravedere nella politica economica renziana la continuazione di un disegno ampiamente conservatore di stampo liberista che puntava ad una forte riduzione del ruolo dello Stato attraverso la contrazione della spesa pubblica, sgravi fiscali che portavano a un incremento del deficit, riduzioni e tagli dei servizi pubblici. C'era veramente poco nell'azione governativa di Renzi del programma progressista con cui il Partito Democratico si era presentato alle elezioni del 2013. Il consenso fiscale dei vari interventi è stato poi utilizzato al fine della costruzione di un suo consenso elettorale personale che è arrivato puntualmente con le elezioni europee del 2014, ma che risulterà piuttosto effimero. Prima con Letta, ma ancora di più ed in maniera definitiva con Renzi il Partito democratico si allontanerà dalle sue tradizionali roccaforti di consenso, come la scuola, la sanità ed in generale il settore pubblico.

Spetterà al governo Gentiloni, quindi ancora ad un esponente del partito democratico dopo la netta sconfitta di Renzi in occasione del referendum costituzionale del dicembre 2016, preparare l'ultima finanziaria della legislatura. La manovra fiscale era piuttosto corposa, 28 miliardi di euro, con un indebitamento netto di 20, corrispondente al 71%, meritandosi per questo un richiamo da parte della Commissione Europea. La finanziaria nasceva peraltro zoppa, in quanto gravata da ben 15 miliardi di Iva da disinnescare. Continuava la politica dei tagli di spesa anche se per la prima volta compare un fondo di quasi tre miliardi per il rinnovo dei contratti della PA. L'intervento più notevole della finanziaria 2018 è il consolidamento del Rei, il reddito di inclusione come misura di contrasto alla povertà. Il beneficio massimo era di 461 euro per una famiglia di 4 componenti e a regime ha interessato circa 900.000 presone. Anche nel

campo della lotta all'evasione il governo Gentiloni risultava più incisivo con la previsione dell'obbligo della fattura elettronica. Il fisco telematico nel corso degli anni seguenti si dimostrerà un fedele alleato del contrasto dell'opportunismo fiscale.

5. Dai partiti antisistema al ritorno dei tecnici: da Conte a Draghi

Le elezioni politiche del 2018 hanno avuto un esito ancora più dirompente di quelle del 2013. I partiti tradizionali, Partito Democratico e Forza Italia, subirono un vero crollo e si affermarono le due principali forze dichiaratamente populiste, la Lega di Salvini con il 17%, ma soprattutto il Movimento 5 Stelle che raggiungerà quota 33%. Fratelli d'Italia racimolava un misero 4%. Con difficoltà nasceva un nuovo governo sulla base di un contratto. Il nuovo premier era il prof. Giuseppe Conte, una *new entry* nel mondo della politica. Il contratto tra la Lega di Salvini e il Movimento 5 Stelle prevedeva molte clausole che risultavano dal collage dell'agenda dei due partiti. A noi interessano solo quelle di carattere economico. I punti di accordo erano principalmente tre: la riforma fiscale, una riforma della legge Fornero che riducesse l'età pensionistica, e l'introduzione di un sostegno economico generalizzato, chiamato reddito di cittadinanza. La prima finanziaria del Governo Conte doveva tener conto di questi desiderata politici e lo farà.

L'impianto generale della manovra sui conti pubblici del governo Conte I non si discostava molto da quelli precedenti. Gli impieghi ammontavano a 38,5 miliardi, finanziati con risorse proprie per 27,1 miliardi di euro. La percentuale del debito era appena del 30 %, decisamente inferiore alle precedenti. La stesura finale è stata particolarmente travagliata perché che la Commissione europea contestava al Governo il mancato rispetto del Patto di Stabilità e minacciava l'apertura di una procedura per disavanzo eccessivo. Il Governo in prima battura ha confermato la sua linea di condotta, ma poi si è allineato alle indicazioni dell'autorità europea. Pagato il saldo delle clausole di salvaguardia per 12,5 miliardi, i due interventi chiave erano rappresentati dal fondo per la riforma delle pensioni, 5 miliardi, e per il reddito di cittadinanza, a regime 8,5 miliardi. La relazione dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio sottolineava la fragilità della nuova legge in quanto molte risorse erano reperite con interventi una tantum o di incerta valutazione. I due capitoli di bilancio più importanti avranno una sorte molto differente. Il reddito di cittadinanza verrà

realizzato, il fondo per consentire l'anticipo pensionistico non verrà utilizzato se non marginalmente in quanto la riforma rimarrà lettera morta. La proposta dei Cinque Stelle andrà ad alleviare le condizioni economiche di quasi due milioni di persone.

Il secondo governo Conte si trovò di nuovo di fronte alla consueta montagna delle clausole di sterilizzazione dell'Iva che assorbivano ben 23 miliardi di nuove entrate. Tra le molte novità dell'alleanza con i progressisti, segnaliamo l'ingresso della *plastic-tax*, un miliardo, e la revisione della *flat tax* dei lavoratori autonomi. Molti sono poi gli interventi, ma di modesto ammontare, sulla famiglia. Iniziava una lotta più incisiva nei confronti dell'evasione fiscale che avrebbe dovuto garantire un gettito di tre miliardi. Poi la situazione è cambiata radicalmente con la pandemia che ha spinto le autorità europee a sospendere il patto di stabilità consentendo agli Stati di accumulare disavanzi cospicui del 9% del Pil nel 2011 e del 6,7% nel 2022 per sostenere i redditi e l'economia colpita dalla pandemia. La finanziaria per il 2021 è preparata dal governo Conte che però a febbraio 2021 è costretto alle dimissioni. Sarà la prima finanziaria a scontare gli effetti della pandemia con l'esplosione del deficit statale. Si trattava di una finanziaria sostanzialmente diversa. Si prevedeva un assegno universale per i figli, valore di 3 miliardi. Inoltre la riforma fiscale era accompagnata da una riduzione del carico fiscale sul lavoro dipendente per circa 3 miliardi di euro. Un altro miliardo era destinato alla riduzione del cuneo fiscale. Tutti provvedimenti però rigorosamente a debito.

Per il 2022 la finanziaria è preparata dal Governo Draghi. Chi si aspettava, come era lecito da un governo tecnico, una grande rigore fiscale è rimasto fortemente deluso. Con il ministro Daniele Franco il deficit di bilancio è spinto ancora di più, approfittando della sospensione del patto di stabilità. Per il 2022, le misure espansive ammontavano a 37 miliardi a fronte dei quali erano attese risorse di copertura per 13,7 miliardi, con conseguente incremento del deficit di 23,3 miliardi. Tra gli impieghi l'intervento più consistente è stato quello relativo all'introduzione del primo stadio della riforma fiscale con una riduzione della pressione fiscale di 6 miliardi, ulteriori rispetto a quelli già previsti a legislazione vigente. Venivano inoltre disposti interventi di riduzione delle entrate finalizzati a contenere l'aumento dei prezzi nel settore elettrico e del gas. Gli altri principali utilizzi di risorse riguardavano soprattutto la spesa di natura corrente (nel complesso quasi 18 miliardi, circa il 48 per cento degli impieghi) e, in particolare, per il settore sanitario, per il riordino degli ammortizzatori sociali, misure per la famiglia e le politiche sociali, tra cui

quelle sul rifinanziamento del reddito di cittadinanza e quelle pensionistiche, disposizioni per gli enti decentrati. La guerra si faceva sentire e il governo stanziava due miliardi per il contenimento delle bollette energetiche.

Non vi è dubbio che Draghi abbia saputo ben sfruttare in termini di consenso parlamentare le due circostanze positive del momento per la finanza pubblica: una elevata crescita economica e una sostanziale stagnazione della spesa per interessi. Ma queste condizioni non sono state usate per contenere il disavanzo, anzi. Si potrebbe parlare di un tecno-populismo favorito anche dal vasto ma incerto sostegno parlamentare. Condizioni che stavano velocemente per sfumare a causa del protrarsi del conflitto bellico. In ogni caso, quando si chiude la legislatura, il debito pubblico italiano è superiore al 140% del Pil, una percentuale toccata solo durante la prima guerra mondiale. Il costituzionalismo fiscale della modifica dell'art. 81 non aveva avuto un grande effetto sulla traiettoria del debito pubblico. La legislatura, poi, si chiudeva anzi tempo e anche il governo Draghi risultava vittima della endemica fragilità del nostro sistema politico.

6. Verso un nuovo populismo economico individualistico e corporativo

L'economia ha i suoi cicli di espansione e di contrazione, e così pure la politica economica che dovrebbe servire appunto per correggere o almeno condizionare l'andamento oscillatorio del sistema economico. Nel paragrafo precedente abbiamo visto le caratteristiche principali delle scelte di politica economica compiute dai governi italiani dopo la crisi del 2008, governi appartenenti a differenti famiglie ideologiche. Al di là di singole scelte particolari, si può dire che sia emersa una caratteristica di fondo che ha accomunato governi così differenti sul piano ideale, cioè l'dea che la soluzione dei problemi lasciati aperti dalla crisi del 2008 si potesse conseguire attraverso una riduzione sistematica del ruolo dello Stato da realizzarsi principalmente con il contenimento spesa pubblica e la riduzione delle tasse. La crisi epocale provocata dall'ingegneria finanziaria ha indirizzato le scelte di politica economica in Italia in una duplice direzione. La prima è stata quella dell'incremento del disavanzo, anno dopo anno, al di là di ogni riforma costituzionale. Questo è abbastanza comprensibile, anche in termini di teoria economica in quanto il disavanzo pubblico ha colmato il vuoto di domanda globale, cioè di spesa, lasciato dalle conse-

guenze della catastrofe finanziaria. La seconda direzione invece è nuova e paradossale. Se da un lato, è aumentato il debito, dall'altro si è ridotto il ruolo produttivo e di sostegno all'economia dello Stato. Il vento liberista ha fatto ampiamente breccia ed è andato a insidiare la spesa pubblica e i compiti dello Stato sociale. Mentre la *Grande Crisi* del 1929 aveva portato a un ripensamento critico della teoria del *lassez-faire*, la crisi del 2008, la *Grande Recessione*, ne ha aperto inaspettatamente la strada. In assenza di una definizione migliore, possiamo sinteticamente affermare che la frattura del capitalismo finanziario ha creato un'onda anomala di populismo economico di matrice neoliberista, meno Stato e più mercato, che con il tempo si è rafforzata, anche perché spinta da forze economiche profonde, proprio quelle che l'avevano generata.

Il populismo economico post-crisi 2008 presenta delle caratteristiche ben precise. Essenzialmente ne possiamo individuare tre, tutte ben individuabili nell'esperienza italiana. La prima, come abbiamo visto, è la scelta di creare ampi disavanzi nel bilancio pubblico. Il disavanzo diviene una risorsa fondamentale per creare un solido consenso politico come insegnava Buchana e prima ancora Puviani. D'altra parte, il debito ha anche una funzione economica di sostegno dell'economia. Di fronte ad una domanda privata in calo, solo un'espansione di quella pubblica può sostenere l'economia. Questo è sempre successo. Il problema si pone dal lato della sostenibilità, quando i disavanzi superano ampiamente il 100% del Pil. Guardando altrove, paradigmatico è anche il caso dell'economia USA. Il debito accumulato era appena pari al 60% del Pil del 2013, ora supera il 110%, un raddoppio in appena una decina d'anni. Non a caso è stata coniata la definizione di democrazia in deficit da Wagner e Buchanan.

La seconda caratteristica del populismo economico contemporaneo, quella più recente, riguarda il cambiamento profondo che si è verificato nella struttura della spesa pubblica. Le tendenze populiste hanno operato in una direzione ben precisa. Tradizionalmente la spesa pubblica, che oramai supera ampiamente il 40% del Pil in Italia ma anche in molti altri paesi industrializzati, viene suddivisa tra le uscite correnti, la parte più grande, e le uscite in conto capitale, la parte minore. Le prime finanziano i servizi pubblici e le seconde gli investimenti. Gli investimenti pubblici dovrebbero rappresentare il contributo specifico della Pubblica Amministrazione alla crescita del reddito nazionale. Questa distinzione di carattere meramente economico è poco utile per i nostri scopi. Più interessante risulta invece scomporre la spesa pubblica secondo un diverso indicatore che deriva dalla contabilità nazionale. Nei conti nazionali l'apporto pro-

duttivo specifico della spesa pubblica all'economia è dato principalmente da due voci: le uscite per i redditi da lavoro dipendente e le uscite per i consumi intermedi. In questo modo rimangono fuori dal capitolo delle spese correnti principalmente due voci, quella delle prestazioni sociali in denaro, pensioni e altri interventi assistenziali, e gli interessi passivi sul debito. Quindi possiamo distinguere una spesa produttiva, quella che si concretizza nella produzione di beni e servizi pubblici, rappresentata dai redditi dei pubblici dipendenti e dalla spesa per beni strumentali, e quella redistributiva che non si concretizza in attività pubbliche, ma che è legata ai trasferimenti previdenziali e agli introiti finanziari da rendita sul debito pubblico. Considerando la spesa corrente possiamo individuare due dimensioni: la produzione di beni e l'erogazione di denaro, due aspetti del tutto differenti dell'azione pubblica.

È la dinamica di queste due voci che ci aiuta a capire la natura del populismo attuale. Le scelte populiste tendono a distorcere l'andamento di queste due voci in maniera sistematica, restringendo la spesa produttiva a favore di quella redistributiva. I leader populisti, a destra soprattutto ma anche a sinistra, sono poco attenti alla tutela della qualità del servizio pubblico, sono molto più interessati invece dal consenso che deriva dall'ampiamento dei benefici economici diretti e monetizzabili. Nel contesto italiano un caso da manuale è rappresentato dal cosiddetto bonus Renzi e dal reddito di cittadinanza del governo Conte.

Questa dinamica dell'incremento della spesa redistributiva a scapito di quella produttiva, spinta peraltro dai continui disavanzi, è ampiamente confermata dai dati macroeconomici. Nel 2011 le prestazioni sociali in denaro valevano circa 299 miliardi. Nel 2019, l'anno prima della pandemia, il loro valore era salito a 399 miliardi, con un balzo del 35%, nonostante la riforma Fornero delle pensioni. Quindi, circa il 37 % della spesa pubblica non si concretizza in servizi offerti ai cittadini, ma è costituita da trasferimenti monetari che vanno direttamente nelle tasche di particolari categorie di persone. Le altre due macro componenti della spesa pubblica, quelle della spesa produttiva, si muovono meno velocemente, oppure non si muovono affatto. Nel 2011 la spesa per il personale pubblico era di 171 miliardi, raggiungerà il minimo storico nel 2016, con 166 miliardi per poi ritornare a quasi 173 nel 2009. Quindi in questo decennio le risorse materiali e umane della Pubblica Amministrazione sono state fortemente ridotte con una inevitabile ricaduta sulla qualità dei servizi. Lo stesso è accaduto per la spesa diretta per beni e servizi. Questa voce è cresciuta in un decennio di appena il 10%, una percentuale appena in linea con il tasso

di inflazione. Anche questa voce la spesa è rimasta sostanzialmente stagnante. L'effetto di una decennale *spending review*, non è stato solo quello di aggredire le inevitabili sacche di inefficienza che la macchina pubblica presenta, ma quello più sostanziale di depotenziare i servizi pubblici, cioè i beni ed i servizi a disposizione dei cittadini, riducendo sistematicamente le risorse a disposizione. Paradigmatico è il caso della scuola dove ormai un insegnante su quattro è relegato nel limbo della precarietà. Il blocco delle assunzioni ha trasformato la Pubblica Amministrazione nella grande fabbrica del precariato.

Questo semplice sguardo ai dati macroeconomici ci porta alla terza caratteristica del populismo economico nell'ultimo decennio nell'esperienza italiana. Tutte le politiche economiche di bilancio hanno portato in una direzione, quella di una riduzione del peso della mano pubblica, e di un ritorno al fondamentalismo del mercato. Se guardiamo ai settori di intervento, pesante è stato il taglio sulla spesa dello Stato, dei ministeri e degli enti locali. Ancora più drammatico è il caso della sanità dove è in atto un processo di privatizzazione strisciante attraverso una riduzione sistematica delle risorse pubbliche. Non è il privato che viene in soccorso al pubblico, ma è la scelta politica di depotenziare il pubblico che alimenta il business privato creando una situazione dal punto di vista economico simile a quelle degli USA, dove la sanità privata è notoriamente poco efficiente in termini di costi (elevati) e servizi (mediocri), se non in rari casi.

Questo ridimensionamento del ruolo dello stato è il risultato di un vento liberista e conservatore che si è alzato dopo la crisi del 2008 come se la responsabilità del disastro economico fosse dei conti pubblici e non della finanza privata e speculativa. La *spending review* è stata lo strumento retorico per un attacco frontale allo Stato sociale. Non si è trattato solo di realizzare le opportune economie, sempre possibili peraltro, ma il progetto sotterraneo era quello conservatore di ridurre il perimetro dei servizi pubblici, naturalmente con costi a carico dello Stato.

In questo contesto emergono due fatti nuovi che hanno portato alla messa in discussione, strisciante o palese, dell'architettura universalistica dello Stato sociale. Il primo è che anche il movimento conservatore si è convertito alla politica del deficit spending, abbandonando la tradizionale prudenza di bilancio. Il deficit è solo apparentemente di ispirazione keynesiana perché è ottenuto attraverso una corposa riduzione delle tasse in varie direzioni, ma soprattutto nei confronti dei ceti più abbienti, esattamente l'opposto di quanto riteneva Keynes. La riduzione delle tasse per i ricchi attraverso, per esempio, l'introduzione di una tassa piatta sul

reddito è il mantra fiscale del nuovo conservatorismo populista che punta allo smantellamento dello Stato sociale per valorizzare il capitale privato nel senso dell'economista marxista James O' Connors. Questo conservatorismo non è ti tipo ideologico, attraversando sia la destra che la sinistra. È un conservatorismo nel senso più elementare di strumento usato dal ceto politico per conservare la sua posizione dominante, proprio come sostenevano Buchanan e Wagner ancora negli anni Settanta.

Questa inedita ed innaturale convergenza verso un'ideologia del debito pubblico ci consente di usare l'espressione di populismo conservatore, un populismo contro lo Stato sociale e alfiere di un illusorio individualismo economico rappresentato, per esempio, dalla guerra alle tasse. Politicamente questo tipo di populismo non potrà che aver anche un carattere corporativo, cioè tenderà a favorire alcuni ceti o gruppi sociali rispetto ad altri. In definitiva, siamo all'opposto del disavanzo di tipo keynesiano caro ai progressisti che faceva leva sull'aumento della spesa pubblica per incrementare il capitale pubblico, anche in disavanzo, e dunque la produttività economica nel lungo periodo. Il nuovo populismo non solo fa ristagnare la spesa pubblica produttiva, ma crea disavanzi sostanzialmente riducendo le tasse, cioè restituendo risorse ai singoli. Si tratta di un disavanzo contro lo Stato e non a suo favore secondo un piano conservatore volto a smantellare le garanzie pubbliche a favore dei capitali privati.

7. La lezione mancata del costituzionalismo fiscale

La creazione di un elevato debito pubblico è uno degli strumenti tipici del populismo economico, sia di destra che di sinistra. La teoria economica tradizionale si è occupata soprattutto del populismo sudamericano degli anni Settanta e Ottanta. Il ciclo populista si concludeva poi con un peggioramento delle condizioni economiche che apriva la strada ad esperienze autoritarie. Il populismo sviluppatosi dopo la crisi economica del 2008 ha delle caratteristiche diverse. È un populismo compresso, condizionato in Europa dal *Patto di Stabilità* e negli Usa dai limiti legislativi del bilancio. Un populismo che ha fatto della riduzione delle tasse la sua caratteristica principale, in linea con la nuova ventata liberista che ha abbandonato completamente il principio del bilancio in pareggio. Mentre la crisi del '29 aveva portato verso una direzione di un aumento dei compiti dello Stato, quella del 2008 ha spinto nella direzione opposta.

Questa ricerca del consenso tramite il debito pubblico ci riporta alle riflessioni di Puviani e di Buchanan. Il debito con Puviani è una illusio-

ne del contribuente perché consente di spostare in avanti, almeno fino a un certo punto, il limite delle risorse. Con Buchanan è un'illusione che viene sfruttata dalla classe politica per generare il necessario consenso. L'esperienza ci dice che l'inserimento di rigide regole costituzionali non lo ha sradicato ma ne ha cambiato la natura. Da un lato è diventato un populismo atomistico perché ognuno richiede più risorse attraverso una riduzione del proprio carico fiscale. Poiché questo non è possibile, allora diviene anche corporativo, nel senso che la classe politica sceglie quale gruppo o ceto sociale favorire, innescando in questo modo una tensione fiscale continua, che può essere latente oppure diventare manifesta.

In ragione delle nuove regole costituzionali è un populismo resiliente nel senso che non porta a un'inflazione elevata e ad una fuga dei capitali come nell'esperienza sudamericana. Il conflitto, generato dalle spinte redistributive, diviene endogeno e spinge verso una riduzione della spesa pubblica accompagnata da una tensione verso l'indebitamento. A distanza di molti decenni l'ansia populista non solo non si è attenuata, ma ha conquistato maggior forza. Un tempo erano le forze progressiste a ricercare il debito, ora anche che forse conservatrici vogliono sfruttare questa rendita politica. In questo senso, l'eredità di Buchanan è ancora molto attuale e forse ancora più pregnante perché il populismo fiscale sembra essere la cifra definitoria dell'intera classe politica. In definita, il debito pubblico prima di essere un fatto economico è una scelta politica, come insegnavano Buchanan e prima di lui Puviani.

Bibliografia

Buchanan J. M., *Public Finance in Democratic Process*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1967.

Buchanan J. M. e R.E. Wagner, *La democrazia in deficit*, Armando Editore, Roma 1977.

D'Alimonte R. e G. Mammarella, *L'Italia della svolta*, Il Mulino, Bologna 2022.

Holcombe R., *Advanced introduction to Public Choice*, Edward Elgar, Cheltenham 2016.

Masini L., *Stato forte ed economia ordinata. Storia dell'ordoliberalismo (1929-1950)*, Il Mulino, Bologna 2023.

Milillo M. e R. Loiero, *Finanza pubblica, politica ed istituzioni*, Pearson, Roma 2019.

O' Connors, J. , *La crisi fiscale dello stato*, Laterza, Roma 1978.

Puviani A. , *Teoria dell'illusione finanziaria*, 1903.

Tanzi V. , *Dollars, Euros and Debt*, Palgrave McMillan, Londra 2008.

Tanzi V. , *The Irresistible Attraction of Public Debt*, in R.E. Wagner (a cura di), *James M. Buchanan: A Theorist of Political Economy and Social Philosophy*, Palgrave Macmillan, Londra 2018, pp. 991-1007 Yueh L., *The Great Crashes*, Penguin, London 2023.

Wagner R., *James M. Buchanan*, Palgrave Macmillan, Londra 2018.

Autonomia regionale, finanza territoriale e principio democratico

Guido Rivosecchi
Professore ordinario di Diritto costituzionale

Sommario: 1. Autonomia regionale, risorse finanziarie e democrazia. – 2. Il modello costituzionale di autonomia finanziaria regionale. – 2.1. La scelta tra finanza autonoma o derivata. – 2.2. La distribuzione delle funzioni amministrative. – 2.3. L'esistenza o non di vincoli di destinazione sulle risorse trasferite. – 2.4. La funzione di coordinamento della finanza pubblica. – 3. La perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost. – 4. (*segue*): L'inattuazione di altri istituti del Titolo V imprescindibili per il finanziamento delle funzioni. – 5. I possibili rimedi: il "lato" delle spese e il "lato" delle entrate. – 6. Autonomia finanziaria regionale, principio democratico e doveri di solidarietà.

1. Autonomia regionale, risorse finanziarie e democrazia

Il nesso tra Regioni, democrazia e finanza pubblica attraversa le norme costituzionali. Basti pensare che, senza adeguate dotazioni finanziarie, le Regioni non possono svolgere le loro funzioni e, dunque, l'entità delle risorse e il modo mediante il quale esse giungono agli enti territoriali incide sul grado di autonomia politica "effettiva", intesa quale capacità di esprimere scelte di indirizzo.

Nell'ordinamento italiano, tra gli enti sub-statali soltanto le Regioni, in forza della loro autonomia politico-legislativa, costituiscono presidio contro ogni forma di accentramento, assicurando l'effettivo pluralismo istituzionale nell'articolazione territoriale dei pubblici poteri.

Le Regioni, soprattutto nei momenti di crisi, costituiscono elemento di bilanciamento e di garanzia rispetto all'accentramento dei poteri nel

Governo, come si è visto durante la prima fase della pandemia in cui l'Esecutivo era pressoché privo di controllo parlamentare (per la difficoltà di riunire Assemblee e commissioni), ma era obbligato a "dialogare" con i Presidenti di giunta regionale perché i provvedimenti adottati dovevano trovare applicazione sui territori e ciò presupponeva, anche nell'emergenza, una forma di collaborazione tra Stato e Regioni.

A questo primo significato garantista della distribuzione territoriale del potere politico e delle risorse, si aggiunge, successivamente, in Italia a partire dalla riflessione di Carlo Esposito, una seconda direttrice che ricollega Regioni, democrazia e risorse per individuare nelle autonomie territoriali le istituzioni di «autogoverno dei governati» che «costituiscono per i cittadini esercizio, espressione, modo d'essere, garanzia di *democrazia* e di libertà»[1], anche in specifico riferimento alla garanzia dell'autonomia finanziaria[2].

Questa prospettiva è portata a compimento proprio dalla riforma del Titolo V del 2001 che, per riprendere le parole della Corte costituzionale, ha collocato «gli enti territoriali autonomi al fianco dello Stato come elementi costitutivi della Repubblica quasi a svelarne [...] la comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare»[3]. La l.cost. n. 3/2001 ha mutato i termini del rapporto tra unità e autonomia per effetto dell'espunzione dell'interesse nazionale e dell'introduzione del principio di sussidiarietà quale forma specifica di realizzazione del principio democratico perché esso opera come principio prescrittivo nella distribuzione delle funzioni a garanzia dell'ente di minori dimensioni, sostituendo il criterio di ispirazione centralistica degli interessi[4]. Il punto è prontamente colto dalla giurisprudenza costituzionale, all'indomani dell'entrata in vigore del Titolo V, nelle pronunce in cui la Corte afferma che, con l'eliminazione dell'interesse nazionale, viene meno la possibilità di attrarre funzioni allo Stato e di erodere la potestà amministrativa e legislativa delle Regioni[5].

Attraverso gli enti territoriali si può meglio avvicinare quell'ideale di "auto-normazione", cioè del «*vivere secondo le leggi che ci si è dati*»,

[1] C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, pp. 80 s. (cui appartengono le espressioni virgolettate; cors. ns.).

[2] Cfr. C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo*, cit., p. 78.

[3] Con le parole della sent. Corte cost. n. 106 del 2002, punto n. 3 del Considerato in diritto.

[4] Cfr. G. Berti, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, pp. 405 ss.

[5] Cfr. sent. n. 303 del 2003, punto n. 2.2 del Considerato in diritto; v. anche sentt. n. 6 del 2004 e n. 285 del 2005.

che, in questo secondo significato del rapporto tra autonomie e principio democratico, risale all'antichità classica e poi alla filosofia politica di Rousseau e alla riflessione di Kelsen sul «rapporto [...] tra democrazia e partecipazione dei membri dell'ordinamento alla sua creazione»[6].

Di qui la conclusione, successivamente avvalorata soprattutto dalla letteratura anglosassone nella relazione tra autonomia e impiego delle risorse, che sono preferibili processi di autogoverno nell'ambito di istituzioni territoriali perché la capacità dei singoli di incidere sui processi deliberativi pubblici è maggiore se questi si svolgono in ambiti più ristretti[7]; elemento, questo, che concorre in maniera decisiva alla realizzazione del principio democratico[8]. Da ciò segue la necessità di dotare gli enti sub-statali di adeguate risorse finanziarie per assicurare che tali processi deliberativi non siano eccessivamente dipendenti dal centro perché sarebbe altrimenti vanificata tale partecipazione.

Tutto ciò chiama immediatamente in causa il modello costituzionale di autonomia finanziaria, in quanto capace di condizionare la disponibilità delle risorse degli enti sub-statali.

2. Il modello costituzionale di autonomia finanziaria regionale

L'art. 119 Cost., come le altre norme costituzionali sul governo dell'economia e dei conti pubblici, non accoglie una determinata teoria di finanza territoriale[9], configurando il "nostro" come un modello di finanza

[6] Il punto è efficacemente sottolineato da S. Pajno, *La sussidiarietà e la collaborazione interistituzionale*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli, *Trattato di Diritto dell'ambiente*, vol. II., *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, a cura di S. Grassi e M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2014, p. 408, cui appartengono le espressioni virgolettate, il quale richiama i noti passaggi di H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Ed. Comunità, Milano, 1952, pp. 288 ss.

[7] Cfr. D.L. Shapiro, *Federalism. A Dialogue*, Evanston (Illinois), Nothwestern University Press, 1995, pp. 91 ss.

[8] Cfr. S. Pajno, *La sussidiarietà e la collaborazione interistituzionale*, cit., pp. 408 s.

[9] Come risulta dai lavori preparatori delle norme costituzionali originarie e, ancora prima, dal Rapporto della Commissione economica per l'Assemblea Costituente, presieduta da Giovanni Demaria: al riguardo, cfr., per tutti, S. Bartole, *Art. 81*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione. La formazione delle leggi. Art. 76-82*, , vol. II, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, pp. 198 s.; M. Bertolissi, *L'autonomia finanziaria regionale. Lineamenti costituzionali*, Cedam, Padova, 1983, pp. 196 ss.; M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in Corte costituzionale, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costitu-*

regionale "aperto" alle scelte del legislatore nei limiti di alcuni elementi prescrittivi, ancora largamente inattuati.

In primo luogo, le prescrizioni costituzionali affermano l'esigenza di assicurare una certa autonomia di entrata e non solo di spesa poiché l'art. 119, secondo comma, Cost. si riferisce espressamente a «*risorse autonome*» e a «*tributi ed entrate propri*» degli enti.

In secondo luogo, occorre assicurare a tutti gli enti l'applicazione del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse distribuite ai diversi livelli territoriali di governo, in base al quale le risorse ordinarie degli enti – derivanti da tributi propri, compartecipazioni al gettito di tributi erariali e fondo perequativo – debbono consentire di «*finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite*» (art. 119, quarto comma, Cost.); funzioni che, in virtù del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.), non possono dipendere dalla "inadeguatezza" delle risorse finanziarie a disposizione delle Regioni, dovendo, invece, essere distribuite *in via preventiva* e a prescindere dai profili finanziari. In base alle funzioni effettivamente attribuite alle Regioni *ex* art. 118 Cost. sarà successivamente necessario quantificare le risorse alle stesse spettanti per l'efficace svolgimento delle funzioni preventivamente distribuite[10]. Il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse, in uno con quello di sussidiarietà, che deve governare integralmente l'allocazione delle funzioni, è da intendersi come principio di portata generale, precettiva e costituzionalmente necessaria, secondo quanto ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale[11].

Infine, occorre rammentare la necessità di ottemperare agli obblighi costituzionali di perequazione (art. 119, terzo comma, Cost.), rivolti ad attenuare le asperità fiscali e i divari territoriali e ad adempiere ai doveri costituzionali di solidarietà per garantire l'eguaglianza dei diritti costituzionali.

Pur con questi vincoli posti dall'art. 119 Cost., il grado di autonomia finanziaria dipende da alcune variabili, in sé ben note, dal combinarsi delle quali si desume il tasso di autonomia o di accentramento del sistema e la conseguente capacità degli enti sub-statali di concorrere alla realizzazione del principio democratico.

zionale del 2012, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 20 s.; nonché G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007, pp. 221 ss.

[10] Cfr. M.S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione Civile*, n. 1/1957, pp. 11 ss., spec. pp. 13 s.

[11] Cfr., tra le altre, sentt. n. 188 del 2015; n. 10 del 2016; n. 137 del 2018; n. 155 del 2020.

2.1. La scelta tra finanza autonoma o derivata

La prima variabile generale che incide sul livello di autonomia e sulla conseguente identificazione delle funzioni regionali è rappresentata dalla scelta di un sistema di finanza *autonoma* o *derivata*: l'una si basa prevalentemente su entrate proprie, con la conseguenza che la capacità di spesa dipende dall'attitudine a produrre gettito fiscale della comunità locale; l'altra su trasferimenti dal centro. Sono poi diffusi modelli ibridi, basati sulla combinazione dei due istituti o su entrate condivise mediante il sistema delle compartecipazioni territoriali al gettito di tributi erariali. Tali regole sono riconducibili al coordinamento della finanza pubblica inteso in senso *statico*[12], che è rivolto a ordinare le relazioni finanziarie tra Stato e Regioni mediante la predeterminazione degli ambiti di entrata e di spesa che sorreggono l'articolazione verticale del potere politico rispetto all'esercizio delle funzioni. A tali fini non è indifferente la scelta del modello di finanza – autonoma o derivata – a partire dalla definizione delle basi imponibili, delle compartecipazioni e dei tributi scelti per il finanziamento delle funzioni. Tali opzioni condizionano il margine di identificazione delle funzioni (e la conseguente determinazione della quantità e della qualità dei servizi): la finanza autonoma in favore degli enti decentrati, quella derivata prevalentemente in favore dello Stato[13].

Nella realtà degli ordinamenti odierni, vengono solitamente adottati modelli ibridi. La scelta di un punto di mediazione tra finanza derivata e finanza autonoma concorre a conformare l'autonomia politica degli enti sub-statali. Ciò condiziona le modalità di esercizio della funzione legislativa regionale e il grado di articolazione dei poteri pubblici preposti allo svolgimento delle funzioni e alla realizzazione delle scelte di indirizzo in maniera più o meno rispondente al criterio di prossimità in favore dell'ente di minori dimensioni e al principio democratico.

2.2. La distribuzione delle funzioni amministrative

La seconda variabile dell'autonomia finanziaria è data dalla disciplina legislativa delle funzioni amministrative da parte statale e regiona-

[12] Cfr. V. Bachelet, voce *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 631 ss.; A. Brancasi, *Il coordinamento della finanza pubblica nel federalismo fiscale*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2011, pp. 451 ss.

[13] Sul punto, cfr. D'Atena, *Profili costituzionali dell'autonomia finanziaria delle Regioni*, in S. Gambino (a cura di), *Il federalismo fiscale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2014, 62.

le[14]. Negli ordinamenti composti alla distribuzione delle competenze e delle funzioni, generalmente fissata in Costituzione, non sempre segue la coerente assegnazione delle risorse. La limitazione dell'autofinanziamento regionale e la prevalenza di trasferimenti erariali rendono gli enti sub-statali, pur autonomi nell'impiego dei fondi, dipendenti dal centro, con l'effetto di produrre spesso la dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa, e appannare la responsabilità finanziaria dei diversi livelli territoriali di governo, rovesciando il necessario parallelismo tra rappresentanza e tassazione[15].

Nell'ordinamento italiano, il principio di sussidiarietà e la necessaria connessione tra funzioni e risorse, rispettivamente costituzionalizzati dagli artt. 118 e 119, quarto comma, Cost., si esplicano su due versanti: a) i criteri di allocazione delle funzioni implicano che esse siano distribuite tra i vari livelli di governo in via preventiva rispetto alla distribuzione delle risorse; b) a tale distribuzione delle funzioni deve seguire l'adeguato finanziamento.

2.3. L'esistenza o non di vincoli di destinazione sulle risorse trasferite

Alla scelta per un sistema derivato di finanza territoriale e alla distribuzione delle funzioni si aggiungono altre due variabili che influiscono sul grado di autonomia e sulla conseguente capacità di concorrere alla realizzazione del principio democratico: la sussistenza o non di trasferimenti erariali con vincolo di destinazione e la richiamata funzione di coordinamento finanziario.

Nell'ordinamento regionale italiano, storicamente caratterizzato da un modello di finanza derivata, la transizione a un sistema in cui i finanziamenti statali sono limitati a finalità perequative o all'erogazione di risorse aggiuntive rispetto al normale esercizio delle funzioni – fermo restando che si tratta di istituti fondamentali nella realizzazione dell'eguaglianza sostanziale –, rappresenta una variabile particolarmente incisiva ai fini dell'effettiva garanzia di autonomia che assiste le Regioni nel

[14] Come già osservato da M.S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, cit., pp. 11 ss., spec. pp. 13 s.

[15] Cfr. A. D'Atena, *Le Regioni, tra crisi e riforma*, in *Quale, dei tanti federalismi?*, Atti del Convegno internazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", Roma, 31 gennaio-1 febbraio 1997, a cura di A. Pace, Cedam, Padova, 1997, p. 16.

realizzare proprie politiche e scelte di indirizzo, inverando il principio democratico.

Non è certamente un caso che, all'indomani dell'entrata in vigore del Titolo V, la giurisprudenza costituzionale abbia affermato che, in virtù di limiti *immediatamente* desumibili dall'art. 119 Cost., al di fuori degli interventi straordinari previsti dal quinto comma, non è consentito al legislatore statale prevedere finanziamenti di scopo riconducibili a materie di competenza regionale[16], *né istituire fondi settoriali di finanziamento delle attività degli enti autonomi*[17], poiché ciò si risolverebbe in strumento di ingerenza dello Stato nell'esercizio delle loro funzioni e di sovrapposizione di indirizzi governati centralmente a quelli decisi dalle Regioni[18].

Successivamente, la Corte ha limitato le pronunce di accoglimento alla parte in cui le norme statali, pur istituendo vincoli di scopo, non prevedevano alcuna partecipazione delle Regioni all'adozione dei decreti ministeriali di riparto dei fondi, "imponendo" l'intesa in Conferenza ai fini delle scelte circa l'effettivo trasferimento delle risorse[19]. L'orientamento richiamato sembra ormai segnare il punto del massimo sindacato a cui si può spingere la Corte (rispetto alle più incisive pronunce originarie), se soltanto si pensa che le stesse Regioni, nei più recenti giudizi di legittimità costituzionale, si limitano a richiedere l'introduzione di un istituto di leale collaborazione in Conferenza ai fini del riparto dei fondi, anziché richiedere una pronuncia "caducatoria" delle leggi istitutive dei fondi stessi in materia di loro competenza legislativa.

Tali orientamenti della giurisprudenza costituzionale confermano che non è soltanto il carattere derivato della finanza territoriale a limitare l'autonomia politica degli enti, ma anche la previsione di vincoli di destinazione nell'impiego delle risorse trasferite rispetto alla possibilità di realizzare autonome scelte di indirizzo.

Alla stregua di quanto detto, dallo studio della più recente giurisprudenza costituzionale risulta che, salvo il caso del trasporto pubblico locale, norme statali istitutive di fondi a destinazione vincolata in linea generale non possono ritenersi conformi a Costituzione, con le seguenti eccezioni:

[16] Dalla sent. n. 370 del 2003 alla sent. n. 87 del 2018.

[17] Cfr. sentt. n. 370 del 2003 e n. 16 del 2004.

[18] Tra le tante, cfr. sentt. n. 423 del 2004; n. 51, n. 77 e n. 160 del 2005; n. 137 del 2007; n. 45, n. 50 e n. 63 del 2008; n. 137 del 2007; n. 142 e n. 168 del 2008; n. 168 del 2009.

[19] Cfr. sentt. n. 201 del 2007, punto n. 6 del Considerato in diritto; n. 63 del 2008; n. 142 del 2008; n. 168 del 2008; n. 124 del 2009, punto n. 3.1 del Considerato in diritto; n. 27 del 2010; n. 211 del 2016; n. 61 del 2018, punto n. 3.2 del Considerato in diritto; n. 71, n. 78 e n. 87 del 2018; n. 56 del 2019.

a) chiamata in sussidiarietà; b) concorrenza di competenze; c) fondi rivolti a garantire «*interventi speciali*» e «*risorse aggiuntive*» ai sensi dell'art. 119, quinto comma, Cost.

2.4. La funzione di coordinamento della finanza pubblica

L'ulteriore variabile di cui tenere conto per misurare il grado di autonomia regionale è rappresentata dalla funzione di coordinamento finanziario, qui intesa in senso *dinamico*, quale insieme di istituti che consentono di rimodulare periodicamente l'apporto delle autonomie territoriali al conseguimento degli obiettivi di governo dei conti pubblici. È evidente, infatti, che quanto più intensa e penetrante è la funzione di coordinamento, tanto meno autonoma è la finanza.

Al passaggio da una finanza quasi esclusivamente derivata ad un modello parzialmente compartecipato, corrisponde, già nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, l'esigenza di rafforzare il coordinamento finanziario.

Nel corso degli anni, la Corte costituzionale ha riconosciuto allo Stato la possibilità di comprimere in maniera sempre più penetrante l'autonomia politica delle Regioni[20], tanto più per effetto della l.cost. n. 1/2012, soprattutto per il comma premesso all'art. 97 Cost., che richiama il complesso delle pubbliche amministrazioni (dunque, anche quelle regionali) ad assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico, e per la competenza speciale ed esclusiva, riservata alla legge rinforzata di attuazione della riforma, per la determinazione delle norme fondamen-

[20] Si confrontino, ad esempio, da un lato, la sent. n. 36 del 2004, in cui la Corte ha motivato, con diffusi argomenti, la possibilità per il legislatore statale di limitare il disavanzo e, contestualmente, la spesa corrente complessiva delle Regioni (limitazioni, cioè, non particolarmente incisive), e, dall'altro lato, la giurisprudenza successiva alla sent. n. 182 del 2011 – pronuncia significativa ai fini della richiamata trasformazione della funzione di coordinamento finanziario – secondo la quale limitazioni puntuali e dettagliate alle singole voci di spesa si applicano integralmente alle amministrazioni statali, mentre vincolano le Regioni, comparto per comparto, come obiettivo complessivo di riduzione della spesa; da ciò discende la giurisprudenza successiva che rende costantemente opponibili agli enti sub-statali vincoli e limiti alle singole voci di bilancio per il conseguimento di puntuali obiettivi di finanza pubblica (tra le tante, in quanto particolarmente esemplificative, sentt. n. 139 e n. 262 del 2012; n. 22 del 2014).

tali e dei criteri volti ad assicurare tali obiettivi[21], resi progressivamente opponibili anche alle autonomie speciali[22].

Le variabili richiamate sono sempre state *integralmente* governate dal legislatore statale e nel corso della storia del regionalismo italiano la loro combinazione non ha favorito l'autonomia.

3. La perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost.

La combinazione delle variabili richiamate nel caso italiano delinea un assetto della finanza territoriale ancora in larga parte di carattere derivato, nonostante le prescrizioni costituzionali del rinnovato art. 119 Cost. che rafforza l'autonomia finanziaria al fine di superare le contraddizioni originarie del regionalismo italiano. Al primo tentativo di realizzare il disegno costituzionale di autonomia corrispondeva infatti l'istituzione di un modello di finanza regionale basato *unicamente* su trasferimenti erariali. Esso affonda le radici nella riforma tributaria dell'inizio degli anni Settanta (l. n. 825/1971 e decreti legislativi conseguenti), caratterizzata da un'accentuata centralizzazione delle imposte e del prelievo.

Come allora osservato tempestivamente da Livio Paladin, il sostegno finanziario alle Regioni e agli enti locali era conseguentemente affidato a un duplice sistema di trasferimenti statali, mentre le entrate proprie degli enti sub-statali venivano confinate a una dimensione irrilevante[23]. Pertanto, proprio nella fase in cui il legislatore procedeva all'attuazione del disegno autonomistico (1970-72), il finanziamento delle funzioni delle autonomie territoriali e la conseguente possibilità di realizzare politiche di autogoverno veniva a dipendere integralmente dai trasferimenti erariali, soprattutto nel quadro dell'originario art. 119 Cost., che riservava la disciplina delle forme e dei limiti dell'autonomia finanziaria alle leggi della Repubblica.

Anche quando, dopo la riforma del Titolo V del 2001, sono state incrementate le compartecipazioni e – in misura minore – i tributi propri, i caratteri originari della finanza regionale hanno costantemente condizionato in senso restrittivo il margine di autoidentificazione delle funzioni

[21] Cfr. M. Cecchetti, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di contro-riforma dell'autonomia regionale e locale*, in *federalismi.it*, 2012, 24, pp. 4 ss.

[22] V., in particolare sentt. n. 88 e n. 188 del 2014.

[23] Cfr. L. Paladin, *Fondamenti costituzionali della finanza regionale*, in *Dir. soc.*, 1973, p. 852.

degli enti sub-statali, subordinandolo all'individuazione delle risorse e quindi rimettendolo al modello eteronomo di finanziamento delle scelte di indirizzo[24]. Nonostante la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, le funzioni sono ancora in larga parte affidate all'amministrazione centrale e, quindi, come si è detto, il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse non è mai stato misurato partendo dal riordino dell'amministrazione centrale e le risorse sono state trasferite senza tenere conto dell'effettivo assetto delle funzioni.

Tutto ciò, ora come in origine, rende le Regioni dipendenti dai trasferimenti erariali, limita l'autoidentificazione delle funzioni e l'autonomia politico-legislativa e produce la dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa, rovesciando il parallelismo tra rappresentanza e tassazione, con il rischio di attenuare il nesso tra autonomie e principio democratico[25].

4. (*segue*) L'inattuazione di altri istituti del Titolo V imprescindibili per il finanziamento delle funzioni

A tali difficoltà nella stabilizzazione delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, indispensabile, invece, a consentire agli enti sub-statali di concorrere alla realizzazione del principio democratico, si aggiungono ulteriori problemi dovuti alla perdurante inattuazione di alcuni istituti fondamentali del Titolo V Cost., indispensabili, invece, ad assicurare il rendimento del sistema policentrico.

Basti pensare alla questione della determinazione dei livelli essenziali, la cui mancanza rischia di pregiudicare la garanzia dei diritti e la certezza e proporzionalità delle risorse da assegnare alle Regioni. Occorre anzitutto ricordare che, all'indomani dell'entrata in vigore del Titolo V del 2001, il legislatore statale non ha pienamente colto la portata innovativa del titolo di competenza in parola, come invece sostenuto da una vastissima letteratura che qui può essere soltanto cennata. Infatti, esso, lungi dal costituire – come avrebbe dovuto – il parametro al quale conformare la condizione del beneficiario dei diritti rispetto alla media degli altri citta-

[24] Cfr. A. D'Atena, *A proposito di "taxation" e "representation". Finanza regionale e "federalismo fiscale" nel nuovo art. 119*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 1185 s.

[25] In tema, cfr. M. Bertolissi, *La delega per l'attuazione del federalismo fiscale: ragionamenti in termini di diritto costituzionale*, in *Federalismo fiscale*, 2008, 2, pp. 96 s.

dini ed esprimere così il legame sociale che dà vita alla cittadinanza[26], o lo strumento di contemperamento della «spinta egualitaristico-redistributiva» con la «naturale tendenza alla differenziazione dei sistemi autonomistici»[27], o, ancora, la «chiave di volta del sistema di attuazione dei diritti fondamentali»[28], è stato invece prevalentemente utilizzato dal legislatore per indicare, peraltro in modo disorganico e frammentato, l'elenco delle prestazioni da erogare in maniera uniforme sul territorio nazionale e le misure strumentali a garantirne l'esigibilità[29].

Poiché l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. si riferisce a prestazioni che, per competenza, devono essere erogate anche dalle Regioni, la determinazione dei livelli essenziali finisce per incidere sui principali comparti di spesa dei bilanci regionali, e condiziona il finanziamento delle prestazioni, nel senso che, una volta fissati i livelli, al di sotto di essi non è consentito scendere nell'erogazione dei servizi e nello stanziamento delle relative risorse. I livelli essenziali, quindi, una volta determinati, costituiscono garanzia dell'eguaglianza dei diritti, indicando la soglia di prestazioni il cui finanziamento diviene costituzionalmente necessario. La loro determinazione, pertanto, deve essere assistita da moduli di leale collaborazione tra Stato e Regioni, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale[30], poiché occorre valutare le risorse disponibili tra centro e periferia al fine di assicurare la contestualità del finanziamento[31]. D'altro canto, l'individuazione dei livelli essenziali conforma

[26] Cfr. M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m) della costituzione)*, in *Pol. dir.*, 2002, pp. 352 s.

[27] P. Carrozza, *Il Welfare regionale tra uniformità e differenziazione: la salute delle regioni*, in E. Catelani, E. Cheli (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 32 s.

[28] G. Scaccia, *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 541.

[29] La giurisprudenza costituzionale si riferisce costantemente alla dimensione quantitativa delle prestazioni da assicurare sull'intero territorio nazionale, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle: cfr. sentt. n. 282 del 2002; n. 88 del 2003; n. 120, n. 285, n. 383 e n. 467 del 2005; n. 134 del 2006; n. 80, n. 162 e n. 387 del 2007; n. 45, n. 166, n. 203 e n. 271 del 2008; n. 99, n. 200 e n. 322 del 2009; n. 10, n. 121 e n. 207 del 2010; n. 248 del 2011; n. 115 e n. 207 del 2012; n. 111 del 2014; n. 125 del 2015; n. 87 del 2018; n. 9 e n. 197 del 2019; n. 62 e n. 157 del 2020; n. 132, n. 142 e n. 220 del 2021.

[30] Cfr., ad esempio, sentt. n. 88 del 2003; n. 134 del 2006; n. 162 del 2007; n. 124 e n. 322 del 2009; n. 121 e n. 309 del 2010; n. 8 e n. 330 del 2011; n. 297 del 2012; n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del Considerato in diritto.

[31] Cfr., ad esempio, R. Balduzzi, *Un inusitato intreccio di competenze. Livelli essenziali e non essenziali*, in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di* Welfare. *Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, , Giuffrè, Milano, 2011, pp. 84 ss.

le relazioni tra i poteri rispetto a valori costituzionali "unificanti" e costituisce una duplice garanzia per i beneficiari dei diritti. In primo luogo, essa indica il grado di tutela che si traduce in prestazioni *misurabili* e, quindi, *esigibili* (e conseguentemente azionabili davanti al giudice), tanto più significativo nei periodi di crisi[32]. In secondo luogo, tale determinazione fornisce il punto di riferimento per le modalità di organizzazione e il finanziamento delle prestazioni che lo Stato deve assicurare anche nelle fasi avverse del ciclo economico, ancor più rilevante alla stregua della perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost. e dell'incompiuto adempimento degli obblighi costituzionali di perequazione. Ne consegue che la determinazione dei livelli essenziali costituisce il punto di riferimento per il finanziamento delle funzioni regionali, appunto a garanzia della spesa costituzionalmente necessaria, come ripetutamente affermato anche dalla giurisprudenza costituzionale[33].

La capacità di erogare i livelli essenziali è diventato il parametro su cui misurare: a) quanto alle leggi statali, a seconda dei vari periodi presi in esame, la ragionevolezza dei "tagli lineari" dei finanziamenti o delle norme di c.d. auto-coordinamento (con le quali viene talvolta rimesso alle Regioni, in sede di intesa in Conferenza, il riparto degli oneri annuali conseguenti alla riduzione della spesa complessiva unilateralmente fissata dallo Stato)[34] o, ancora, dei vincoli imposti dal PNRR sull'impiego delle risorse rispetto agli obiettivi prefissati; b) quanto alle leggi regionali, la proporzionalità e la ragionevolezza delle scelte allocative delle Regioni

[32] Un esame della giurisprudenza amministrativa sui livelli essenziali conferma l'esigibilità e l'azionabilità del diritto alle prestazioni fondato sull'art. 117, secondo comma, lett. *m)*, Cost.: cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 gennaio 2020, n. 1; Cons. Stato, sez. III, 7 febbraio 2022, n. 860; Cons. Stato, sez. III, 12 aprile 2022, n. 2728; Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2022, n. 2979. Ciò indica come il parametro costituzionale in parola non incida soltanto sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni, ma costituisca garanzia delle situazioni giuridiche soggettive azionabili davanti al giudice come pretese nei confronti dei pubblici e privati poteri, in relazione alle scelte del legislatore sulle prestazioni esigibili.

[33] In questa prospettiva, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente ribadito la necessità di procedere alla determinazione e all'aggiornamento dei LEP, perché ciò offrirebbe alle Regioni, «un significativo criterio di orientamento nell'individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile» (sent. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del Considerato in diritto). In altre parole, la mancata determinazione dei livelli essenziali non può precludere l'esercizio della funzione statale di coordinamento finanziario, ma l'aggiornamento dei livelli stessi costituirebbe prezioso punto di riferimento per il finanziamento delle prestazioni. Sul punto, cfr. anche sentt. n. 154 e n. 169 del 2017; n. 103 e n. 117 del 2018; n. 62 del 2020.

[34] Cfr. sentt. n. 154 del 2017 e n. 103 del 2018.

a tutela del diritto alla salute, individuando i livelli stessi il limite oltre il quale non può essere compressa la spesa costituzionalmente necessaria al soddisfacimento del diritto[35]. Ciò dimostra che, una volta determinati tali livelli, le risorse necessarie al finanziamento delle relative prestazioni devono ritenersi costituzionalmente vincolate, in quanto legate alla soglia di esigibilità del diritto da garantire in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale.

In sintesi, la determinazione dei livelli essenziali è atto di *indirizzo politico*, nel senso che il livello essenziale è distinto dal nucleo incomprimibile del diritto ed indica l'elenco delle prestazioni da erogare in maniera uniforme sul territorio nazionale[36]. Una volta individuato, però, il finanziamento delle prestazioni incluse nel livello essenziale deve ritenersi costituzionalmente vincolato, e il potere centrale non può privare le Regioni delle risorse necessarie a meno di pregiudicare la soglia di eguaglianza che, invece, si è scelto di garantire[37].

Ben lontano dal costituire uno strumento di riduzione dei divari territoriali (per i quali servirebbero piuttosto scelte di politica economica assunte a livello centrale), la determinazione dei livelli essenziali, in una prospettiva giuridico-costituzionale, costituisce uno dei pochi presidi nella disponibilità delle Regioni per ottenere risorse "certe" e dimostrare, quando occorre anche nel giudizio costituzionale, che lo Stato non assicura il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse e non garantisce alle Regioni risorse adeguate alla realizzazione di autonome scelte di indirizzo[38].

[35] Cfr., ancora, sentt. n. 154 e n. 169 del 2017; n. 103 e n. 117 del 2018; n. 62 del 2020.

[36] Per lo sviluppo di questa tesi, cfr. G. Rivosecchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Atti del XXXIII Convegno annuale, Firenze, 16-17 novembre 2018, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 404 ss., spec. 406.

[37] Per lo sviluppo di questa prospettiva, cfr. G. Rivosecchi, voce *Poteri, diritti e sistema finanziario (tra Stato e Regioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, V, *Potere e Costituzione*, diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 768 ss.

[38] Cfr. sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016 che hanno dichiarato costituzionalmente illegittime leggi regionali di bilancio che avevano ridotto risorse alle Province ad invarianza di funzioni; n. 6 del 2019 sulla c.d. c.d. "vertenza entrate" tra la Regione Sardegna e lo Stato relativa ai criteri di calcolo delle compartecipazioni tributarie sulle imposte sui redditi e sull'IVA, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disposizione della legge di bilancio per il 2018 nella parte in cui non garantisce alla Regione Sardegna «adeguate risorse», rispetto alle funzioni ad essa assegnate, per il triennio 2018-2020 nelle more della definizione dell'apposito accordo di finanza pubblica; n. 197 del 2019 e n. 62 del 2020 sul costituzionalmente necessario finanziamento dei livelli essenziali di assistenza della

Al riguardo, deve essere ricordato il decisivo contributo della giurisprudenza costituzionale che ha sviluppato soluzioni e strategie argomentative volte a garantire non soltanto, come già eravamo abituati, il principio collaborativo nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, ma, in un contesto di finanza ancora derivata, anche la stabilità delle relazioni finanziarie, affermando: a) che nelle fasi di crisi la riduzione dei finanziamenti regionali deve essere di carattere transitorio e temporaneo e comunque idonea ad assicurare il finanziamento dei livelli essenziali[39]; b) che le scelte sul finanziamento regionale devono essere effettuate nell'ambito di un trasparente confronto tra Governo e Parlamento affinché vi sia una piena consapevolezza e assunzione di responsabilità almeno rispetto alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni[40]; c) che le leggi di bilancio, statali e regionali, devono assicurare la trasparenza e la correttezza nell'impiego dei fondi a garanzia della responsabilità politica e del principio democratico[41].

Da quest'ultimo punto di vista, la giurisprudenza costituzionale ha edificato una vera e propria *dottrina* sulla trasparenza delle decisioni finanziarie e sul bilancio come «bene pubblico» che, mediante il sistema dei saldi e il controllo/accertamento della Corte dei conti, consente di «sintetizzare e rendere certe le scelte» allocative[42]. In questa prospettiva, il principio di rendicontazione dell'impiego delle risorse regionali si collega al circuito democratico-rappresentativo, essendo strumentale al principio della responsabilità politica e alla responsabilità di mandato. I rendiconti (e il relativo giudizio di parificazione), attribuendo certezza giuridica ai conti e assicurando trasparenza e veridicità delle scritture contabili, consentono di verificare come sono state utilizzate le risorse rispetto ai programmi e agli impegni assunti dagli amministratori pubblici[43].

Sicilia.

[39] Significativa, in questo senso, la sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del Considerato in diritto; nonché, tra le tante, sentt. n. 193 del 2012; n. 141 del 2016; n. 154 e n. 169 del 2017; n. 6 del 2019, punto n. 2 del Considerato in diritto.

[40] Cfr. sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del Considerato in diritto.

[41] Cfr. sentt. n. 49/2018, punto n. 3.4 del Considerato in diritto; n. 18/2019, punto n. 5.3 del Considerato in diritto; n. 235/2021, punto n. 6.1 del Considerato in diritto.

[42] Sent. n. 184/2016, punto 3 del Considerato in diritto.

[43] Cfr. sentt. n. 18 del 2019, punto 5.3 del Considerato in diritto; n. 4/2020, punto n. 5 del Considerato in diritto; n. 115 del 2020, punto n. 7 del Considerato in diritto; n. 80/2021, punto n. 6.1 del Considerato in diritto; n. 235 del 2021, punto n. 6.1 del Considerato in diritto; n. 246/2021, punto n. 6.5 del Considerato in diritto; n. 184 del 2022, punto n. 5.3 del Considerato in diritto. Sul punto, in dottrina, cfr. M. Luciani, *La "giurisprudenza Carosi"*,

5. I possibili rimedi: il "lato" delle spese e il "lato" delle entrate

In questo contesto, al fine di rinsaldare il nesso tra autonomia regionale, impiego delle risorse e principio democratico, occorrerebbe anzitutto verificare gli orientamenti della legislazione finanziaria statale per saggiarne la loro compatibilità con l'art. 119 Cost.

Distinguendo "lato" delle spese e "lato" delle entrate degli enti sub-statali, quanto al primo occorre anzitutto ricordare che, specie dagli anni della c.d. legislazione della crisi (2011-2014), il coordinamento della finanza pubblica e l'armonizzazione dei bilanci hanno impresso una forza accentratrice al riparto di competenze consentendo l'interferenza statale con qualsiasi titolo di competenza regionale. Il coordinamento finanziario può ormai esplicarsi mediante la predisposizione di vere e proprie limitazioni frapposte allo svolgimento dell'autonomia, allorché si tratti di determinare il bilancio degli enti territoriali: nel suo complesso, nel rapporto tra entrate e spese, nelle singole voci che lo compongono e nelle riduzioni di spesa annualmente commisurate rispetto all'esercizio finanziario precedente, imposte da norme statali sempre più puntuali e dettagliate[44]. Sicché, pur affermando che gli effetti "emergenziali" delle crisi non possono determinare l'alterazione dell'ordine costituzionale delle competenze[45], anche la giurisprudenza costituzionale ha favorito la progressiva espansione del coordinamento finanziario, imponendo forti limitazioni di spesa degli enti sub-statali[46].

Tali orientamenti, spesso tradottisi in veri e propri "tagli lineari" che perseguono finalità opposte al miglioramento delle priorità allocative (c.d. *spending review*), hanno finito per imporre consistenti riduzioni della spesa per sanità e servizi; sicché il deflagrare della crisi pandemica ha colto le Regioni impreparate sul piano dell'organizzazione e della provvista finanziaria.

in G. Colombini (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 577 s.; G. Rivosecchi, Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus, *ovvero: disvelata natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti ed effetti sull'autonomia regionale*, in *Le Regioni*, 2022, 6, pp. 1257 ss., spec. pp. 1270 s.

[44] Al riguardo, cfr. già A. Brancasi, *Continua l'inarrestabile cammino verso una concezione statalista del coordinamento finanziario*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 1235 ss.

[45] Cfr. sentt. n. 148 e n. 151 del 2012 e n. 99 del 2014.

[46] Tra le tante, sentt. n. 169 e n. 179 del 2007; n. 289 del 2008; n. 69 del 2011; n. 139 del 2012; n. 88 del 2014; n. 143 del 2016.

In questo contesto, a meno di non vanificare le prescrizioni costituzionali sull'autonomia finanziaria, occorrerebbe anzitutto saggiare gli orientamenti della legislazione finanziaria statale con riguardo alla loro compatibilità con l'art. 119 Cost.

Sul lato della spesa una prima linea di intervento potrebbe essere quella di innalzare il livello di generalità dei principi del coordinamento finanziario, recuperando gli originari orientamenti della giurisprudenza costituzionale[47] e affidando così alla legislazione statale il compiuto di fissare limiti riferibili a macro-grandezze di finanza pubblica capaci, cioè, di assicurare la partecipazione delle autonomie al conseguimento degli obiettivi senza però imporre dettagliati vincoli alle singole voci di bilancio degli enti. Tale orientamento potrebbe rivelarsi utile anche la prospettiva di un maggior coinvolgimento delle Regioni nella fase di attuazione del PNRR.

Una seconda direttrice dovrebbe riguardare la verifica della sussistenza di fondi statali con vincolo di destinazione in materie di potestà legislativa regionale al fine di comprendere sino a che punto risorse trasferite a destinazione vincolata (ad esempio per politiche sociali o sanitarie) possano ritenersi compatibili con i principi costituzionali sull'autonomia finanziaria.

Negli ultimi anni, come si accennava, la giurisprudenza costituzionale appare meno rigorosa rispetto agli orientamenti assunti all'indomani dell'entrata in vigore del Titolo V (e quindi maggiormente incline a riconoscere deroghe al divieto di istituire fondi vincolati), ma il principio dell'incompatibilità dell'autonomia finanziaria con i fondi statali vincolati andrebbe comunque valutato alla stregua di un'analisi della vigente legislazione finanziaria statale, anche alla luce delle possibili interferenze con le risorse messe a disposizione in determinati ambiti materiali dal PNRR, come dimostra la tendenza in atto nella decretazione d'urgenza quanto all'organizzazione della c.d. Cabina di regia e ai procedimenti di impiego delle risorse di derivazione europea che vedono un coinvolgimento non sempre adeguato degli enti sub-statali e del sistema delle Conferenze. Infatti, lungi dal costruire un sistema *bottom up* nell'impiego delle risorse, la legislazione richiamata è costantemente imperniata sul richiamo all'interesse nazionale nell'attuazione del PNRR e agli obblighi assunti in sede di esecuzione del Regolamento (UE) 2021/241 istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza[48].

[47] V. soprattutto la già richiamata sent. n. 36 del 2004.

[48] Cfr., in particolare, il d.l.n. 77/2021 (*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza*

La necessaria riduzione (o eliminazione) dei fondi statali con vincolo di destinazione, capaci di comprimere l'autonomia di spesa degli enti regionali, dovrebbe poi essere bilanciata dall'incremento delle risorse spettanti in via "ordinaria" agli enti sub-statali al fine di garantire l'espletamento delle funzioni ad essi affidate.

Una terza direttrice lungo la quale monitorare la legislazione finanziaria statale concerne gli "spazi" che residuano agli enti sub-statali sul lato della spesa. Anche in questo caso occorrerebbe adeguare la legislazione finanziaria statale alle consolidate acquisizioni della giurisprudenza costituzionale secondo la quale: l'eventuale riduzione delle risorse destinate alle autonomie deve essere temporanea e parametrata alle funzioni; lo Stato deve garantire il concorso al finanziamento dei livelli essenziali nelle fasi avverse del ciclo economico[49]; il contributo degli enti territoriali agli obiettivi di finanza pubblica deve essere assicurato nel rispetto dei principi di coordinamento e della legge rinforzata di attuazione dell'art. 81 Cost., senza che lo Stato possa imporre ulteriori oneri alle autonomie[50]; le norme contabili sulla determinazione e "calcolo" dell'equilibrio devono preservare «spazi finanziari» per le autonomie territoriali idonei a garantire la programmazione delle risorse secondo principi di proporzionalità e adeguatezza[51], senza precludere, ad esempio, agli enti sub-statali di disporre dell'avanzo di amministrazione regolarmente accertato con l'approvazione del rendiconto o delle risorse già destinate a copertura di spese imputate a esercizi successivi secondo il meccanismo di garanzia costituito dal fondo pluriennale vincolato[52].

Anche per questo terzo profilo, relativo alla garanzia degli "spazi" finanziari a disposizione degli enti sub-statali per l'impiego delle risorse, occorrerebbe procedere ad una analitica "mappatura" della legislazione statale relativa alla spesa regionale per provvedere ad adeguarla alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale.

Va infine rammentato che la premessa di ogni ragionamento sulla razionalizzazione del lato della spesa è ravvisabile nel completamento della transizione al sistema dei costi e dei fabbisogni *standard*, indispensabile per assicurare criteri omogenei di misurazione del costo delle funzioni secondo i principi di trasparenza e sincerità dei conti, ridurre le inefficienze

e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure).

[49] Cfr. sent. n. 235 del 2017.

[50] Cfr. sentt. n. 235 e n. 237 del 2017.

[51] Da sent. n. 184 del 2016 a sent. 101 del 2018.

[52] Cfr. sentt. 247 del 2017 e n. 101 del 2018.

allocative e garantire il funzionamento del sistema di perequazione a fini solidaristici.

Guardando al "lato" delle entrate, il diritto vigente (l. n. 42/2009 e decreti legislativi conseguenti) prevede che le funzioni connesse ai LEP dovrebbero essere finanziate mediante addizionale IRPEF, compartecipazioni all'IVA, tributi propri derivati e quote del fondo perequativo, mentre le funzioni c.d. "libere" dovrebbero essere finanziate da tributi regionali propri in senso stretto e derivati, da addizionali a tributi erariali e dal fondo perequativo, assicurando la contestuale soppressione dei trasferimenti statali.

Tale sistema di finanziamento, come si è detto, non ha trovato applicazione per la scelta politica di mantenere una gestione largamente accentrata delle risorse, come risulta dai già menzionati rinvii disposti dal legislatore – da ultimo, al 2027 – circa l'applicazione della disciplina *vigente* sull'autonomia tributaria delle Regioni e sulla perequazione. Infatti, tali rinvii hanno avuto ad oggetto la disciplina vigente relativa al sistema delle risorse regionali delineato dal d.lgs. n. 68/2011: a) rideterminazione dell'addizionale regionale IRPEF in misura tale da assicurare un gettito corrispondente sia al gettito attuale sia ai trasferimenti statali da sopprimere in base al medesimo decreto legislativo; b) nuova struttura della compartecipazione regionale all'IVA; c) fiscalizzazione di tutti i trasferimenti statali di parte corrente e, ove non finanziati tramite il ricorso all'indebitamento, in conto capitale, alle Regioni a statuto ordinario; d) disciplina del fondo perequativo generale.

Pertanto le entrate tributarie delle Regioni a statuto ordinario sono attualmente quelle già vigenti anteriormente alla l. n. 42/2009 sul federalismo fiscale. Le possibilità di manovra da parte regionale sulla leva fiscale sono limitate alla determinazione delle aliquote entro una forbice fissata dalla legge dello Stato e – in alcuni casi – alla facoltà di differenziare i soggetti passivi (per "scaglioni di reddito" per l'addizionale IRPEF, per categorie economiche per l'IRAP).

Anche sul lato delle entrate occorrerebbe anzitutto adeguare la legislazione statale alle prescrizioni contenute nell'art. 119 Cost., eliminando quelle norme che prevedono meri trasferimenti e assicurando contestualmente incrementi alle risorse proprie degli enti sub-statali per garantire il rispetto del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse.

In secondo luogo, il vigente quadro normativo indica un significativo sottodimensionamento dei tributi propri regionali dal punto di vista non soltanto quantitativo, ma anche qualitativo, incidendo, questi ultimi, sin

dai primi tentativi del legislatore regionale, in maniera pressoché irrisoria sull'autonomia dell'ente territoriale[53].

Sul punto, non sono state ancora garantite le condizioni idonee ad assicurare l'effettiva autonomia tributaria regionale e locale, che possono essere individuate nelle seguenti: a) esistenza di ambiti della potestà impositiva adeguati alle esigenze di differenziazione costituzionalmente previste; b) limitazione delle interferenze statali sui tributi regionali.

Sotto il primo profilo, occorrerebbe verificare la possibilità di estendere quantitativamente il novero dei presupposti d'imposta affidati alla potestà impositiva regionale, valutando anche la possibilità di rimuovere dalla l. n. 42/2009 il divieto di doppia imposizione statale-regionale sul medesimo presupposto, comunque nel rispetto dei principi di territorialità e di continenza del tributo e facendo salva la funzione di coordinamento statale. La soluzione ipotizzata non parrebbe in contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 102 del 2008 perché secondo il Giudice delle leggi la c.d. riserva di presupposto – poi "positivizzata" dagli artt. 2, comma 2, lett. *o)* e 7, comma 1, lett. *b)*, n. 3) della l. n. 42/2009 – non discende dai principi costituzionali, ma soltanto dalla mancanza (al momento della sentenza) dei principi fondamentali di coordinamento poi dettati dalla l. n. 42/2009 che quindi ben potrebbero essere oggetto di modificazione alla stregua delle richiamate esigenze[54].

Sotto il secondo profilo, invece, si dovrebbero ridurre i vincoli che la legislazione statale impone alla stessa potestà impositiva regionale, sia per i (limitati) presupposti che sono ad essa riconosciuti, sia con riguardo ai tributi propri derivati.

L'esigenza irrinunciabile è quella di assicurare l'operatività del fondo perequativo *generale* previsto dall'art. 119, terzo comma, Cost., mentre, a tutt'oggi, la perequazione è concretamente affidata a fondi settoriali previsti per i diversi ambiti materiali (sanità; trasporto pubblico locale) e tutto ciò rischia di pregiudicare le istanze unitarie e l'effettivo adempimento dei doveri costituzionali di solidarietà, come affermato anche dalla giurisprudenza costituzionale[55]. In particolare, al fondo con carat-

[53] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Profili di diritto tributario nel contenzioso Stato-regioni* (luglio 2016), *www.issirfa.cnr.it, Studi e interventi*.

[54] Sui limiti della c.d. "riserva di presupposto" che vieta alle Regioni di istituire tributi propri se non in relazione a presupposti di imposta che non siano già assoggettati ad imposizione sulla base di una legge statale, cfr. L. Salvini, voce *Federalismo fiscale (dir. trib.)*, in *Enc. dir. Annali*, X, Giuffrè, Milano, 2017, p. 426.

[55] Cfr. sentt. n. 220 del 2021 e n. 71 del 2023 sul fondo di solidarietà comunale. Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *La tutela dei principi della finanza locale nella giuri-*

tere generale, disciplinato dall'art. 7 del d.lgs. n. 56/2000, si aggiungono i fondi perequativi settoriali come quello concernente la sanità (art. 12 del d.lgs. n. 502/1992), oltre che, per gli enti locali, il Fondo di solidarietà comunale (art. 23 del d.lgs. n. 68/2011). Diverso il caso dei fondi destinati al finanziamento di specifiche funzioni in determinati ambiti materiali (come il trasporto pubblico locale) che costituiscono, in realtà, trasferimenti vincolati. Il citato d.lgs. n. 56/2000 disciplina il riparto del fondo perequativo nazionale in funzione dei trasferimenti alla singola Regione in relazione alla capacità fiscale, alla dimensione geografica della popolazione residente e al fabbisogno per la spesa sanitaria, nonché alla compartecipazione all'IVA, trasferita a ciascuna Regione a seguito delle operazioni di perequazione, e quindi in aumento o in diminuzione rispetto al conteggio iniziale, senza che sia consentito alcun margine di manovrabilità. Appaiono maggiormente conformi alle prescrizioni dell'art. 119 Cost. i già richiamati criteri dettati dall'art. 9 della l. n. 42/2009 per la determinazione delle risorse derivanti dal fondo perequativo, assicurando il finanziamento della differenza tra il fabbisogno finanziario necessario alle competenze legislative regionali e ai LEP e il gettito regionale dei tributi ad esse dedicati. Tale meccanismo di perequazione integrale per le funzioni connesse ai LEP dovrebbe essere esteso, come si è detto, a tutte le funzioni amministrative il cui esercizio dipende da scelte statali per assicurare il principio di connessione tra funzioni e risorse e adempiere i doveri di solidarietà.

Deve essere infine ricordato che anche il PNRR contiene un apposito paragrafo dedicato al tema del federalismo fiscale – ancora inattuato – prevedendo azioni dirette all'attuazione della l. n. 42/2009 per ottimizzare l'allocazione delle risorse degli enti territoriali, rinviando a tali fini all'apposito Tavolo tecnico istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze.

6. Autonomia finanziaria regionale, principio democratico e doveri di solidarietà

Il legislatore statale e la giurisprudenza costituzionale hanno tentato di estendere i principi dell'art. 119 Cost. anche autonomie speciali, per le quali gli statuti speciali non prevedono alcuna specifica connessione

tra funzioni e risorse[56] e le relazioni finanziarie tra Stato e autonomie speciali hanno conseguentemente seguito un percorso sostanzialmente inverso a quello prefigurato dall'art. 119 Cost. per le Regioni di diritto comune. Infatti, la finanza delle autonomie speciali realizza una sorta di *tertium genus* tra finanza autonoma e finanza derivata, poiché le entrate sono quantificate in percentuale predeterminata negli statuti in relazione a quanto riscosso sui territori. A ciò ha fatto seguito la progressiva accentuazione del suo carattere "negoziale" mediante la valorizzazione degli accordi che definiscono il contributo agli obiettivi di finanza pubblica e il finanziamento delle funzioni. È, infatti, attraverso accordi bilaterali – a prescindere dalla fonte in cui essi si traducono, norme di attuazione o legge rinforzata – che, da un lato, vengono individuate le funzioni e le risorse da trasferire e, dall'altro lato, viene periodicamente ridefinito l'apporto delle autonomie speciali al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, assicurando la sostenibilità economica del disegno di autonomia particolare.

È appena il caso di ricordare che il sistema e l'entità del finanziamento disciplinato da statuti, norme di attuazione e altre fonti atipiche, in cui sono stati trasfusi gli accordi, riflette rilevanti differenze all'interno dei singoli enti dotati di autonomia particolare per storia, capacità di attuare le competenze statutarie, efficienza amministrativa, quantità e qualità dei servizi forniti ai cittadini.

Al di là delle specifiche vicende delle singole Regioni del mondo composito della specialità[57], devono essere sottolineati i seguenti elementi: a) l'evoluzione del quadro macroeconomico e della finanza pubblica statale ha condizionato anche le scelte di governo della finanza delle autonomie speciali, in quanto parte del complesso delle amministrazioni chiamate ad assicurare il rispetto dell'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico; b) si sono progressivamente determinati, almeno in taluni casi, disallineamenti e distonie tra il meccanismo delle compartecipazioni secondo quote prestabilite e l'esercizio delle funzioni per realizzare autonome politiche[58].

[56] Sul punto, cfr. M. Carli, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 179.

[57] Per un approfondimento, cfr. G.C. De Martin, G. Rivosecchi, *Coordinamento della finanza territoriale e autonomie speciali alla luce della legge n. 42 del 2009 (Commento all'art. 27)*, in *Il federalismo fiscale*, a cura di V. Nicotra, F. Pizzetti, S. Scozzese, Donzelli, Roma, 2009, pp. 335 ss.; S. Pajno, G. Rivosecchi, *La problematica riforma costituzionale delle autonomie speciali*, in *Le Regioni*, 2016, 2, pp. 267 ss.

[58] Cfr. i rilievi critici della Corte dei conti – Sezione autonomie, *Audizione sulle forme di*

Basti pensare all'evoluzione del sistema finanziario delle Province autonome di Trento e di Bolzano, riflesso della capacità dei territori di acquisire un novero crescente di funzioni (anche per la tendenza dello Stato a delegare ulteriori funzioni, ad invarianza di risorse); e, all'opposto, al sistema finanziario della Regione siciliana, rivelatosi inidoneo a garantire il finanziamento dell'ampio catalogo delle competenze statutarie senza ricorrere a trasferimenti erariali.

Nel tempo, mediante il ricorso agli accordi di finanza pubblica, le asimmetrie sono state parzialmente ricomposte attraverso la determinazione di riserve nel bilancio dello Stato degli aumenti di gettito che si erano determinati, la rinuncia da parte delle Regioni alle entrate in quota fissa, la riduzione o soppressione dei trasferimenti e il successivo adeguamento delle norme finanziarie statutarie, sempre maggiormente incentrate sulle compartecipazioni[59].

In questo contesto, gli accordi finanziari hanno introdotto meccanismi maggiormente definiti rispetto al principio di corrispondenza tra funzioni e risorse, o con la richiesta di contributi aggiuntivi o con il trasferimento di ulteriori funzioni, in tal modo "recuperando", sia pure in maniera conforme alle garanzie costituzionali della specialità, i principi dell'art. 119 Cost. al fine di favorire un'autonomia politicamente responsabile di fronte alle collettività. Tutto ciò ha consentito alle autonomie speciali di assumere l'esercizio di ulteriori funzioni e dei relativi costi, evitando riduzioni dei finanziamenti e, soprattutto, di subire la logica dei c.d. "tagli lineari"[60]; o, sul versante opposto, di recuperare gli arretrati talvolta dovuti dallo Stato, come nel caso delle accise sui prodotti energetici, oggetto dell'ultimo accordo del settembre 2023 delle Province autonome di Trento e di Bolzano (periodo 2010-2022). Inoltre, gli accordi di natura transattiva hanno avuto un effetto deflattivo sul contenzioso costituzionale[61].

raccordo tra Stato e autonomie territoriali e sull'attuazione degli statuti speciali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali, 23 marzo 2017, spec. 31 ss.

[59] Come posto in rilievo dall'utilissima indagine conoscitiva condotta dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali nel 2015: cfr. Camera dei deputati – Senato della Repubblica, XVII legislatura, Doc. XVII-bis, n. 3, *Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali a conclusione dell'Indagine conoscitiva sulle problematiche concernenti l'attuazione degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale, con particolare riferimento al ruolo delle commissioni paritetiche previste dagli statuti medesimi*, seduta del 4 novembre 2015, 37.

[60] Cfr. R. Bin, *Autonomia speciale e integrazione: la giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 3/2022, p. 412.

[61] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Finanza delle autonomie speciali e vincoli di sistema*, in *Rivista AIC*, 2016, 1, pp. 15 ss., spec. pp. 24 s.

In altri casi, invece, il ricorso all'accordo è stato quantomeno anomalo.

Negli ultimi anni, ad esempio, la Sicilia ha utilizzato questo strumento in maniera combinata con una norma di attuazione[62] – poi dichiarata costituzionalmente illegittima[63] – per derogare ai principi generali sull'armonizzazione dei bilanci al fine di spalmare il ripiano del disavanzo in dieci anni anziché nel triennio del bilancio di previsione o entro il limite dei cinque anni della legislatura regionale. Infatti, l'illegittimo utilizzo della norma di attuazione *praeter statutum*, ben lungi dal costituisce svolgimento della fonte costituzionale di autonomia speciale, che non include la "contabilità" e il "bilancio" tra le materie di potestà regionale esclusiva e concorrente (artt. 14 e 17 dello statuto di autonomia), eccede, invece, dai limiti individuati dalla giurisprudenza costituzionale per le norme di attuazione[64].

In questo caso, come già osservato in dottrina nella fase anteriore alla declaratoria di incostituzionalità[65], la norma sembra costituire piuttosto attuazione dell'art. 81 Cost. al fine di disciplinare la finanza regionale in deroga ai principi contabili sull'armonizzazione dei bilanci, ponendosi, quindi, in contrasto con i principi della responsabilità politica e della responsabilità di mandato affermati dalla giurisprudenza costituzionale[66]. In effetti, come affermato dalla Corte costituzionale, «il riassorbimento del disavanzo in periodi che vanno ben oltre il ciclo di bilancio ordinario comporta una lesione a tempo indeterminato dei precetti costituzionali [...] che finisce per disincentivare il buon andamento dei servizi e scoraggiare le buone pratiche ispirate a una oculata e proficua spendita di risorse della collettività»[67], sicché «la disciplina temporale del rientro dal disavanzo non può che correlarsi allo specifico esercizio nel quale ciascuna componente di tale aggregato si è prodotta, così da consentire che, pur nella continuità degli esercizi, questa venga recuperata nel periodo massimo consentito»[68].

[62] Art. 7 del d.lgs. n. 158 del 2019.

[63] Cfr. sent. n. 9 del 2024, spec. punti n. 6.2.1, n. 6.3 e n. 6.3.1 del Considerato in diritto.

[64] Cfr. sentt. n. 353 del 2001 e n. 227 del 2003.

[65] Cfr. G. Verde, *Le trasformazioni dello Stato regionale. Spunti per una ricerca*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 62 s.

[66] Cfr., ad esempio, sentt. n. 18 del 2019; n. 235 del 2021 e n. 168 del 2022, con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime norme che consentivano il riassorbimento del disavanzo in periodi eccedenti il ciclo di bilancio ordinario degli enti sub-statali. Al riguardo, v. anche sentt. n. 80 e n. 274 del 2017; n. 246 del 2021; n. 268 del 2022; n. 165 del 2023.

[67] Sent. n. 9 del 2024, punto n. 6.3.1 del Considerato in diritto.

[68] Cfr. sent. n. 168 del 2022, spec. punto n. 10.3.1 del Considerato in diritto; nonché, lette-

La Corte costituzionale, quindi, viene a censurare ogni forma di illegittimo ampliamento della capacità di spesa regionale e di incentivo ad effettuare nuove spese senza prevedere l'adeguata copertura, quale effetto, nel caso di specie, di un illegittimo utilizzo combinato delle norme di attuazione e dello strumento dell'accordo. Il Giudice delle leggi tenta così di assicurare stabilità e certezza anche alle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie speciali.

Inoltre, nella perdurante crisi economico-finanziaria, il concorso delle autonomie speciali è stato garantito soprattutto mediante l'istituto dell'accantonamento, che consiste nella determinazione unilaterale del contributo complessivo dovuto – "accantonato" appunto – in favore dello Stato sino all'emanazione delle norme di attuazione previste dall'art. 27 della l.n. 42/2009 per il «*conseguimento degli obiettivi di perequazione e di solidarietà*».

La giurisprudenza costituzionale ha fatto "salvo" tale meccanismo, sul rilievo che esso determina l'accantonamento "transitorio" di quote di compartecipazioni ai tributi erariali[69], allo scopo di ridurre per un importo corrispondente il livello delle spese, e quindi può ritenersi distinto dalla "riserva" che, invece, sottrae definitivamente all'ente territoriale risorse che gli spetterebbero[70]. Il meccanismo in parola non altererebbe, dunque, il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse ai fini dell'erogazione delle prestazioni[71]. Tale orientamento giurisprudenziale è sorretto dai seguenti argomenti: a) la necessità di garantire il tempestivo adempimento degli obblighi circa la sostenibilità delle finanze pubbliche che non consente di attendere l'esito dei negoziati con ciascun ente territoriale[72]; b) l'esigenza di assicurare la proporzionalità dei sacrifici imposti nel sostenere gli oneri finanziari[73].

In un sistema a finanza prevalentemente derivata, comune a tutti gli enti sub-statali, di fronte alla crisi economica ci si potrebbe però chiedere come la limitazione delle risorse, disposta dalla legislazione finanziaria statale, possa essere adeguatamente rivolta a garantire che i diritti dei singoli cittadini non siano eccessivamente differenziati in base all'appartenenza territoriale, sino a pregiudicare l'invalicabile soglia di

ralmente, sent. n. 9 del 2024, punto n. 6.3.1 del Considerato in diritto.

[69] Cfr. sentt. n. 77 e n. 82 del 2015.

[70] Cfr. sent. n. 188 del 2016.

[71] *Ex plurimis*, cfr. sentt. n. 198 del 1999, n. 97 del 2013, n. 145 del 2014.

[72] Tra le tante, in maniera significativa, sent. n. 82 del 2015, punto n. 7.4 del Considerato in diritto.

[73] V., in particolare, sent. n. 154 del 2017, punto n. 4.4.1 del Considerato in diritto.

omogeneità costituzionalmente necessaria a garantire il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni (che, in periodo di crisi, tendono ad appiattirsi sul contenuto essenziale dei diritti).

In questo senso, paiono particolarmente incisive alcune affermazioni della giurisprudenza costituzionale con le quali è stata espressamente riconosciuta la responsabilità che «incombe su tutti i cittadini, a prescindere dalle istituzioni che li rappresentano», di assicurare il proprio contributo al risanamento[74], poiché «autonomia non significa potestà di deviare rispetto al comune percorso definito dalla Costituzione, sulla base della condivisione di valori e principi insensibili alla dimensione territoriale, tra i quali spicca l'adempimento da parte di tutti dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»[75]. In caso contrario – sembra avvertire il Giudice costituzionale – l'inosservanza dei doveri costituzionali di solidarietà potrebbe tradursi in eccessive differenziazioni tra i diritti dei cittadini, valicando la soglia di diseguaglianza ragionevolmente tollerabile.

Non molto di più può essere chiesto innanzi alla Corte costituzionale.

Essendo ancora inattuato il modello costituzionale di autonomia finanziaria ed essendo state interpretate nel senso dell'accentramento le variabili che lo connotano, la stabilità delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni e la "certezza" delle risorse dovrebbe essere garantita in via politico-legislativa, valorizzando gli istituti collaborativi e soprattutto adeguando la legislazione finanziaria statale alle prescrizioni costituzionali.

In conclusione, in un sistema a finanza ancora largamente derivata in cui lo Stato controlla le variabili che condizionano l'attuazione del modello costituzionale di autonomia finanziaria sono le scelte allocative del legislatore statale a condizionare le scelte di indirizzo regionali e a limitare l'autoidentificazione delle funzioni e l'esercizio dei poteri legislativi e amministrativi.

In questo contesto, la compiuta attuazione dei precetti dell'art. 119 Cost. potrebbe limitare il disallineamento tra i principi costituzionali e le tendenze della legislazione finanziaria statale, salvaguardare la

[74] Cfr. sentt. n. 141 del 2015, punto n. 7.4 del Considerato in diritto e n. 154 del 2017, punto n. 4.4.1 del Considerato in diritto.

[75] Cfr. sent. n. 219 del 2013, punto n. 14.4 del Considerato in diritto. V. anche sentt. n. 221 del 2013, n. 23 e n. 88 del 2014; n. 19 del 2015; n. 154 del 2017; n. 103 del 2018.

prescrittività delle disposizioni costituzionali e rinsaldare il nesso tra autonomia finanziaria e principio democratico.

L'inutilizzabilità di prove raccolte nelle indagini fiscali "in violazione di legge" e l'acquisizione di esse con il consenso del soggetto passivo

Roberto Schiavolin
Professore ordinario di Diritto tributario

Sommario: 1. La nuova disciplina sull'inutilizzabilità di prove acquisite «*in violazione di legge*». – 2. La legittima acquisizione di prove in forza del consenso del soggetto passivo.

1. La nuova disciplina sull'inutilizzabilità di prove acquisite «*in violazione di legge*»

Il d.lgs. n. 219/2023 ha inserito nella l. n. 212/2000, Statuto dei diritti del contribuente, l'art. 7-*quinquies*, rubricato «*vizi dell'attività istruttoria*», ai sensi del quale «*non sono utilizzabili ai fini dell'accertamento amministrativo o giudiziale del tributo gli elementi di prova acquisiti oltre i termini di cui all'articolo 12, comma 5, o in violazione di legge*». Poiché tale formulazione sembra riferirsi a qualsiasi «*violazione di legge*», oltre che alla protrazione di «*verifiche presso la sede del contribuente*» al di là dei giorni di permanenza previsti dall'art. 12, comma 5, l. n. 212/2000, essa sembra assai più garantista rispetto alla disciplina risultante dagli indirizzi giurisprudenziali finora prevalenti.

Questa riforma, infatti, supera non solo l'argomento fondato sulla precedente mancanza in diritto tributario di una regola generale in materia di vizi istruttori come quella dell'art. 191 c.p.p.[1], nonché l'indirizzo

[1] Cfr. per esempio Cass. civ., sez. trib., 19 giugno 2001, n. 8344; Cass. civ., sez. trib., 1 aprile

per cui potevano essere impiegati per l'accertamento gli elementi raccolti oltre i limiti di durata dell'accesso stabiliti dall'art. 12, l. n. 212/2000[2], ma, parrebbe, pure la giurisprudenza che fa discendere l'inutilizzabilità di una prova non dal mancato rispetto di una qualsiasi norma sull'acquisizione di essa, bensì dalla lesione di diritti fondamentali di rango costituzionale[3].

Per inciso, nella Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo di modifica dello Statuto dei diritti del contribuente si afferma invece che il nuovo art. 7-*quinquies* codificherebbe «consolidati orientamenti giurisprudenziali» tutelando diritti fondamentali del contribuente[4]; nonostante nei lavori preparatori dei pareri delle Commissioni parlamentari si fosse notata l'erroneità di tale assunto[5], esse non hanno fatto osserva-

2003, n. 4987; Cass. civ., sez. trib., 16 giugno 2006, n. 14056; Cass. civ., sez. trib., 12 febbraio 2010, n. 3388.

[2] Nel senso che tali termini fossero meramente ordinatori, che nessuna norma rendesse illegittima l'attività di indagine qualora fossero superati e che tale conseguenza apparisse sproporzionata al pregiudizio recato all'interesse del soggetto passivo, considerato privo di rilevanza costituzionale, cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. trib., 1 marzo 2022, n. 6779; Cass. civ., sez. trib., 29 maggio 2023, n. 15003; Cass. civ., sez. trib., 29 febbraio 2024, n. 5422.

[3] Cfr. per esempio Cass. civ., sez. un., 21 novembre 2002, n. 16424, Cass. civ., sez. trib., 16 giugno 2006, n. 14056, Cass. civ., sez. trib., 23 aprile 2007, n. 9568, Cass. civ., sez. trib., 16 dicembre 2011, n. 27149, nel senso che «non qualsiasi irritualità nell'acquisizione di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale comporta, di per sé, l'inutilizzabilità degli stessi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso, esclusi, ovviamente, i casi in cui viene in discussione la tutela di diritti fondamentali di rango costituzionale (l'inviolabilità della libertà personale, del domicilio, ecc.)», Cass. civ., sez. trib., 25 febbraio 2015, n. 3756, Cass. civ., sez. trib., 13 novembre 2018, n. 29132 e, da ultimo, Cass. civ., sez. trib., Ord. 31 gennaio 2024, n. 2928, e Cass. civ., sez. trib., Ord. 23 febbraio 2024, n. 4853. Su tale indirizzo, in dottrina, tra i molti, si v. G. M. Cipolla, *La prova nel diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2009, I, pp. 609 e ss., G. Porcaro, *Profili ricostruttivi del fenomeno della (in)utilizzabilità degli elementi probatori illegittimamente raccolti. La rilevanza anche tributaria delle (sole) prove "incostituzionali"*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2005, I, pp. 15 ss., A. Viotto, *Le violazioni commesse nel corso dell'attività d'indagine tra inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite e principio di conservazione degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, II, pp. 7 ss. e, da ultimo, N. Sartori, *I limiti probatori nel processo tributario*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 106.

[4] La Relazione (in *www.camera.it/leg19/682atto=097&tipoAtto=Atto&idLegislatura=19&tab=1*) all'Atto del Governo n. 97, p. 7 afferma infatti che l'art. 7-*quinquies* «essenzialmente cristallizza quanto emergente da consolidati orientamenti giurisprudenziali prevedendo il generale regime di 'inutilizzabilità' delle prove acquisite in violazione di norme di legge poste a tutela di diritti fondamentali del contribuente, in particolare nell'ipotesi specifica di cui all'articolo 12 comma 5 di superamento del termine di permanenza massimo».

[5] Il *Dossier di documentazione* del Servizio Studi della Camera relativo all'Atto del Governo n. 97 (Fi 0045, *ibidem*), p. 22, pone in luce il contrasto della nuova regola con la giurisprudenza, almeno riguardo alla violazione del termine di permanenza *ex* art. 12, comma 5, l. n.

zioni sul punto e la disposizione è stata inserita tale e quale nel d.lgs. n. 219/2023.

Comunque, il testo del nuovo art. 7-*quinquies* a mio avviso non va inteso nel senso che sia sufficiente non rispettare una qualsiasi norma sull'attività istruttoria per rendere una prova inutilizzabile.

In primo luogo, letteralmente «*acquisiti* (…) *in violazione di legge*» significa che l'inutilizzabilità dipende dal mancato rispetto, non già di una qualsiasi regola sull'attività di controllo, bensì di una norma la quale, sempre o in determinati casi, vietasse l'*acquisizione* di un certo elemento (similmente, dunque, alla formula dell'art. 191 c.p.p. «*in violazione dei divieti stabiliti dalla legge*»); altrimenti, si avrà una semplice irregolarità, eventualmente valutabile dal giudice se rilevante ad altri fini.

In secondo luogo, nell'art. 7-*quinquies* la regola generale della «*violazione di legge*» è preceduta da quella del superamento del limite di durata delle verifiche e dalla disgiuntiva "o": perciò, in base al dato letterale, il mancato rispetto dell'art. 12, comma 5, l. n. 212/2000 non sarebbe rientrato tra le «*violazioni di legge*» che comportano inutilizzabilità, in mancanza di detta previsione espressa. Benché nella Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo il superamento del termine di durata delle verifiche sia presentato invece come un esempio di «*violazione di legge*»[6], dalla formulazione dell'art. 7-*quinquies* esso risulta evidentemente una fattispecie assimilata[7]. Pertanto, l'interprete si trova di fronte ad un dato normativo ove sono giustapposte due previsioni che, considerate isolatamente, parrebbero chiarissime, ma «*nella loro connessione*» lo costringono a chiedersi se per configurare una «*violazione di legge*» sia insufficiente il mancato rispetto di una norma, appunto perché si è ritenuto necessario indicare separatamente il caso in cui sia violato l'art. 12, comma 5, l. n. 212/2000.

212/2000, ricordando che secondo Cass. Civ., 18 aprile 2018, n. 9448 essa «non determina la sopravvenuta carenza del potere di accertamento […], ispettivo, né l'invalidità degli atti compiuti o l'inutilizzabilità delle prove raccolte, atteso che nessuna di tali sanzioni è stata prevista dal legislatore, la cui scelta risulta razionalmente giustificata dal mancato coinvolgimento di diritti del contribuente costituzionalmente tutelati».

[6] V. *supra*, nota 4.

[7] Ciò risulta anche da un confronto con la formula del precedente art. 7-*bis,* ai sensi del quale «*Gli atti dell'amministrazione finanziaria impugnabili dinanzi agli organi di giurisdizione tributaria sono annullabili per violazione di legge, ivi incluse le norme sulla competenza, sul procedimento, sulla partecipazione del contribuente e sulla validità degli atti*» (a mio avviso, dalla scelta di aggiungere questa esemplificazione risulta che il legislatore non considera la formula «*violazione di legge*» inequivocabilmente riferita al mancato rispetto di *qualsiasi* regola applicabile ad una certa procedura).

In terzo luogo, in detta Relazione illustrativa, come si è detto, si afferma pure che il nuovo art. 7-*quinquies* stabilirebbe che l'inutilizzabilità consegua alla «violazione di norme di legge poste a tutela di diritti fondamentali del contribuente». Quindi, l'intenzione dichiarata dal Governo alle Commissioni parlamentari era di ricollegare detta conseguenza al mancato rispetto, non semplicemente di una qualsiasi norma, ma solo di regole sull'attività di acquisizione probatoria intese ad evitare lesioni di diritti fondamentali; tuttavia, in base al dato letterale l'inutilizzabilità risulta posta a garanzia, semplicemente, del generale principio di legalità.

Se gli argomenti psicologici[8] tratti dai lavori preparatori sembrassero insufficienti per superare il dato letterale, va ricordato come il d.lgs. n. 219/2023 abbia modificato anche l'art. 1, l. n. 212/2000. In base al nuovo testo di quest'ultimo, la funzione dello Statuto dei diritti del contribuente è di attuare (non solo, come nella disposizione previgente, gli artt. 3, 23, 53 e 97 Cost., ma) le norme della Costituzione, i princìpi dell'ordinamento dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; inoltre, le disposizioni di esso, fin dall'origine qualificate «*princìpi generali dell'ordinamento tributario*», ora sono esplicitamente indicate come «*criteri di interpretazione della legislazione tributaria*». Dunque, anche nell'interpretazione dell'art. 7-*quinquies*, l. n. 212/2000, la lettera di esso va intesa alla luce di quella *ratio* di attuazione di norme costituzionali, dei princìpi eurounitari e della CEDU.

Pertanto, da un lato, la distinta previsione dell'inutilizzabilità di elementi raccolti dopo il superamento della durata massima di un accesso si potrebbe spiegare come una manifestazione di rispetto per la giurisprudenza secondo la quale l'art. 12, comma 5, l. n. 212/2000, in sé considerato, non comportava detta conseguenza, sicché il legislatore avrebbe preferito disporla in un'altra norma, mosso dall'intento di attuare l'art. 14 Cost.[9]. Dall'altro lato, il riferimento dell'art. 7-*quinquies,* l. n. 212/2000 alla «*vio-*

[8] Cfr. per tutti G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, undicesima ed., Cedam, Padova, 2020, pp. 191 ss.

[9] In effetti, benchè in dottrina l'art. 97 Cost. sia stato invocato a fondamento dell'inutilizzabilità di prove illecite (cfr. ad esempio G. M. Cipolla, *La prova nel diritto tributario*, cit., p. 610), a mio avviso esso, laddove impone al legislatore di perseguire l'imparzialità ed il buon andamento dell'attività amministrativa, non sarebbe coerentemente "attuato" da una regola tale da impedire l'uso di prove di un'evasione fiscale solo perché raccolte dopo la scadenza del termine di cui all'art. 12, comma 5, l. n. 212/2000, potendo delle diverse conseguenze apparire più proporzionate al pregiudizio recato al soggetto titolare dei locali ispezionati dalla, pur illegittima, protrazione dell'indagine in corso. Sicché quella nuova previsione di inutilizzabilità, se connessa all'art. 14 Cost., appare coerente con la modifica dell'art. 1 l. n. 212/2000, recata dal d.lgs. n. 219/2023.

lazione di legge» andrebbe inteso soltanto come mancato rispetto di norme la cui *ratio* sia di garantire diritti prevalenti sull'interesse erariale, in forza di princìpi costituzionali, eurounitari o CEDU.

Non si tratta dunque più, come per la giurisprudenza sopra ricordata e per la Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, di reagire con l'inutilizzabilità soltanto alla lesione di diritti fondamentali, ma nemmeno di farla conseguire alla mera "violazione" di una qualsiasi regola da seguire nelle indagini tributarie. D'altronde, quand'anche si leggesse nell'art. 7-*quinquies*, l. n. 212/2000 una semplice riaffermazione nel campo dell'attività istruttoria dell'amministrazione finanziaria del principio di legalità, non si potrebbe trascurare come la tutela giurisdizionale del contribuente si debba riferire ad un interesse del medesimo effettivamente leso a causa della violazione di una norma intesa a proteggerlo. Non potrebbe dunque essere utilmente invocata nel ricorso contro un atto impugnabile, per esempio, l'inutilizzabilità di prove raccolte ledendo esclusivamente interessi di altri soggetti[10], o un interesse del ricorrente non protetto dalla norma violata.

Appare, pertanto, ancora valido l'indirizzo giurisprudenziale per cui la violazione di una regola formale o procedurale rende illegittima un'attività soltanto se reca un concreto pregiudizio al soggetto passivo, conformemente alla «concezione sostanzialistica dell'interesse del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo, espressa, in via generale, dall'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990»[11]. Anche se la nuova disciplina dei vizi dell'attività dell'amministrazione finanziaria, introdotta dal d.lgs. n. 219/2023 nella l. n. 212/2000, appare ormai autonoma da quella della l. n. 241/1990, non mi parrebbe solo per questo irrilevante tale verifica sull'effettiva lesione di un interesse del ricorrente tutelato dalla norma violata, poiché l'esigenza di essa discende dalle norme costituzionali sulla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi di cui agli artt. 24 e 113 Cost., che pure devono essere attuate dallo Statuto dei diritti del contribuente.

[10] Cfr. per esempio Cass. civ., sez. trib., 25 febbraio 2015, n. 3756, riguardante il caso di un accesso «disposto nei confronti di altro soggetto, diverso dal contribuente, onde nessun diretto pregiudizio del diritto di inviolabilità del domicilio ex art. 14 Cost. risulta ravvisabile a carico» del ricorrente.

[11] Cfr., con riferimento alla mancanza di autorizzazione ad indagini bancarie, Cass. civ., sez. trib., Ord. 9 gennaio 2024, n. 762, e in precedenza, per esempio, Cass. civ., sez. trib., 7 aprile 2008, n. 8859, Cass. civ., sez. trib., 16 dicembre 2011, n. 27149 e Cass. civ., sez. trib., 18 aprile 2018, n. 9480.

Questo mi pare superi anche i dubbi che potrebbe destare l'autonomia della regola sui «*vizi dell'attività istruttoria*» da quella sull'annullabilità dell'atto impugnabile di cui all'art. 7-*bis,* l. n. 212/2000. Come è noto, quest'ultima si riferisce pure alla violazione delle norme «*sul procedimento*» e l'art. 7-*quinquies* precisa che l'inutilizzabilità vale in primo luogo «*ai fini dell'accertamento amministrativo*»: quindi, in astratto, l'uso di prove non utilizzabili dovrebbe rendere annullabili gli atti fondati su di esse. Il legislatore, però, ha scelto di prevedere l'inutilizzabilità di tali prove, anziché un ulteriore caso di annullabilità dell'atto impugnato per invalidità derivata, disattendendo gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali che ricollegavano quest'ultima conseguenza alle violazioni istruttorie[12]. La conseguenza è che l'inutilizzabilità rileva non nel giudizio, sulla legittimità procedurale del provvedimento impositivo, ma in quello sulla fondatezza della pretesa fiscale: se questa non venga sufficientemente dimostrata mediante altre prove (purché, ovviamente, ammissibili), l'atto impugnato sarà considerato infondato[13] ed annullato *ex* art. 7, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 546/1992. Peraltro, ai sensi dell'art. 7, comma 1, l. n. 212/2000 come mod. dal d.lgs. n. 219/2023, i mezzi di prova posti a fondamento di un atto impugnabile devono essere indicati specificamente nella motivazione, ed ai sensi del comma 1-*bis* non possono essere successivamente modificati, integrati o sostituiti «se non attraverso l'adozione di un ulteriore atto, ove ne ricorrano i presupposti e non siano maturate decadenze». Quindi, sembra in tal modo consentita anche la sostituzione di una prova inutilizzabile con lo stesso elemento probatorio, se sia possibile acquisirlo di nuovo legittimamente e rinnovare tempestivamente la pretesa, come quando si rientri nei casi di «emendabilità di vizi formali

[12] Per l'invalidità derivata del provvedimento finale come conseguenza di acquisizioni probatorie illegittime, si v., per esempio, Cass. civ., sez. trib., 3 dicembre 2001, n. 15230, Cass. civ., sez. trib., 18 gennaio 2012, n. 631 e, in dottrina, L. Del Federico, *La rilevanza della legge generale sull'azione amministrativa in materia tributaria e l'invalidità degli atti impositivi*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, I, pp. 729 ss.; Id., *I rapporti tra lo Statuto e la legge generale sull'azione amministrativa*, in *Rass. Trib.*, 2011, pp. 1393 ss.; S. Marchese, *Attività istruttorie dell'amministrazione finanziaria,* in *Dir. Prat. Trib.*, 2013, I, p. 530; F. Moschetti, *Avviso di accertamento e garanzie del cittadino*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1983, I, pp. 1918 ss.; G. Porcaro, op. loc. cit.; R. Schiavolin, *Poteri istruttori dell'amministrazione finanziaria*, in *Digesto disc. Priv. Sez. comm.*, XI, Utet, Torino, 1995, pp. 201 ss.; D. STEVANATO, *Vizi dell'istruttoria e illegittimità dell'avviso di accertamento*, in *Rass. Trib*, 1990, II, pp. 88 ss.; F. Tesauro, *Prova (diritto tributario)*, in *Enc. dir. Agg.*, pp. 885 ss.

[13] Si noti che pure l'art. 7-*bis,* comma 2, l. n. 212/2000, distingue i motivi di "annullabilità" da quelli di "infondatezza".

e procedurali» nei quali l'art. 9-*bis* l. n. 212/2000 ammette l'autotutela sostitutiva.

Comunque, nonostante l'inutilizzabilità *ex* art. 7-*quinquies* sia distinta dall'annullabilità *ex* art. 7-*bis,* anch'essa rappresenta una modalità di tutela di situazioni soggettive del contribuente fondata sulla generale *ratio* della l. n. 212/2000 di attuare la Costituzione, i princìpi del diritto dell'UE e la CEDU. Pertanto, essendo posta a tutela di un interesse qualificato, l'inutilizzabilità dovrebbe dipendere da un'interpretazione della regola istruttoria non rispettata e dell'art. 7-*quinquies,* l. n. 212/2000 alla luce delle norme della Costituzione, ed eventualmente dei princìpi del diritto dell'UE e dalla CEDU[14] che tutelino l'interesse del soggetto passivo leso da detta violazione. Occorre cioè chiarire se quei sistemi di valori impongano di non impiegare una prova come quella acquisita illegittimamente dall'amministrazione finanziaria, oppure da essi risulti prevalente l'esigenza di accertare se il contribuente abbia effettivamente violato i suoi doveri come si afferma nell'atto impugnato.

Ovviamente tutto ciò riguarda l'interpretazione coordinata dell'art. 7-*quinquies,* l. n. 212/2000 e della regola sull'acquisizione probatoria di cui si lamenti la violazione. D'altra parte, se una norma dovesse prevedere espressamente che la violazione di essa comporta inutilizzabilità di prove, si porrà il problema della legittimità costituzionale o della compatibilità con i princìpi dell'ordinamento UE di tale pregiudizio alla possibilità di dimostrare la fondatezza della pretesa dell'amministrazione finanziaria. Benché non di rado le norme costituzionali e i princìpi eurounitari e della CEDU lascino al legislatore ordinario un ambito più o meno ampio di discrezionalità[15] riguardo alle conseguenze da far discendere dal mancato rispetto di una norma, e la l. n. 212/2000 consenta, *ex* art. 1, comma 3-*ter,* alle regioni ed agli enti locali, di disciplinare i procedimenti amministra-

[14] Per esempio, sulle garanzie assicurate dalla CEDU si v. tra i molti A. Viotto, *Il "diritto al rispetto della vita privata e familiare" nell'ambito delle indagini tributarie, nel quadro della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Trim. dir. trib.*, 2019, pp. 153 ss., S. Marchese, *Attività istruttorie dell'amministrazione finanziaria e diritti fondamentali europei dei contribuenti*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2013, I, pp. 493 ss.; con riferimento anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Id., *Diritti fondamentali europei e diritto tributario dopo il trattato di Lisbona,* Ivi, 2012, I, pp. 241 ss.

[15] In particolare, sul margine di flessibilità riconosciuto dalla Corte EDU ai legislatori nazionali si v. F. Patroni griffi, *The margin of appreciation of national judges on issues covered by judgments of the european court of human rights*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2015, pp. 13 ss. e F. Viglione, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e Dir. Privato*, 2015, pp. 177 ss. e in giurisprudenza Corte cost., Sent. 28 novembre 2012, n. 264.

tivi di loro competenza prevedendo «*livelli ulteriori di tutela*», rimane pur sempre il generale limite costituzionale a regole irrazionali o arbitrarie.

L'interpretazione sopra proposta, dunque, comporta che, per decidere se sia inutilizzabile una prova, si debba verificare non solo se sia stata violata la disciplina relativa all'acquisizione di essa, ma anche se utilizzarla nel caso concreto sarebbe in contrasto con le garanzie da attuare ai sensi dell'art. 1, l. n. 212/2000. Questo rende comunque superati, come si è accennato, vari indirizzi consolidati relativi a singole questioni, ma non sembra travolgere completamente i princìpi emersi nel "diritto vivente" in materia di prove illegittimamente raccolte.

Non rientra negli obiettivi di questo lavoro trarre analiticamente le conseguenze dell'impostazione sopra tratteggiata con riferimento ai vari aspetti della disciplina sulle indagini fiscali.

Tuttavia, mi sembra utile esaminare almeno un tema sul quale la giurisprudenza della Corte di cassazione ha raggiunto un assetto consolidato in base ad un'interpretazione delle disposizioni sui poteri istruttori alla luce delle garanzie costituzionali da essi attuate, in linea dunque con l'esegesi qui proposta dell'art. 7-*quinquies*, l. n. 212/2000. Si tratta del problema dei limiti entro i quali, pur mancando i requisiti per raccogliere legittimamente, nel corso di un accesso, un certo mezzo di prova esercitando un certo potere istruttorio, lo si possa considerare validamente acquisito in forza del consenso prestato dal soggetto passivo a detta acquisizione[16].

[16] Su questo tema si v. da ultimo N. Sartori, *I limiti probatori nel processo tributario*, cit., pp. 134 ss. e R. Schiavolin, *L'acquisizione con il consenso del soggetto passivo di informazioni e documenti negli accessi*, in *Riv. guardia fin.*, 2023, pp. 1147 ss. Nella dottrina precedente, tra i molti, I. Manzoni, *Potere di accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'iva*, Giuffré, Milano, 1993, pp. 234 ss.; L. Salvini, *La partecipazione del privato all'accertamento (nelle imposte sui redditi e nell'iva)*, Cedam, Padova, 1990, pp. 193 ss., 258 ss.; R. Schiavolin, *Poteri istruttori dell'amministrazione finanziaria*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, XI, Utet, Torino, 1995, pp. 194 ss.; G. Vanz, *Indagini fiscali irrituali e caratteri della "spontanea" collaborazione del contribuente o di terzi ai fini dell'utilizzabilità del materiale probatorio acquisito*, in *Rass. Trib.*, 1998, pp. 1390 ss.; G. Porcaro, *Vizi oggettivi dell'attività istruttoria e spontaneità nella esibizione di documenti*, in *Rass. Trib.*, 1998, pp. 528 ss.; A. Toppan, *Accessi, verifiche e ricerche della Guardia di Finanza su autoveicoli e "spontanea" esibizione di documenti utili all'accertamento tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, II, pp. 719 ss.; A. M. Gaffuri, *Appunti sul potere di accesso degli Uffici finanziari*, in *Rass. Trib.*, 2000, pp. 52 ss.; A. Viotto, *I poteri d'indagine dell'Amministrazione finanziaria nel quadro dei diritti inviolabili di libertà sanciti dalla Costituzione*, Giuffré, Milano, 2002, pp. 425 ss.; A. Giovanardi, *Gli accessi*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, pp. 1382 ss.; A. Comelli, *Autorizzazione agli accessi domiciliari, inviolabilità del domicilio e vizi degli atti istruttori,* in *GT – Riv. Giurisp. Trib.*, 2005, p. 379; S. Muleo, *Il consenso nell'attività d'indagine amministrativa*, in S. La Rosa (a cura di) *Autorità e consenso nel diritto tributario*, Milano, Giuffré, 2007, pp. 99

2. La legittima acquisizione di prove in forza del consenso del soggetto passivo

Sembra ovvio che gli uffici tributari, in linea di principio, possano porre a fondamento degli atti di accertamento prove ottenute non solo attraverso l'esercizio di poteri istruttori autoritativi, ma anche mediante attività le quali non comprimano sfere giuridiche altrui. Tra queste ultime parrebbe rientrare l'acquisizione di documenti, dati e notizie liberamente forniti da chi ne dispone, anche acconsentendo ad una richiesta dei funzionari procedenti, ma non per ottemperare ad un ordine fondato su un potere autoritativo, bensì per una sua scelta, nello spirito di collaborazione e buona fede proclamato dall'art. 10, comma 1, l. n. 212/2000. Tuttavia, è ovvio che questa possibilità può generare controversie qualora non sussistessero i presupposti per acquisire una prova in via autoritativa, potendo il contribuente sostenere che il suo consenso all'acquisizione fosse viziato dall'erronea convinzione di essere obbligato a fornirla, causata dall'ignoranza delle regole sull'istruttoria amministrativa, la violazione delle quali renderebbe pertanto la prova inutilizzabile ai sensi dell'art. 7-*quinquies,* l. n. 212/2000. Salvo il caso in cui dalla verbalizzazione delle attività risultino inequivocamente la piena consapevolezza del soggetto passivo riguardo alla carenza dei presupposti di legge per raccogliere quella prova e la sua libera scelta di farla acquisire rinunciando a future contestazioni (ad esempio, perché ritiene contenga elementi a lui favorevoli), è evidente come l'aver tenuto un comportamento collaborativo nel corso delle indagini fiscali non pregiudichi affatto il suo diritto di lamentarne poi i vizi davanti ai giudici tributari. Infatti, nel sistema processuale di cui al d.lgs. n. 546/1992 la tutela giurisdizionale contro atti dell'amministrazione finanziaria non impugnabili autonomamente, come quelli delle indagini da essa svolte, è differita al ricorso contro un provvedimento che li assuma a proprio

e sgg.; A. Marcheselli, *Accertamenti tributari e difesa del contribuente*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 105 ss.; S. Marchese, Attività *istruttorie dell'amministrazione finanziaria e diritti fondamentali europei dei contribuenti*, cit., pp. 518 ss.; S. Stufano, *La tutela del contribuente nelle indagini tributarie*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, pp. 290 ss.; T.C. Manigrasso, *La rilevanza del consenso dell'avente diritto nelle attività d'indagine irritualmente esercitate*, in *Dir. e prat. trib.*, 2019, pp. 2108 ss.; A. Marcheselli, *Indagini tributarie "a trabocchetto" e buona fede, diritto di assistenza del difensore, illegittimità istruttorie e utilizzabilità della prova*, in *Riv. Tel. Dir. Trib.,* 2020, pp. 158 s.

fondamento[17]: perciò il soggetto passivo può contestare, impugnando quest'ultimo, l'utilizzabilità di prove anche se abbia ottemperato senza obiezioni alla richiesta di fornirle e non ne abbia rilevato i vizi di acquisizione nemmeno con le osservazioni inseribili nel processo verbale di chiusura delle operazioni.

Si può ritenere applicabile anche in materia tributaria il principio per cui l'acquiescenza ad un atto amministrativo, risultante da una condotta di chi ne sia pregiudicato tale da provare la sua volontà di accettarne gli effetti, ne rende inammissibile l'impugnazione[18]. Il problema è però, sia di individuare in astratto, sia di accertare in concreto (al di là di casi come l'adesione al provvedimento impositivo o l'omessa inclusione del vizio istruttorio tra i motivi del ricorso contro quest'ultimo) le situazioni da cui risulta una libera e consapevole volontà di disporre del diritto di difesa riguardo all'inutilizzabilità di una prova (nonché, a monte, delle situazioni soggettive tutelate dalle norme violate nell'acquisirla). In dottrina, infatti, si è sostenuto che una preclusione a contestare l'utilizzabilità di una prova si avrebbe soltanto se il soggetto passivo, consapevole del vizio istruttorio, spontaneamente rinunciasse ad opporvisi[19], e che rispetto ad alcuni poteri, in particolare quello di accesso, una siffatta situazione non sembra nemmeno prospettabile[20]. La questione risulta più complessa quando dal livello dei princìpi si passa a quello della disciplina dei singoli poteri istruttori dell'amministrazione finanziaria. Da un lato, solo alcune disposizioni sembrano formulate in modo da far intendere che la mancanza dei requisiti per il legittimo esercizio di un potere sia resa irrilevante dal consenso del soggetto passivo all'acquisizione di un certo mezzo di prova; dall'altro, anche

[17] Si permetta il rinvio a R. Schiavolin, *Rapporto fra atto impugnabile e difesa spiegabile*, in C. Consolo, G. Melis, A.M. Perrino, *Il giudizio tributario*, Giuffré, Milano, 2022, pp. 327 ss.

[18] Cfr. E. Ferrari, *Acquiescenza (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Digesto disc. Pubblicistiche*, vol. I, Utet, Torino, 1987, pp. 79 ss.

[19] Cfr. A. Giovanardi, *op. loc. cit.*; I. Manzoni, *op. loc. cit.*; S. Muleo, *op. cit.*, pp. 109 ss.; G. VANZ, *op. loc. cit.;* A. Viotto, *I poteri d'indagine dell'Amministrazione finanziaria*, cit., pp. 423 ss.

[20] Cfr. A. M. Gaffuri, *op. loc. cit.*; L. Salvini, *op. cit.*, pp. 196 ss. (la quale considera efficace il consenso solo per le aperture coattive in quanto incidenti su diritti disponibili); G. Porcaro, *Vizi oggettivi dell'attività istruttoria*, cit., pp. 527 ss.; A. Viotto, *I poteri d'indagine dell'Amministrazione finanziaria*, cit., pp. 423 ss., secondo il quale il consenso del soggetto passivo non potrebbe avere efficacia sanante se l' attività istruttoria abbia violato regole poste a tutela anche di interessi generali.

nell'applicazione di queste ultime, un consenso che non sia libero e consapevole non pare comunque un idoneo surrogato del legittimo esercizio di un potere istruttorio. In particolare, il primo e il secondo comma dell'art. 52, d.P.R. n. 633/1972, in materia di accessi, ispezioni e verifiche, sembrano prevedere esclusivamente l'esercizio di poteri autoritativi laddove richiedono diversi tipi di autorizzazioni[21] per gli accessi, secondo l'uso al quale sono adibiti i locali in cui i verificatori intendono entrare. Similmente, nel terzo comma la perquisizione personale durante l'accesso è ammessa soltanto se autorizzata dal Procuratore della Repubblica o dall'autorità giudiziaria più vicina. É facile osservare come in questi casi siano direttamente compresse la libertà domiciliare e quella personale, garantite come "inviolabili" dagli artt. 13 e 14 Cost., sicché il legislatore sembra aver considerato preferibile imporre comunque all'amministrazione finanziaria di procurarsi previamente un'autorizzazione idonea a giustificare l'atto ispettivo, giacché se, in alternativa, si fosse potuto procedere in forza del consenso del soggetto passivo, i risultati dell'indagine sarebbero stati esposti ad evidenti rischi di successive contestazioni in sede giurisdizionale, fondate su vizi della volontà di collaborare inizialmente espressa. Tutt'altra cosa, ovviamente, è la preclusione conseguente alla mancanza di censure riguardo all'attività istruttoria nei motivi del ricorso alla Corte di giustizia tributaria avverso l'atto autonomamente impugnabile fondato su di essa. Invece, l'art. 52, terzo comma, d.P.R. n. 633/1972 sembra implicitamente ammettere acquisizioni di prove fondate soltanto sul consenso del soggetto passivo, in primo luogo, quando richiede «*in ogni caso* [...] *l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica o dell'autorità giudiziaria più vicina per procedere durante l'accesso* [...] *all'apertura coattiva di pieghi sigillati, borse, casseforti, mobili, ripostigli e simili*». Infatti, quel riferimento ad una apertura "coattiva" implica che l'autorizzazione sia superflua se la "coattività" non sussiste, come nel caso in cui il titolare del locale acconsenta ad essa. In secondo luogo, detto comma pone il medesimo requisito per l'esame di documenti o la richiesta di notizie, qualora venga

[21] Quella del direttore dell'ufficio tributario è sufficiente per accedere ove siano soltanto esercitate attività economiche o di enti non commerciali o che godono di benefici della disciplina del Terzo Settore, mentre occorre anche quella del procuratore della Repubblica se i locali siano impiegati *anche* come abitazione. L'accesso in locali aventi usi diversi deve essere autorizzato dal procuratore della Repubblica, in base a gravi indizi di violazioni di obblighi tributari, al fine di raccoglierne le prove.

eccepito il segreto professionale[22]: quindi, se il professionista non si oppone immediatamente invocando quest'ultimo, l'acquisizione è legittima anche se non autorizzata. Questa diversa disciplina sembra discendere dalla premessa che ispezione e verifica, *ex* art. 52, quarto comma, d.P.R. n. 633/1972, si estendono a tutti i documenti presenti nei locali, sicché appare naturale che il soggetto passivo vi collabori, permettendo ai verificatori di raccogliere quelli considerati rilevanti per l'accertamento e di ispezionare a tal fine borse, armadi, ecc. Poiché però aprire tali contenitori incide sul diritto alla riservatezza e, se occorra forzarli, su quello di proprietà, sembra ragionevole la scelta fatta dal legislatore nell'art. 52, terzo comma, d.P.R. n. 633/1972 di richiedere un'autorizzazione giudiziaria qualora ciò debba avvenire "coattivamente", cioè senza il libero consenso del titolare dei diritti così compressi. Nel caso di accessi in locali destinati ad attività di lavoro autonomo, a questa tutela si aggiunge quella del segreto professionale, prevedendosi la necessaria presenza del titolare o di un suo delegato ed un'autorizzazione del procuratore della Repubblica o dell'autorità giudiziaria più vicina se questi opponga tale vincolo all'esame di documenti o alla richiesta di notizie. In tal caso, dunque, il dato normativo non fa riferimento né alla "coattività", né all'esigenza di superare un ostacolo materiale all'ispezione, e richiede l'autorizzazione giudiziaria solo in caso di esplicita opposizione del segreto: ciò appare ragionevole, in quanto la posizione del professionista lo pone in grado di riconoscere le situazioni nelle quali ha il dovere di invocarlo per proteggere l'interesse dei suoi clienti. Secondo la Sent. n. 3182/2022 delle Sezioni Unite della Cassazione civile[23], la disciplina dell'art. 52, d.P.R. n. 633/1972 distingue, appunto, tra i casi di accessi o di perquisizioni personali senza autorizzazione, nei quali il consenso del soggetto passivo all'atto ispettivo o la spontaneità della

[22] Su questo tema si v. G. Fransoni, *Poteri d'indagine, segretezza della corrispondenza e segreto professionale: rapporti e interferenze*, «Rass. Trib.», 2019, pp. 498 e sgg.; A. M. Gaffuri, *Appunti sul potere di accesso*, cit., pp. 533 e sg.; A. Marcheselli, E. Marello, *Estensione e tutela giurisdizionale del segreto professionale nell'accertamento tributario*, «Giur. it.», 2011, 973; A. Quattrocchi, *Accessi tributari e tutela del segreto professionale*, «Dir. Prat. Trib. », 2006, I, 257 e sgg.

[23] Cass. Civ., Sez. Un., 12 ottobre 2021/2 febbraio 2022, n. 3182, «Rass. Trib.», 2022, pp. 704 e sgg., con nota di C. Farella, *Consenso del contribuente e attività istruttoria non autorizzata, confini e limiti tracciati dalle Sezioni unite*; tra i commenti a tale sentenza si v. anche A. R. Ciarcia, *Il consenso del contribuente supera le garanzie dello Statuto in tema di verifica fiscale ?,* «Riv. tel. dir. trib.», 2022, pp. 95 e sgg. e G. De Petris, *La difficile convivenza fra diritti del contribuente e interesse erariale nella verifica fiscale: le SS.UU. inciampano nell'ossimoro del consenso non informato*, «GT – Riv. Giurisp. Trib.», 2022, pp. 683 e sgg.

consegna di documentazione da parte sua non basta a rendere legittima l'acquisizione[24], e quelli in cui egli volontariamente, nel corso di un accesso legittimo, su richiesta dei verificatori apre o permette di aprire i contenitori di cui all'art. 52, terzo comma, d.P.R. n. 633/1972, senza sollevare obiezioni[25]. Tale distinzione si ritiene fondata sui diversi livelli di tutela costituzionale degli interessi dei soggetti passivi compressi dalle indagini: la Sent. n. 3182/2022 osserva infatti che, per i «contenitori abitualmente portati sulla persona, come i portafogli, o ad immediato contatto di essa (...) l'acquisizione investe la sfera di libertà garantita dall'art. 13 Cost.», e quindi, analogamente ad una perquisizione personale, il consenso non basterebbe a rendere legittima un'apertura non autorizzata, «mentre per quelli trovati nei locali si applica l'art. 14, terzo comma, Cost.», ai sensi del quale sta al legislatore bilanciare la garanzia di inviolabilità del domicilio e «l'altrettanto fondamentale esigenza, di rango costituzionale, protetta dall'art. 53 Cost.», potendo il titolare del diritto alla segretezza disporne «finché non venga lesa la sua dignità». Pertanto, con riferimento a questa seconda serie di casi, se il soggetto passivo dispone del diritto tutelato da tali previsioni di autorizzazioni giudiziarie, acconsentendo liberamente e consapevolmente all'acquisizione di un mezzo di prova, non si realizza una delle aperture "coattive" da autorizzare a pena di inutilizzabilità (dunque il consenso non determina la "sanatoria" di un vizio istruttorio come se si trattasse dell'acquiescenza ad un provvedimento illegittimo). L'amministrazione finanziaria infatti, secondo la Sent. n. 3182/2022, acquisisce quella prova in base ad un «atto di autonoma collaborazione» di chi ha la disponibilità del piego sigillato, della borsa, della cassaforte, ecc., risultante da «una condotta consapevolmente, e liberamente, orientata a consentire» l'apertura[26]. Però, il semplice fatto che il soggetto passivo si sia adegua-

[24] Cfr., prima della Sent. n. 3182/2022, Cass. civ., sez. trib., 1 ottobre 2004, n. 19689; Cass. civ., sez. trib., 19 ottobre 2005, n. 20253; Cass. civ., sez. sesta, 6 giugno 2018, n. 14701; Cass. civ., sez. sesta, 15 gennaio 2019, n. 673.

[25] Cfr., prima della Sent. n. 3182/2022, Cass. civ., sez. trib., 23 aprile 2007, n. 9565; Cass. civ., sez. trib., 18 febbraio 2015, n. 3204; Cass. civ., sez. trib., 4 ottobre 2018, n. 24306; Cass. civ., sez. trib., 6 marzo 2019, n. 6486; Cass. civ., sez. trib., 19 gennaio 2021, n. 737.

[26] Peraltro, N. Sartori, *I limiti probatori nel processo tributario*, cit., pp. 134 ss., ritiene che una richiesta dell'amministrazione finanziaria sia sempre un ordine e quindi il consenso non possa mai sostituire i requisiti per l'acquisizione autoritativa delle prove; inoltre, anche l'apertura di borse non portate sulla persona atterrebbe alla sfera della libertà personale tutelata dall'art. 13 Cost., sicché servirebbe l'autorizzazione giudiziaria a prescindere dal consenso del soggetto passivo; lo stesso varrebbe, alla luce della tutela della corrispondenza *ex* art. 15 Cost., per i pieghi già letti dal destinatario, anche per proteggere la

to senza nulla obiettare ad una richiesta rivoltagli dai verificatori la quale non fosse conforme alle regole sull'istruttoria amministrativa non gli impedisce di negare, nel ricorso contro un atto impugnabile *ex* art. 19, d.lgs. n. 546/1992, la spontaneità e consapevolezza della sua collaborazione, in quanto dipendente dall'erronea convinzione della doverosità di essa, causata dall'ignoranza della disciplina sugli accessi. Secondo la Sent. n. 3182/2022, sta al giudice di merito accertare i fatti: esso può ritenere che il consenso risulti anche da una «totale assenza di contegno» o da un «mancato dissenso all'apertura»[27], ma può considerarlo non valido se "forzato" o "coartato" da comportamenti intimidatori o vessatori dei verificatori, per esempio qualora essi abbiano prospettato al soggetto passivo l'applicabilità di sanzioni o di metodi di accertamento sfavorevoli se non avesse collaborato[28], o abbiano comunque provocato «coazioni implicite e ambientali». D'altra parte, secondo le Sezioni Unite, la sola mancata previa informazione al soggetto passivo sulle facoltà di opporsi alla richiesta e di essere assistito da un professionista non basta di per sé a viziare la sua volontà in modo da rendere illegittima l'acquisizione probatoria, ma il giudice di merito può trarne un indizio della non piena consapevolezza e libertà del consenso prestato e quindi considerare "coattiva" l'apertura effettuata nel caso concreto. In dottrina è stata criticata soprattutto quest'ultima parte della Sent. n. 3182/2022, perché l'art. 12 comma 2, l. n. 212/2000 prevede il «diritto di essere informato» del contribuente anche riguardo ai suoi diritti ed obblighi in occasione delle verifiche: quindi, se non gli è stata prospettata la possibilità di opporsi alle "aperture" e di farsi assistere da un difensore, parrebbe ovvio considerare violata detta disposizione e quindi invalide le sue manifestazioni di consenso e viziata la conseguente attività istruttoria[29]. In effetti, pur essendo comprensibile l'intento della Sent. n. 3182/2022 di assicurare al giudice di merito la valutazione sull'idoneità

riservatezza del mittente.

[27] *Contra,* N. Sartori, op loc. ult cit., per la differenza tra consenso e mancata opposizione.

[28] Conseguenze, peraltro, previste dalla legge quando il potere istruttorio sia legittimamente esercitato: si v. da ultimo A.R. Ciarcia, *Il rifiuto di esibizione tra preclusioni probatorie, espressa richiesta dell'A.F. e perdita (incolpevole) di documenti*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2023, pp. 795 ss.

[29] Cfr. C. Farella, op. cit., pp. 728 ss.; G. De Petris, op. cit., pp. 685 ss.; G. Chiarizia, A. D'Addario, *Apertura "spontanea" di plichi e borse in sede di verifica fiscale: profili di (il) legittimità domestica e CEDU*, in *Corr. Trib.*, 2022, pp. 545 ss.; N. Sartori, *I limiti probatori nel processo tributario*, cit., pp. 134 ss.

del consenso prestato nel caso concreto, appaiono opinabili gli argomenti da essa addotti, cioè che nessuna norma prevederebbe quello specifico obbligo informativo, che l'informazione sulla facoltà di farsi assistere da un professionista e la stessa presenza di questo non garantirebbero al contribuente la conoscenza della disciplina delle aperture coattive, che sarebbe "paradossale" se la mancanza di tali informazioni invalidasse attività successive benché debitamente autorizzate e che la spontanea consegna di borse e simili inciderebbe sui poteri istruttori dei verificatori e non direttamente sul «titolare del bene che acconsente ad un'attività incidente sulla garanzia del domicilio». A mio avviso, mentre la distinzione tra le aperture "coattive" e quelle "consensuali" risultante dall'art. 52, d.P.R. n. 633/1972 rimane valida anche nel vigore dell'art. 7-*quinquies,* l. n. 212/2000, sarebbe auspicabile, quanto ai requisiti di validità del consenso, una rimeditazione giurisprudenziale sui contenuti degli obblighi informativi di cui all'art. 12, comma 2, l. n. 212/2000. Se questo riesame portasse ad includere tra i "diritti" del contribuente la facoltà di rifiutare il consenso a delle "aperture", l'omessa informazione su quest'ultima (se il contribuente non ne risulti consapevole) mi parrebbe comportare l'inutilizzabilità per violazione di legge di cui all'art. 7-*quinquies*, l. n. 212/2000[30], di elementi raccolti senza la necessaria autorizzazione. Infatti, in relazione alla sopra accennata funzione di attuazione delle garanzie richiamate dall'art. 1, l. n. 212/2000, quella di difesa in giudizio *ex* artt. 24 e 113 Cost. e quella di legalità nelle ispezioni per fini fiscali di cui all'art. 14, comma 3, Cost.[31] sarebbe-

[30] Appaiono comunque superati da tale sopravvenuta previsione gli indirizzi secondo i quali, non prevedendo l'art. 12, comma 2, l. n. 212/2000 a pena di nullità l'obbligo di informare il contribuente, quest'ultimo dovrebbe dimostrare che la violazione di esso abbia in concreto pregiudicato la sua difesa, ovvero che tale informazione era essenziale affinchè il provvedimento dell'amministrazione finanziaria potesse raggiungere il suo scopo (cfr. Cass. civ., sez. trib., 21 gennaio 2015, n. 992 e Cass. civ., sez. trib., 9 novembre 2018, n. 28692). Infatti, alla luce dell'art. 7-*quinquies*, l. n. 212/2000, non sembrano più necessarie né una previsione espressa delle conseguenze del mancato rispetto di una norma, né una "prova di resistenza" con riferimento alla lesione del diritto di difesa, né la dimostrazione dell'inidoneità del provvedimento a produrre effetti, pur dovendosi comunque interpretare la regola non rispettata onde capire se dalla *ratio* di essa risulti che la violazione verificatasi in concreto comporti un divieto di acquisizione del mezzo di prova.

[31] Riguardo, invece, al principio di buon andamento dell'attività amministrativa di cui all'art. 97 Cost., ovviamente esso è attuato anche dagli obblighi di informazione di cui all'art. 12, comma 2, l. n. 212/2000, perché questi concorrono a prevenire acquisizioni probatorie illegittime, ma non mi pare "attuarlo" pure l'inutilizzabilità di cui all'art. 7-*quinquies*, l. n. 212/2000. Infatti, il sistema di tutela giurisdizionale differita contro atti non

ro disattese se un consenso viziato[32] potesse essere addotto a giustificazione dell'uso di prove raccolte senza rispettare le regole sui poteri istruttori.

impugnabili autonomamente consente al contribuente di seguire una strategia difensiva consistente nel non far notare ai verificatori un vizio dell'istruttoria, per invocarlo successivamente nel ricorso contro un provvedimento impositivo, quando le conseguenze di esso saranno irrimediabili, ma ciò non è conforme al dovere reciproco di buona fede *ex* art. 10, comma 1, l. n. 212/2000, né porta ad un "buon andamento" dell'attività dell'amministrazione finanziaria.

[32] Ritengo comunque che l'amministrazione finanziaria possa dimostrare come nel caso concreto il soggetto passivo conoscesse la disciplina delle ispezioni e quindi, nonostante la carenza delle informazioni dategli *in limine,* abbia acconsentito consapevolmente e liberamente ad un'acquisizione probatoria.

La *Rule of Law* delle fonti del diritto internazionale privato dell'Unione europea

Sara Tonolo
Professoressa ordinaria di Diritto internazionale

Sommario: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il difficile rispetto della *rule of law* processuale. - 3. *Rule of law* e determinazione della legge applicabile. – 3.1. Operatività della cittadinanza nelle fonti di diritto internazionale privato dell'Unione europea. – 3.2. Residenza abituale. – 4. Ordine pubblico e *rule of law*. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Osservazioni introduttive

I principi fondamentali connessi alla *rule of law* (dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza), codificati nell'art. 2 del Trattato sull'Unione europea (di seguito TUE)[1], hanno avuto un ruolo molto rilevante nello sviluppo delle fonti del diritto dell'UE e del diritto nazionale[2].

Si tratta di valori fondamentali su cui si fonda l'esistenza dell'Unione, riconosciuti anche precedentemente alla codificazione nei Trattati grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (di seguito Corte di Giustizia dell'UE o CGUE)[3]; come noto, i paesi candidati all'ingresso nell'Unione accettano volontariamente questi valori riconosciuti che si impegnano a rispettare e condividere con gli altri Stati membri. Tuttavia, come noto, la violazione della *rule of law* da parte degli Stati

[1] Trattato di Lisbona del 12 dicembre 2007, in *G.U.U.E.*, C 115 del 9 maggio 2008.
[2] W. Schroeder, *The Rule of Law as a Constitutional Mandate for the EU*, in *Hague Journal on the Rule of Law* , 2023, 15(1), pp. 1–17
[3] CGUE, 23 aprile 1986, *Les Verts c. Parliament*, 294/83, EU:C:1986:166, par. 23.

membri può essere identificata indirettamente, attraverso l'interpretazione della Corte di giustizia dell'UE, in assenza, sia nel TUE sia nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE) di disposizioni specifiche che vincolino gli Stati membri al rispetto dei principi dello Stato di diritto[4]. Così è ad es. avvenuto nel caso riguardante la Polonia[5], nell'ambito del quale la Corte di giustizia dell'UE attraverso il collegamento tra l'articolo 19 del TUE e l'articolo 2 del TUE ha stabilito l'obbligo per lo Stato membro di garantire la piena applicazione del diritto dell'UE e la protezione giudiziaria dei diritti degli individui derivanti dal diritto dell'UE, che richiede il rispetto dell'obbligo di garantire che i tribunali di tale Stato membro soddisfino i criteri di protezione giudiziaria effettiva. Il Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione[6], definisce, all'art. 2, la nozione della *rule of law* come valore dell'Unione sancito nell'articolo 2 TUE, precisando che "in esso rientrano i principi di legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non-discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge" e sanziona alcune violazioni dei principi dello Stato di diritto (art. 3), tramite misure preventive e correttive[7], definendo così il c.d. "*toolbox*" della *rule of law* dell'Unione europea[8].

[4] H. Kováčiková, *Financial Tools – A Way to Approach the Rule of Law?*, in *Nordic Journal of European Law*, 2023, 6(4), pp. 79–97.

[5] CGUE, 25 Luglio 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586

[6] *G.U.U.E.*, L 433/1, del 22 dicembre 2020.

[7] T. Drinóczi, A.Bień-Kacała, *Illiberal legality*, in T. Drinóczi & A. Bień-Kacała (Eds.), *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism. Poland and Hungary within the European Union*, 2021, NewYork, pp. 219–238.

[8] P. Bard, A. Sledzinska-Simon, *Rule of law infringement procedures. A proposal to extend the EU's rule of law toolbox ,* in *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 28 maggio 2019, < https://www.ceps.eu/ceps-publications/rule-of-law-infringement-procedures/ > ; A. Nowak-Far, *The Rule of Law Framework in the European Union: Its Rationale, Origins, Role and International Ramifications*, in A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, C. Grabenwarter, M. Taborowski, & M. Schmidt (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin, 2021, pp. 305–331; A. Jakab, *Three misconceptions about the EU rule of law crisis*, *Verfassungblog*, 17.10.2022, <https://verfassungsblog.de/misconceptions-rol/> ; T.W. Merrill, *The Essential Meaning of the Rule of Law*, in *The Journal of Law, Economics and Policy ,* 2022, 17(4), pp. 672–706; M. Skóra, *How to Improve the EU's*

Al di là delle violazioni della *rule of law* codificate nel Regolamento 2020/2092, è chiaro che la regola dello Stato di diritto, come sancita dall'art. 2 TUE comprende diversi aspetti che a loro volta richiamano principi più specifici, come ad esempio il principio di uguaglianza, che può implicare il funzionamento del divieto di discriminazione e la protezione dei diritti fondamentali all'interno degli Stati membri.

Tra le norme rispetto alle quali è possibile svolgere alcune riflessioni rispetto alla corrispondenza ai principi dello stato di diritto pare opportuno analizzare quelle contenute negli atti adottati nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato: si tratta di norme coerenti alla *rule of law*?

Come noto, si tratta di norme in astratto rivolte a garantire alle persone libertà, giustizia e protezione giuridica delle loro aspettative e dei loro diritti fondamentali in maniera equa e prevedibile, e dunque teoricamente coerenti ai principi della *rule of law* europea, ma la loro adozione entro ambiti materiali, che di volta in volta sono individuati come oggetto di una necessaria unificazione, da un lato, e la necessità di conciliare alcune di esse con i sistemi giuridici nazionali cui spesso è stato riservato ampio spazio di interazione, dall'altro lato, hanno evidenziato complesse criticità che non consentono di rispondere al quesito relativo alla coerenza di tali norme alla *rule of law* senza incertezze.

La previsione di regole uniformi volte a disciplinare il giudice competente, la circolazione dei giudicati e la legge applicabile ai rapporti internazionalprivatistici assicura lo sviluppo del commercio internazionale e la circolazione dei capitali, delle persone, delle famiglie, in maniera teoricamente coerente con i principi dello stato di diritto.

D'altra parte, è noto che nella delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale privato, rilevano alcuni valori generali idonei a orientare la scelta del criterio di giurisdizione e di collegamento. Tali valori trascendono il singolo ordinamento per affermarsi nel quadro della più ampia "comunità di diritto", delineata da Savigny[9], e la *rule of law* rientra sicuramente in tale contesto di indagine, orientando la valutazione della coerenza delle regole di diritto internazionale privato e processuale ai principi fondanti della stessa (ad es. divieto di discriminazione, principio di uguaglianza, tutela dei diritti fondamentali).

La trasversalità della *rule of law*, che si fonda sulla responsabilità degli Stati, sulla trasparenza e sulla legittimità della loro azione, si estende

Rule of Law Toolbox, Bruxelles, 2023.

[9] F. K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts,* VIII, Berlin, 1849, p. 28 ss.

anche ai rapporti internazionalprivatistici, rispetto ai quali l'azione degli Stati deve articolarsi tramite norme chiare, oggettive e pubblicamente note. Ai fini dell'attuazione concreta dei principi della *rule of law*, occorre poi completare la previsione di queste norme con procedure regolamentate, in corrispondenza a *standard* internazionalmente riconosciuti, quali ad es. l'attività giudiziaria imparzialmente esercitata o anche i meccanismi alternativi di soluzione delle controversie, quale ad es. l'arbitrato.

L'intervento di discipline poste con regolamenti dell'Unione europea ad applicazione diretta nelle materie del diritto processuale civile e del diritto internazionale privato ha un ambito di operatività molto ampio, entro il quale esse si sostituiscono alle legislazioni nazionali e ai rapporti convenzionali degli Stati membri. Esso si fonda sull'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE), nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia civile che, in particolare ricomprende, secondo il par. 2, lett. a) di tale articolo, misure volte a conseguire il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e, nel quadro della lett. c), la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizioni.

L'assunzione di questa competenza normativa diretta, giustificata con l'esigenza di realizzazione graduale di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, entro il quale sia assicurata la libera circolazione delle persone, risale al Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 (art. 65) e si sostituisce allo strumento tradizionale del ricorso a convenzioni internazionali tra gli Stati membri, inizialmente previsto all'art. 220 del Trattato CEE. La conclusione di convenzioni, c.d. "comunitarie" dirette ad agevolare l'integrazione tra gli ordinamenti degli Stati membri ed il funzionamento del mercato comune e il loro assoggettamento alla competenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia della Comunità, era andata oltre la previsione iniziale dell'art. 220 per coprire, con la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sia la giurisdizione che il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni[10] e, successivamente, con la Convenzione di

[10] Per il testo della Convenzione, nella versione consolidata a seguito delle adesioni di Finlandia, Svezia e Austria si veda *G.U.C.E.*, 26 gennaio 1998, n. C 27, p. 1 ss. Sulla Convenzione di Bruxelles, in generale, e sulla evoluzione dalla stessa subita, si veda: F. Salerno, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione,* Padova, 2000; B. Ancel, *The Brussels I Regulation: Comment,* in *Yearbook of Private International Law* , 2001, p. 101 ss.; H. Gaudemet Tallon, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, in Revue critique de droit international privé* , 2001, p. 601 ss.; Id, *Compétence et exécution des jugements en Europe: règlement n. 44/2001,*

Roma del 19 giugno 1980[11], anche il campo della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Tali convenzioni, a seguito della assunzione di competenza normativa diretta, sono quindi state sostituite, con discipline in parte ampliate e modificate, da due regolamenti, rispettivamente il 44/2001 (Bruxelles I)[12], ora rifuso nel reg. 1215/2012, c.d. Bruxelles I *bis*[13], e il 593/2008 (Roma I)[14], cui si sono aggiunti nel tempo numerosi altri interventi normativi, sia nel campo della uniformazione del diritto processuale civile internazionale sia in quello della scelta della legge applicabile.

L'efficacia sostitutiva dei regolamenti comunitari rispetto alle legislazioni nazionali dei paesi membri, e quindi anche di quella italiana, è tuttavia diversa nelle due materie: mentre le regole sulla ripartizione della competenza e l'efficacia dei giudicati operano esclusivamente tra giurisdizioni degli Stati membri, componendo un unico sistema giudiziario, ma lasciano residualmente applicabili le norme nazionali quando si tratti di definire la giurisdizione al di fuori della sfera comunitaria e di considerare l'efficacia di giudicati provenienti da paesi terzi, le norme uniformi poste dai regolamenti quanto alla scelta della legge applicabile hanno efficacia generale, anche quando il collegamento prescelto porti a richiamare il diritto di uno Stato terzo, e pertanto si sostituiscono alle norme di conflitto nazionali per le fattispecie corrispondenti. L'art. 6 del reg. Bruxelles I *bis* prevede che, rispetto alle persone non domiciliate in uno Stato membro, la competenza sia disciplinata dalla legge di tale Stato, salvo alcune eccezioni. In questo modo, anche il richiamo delle disposizioni nazionali è parte integrante del sistema della competenza del regolamento, come ribadito dalla Corte di giustizia[15], ma consente di definire la giurisdizione

Conventions de Bruxelles et Lugano, Paris, 2002.

[11] In *G.U.C.E.,* L 266 del 9 ottobre 1980.

[12] Regolamento (CE) 44/2001 del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.C.E.* n. L 12 del 16 gennaio 2001, pp. 1 – 23.

[13] Regolamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.U.E.*, del 20 dicembre 2012, n L 351, p. 1 ss.

[14] Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), in *G.U.U.E.* L 177 del 4 luglio 2008. Su di esso si veda: P. Franzina (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I",* Padova, 2006, ; T. Ballarino, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I,* in *Rivista di diritto internazionale ,* 2009, p. 40 ss.

[15] CGUE, 7 febbraio 2006, parere 1/03, EU:C:2006:81.

nei confronti dei convenuti domiciliati in Stati non membri attraverso le norme in vigore nei sistemi giuridici nazionali.

Le regole sulla ripartizione di competenza e efficacia delle decisioni, contenute in generale per la materia civile e commerciale, con ampie esclusioni quali lo stato e la capacità delle persone, i rapporti patrimoniali tra coniugi, le successioni e i testamenti, poste con il reg. 1215/2012, Bruxelles I-*bis*, fondano anche la giurisdizione nei procedimenti uniformi istituiti da misure legislative dell'Unione europea nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile, come ad es. nel procedimento europeo di ingiunzione di pagamento di cui al regolamento (CE) n. 1896/2006 del 12 dicembre 2006, come modificato da ultimo dal Regolamento UE, 2017/1260 della Commissione del 19 giugno 2017[16], nel procedimento europeo per le controversie di modesta entità, di cui al regolamento (CE) n. 861/2007 dell'11 luglio 2007, come modificato dal regolamento 2017/1259[17], nel quadro del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati di cui al regolamento (CE) n. 805/2004 del 21 aprile 2004[18]. La creazione dei procedimenti uniformi europei, rivolti al recupero credito presuppone infatti la fiducia tra i sistemi processuali azionali sulla base della convergenza delle regole giurisdizionali.

Le regole di giurisdizione sono state integrate, quanto alla determinazione della legge applicabile in alcune delle materie da esse coperte, con il ricordato reg. 593/2008 relativo alle obbligazioni contrattuali e con il reg. 864/2007 per le obbligazioni extracontrattuali (Roma II)[19]; quelle sulla giurisdizione e l'efficacia delle decisioni in materia di separazione e divorzio, e di responsabilità genitoriale, poste con il reg. 2201/2003 (Bruxelles

[16] Regolamento UE, 2017/1260 della Commissione del 19 giugno 2017, che modifica il Regolamento 1896/2006 del 12 dicembre 2006 che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, in *G.U.U.E.*, del 13 luglio 2017, n L 182, p. 20. Sul punto si v. S. Tonolo (a cura di), *The Simplification of Debt Collection in Italy, TRAIN2EN4CE Project and Future Challenges,* Torino, 2022.

[17] Regolamento del 19 giugno 2017 che sostituisce gli Allegati I, II, III e IV al Regolamento (CE) n. 861/2007, del Parlamento e del Consiglio che stabilisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, in *G.U.U.E.*, del 13 luglio 2017, n L 182, p. 1.. Sul punto si v. S. Tonolo (a cura di), *The Simplification of Debt Collection in Italy,* cit.

[18] In *G.U.C.E.* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 15 ss.

[19] Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II"), in *G.U.U.E.* L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss. Su di esso si veda: F. Pocar, *Nelle nuove obbligazioni extracontrattuali alle parti una scelta sulla legge applicabile,* in *Guida al Diritto* , 2007, 5, p. 11 ss.; G. Alpa, *Scattano per le responsabilità da prodotti i principi del luogo ove si verifica il danno,* ivi, p. 24 ss.; P. Franzina, *Il regolamento n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali,* in *Nuove Leggi Civili Commentate* , 2008, p. 971 ss.

II-*bis*)[20], sostituito, a partire dal 1° agosto 2022, dal reg. 1111/2019[21], sono state completate dal reg. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, c.d. reg. Roma III[22].

In altri casi, i regolamenti hanno coperto, con un unico atto, sia la materia della competenza e dell'efficacia del giudicato che quella della legge applicabile: così è disposto nel reg. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari[23], nel reg. 650/2012 in materia di successioni e di creazione di

[20] Regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, in *G.U.C.E..*, L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss., noto come regolamento Bruxelles II – bis" perché sostituisce il "regolamento Bruxelles II", ovvero il regolamento n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi.

[21] Regolamento (UE) n. 1111/2019 del 25 giugno 2019, in *G.U.U.E..*, L 178 del 25 giugno 2019, p. 1 ss. Sul punto si v. S. Bariatti, I. Viarengo, F.C. Villata. (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile, commerciale e di famiglia,* Milano, 2016; D. Damascelli, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e partner (legge applicabile),* in *Enciclopedia del Diritto* , 2022, p. 1069 ss.; C. Honorati, M.C. Baruffi, *EU Private International Law in Family Matters,* Cambridge, 2022; C. Ricci, *Giurisdizione in materia di regimi patrimoniali tra coniugi nello spazio giudiziario europeo*, Padova, 2020; I. Viarengo, *The Coordination of Jurisdiction and Applicable Law in Proceedings related to Economic Aspects of Family Law,* in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* , 2022, p. 257 ss.; I. Viarengo, P. Franzina (a cura di), *The EU Regulations on the Property Regimes of international Couples. A Commentary,* Cheltenham, 2020; I. Viarengo, F.C. Villata, *Planning the future of Cross Border Families,* Oxford, 2020.

[22] Regolamento n. 1251/2010 del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *G.U.U.E.,* L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss. Si veda in generale sul punto: S. Bariatti, C. Ricci, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007; I. Viarengo, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* , 2011, pp. 601 - 609; I. Queirolo, L. Carpaneto, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale»*, 2012, pp. 59 - 86; A. Röthel, *Il regolamento Roma III: spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* , 2013, pp. 883 -898.

[23] Regolamento (CE) n. 4/2009 del del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *G.U.C.E.,* n L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss. Si veda sul punto H. Muir – Watt, *Aliments sans frontières. Le reglément CE n. 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires,* in *Revue critique de droit international privé ,* 2020, p. 457; F. Pesce, *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea,* Roma, 2013; F. Pocar, I. Viarengo, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* , 2009, p. 805; I. Viarengo, *Sulla disciplina degli obblighi alimentari nella famiglia e dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Rivista di diritto internazionale privato e*

un certificato successorio europeo[24], e nei reg. 2016/1103[25] e 2016/1104[26], relativi ai rapporti patrimoniali nel matrimonio e nelle unioni registrate.

Il diritto dell'Unione europea influenza significativamente, per l'operare dei principi in esso contenuti, il funzionamento dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato e li orienta al rispetto della *rule of law* europea. Rilevante è, a tal fine, il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha ad es. elaborato una complessa giurisprudenza incidente in materia privatistica al fine di evitare incertezze e criticità nell'applicazione degli atti dell'Unione europea[27].

processuale , 2015, p. 823; L. Válková, *Choice of Court Agreements under the EU regulation in Family and Succession Matters,* Milano, 2022.

[24] Il Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, è pubblicato in *G.U.U.E.,* L 201 del 27 luglio 2012, p. 107 ss. Su di esso si veda: A. Davì, A. Zanobetti, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, Torino, 2014; A. Bonomi, P. Wautelet, *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015; D. Damascelli, *Due proposte di riforma del sistema di conflitto italiano in materia di donazioni e successioni,* in C. Campiglio (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 2019, pp. 227-249.

[25] Regolamento (UE) n. 1103/2016 del del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, in *G.U.U.E.,* n L 183 dell' 8 luglio 2016, p. 1 ss. Sul punto si v. S. Bariatti, I. Viarengo, F.C. Villata. (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile, commerciale e di famiglia,* Milano, 2016; D. Damascelli, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e partner (legge applicabile),* cit., p. 1069 ss.; C. Honorati, M.C. Baruffi, *EU Private International Law in Family Matters,* cit.; C. Ricci, *Giurisdizione in materia di regimi patrimoniali tra coniugi nello spazio giudiziario europeo*, cit.; I. Viarengo *The Coordination of Jurisdiction and Applicable Law in Proceedings related to Economic Aspects of Family Law,* cit., p. 257 ss.; I. Viarengo, P. Franzina (eds), *The EU Regulations on the Property Regimes of international Couples. A Commentary,* cit.; I. Viarengo, F.C. Villata, *Planning the future of Cross Border Families,* cit.

[26] Regolamento (UE) n. 1104/2016 del del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in *G.U.U.E.,* n L 183 dell' 8 luglio 2016, p. 30 ss. Sul punto si v. S. Bariatti, I. Viarengo, F.C. Villata. (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile,* cit.; D. Damascelli, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e partner (legge applicabile),* cit., p. 1069 ss.; I. Viarengo *The Coordination of Jurisdiction and Applicable Law,* cit., p. 257 ss.

[27] Si pensi solo a titolo di esempio ai principi delineati su istituti controversi, come ad es. la *Zugewinngemeinschaft* del diritto tedesco (quota successoria della comunione al coniuge superstite) ricondotta al diritto successorio in un caso di decesso di un coniuge con beni in Germania e in Svezia, allo scopo di attribuire la quota successoria al coniuge superstite, sulla quale si v. CGUE , 1 marzo 2018, in causa C- 558/16, *Mahnkopf*, EU:C:2018:138, o il legato per rivendicazione dei beni immobili, ricondotto al reg. 650/2012 anche in un ordi-

In particolare, il generale divieto di discriminazione su base nazionale, che costituisce uno dei fondamenti della integrazione comunitaria, influisce, come si vedrà[28], sul criterio di collegamento della cittadinanza, ancora ampiamente accolto in molti sistemi nazionali, per impedire che, in ipotesi di doppia cittadinanza di Stati membri a capo di una o più parti di un rapporto, prevalga necessariamente quella del foro o che si subordini l'efficacia di una cittadinanza europea alla sua effettività[29]. Inoltre il principio di reciproca fiducia tra le statuizioni derivanti dagli ordinamenti degli Stati membri comporta, anche in assenza di specifiche discipline di diritto dell'Unione europea in alcune materie, la generale rilevanza giuridica di atti concernenti condizione e *status* personali posti in essere entro uno di questi ordinamenti.

La sovrapposizione delle norme di fonte unionale a quelle nazionali non è tuttavia avvenuta in maniera completa e pertanto – come si vedrà - possono emergere dei profili di contrasto tra la *rule of law* perseguita dall'Unione europea e l'operare residuale delle norme nazionali negli spazi non coperti da norme uniformi, che in alcuni casi, rinviano ai sistemi giuridici nazionali, nonché alcune criticità rispetto alla coerenza della stessa *rule of law* del diritto internazionale privato dell'Unione europea, derivanti dalla frammentaria unificazione della materia.

2. Il difficile rispetto della *rule of law* processuale

I regolamenti adottati nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato perseguono la *rule of law* definita dai principi fondamentali del diritto dell'Unione europea, ma si scontrano in alcuni casi con le difformità giuridiche dei sistemi nazionali entro i quali la *rule of law* europea dovrebbe attuarsi.

Si pensi ad es. ai diritti connessi all'accesso alla giustizia, ai principi generali dell'equo processo come codificati dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[30], e dall'art. 47 della Carta dei diritti fon-

namento – quello polacco -che non conosce tale istituto- sul quale si v. CGUE , 12 ottobre 2017, in causa C-218/16, *Kubicka*, EU:C:2017:755.

[28] Si veda sul punto infra par. 3.1 .

[29] Sul punto si v. in generale A. Di Stasi (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018; A. Di Stasi, M. C. Baruffi, L. Panella (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023.

[30] Convenzione adottata a Roma il 4 novembre 1950 resa esecutiva in Italia con l. n. 848 del 4 agosto 1955, in *Gazz. Uff.*, n. 221 del 24 settembre 1955. Su di essa si veda in generale: S.

damentali dell'Unione europea[31]. E' noto come la Corte europea abbia puntualizzato che, tra tali requisiti, ricorra l'opportunità di avere conoscenza dei motivi addotti a sostegno della domanda della controparte e delle prove[32], in ciò corrispondendo all'effettiva protezione giudiziale di cui all'art. 47 Carta UE[33].

Una procedura europea che mira a semplificare, velocizzare e ridurre i costi del processo nei rapporti transfrontalieri, ma che non garantisce un equo bilanciamento tra i diritti processuali delle parti, assicurando un effettivo accesso alla giustizia e all'equo processo, rischia di aprire il campo agli abusi e di non raggiungere gli obiettivi per cui è stata disposta, in evidente violazione della *rule of law*. Si pensi, ad es., all'ingiunzione di pagamento europea, che stabilisce che l'ingiunzione sia notificata al convenuto in conformità alla legge nazionale secondo un metodo che rispetti gli *standards* degli artt. 13-15 del regolamento (notifica con prova di ricevimento[34], o senza)[35]. Si tratta di una norma che cerca di conciliare gli

Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* Padova, 2012; W. Schabas, *The European Convention on Human Rights, A Commentary,* Oxford, 2015; M.E. Villiger, *Handbook on the European Convention on Human Rights,* Boston, Leiden, 2023.

[31] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000, riformulata e recepita con adattamenti nel Trattato di Lisbona sull'Unione europea del 12 dicembre 2007 (art. 6), in vigore dal 1° gennaio 2009, in *G.U.U.E.* C 115 del 9 maggio 2008. Per un'applicazione di tale norma, si v. CGUE , 14 maggio 2020, *Országos Idegenrendeszeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19 PPU, EU:C:2020:367: "The principle of primacy of EU law and the right to effective judicial protection, guaranteed by Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, must be interpreted as requiring the national court, in the absence of a national provision providing for judicial review of the right to housing, within the meaning of Article 17 of Directive 2013/33, to declare that it has jurisdiction to hear and determine the action seeking to guarantee such a right."

[32] Per la giurisprudenza in tema di equo processo che interseca i diritti fondamentali nelle relazioni internazionalprivatistiche, si v. Corte EDU, 19 marzo 1997, ricorso n. 18357/91, *Hornsby c. Grecia*,; 11 gennaio 2001, ricorso n. 21463/93, *Lunari e Tangelli c. Italia*,; sentenza 6 marzo 2003, ricorso n. 41510/98 *Jasiunien v. Lituania*; sentenza 17 giugno 2003, ricorso n. 34647/97, *Ruianu c. Romania.*

[33] Sul punto si v. J. Krommendijk, *Is there light on the horizon? The distinction between " Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte,* in *Common Market Law Review* , 2016, pp. 1395–1418; D. P. Stewart, *Private International Law, the Rule of Law, and Economic Development*, in *Villanova Law Review* , 2011, 56, p. 607 ss.

[34] Modalità che si possono utilizzare solo se l'indirizzo dell'ingiunto è conosciuto con certezza, *ex* art. 14, comma 2, Reg.

[35] La notifica dell'ingiunzione europea deve seguire le regole dello Stato emittente, purché non meno garantiste di quelle minime comuni, *ex* artt. 13-15 Reg. I meccanismi di

obiettivi europei del recupero credito con le esigenze degli ordinamenti nazionali. Il reg. 1896/2006 peraltro precisa con una norma di carattere generale che tutte le questioni procedurali non specificamente regolate dalla fonte unionale sono disciplinate dal diritto nazionale (art.26).

Non è tuttavia chiaro come si possa risolvere in termini coerenti al rispetto della *rule of law* il dibattito intercorrente tra la Corte di giustizia dell'Unione europea, che tende a limitare l'operatività dell'opposizione e del riesame (artt. 16-20), quando risulti che l'ingiunzione non è stata notificata in conformità alle norme minime del regolamento[36] e la Cassazione italiana che invece ritiene applicabile la disciplina dell'art.650 c.p.c.[37], configurando così una sorta di rimessione in termini per cause non imputabili all'ingiunto.

Ciò crea profonda incertezza nell'uso di tale procedimento, scoraggiando chi intenda farvi ricorso dal farlo realmente, soprattutto nei paesi all'interno dei quali la notifica deve essere richiesta dall'attore (Italia, Francia, Grecia, Olanda). L'adozione del nuovo Regolamento notifiche[38] con la previsione dello strumento e-CODEX[39] rende ancora più complicata la funzionalità delle procedure e l'interoperabilità dei diversi sistemi nazionali, con la conseguenza che le barriere tenico-giuridiche potranno

notifica previsti nel nostro ordinamento agli artt. 143 e 150 c.p.c. non appiano utilizzabili per l'ingiunzione europea, poiché ai sensi dell'art. 3 il procedimento ingiuntivo europeo può esperirsi solo nei confronti di un debitore «con domicilio o residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello del giudice adito» e quindi con domicilio o residenza noti.

[36] CGUE , 4 settembre 2014, in cause riunione C-119/13 e C-120/13, *Eco-Cosmetics*, EU:C:2014:2144.

[37] Cass. civ. , 20 marzo 2017, n. 7075, «Judicium», 2017.

[38] Regolamento (UE) 2020/1784 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale («notificazione o comunicazione degli atti») (*rifusione*).

[39] Regolamento (UE), 850/2022 del 30 maggio 2022, relativo a un sistema informatizzato per lo scambio elettronico transfrontaliero di dati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale (sistema e-CODEX) e che modifica il regolamento (UE), 726/2018, in *G.U.U.E.*, L 150 dell'1 giugno 2022, p. 1 ss. La caratteristica peculiare del sistema e-Codex è che consente l'interoperabilità tra i sistemi informatici utilizzati dalle autorità giudiziarie e permette a sistemi di giustizia elettronica nazionali diversi di essere interconnessi al fine di scambiare dati relativi a casi in materia civile (e penale e-Codex porterà alla creazione di reti di comunicazione decentrate, interoperabili tra i sistemi informatici nazionali a sostegno della cooperazione transfrontaliera. Più specificatamente esso potrebbe essere utilizzato per l'invio delle domande relative alle ingiunzioni di pagamento europee (conformemente al regolamento (CE) n. 1896/2006) e alla risoluzione delle controversie di modesta entità (conformemente al regolamento (CE) n. 861/2007).

incidere in maniera negativa sull'operatività dei metodi uniformi[40]. Il tentativo di contemperare la celerità nel recupero credito transnazionale con le esigenze processuali nazionali si può dunque porre in contrasto con le garanzie di tutela dei diritti fondamentali di difesa, ascrivibili alla c.d. *rule of law* processuale.

A criticità concernenti la tutela del contraddittorio può dar luogo inoltre il regolamento (UE) n. 655/2014 del 15 maggio 2014, che istituisce l'ordinanza europea di sequestro conservativo dei conti bancari e disciplina il procedimento che conduce all'emissione della stessa[41]. L'ordinanza è un provvedimento cautelare reso *inaudita altera parte* in funzione della tutela provvisoria di crediti pecuniari in materia civile e commerciale in situazioni a carattere transnazionale. Essa può essere richiesta: quando il credito non sia ancora stato accertato giudizialmente (cioè prima dell'avvio di un procedimento di cognizione rivolto a questo scopo o nel corso dello stesso), o quando siano già intervenuti in ordine al credito una decisione giudiziale, una transazione giudiziaria o un atto pubblico. Il regolamento n. 655/2014 permette la circolazione di un particolare tipo di provvedimento cautelare – l'ordinanza europea di sequestro di coti bancari – anche quando il debitore non sia stato previamente informato del provvedimento stesso o dell'avvio del procedimento volto al rilascio della cautela, a condizione che sia pronunciata da un giudice competente anche in ordine al merito. Per l'esecuzione dell'ordinanza, il regolamento rimanda alle norme nazionali dei singoli Stati, contemplando anche, all'art. 30, il caso del sequestro di conti congiunti fra il debitore e terzi, e prevedendo, all'art. 31, che gli importi non sequestrabili in base al diritto dello Stato *ad quem* siano esenti anche dal sequestro europeo. In Italia, si evidenzia un problema strettamente connesso alla *rule of law* processuale, perché le norme da applicare per l'esecuzione del sequestro – ovvero l'art. 669 bis e ss. c.p.c. prevedono il contraddittorio mentre il Regolamento ha istituito una misura *inaudita altera parte*.

In altri casi i regolamenti in esame contribuiscono a definire nuovi contenuti della *rule of law* processuale, ad es. con riguardo alle garanzie del doppio grado di giudizio. L'art. 17 del regolamento 861/2007 stabilisce che «gli Stati membri informano la Commissione se il loro diritto processuale prevede la possibilità di impugnazione contro una sentenza

[40] R. Bardelle, *I nuovi scenari della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale: le sfide della digitalizzazione*, in S. Tonolo (a cura di), *The Simplification of Debt Collection in Italy* , cit., p. 7 ss.
[41] *G. U. U. E.*, L 189 del 27 giugno 2014, p. 59 ss.

resa nell'ambito del procedimento europeo per le controversie di modesta entità specificando i termini in cui presentare l'impugnazione». Il regolamento rimette dunque agli Stati membri la facoltà di prevedere uno o più mezzi di impugnazione nel loro ordinamento nazionale, anche in vista degli obiettivi di semplificazione procedurale che essi possono perseguire in ragione della materia[42]. Si tratta di una prescrizione coerente alla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ad altri ambiti dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma suscettibile di applicarsi alla materia civile e commerciale, orientata ad affermare che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali non impone agli Stati membri di conformarsi al principio del doppio grado di giudizio, ma solo di garantire l'accesso ad un giudice, salvo naturalmente che non sia la legislazione dell'Unione a prevedere un mezzo obbligatorio di impugnazione[43].

Il rinvio al diritto nazionale effettuato dal regolamento riguarda l'ambito delle decisioni impugnabili, che potrebbe non comprendere esclusivamente le sentenze emanate sulla domanda principale e/o sulla domanda riconvenzionale[44], ma anche provvedimenti di carattere preliminare, come il rigetto della domanda per manifesta infondatezza, irricevibilità

[42] Nel senso che questo costituisce il principale punto debole del regolamento, v. X. Kramer, *The European Small Claims Procedure: Striking the Balance between Simplicity and Fairness in European Litigation*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* , 2008, p. 353 ss.; G. Biagioni, *L'impugnazione e l'opposizione all'esecuzione delle sentenze emesse ai sensi del regolamento (CE) n. 861/2007*, cit., p. 30.

[43] In materia di asilo, si veda ad es. CGUE , sentenze 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, punto 69, EU:C:2011:524,; 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi*, punto 57, EU:C:2018:465; 26 settembre 2018, causa C-175/17, *X*, punto 34, EU:C:2018:776; 27 settembre 2018, causa C-422/18 PPU, *FR*, punto 36, EU:C:2018:784. In tema di mandato d'arresto europeo, v. CGUE , sent. 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, *Jeremy F.*, punti 43 ss., EU:C:2013:358, nell'ambito della quale è menzionata anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che esclude la necessità di un doppio grado di giudizio in tema di estradizione, ma fa salva la possibilità che un simile obbligo sia previsto dal diritto costituzionale nazionale. Sul punto si v. G. Biagioni, *L'impugnazione e l'opposizione all'esecuzione delle sentenze emesse ai sensi del regolamento (CE) n. 861/2007*, in S. Tonolo (a cura di), *The Simplification of Debt Collection in Italy,* cit., p. 27 ss.

[44] Tali domande sembrerebbero dover essere decise separatamente ai sensi dell'art. 7, par. 3, del regolamento, quando l'attore non depositi una replica rispetto alla domanda riconvenzionale del convenuto; in ogni caso, il giudice potrebbe decidere di emettere immediatamente sentenza soltanto su una delle due domande senza richiedere informazioni, fissare un'udienza o assumere prove su di essa ai sensi dell'art. 7, par. 1. In questi casi, il diritto nazionale dovrebbe regolare anche l'obbligo o la facoltà di impugnare immediatamente o in via differita la sentenza che decide su una sola delle due domande e dunque non definisce interamente il procedimento.

o per non aver l'attore completato o rettificato il modulo di domanda[45]. Tuttavia, poiché il rischio di eccessiva proliferazione delle impugnazioni proponibili potrebbe compromettere gli obiettivi del regolamento, talune disposizioni di quest'ultimo si preoccupano di escludere l'autonoma impugnabilità di taluni provvedimenti relativi all'amministrazione del procedimento[46].

3. *Rule of law* e determinazione della legge applicabile

Nella delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale privato, rilevano alcuni valori generali idonei a orientare la scelta del criterio di collegamento. La *rule of law* in questo caso può intendersi come corrispondenza dei criteri di collegamento alla parità dei rapporti delle parti coinvolte nel rapporto da disciplinare.

Si tratta di un tema che può riguardare sia il diritto internazionale privato in conformità alla *rule of law* dell'Unione europea, sia il diritto internazionale privato di fonte unionale, in corrispondenza alla *rule of law* europea o ideale. I principi della *rule of law* implicano però non solo parità di trattamento delle parti nelle aspettative della legge applicabile, ma anche tutela della certezza del diritto applicabile: il diritto internazionale privato dell'Unione europea appare ispirato, come si è detto, al principio della conoscibilità delle regole in base alle quali scegliere il giudice competente, la legge applicabile e disciplinare il riconoscimento delle sentenze. La *rule of law* non giustifica il collegamento della cittadinanza o quello della residenza, ma si limita a imporre la parità di trattamento dei sistemi giuridici applicabili, in presenza di collegamenti parimenti ragionevoli per la connessione con gli interessi dei soggetti coinvolti. Si pensi ad es. all'influenza svolta sull'operatività del collegamento della cittadinanza da parte di un principio fondamentale quale l'uguaglianza tra uomo e donna, generalmente affermato nelle fonti internazionali accanto al divieto di discriminazione[47].

[45] L'art. 4, par. 4, del regolamento, così come modificato dal regolamento UE 2015/2421 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2015 (in *G.U.U.E.* n. L 341 del 24 dicembre 2015, p. 1 ss.), prevede ora che, se il diritto nazionale prevede una simile impugnazione, il giudice deve darne comunicazione all'attore.

[46] Si vedano l'art. 5, par. 1-*bis*, rispetto al rigetto di un'istanza diretta alla fissazione di un'udienza; l'art. 5, par. 5, rispetto al rigetto di un'istanza del convenuto diretta a far dichiarare che la controversia esula dal campo di applicazione del regolamento; l'art. 8, par. 4, rispetto al rigetto di un'istanza diretta alla fissazione di specifiche modalità di udienza.

[47] La discriminazione in base al sesso costituisce una specifica applicazione del principio

Le considerazioni sino ad ora svolte rilevano ai fini dell'indagine relativa alla *rule of law* nell'interpretazione dei criteri di collegamento, da effettuare, entro l'ordinamento del foro, allo scopo di valutarne le modalità di funzionamento. Tale interpretazione, rivolta all'applicabilità del diritto internazionale privato, da configurarsi in relazione alle finalità che un ordinamento – anche quello dell'Unione europea - si prefigge, si definisce tradizionalmente quale riscontro di operabilità, ovvero di rilevanza del momento di collegamento ai fini dell'applicazione della norma che lo prevede[48]. Si effettua una valutazione di rilevanza, che vale a determinare l'applicazione o la disapplicazione del criterio di collegamento, per soddisfare le aspettative dei soggetti coinvolti in maniera paritaria, obiettivo indiscusso della giustizia del diritto internazionale privato[49]. Altra questione si pone all'esito dell'individuazione dei collegamenti, in seguito all'operatività di valutazioni concernenti la giustizia materiale della disciplina richiamata e la sua attitudine a soddisfare i diritti fondamentali. La parziale operatività del diritto richiamato, per effetto di adattamento o concorso cumulativo con altro ordinamento o dell'operatività del limite dell'ordine pubblico, o delle norme di applicazione necessaria, non deriva dall'idoneità dei criteri di collegamento a determinare la connessione più opportuna sotto il profilo della giustizia di diritto internazionale privato, ma si configura come il risultato di una giustapposizione di leggi richiamate, in cui prevalgono le finalità di giustizia materiale[50]. Può rilevare in

di uguaglianza sin dalla previsione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, *Universal Declaration of Human Rights (UDHR),* GA Res. 217/A (III), 10.12.1948, U.N. Doc. A/810, 71, poi ribadita in maniera vincolante dall'art. 2 del Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, *International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976)* 999 UNTS 171, e dall'art. 2.2. del Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976)*, 993 UNTS 3. Sul punto si veda S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford, 2011, p. 175 ss.; L. Panella, La Dichiarazione universale dei diritti umani e i diritti delle donne, in G. Pascale, S. Tonolo (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, 2020, p. 367 ss.

[48] E. Vitta, *Diritto internazionale privato,* I, Torino, 1972, p. 268 ss.; G. Conetti, *L'arrêt Martini: considerazioni sulla scelta del criterio di collegamento*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale ,* 1977, p. 257 ss., a p. 263

[49] G. Kegel, *Begriffs-und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht,* in *Festschrift Lewald,* Basel, 1953, p. 253 ss.

[50] H. Lewald, *Règles générales des conflits de lois, Contribution à la technique du droit international privé,* «Recueil des Cours»*,* 1939 – III (69), p. 77 ss.; G. Cansacchi, *Scelta e adattamento della norma straniera richiamata,* Torino, 1939, p. 153 ss.; I. Kisch, *La loi plus favorable,* in *Jus et Lex, Festgabe Gutzwiller,* Basel, 1959, p. 373 ss.; E. Vitta, *Diritto inter-*

tale ambito la tutela dei diritti fondamentali degli individui nelle relazioni private[51].

Tale secondo profilo riguarda anche il blocco, tramite l'ordine pubblico, dell'operatività della legge straniera in contrasto con i diritti fondamentali, e, dall'altro lato, la necessità che, a sua volta, l'operatività dell'ordine pubblico e la disapplicazione della legge straniera non determini una discriminazione connessa a un interesse perseguito dai giudici nazionali in maniera sproporzionata e lesiva di diritti fondamentali dell'individuo, come affermato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[52], e che situazioni simili siano regolate secondo regimi divergenti dinanzi ai giudici dello stesso Paese[53]. L'ordine pubblico rileva anche, nella stessa dialettica tra tutela dei diritti fondamentali, ed esigenze del foro, all'atto del riconoscimento di situazioni giuridiche costituite entro altri ordinamenti[54].

3.1. Operatività della cittadinanza nelle fonti di diritto internazionale privato dell'Unione europea

L'ampia applicazione giurisprudenziale del criterio di collegamento della cittadinanza, codificato entro molti sistemi di conflitto, talvolta anche per motivi di opportunità pratica e politica[55], quali ad es. la stabilità e certezza dello statuto personale, evidenzia la necessità di riflettere in merito alle discriminazioni collegate a un criterio astrattamente considerato idoneo a corrispondere all'uguaglianza delle parti coinvolte nel rapporto da disciplinare[56], e dunque alla *rule of law* dell'Unione europea. Ciò an-

nazionale privato, I, cit., p. 285 ss.

[51] F. Salerno, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale,* in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* , 2018, pp. 259- 291, a p. 277 ss.

[52] Corte EDU, sent. 3 maggio 2011, ricorso n. 56759/08, *Negrepontis-Giannisis* c. *Grecia.* Più in generale, per interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a supporto dell'ordine pubblico come limite al riconoscimento di decisioni estere in violazione di principi fondamentali, si veda: Corte EDU, sent. 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner e J.M.W.L. c. Luxembourg*; Corte EDU, sent. 29 aprile 2008, ricorso n. 18648/04, *Mc Donald v. France.* Sul punto, v. A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé,* in *Recueil des Cours* , 2009 (341), p. 307.

[53] W. Wengler, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, in *Revue critique de droit international privé „,* 1963, p. 203 ss., a p. 525.

[54] Si v. sul punto *infra* par.4.

[55] In generale sul punto, si veda P. Franzina, *Sangue, suolo e cultura: declinazioni dell'idea di appartenenza nel diritto internazionale privato*, in *Diritti umani e Diritto internazionale* , 2019, pp. 85 – 98.

[56] Si veda ad es. BVerfG, 30 novembre 1988, in *BverfGE*, 79, 203209: "*In der Anwendung seines Heimatrechts kann gerade keine Diskriminierung des Beschwerdeführers gesehen wer-*

che alla luce della connessione tra cittadinanza ed evoluzione della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo[57]. Accanto alle numerose norme di fonte internazionale che sanciscono il diritto a una cittadinanza, quale ad es. l'art. 24 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, non si può non riconoscere la limitata estensione delle previsioni concernenti il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza, che può ritenersi ricompreso nel generale principio di uguaglianza, sancito, ad es., entro l'art. 2, par. 3 del Patto sui diritti economici e sociali del 1966. Un riferimento importante al divieto di discriminazione in base alla nazionalità è contenuto nell'art. 3 par. 3 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965 (CERD)[58], che pur non applicandosi "alle distinzioni, esclusioni, restrizioni o trattamenti preferenziali stabiliti da uno Stato parte della Convenzione a seconda che si tratti di propri cittadini o di non cittadini", prevede che "nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come in qualsiasi modo in contrasto con le disposizioni legislative degli Stati parti alla Convenzione e che si riferiscono alla nazionalità, alla cittadinanza o alla naturalizzazione, a condizione che tali disposizioni non siano discriminatorie nei confronti di una particolare nazionalità"[59].

Nell'ordinamento italiano, il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza può dirsi ricompreso nell'art. 10, 2° co., della Costituzione[60], che si ispira ad una impostazione non discriminatoria, comune all'art. 3, 1° co., con la conseguenza che le norme e i trattati internazionali vincolanti la legge richiamata dall'art. 10 non si limitano ad assicurare uno *standard* minimo di trattamento, ma vietano qualsiasi arbitrio commesso dallo Stato nei confronti degli stranieri[61]. Tale orientamento corrisponde a una tendenza diffusa all'interno delle fonti costituzionali di molti paesi europei[62], e alle indicazioni tratte dalla giurisprudenza della Corte di

den".

[57] Sul punto, si veda la fondamentale pronuncia della Corte internazionale di giustizia, sent. 5 aprile 1955, *Liechtenstein v. Guatemala, Nottebohm*, *I.C.J. Reports*, 1955, p. 4 ss.

[58] G.A. Res. 2106 (XX), 21.12.1965

[59] Grazie a questa disposizione, il Comitato per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale ha talvolta censurato le distinzioni fondate sulla nazionalità che, di fatto, nascondevano una discriminazione razziale, vietata dall'art. 1, come ad es. nel caso *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danimarca*, Communication n. 10/1997, U.N. Doc. CERD/C/54/D/10/1997 (1997), par. 9.3.

[60] Art. 10, 2° co mma, Cost.: "La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali".

[61] L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, p. 530.

[62] Si veda ad es. in Germania *BVerfG*, 18 luglio 2006, cit., p. 243.

Strasburgo in applicazione del divieto di discriminazione codificato entro l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[63], nonché nel Protocollo n. 12 del 4 novembre 2000.

Nel diritto dell'Unione europea, che opera come limite alla discrezionalità del legislatore nazionale secondo quanto prevede l'art. 117, 1° co., della Costituzione, la discriminazione in base alla cittadinanza è vietata attualmente dall'art. 18 del TFUE, che assicura l'uguaglianza di trattamento dei cittadini dell'Unione, ed eccezionalmente quella dei cittadini di Stati terzi, ove in possesso anche della cittadinanza di uno Stato membro[64]. Da tale principio, e dall'elaborazione giurisprudenziale che ha condotto all'attuale codificazione normativa, discendono molteplici conseguenze, tra le quali innanzitutto la circostanza che il diritto dell'Unione europea riconosca, tramite le indicazioni della Corte di Lussemburgo, la regola consuetudinaria secondo la quale la cittadinanza va determinata secondo le norme dello Stato che attribuisce la cittadinanza[65].

E' evidente che le regole di giurisdizione e di conflitto poste dagli atti dell'Unione europea, per essere coerenti alla *rule of law*, non potranno essere, all'atto della loro applicazione, fonte di discriminazioni vietate dall'art. 18 TFUE, ad es. per effetto del richiamo della cittadinanza con riguardo ad una sola delle parti del rapporto controverso o dalle ipotesi di coesistenza di più cittadinanze in capo allo stesso individuo.

In alcuni atti dell'Unione europea tale principio del divieto di discriminazione in base alla cittadinanza è codificato espressamente, come ad es. all'art. 94, par. 4 del Reg. 1111/2019- BII *ter*: "E' fatto obbligo di rispettare il principio di non discriminazione in base alla cittadinanza tra i cittadini dell'Unione europea", o nel Reg. Roma III sulla legge applicabile in materia di separazione, divorzio ove, al considerando 22, si legge "Laddove, ai fini dell'applicazione della legge di uno Stato, il presente regolamento si riferisce alla cittadinanza quale fattore di collegamento, la problematica dei casi di cittadinanza plurima dovrebbe essere discipli-

[63] Corte EDU, sent. 16 settembre 1996, ricorso n. 16213/90, *Gaygusuz c. Austria*, in cui si afferma l'incompatibilità con l'art. 14 della Convenzione europea della disciplina nazionale, che sottopone il diritto a ottenere benefici previdenziali a condizioni di reciprocità con il paese di cittadinanza dei soggetti interessati; si veda inoltre per un'analoga affermazione Corte EDU, sent. 30 settembre 2003, ricorso n. 40892/98, *Koua Poirrez c. Francia.*

[64] Come è stato riconosciuto da CGUE , sent. 5 luglio 1997, cause C – 64/96 e C – 65/96, *Land Nordrhein – Westfalen c/Uecker e Jacquet*, EU:C:1997:285, punto 16, con riguardo alla libertà di circolazione dei lavoratori.

[65] CGUE , sent. 2 marzo 2010, causa C – 135/08 *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, EU:C:2010:104, punto. 39.

nata dalla legislazione nazionale, nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea", o nel Regolamento successioni nell'ambito del quale, al considerando 41, si prevede che "Ai fini dell'applicazione del presente regolamento, la determinazione della cittadinanza, o delle cittadinanze, plurime di una persona è questione da risolvere in via preliminare. Considerare una persona cittadina di un dato Stato è una questione che esula dall'ambito di applicazione del presente regolamento e che è disciplinata dalla legislazione nazionale, comprese, se del caso, le convenzioni internazionali, nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea".

Sicuramente tali principi orientano il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato dell'UE e quindi, in tali ipotesi, non si potranno verificare discriminazioni, tanto più che nei casi in cui la cittadinanza rileva ad es, come criterio di collegamento nel quadro di un gruppo- es. rapporti di famiglia – gli atti dell'Unione europea tendono a richiamare la cittadinanza solo in quanto posseduta da tutti i soggetti del rapporto da disciplinare (vd. ad es. art. 8 lett. c) del Reg. Roma III, art. 3 b) del Reg. Bruxelles II *ter* , e nel caso di possesso di più cittadinanze, come già chiarito rispetto al regolamento Bruxelles II *bis*, l'interpretazione giurisprudenziale della Corte di giustizia suggerisce di non privilegiare alcuna di queste cittadinanze nel noto caso *Hadadi*[66].

Si può inoltre immaginare che la necessità di rispettare la *rule of law* del diritto internazionale privato dell'Unione europea orienti anche il funzionamento delle norme nazionali, nei casi di seppur limitata residuale applicabilità: v. ad es. l'art. 36 della l. 218/95, nel caso in cui in uno stesso nucleo familiare vi siano due fratelli cittadini di Stati differenti analogamente ai loro genitori[67]. Le problematiche si accrescono nel caso in cui tra le cittadinanze diverse vi sia quella italiana; la prevalenza di quest'ultima, ex art. 19, 2° co., l. 218/95, potrebbe ad es. comportare una discriminazione tra il coniuge italiano e quello straniero: se il figlio acquista, come spesso accade, la cittadinanza di ciascuno dei genitori e nella disciplina del rapporto con il genitore si attribuisce prevalenza alla cittadinanza italiana, anche quando tale soluzione non sia fondata su un collegamento effettivo con l'ordinamento così individuato (ad es. la prevalente localizzazione della vita familiare), il genitore cittadino straniero sarà discriminato nella

[66] CGUE , 16 luglio 2009, causa C 168/08, *Laszlo Hadady c. Csilla Marta Mescko Hadady*, EU:C:2009:474.

[67] Per analoghi profili problematici nell'ambito di altri sistemi di conflitto nazionali, quale ad es. quello tedesco, si v. H. Hattenhauer, *Rechtsgeschichte. Zwischen Hierarchie und Demokratie. Eine Einführung in die geistesgechtlichen Grundlagen des geltenden deustchen Rechts*, Karlsruhe, 1971, p. 230.

propria aspettativa di veder applicata la legge che in ipotesi risulta più effettivamente collegata alla fattispecie, e che potrebbe corrispondere anche alla migliore tutela dell'interesse del minore.

L'operatività del collegamento della cittadinanza è stata in passato oggetto di valutazione rispetto al principio di non discriminazione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, nel caso in cui ad es. una norma di conflitto tedesca riconduca alcune conseguenze del divorzio alla legge nazionale del marito[68]. La Corte ha escluso di potersi pronunciare sulla questione, essendo richiamata la nazionalità delle parti solo quale fattore di collegamento delle norme di diritto internazionale privato, e dunque in un ambito estraneo all'applicazione del Trattato[69].

Più specificamente, all'atto dell'applicazione del regolamento sulla cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile alla separazione e al divorzio[70], pare ipotizzabile un controllo delle norme di conflitto nazionali incompatibili con il divieto di discriminazione per effetto del

[68] CGUE , sent. 10 giugno 1999, causa C – 430/97, *Jutta Johannes c. Hartmut Johannes*, EU:C:1999:293. Il caso specifico riguarda la disciplina di conflitto dell'art. 17, 3° co., EGBGB relativamente a un istituto previsto dalla riforma del diritto di famiglia tedesco, il *Versorgungsausgleich*, introdotto con l'*Erstes Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts*, del 14 giugno 1976, in vigore dal 1° luglio 1977, che ha modificato i §§ 1587 – 1587p BGB, regolanti il conguaglio avente ad oggetto le prestazioni relative ad invalidità lavorativa, professionale o di vecchiaia, attuabile in caso di divorzio, a carico del coniuge che vanta aspettative o previsioni ad una prestazione soggetta ad *Ausgleich* di valore più elevato. Secondo quanto prevede il § 1587a, 1° co., BGB, al coniuge creditore spetta, a titolo di *Ausgleich* (conguaglio), la metà della differenza di valore. Secondo la disciplina dell'art. 17, 3° co. EGBGB, si applica al *Versorgungsausgleich* la legge applicabile al divorzio, qualora però tale istituto sia previsto dal diritto nazionale di almeno uno dei coniugi; in caso contrario, il giudice tedesco potrà applicare il *Versorgungsausgleich* su richiesta di uno dei coniugi nella misura in cui si siano creati dei rapporti patrimoniali derivanti dal patrimonio in Germania. Sul punto, si veda A. Bucher, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours ,* 2000 (283), pp. 9 – 186, a p. 136 ss.

[69] CGUE , sent. 10 giugno 1999, causa C – 430/97, *Jutta Johannes*, cit., punto 27. Su tale decisione, in senso critic si v. F. Rigaux, *"Versorgungsausgleich" and Art. 12 EC: Discriminations based on the Nationality and German Private International Law*, «IPRax»*,* 2000, pp. 287 - 288.

[70] Regolamento n. 1251/2010 del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *G.U.U.E.,* L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss. Si veda in generale sul punto: S. Bariatti, C. Ricci, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei,* cit.; I. Viarengo, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, cit., pp. 601 - 609; I. Queirolo, L. Carpaneto, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III*, cit., pp. 59 - 86; A. Röthel, *Il regolamento Roma III: spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* , 2013, pp. 883 - 898.

richiamo del collegamento della cittadinanza in riferimento a un solo coniuge. Infatti, oltre alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia UE in merito alla sindacabilità delle norme di conflitto nazionali rispetto alla loro corrispondenza al divieto di discriminazione[71], pare opportuno considerare la rilevanza, quale possibile parametro di controllo, della previsione del collegamento della cittadinanza nell'ambito del già ricordato regolamento c.d. Roma III, o se riferito a entrambi i coniugi (art. 8), ovvero con riguardo a uno solo di essi, ma soltanto se oggetto della scelta consapevole da parte dei coniugi stessi (art. 5)[72].

3.2. Residenza abituale

L'Unione europea in forza delle competenze relative alla "cooperazione giudiziaria in materia civile" ha manifestato nel corso del processo di codificazione del diritto internazionale privato e processuale una netta preferenza per il collegamento della residenza abituale[73].

Tale collegamento opera, a seconda dei casi: come titolo attributivo della giurisdizione, spesso in via concorrente con altri titoli (trai quali anche la cittadinanza)[74]; come criterio per la determinazione, in chiave bilaterale, della legge applicabile alla fattispecie,[75] talvolta associato alla

[71] Si veda in tal senso la sentenza della CGUE , sent. 30 aprile 1996, causa C – 214/94, *Ingrid Boukhalfa*, EU:C:1996:174, punto 19: nel caso, si tratta del confronto con il divieto di discriminazione della disciplina di conflitto tedesca in materia di servizio presso le rappresentanze diplomatiche all'estero, che distingue tra personale di cittadinanza tedesca e di altre nazionalità, applicando ai primi il diritto tedesco e i contratti collettivi in vigore in Germania, e ai secondi il diritto in vigore nello Stato ospitante. La Corte riconosce l'esistenza del problema di compatibilità della norma di conflitto con il divieto di discriminazione, poiché l'applicazione del diritto algerino al caso di specie avviene in forza della norma di conflitto tedesca.

[72] S. Bariatti, *Multiple Nationalities and EU Private International Law – Many Questions and Some Tentative Answers*, in *Yearbook of Private International Law* , XIII, 2011, pp. 1 -19, p. 14.

[73] Sull'uso del criterio della residenza abituale nel diritto internazionale privato dell'Unione, vedi di recente, in generale, M.-P. Weller, B. Rentsch, *"Habitual Residence": A Plea for "Settled Intention"*, in S. Leible (a cura di), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 171 ss.

[74] V. ad esempio l'art. 7, par. 1, del regolamento (UE) n. 1111/2019 del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale e alla sottrazione internazionale di minori, ai sensi del quale "[l]e autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui sono aditi".

[75] È il caso, per esempio, dell'art. 26, par. 1, lett. *a*), del regolamento (UE) 2016/1103 del 24

cittadinanza tramite una scelta di legge dell'interessato, volta a preservare l'identità culturale del soggetto[76]; più raramente, come parametro di competenza c.d. internazionale per la verifica della riconoscibilità di provvedimenti stranieri[77]. Si tratta dunque di un criterio ampiamente utilizzato in nome di una particolare visione politico- giuridica degli individui coerentemente con il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza (art. 18 TFUE).

Varie sono le ragioni che spiegano la prevalenza della residenza abituale nel diritto internazionale privato contemporaneo[78], e non solo per effetto della c.d. "comunitarizzazione del diritto internazionale privato", ma anche come conseguenza derivante dal declino della cittadinanza per effetto della codificazione delle Convenzioni dell'Aja del secondo dopoguerra, che, soprattutto in materia di *status* e rapporti di famiglia, preferiscono altri criteri di collegamento quale ad es. la residenza abituale[79]. Tra le ragioni che supportano l'ampia diffusione del collegamento della residenza, ricorrono sicuramente quelle legate a trasformazioni sociali e politiche oggetto del dibattito sull'acquisto della cittadinanza, e riconducibili in ultima analisi al principio di prossimità[80], che fonda la ricerca

giugno 2016 sui regimi patrimoniali tra coniugi, che richiama – quale primo criterio di collegamento obiettivo – la "prima residenza abituale dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio".

[76] Si veda ad es. l'art. 22, par. 1, del regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012 sulle successioni, che permette all'interessato di "scegliere come legge che regola la sua intera successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte". La *professio iuris*, se valida, comporta l'evizione del criterio di collegamento obiettivo di cui all'art. 21, par. 1, del regolamento, secondo cui "la legge applicabile … è quella dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte".

[77] V. l'art. 20, par. 1, lett. *c*), della convenzione dell'Aja del 23 novembre 2007 sul recupero internazionale degli alimenti, nel sito <*http://www.hcch.net*>, a norma del quale una decisione resa in uno Stato contraente è riconosciuta negli altri Stati contraenti se il primo di detti Stati è lo Stato in cui si trovava la residenza abituale del creditore di alimenti.

[78] Si v. sul punto L. D'Avout, *La* lex personalis *entre nationalité,domicile et résidence habituelle*, in Mélanges Bernard Audit, Paris, 2014, p.15 ss.; B. Rentsch, *Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt*, in *ZEuP* , 2015, p. 288 ss.

[79] Come ad es. la Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla vendita internazionale di merci, la Convenzione dell'Aja del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, la Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958 sul riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari. Si v. sul punto Cavers, *'Habitual Residence': a Useful Concept?,* in *AULR* , 1972, p. 476 ss.; D. Masmejean, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, Genève, 1994, p . 83.

[80] P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain – Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours* , 1986 (vol. 196), p. 50.

della legge applicabile tramite la connessione più rilevante della fattispecie oggetto di controversia, in modo tale da pervenire all'applicazione della legge del paese con cui la fattispecie presenta i legami più intensi e significativi, comportando, da un lato, l'abbandono di criteri che denotano una connessione solo formale della situazione considerata, e, dall'altro lato, la flessibilità applicativa che eviti il rischio di applicare la legge di un ordinamento lontano dalla fattispecie[81].

Si tratta peraltro di un corollario della nuova concezione del diritto internazionale privato, che soprattutto in materia di rapporti di famiglia privilegia la fluidità delle relazioni piuttosto che la loro fissità[82]; il passaggio dalla cittadinanza alla residenza è emblematico del passaggio da una famiglia fondata sulla indissolubilità del matrimonio ad una famiglia fluida, o variabile nel tempo, rispetto alla quale il divorzio è favorito in quanto funzionale alla circolazione e alla vita sociale delle persone.

Si delinea così una *rule of law* finalizzata alle libertà fondamentalmente garantite entro l'Unione europea a cittadini e residenti e che incide in maniera innegabile sulle regole di diritto internazionale privato e sulla loro interpretazione.

L'identità del singolo non è più definita dagli *status* individuali o di gruppo creati aprioristicamente dal diritto degli Stati in un'epoca caratterizzata da migrazioni globali, ma piuttosto dall'integrazione sociale volta a supportare l'esercizio dei diritti fondamentali[83]. La trasformazione dei rapporti fra Stato e individuo produce così identità individuali e collettive alternative all'identità nazionale, togliendo a quest'ultima buona parte del rilievo in precedenza accordatole.

Appare prevalentemente accettato un concetto di appartenenza fondato sulla residenza, che, per intensità e dimensione, giunge quasi ad acquisire il valore di "cittadinanza di residenza" o di "cittadinanza civile o civica"[84] , e che attribuisce prerogative e diritti in connessione con la creazione di un legame di residenza con lo Stato ed in armonia con il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità affermato anche dall'art. 18 TFUE.

[81] P. Franzina, *Sangue, suolo e cultura*, cit., p. 87.

[82] E. Pataut, *La nationalité en déclin*, Paris, 2014, p. 38 ss.

[83] E. Darian-Smith, *The Constitution of Identity – New Modalities of Nationality, Citizenship, Belonging and Being*, in A. Sarat, P. Ewick (a cura di), *The Handbook of Law and Society*, Chichester, 2015, 352 s.

[84] B. Nascimbene, *Le droit de la nationalitè et le droit des organisations d'intégration régionales. Vers de nouveaux statuts de résidents?,* in *Recueil des Cours* , 2013, 367, pp. 253 - 454, a p. 274.

La residenza rappresenta pertanto il criterio di collegamento prescelto per rappresentare valori e obiettivi dell'integrazione perseguita dall'Unione europea coerentemente ai principi della *rule of law*. Tale coerenza deriva anche dalle indicazioni applicative di tale collegamento, tratte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, volte ad es. ad assicurare che tramite l'operatività della residenza del *de cuius* non si infranga un principio fondamentale della *rule of law* europea, quale il principio di unità della successione[85].

4. Ordine pubblico e *rule of law*

Un altro modo per indagare la rilevanza della *rule of law* nel diritto internazionale privato dell'Unione europea riguarda i limiti all'ingresso dei valori giuridici stranieri entro gli ordinamenti dei singoli Stati.

Si tratta di un limite che va ad inserirsi entro quanto già previsto dagli ordinamenti dei singoli Stati membri, tenendo conto dei principi generali della *rule of law* nazionale. Ad es. l'art. 6 EGBGB precisa che le norme straniere non sono applicabili qualora si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento e i diritti fondamentali[86].

La *rule of law* dell'Unione europea esercita un'influenza particolare in questo ambito, aprendo una serie di complesse problematiche, anche alla luce delle recenti evoluzioni giurisprudenziali[87]. Il diritto dell'Unione europea codifica l'operatività dell'ordine pubblico come limite all'ingresso

[85] CGUE , 16 luglio 2020, in causa C - 80/19, *E. E.*, EU:C:2020:569.

[86] § 6 EGBG:"1 Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. 2 Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist." Sul punto si v. A. Bucher, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *Recueil des Cours* , 1993 (239), pp. 9 -116, a p. 52.

[87] CGUE , 16 gennaio 2019, in causa C- 386/17, *Liberato c. Grigorescu*, EU:C:2019:24 ; 14 dicembre 2021, in causa C-490/20, *V.M. A. c. Pancharevo*, EU:C:2021:1008. Sul riconoscimento di un certificato di nascita da procreazione medicalmente assistita per la figlia di due donne (una bulgara, l'altra inglese di Gibilterra ivi sposate) nata in Spagna. Nel certificato spagnolo entrambe le donne sono indicate come madri ma la Bulgaria si rifiutava di rilasciare un certificato di nascita con tale indicazione; dopo vari ricorsi la Corte si pronuncia, affermando che nella nozione di discendente ai fini della direttiva 2004/38 deve essere ricompreso il figlio di una cittadina UE (poco importa Brexit per l'altra) a tutela dei diritti fondamentali del minore (art. 7, 24 e 45 della Carta UE). Come già nel caso Coman (per la nozione di coniuge) la Corte sembra scindere i piani del diritto UE per il quale devono essere assicurate certe prerogative tramite il riconoscimento e quello dei diritti nazionali rispetto ai quali e al limite di ordine pubblico la Corte non si pronuncia.

di sentenze straniere negli ordinamenti nazionali solo in caso di manifesta incompatibilità, dando così per presupposto che tra gli ordinamenti degli Stati membri vi sia una sostanziale coerenza di principi generali che non pone problemi di contrasto se non in casi manifestamente incompatibili. Inoltre la "comunitarizzazione dell'ordine pubblico"[88], conduce ad affermare che il concetto di ordine pubblico nazionale è destinato a subire i condizionamenti e le limitazioni posti dalla legislazione comunitaria[89]. Al contempo, il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di uno Stato membro può essere invocato per derogare alle norme europee sulla libera circolazione, sempre che tale diritto sia riconosciuto anche entro l'ordinamento europeo, in quanto espressione di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri o di principi codificati nella Carta dell'Unione europea dei diritti fondamentali, nonché entro la Convenzione europea sui diritti dell'uomo[90] .

Tale procedimento si rivela tuttavia incerto sin dalle sue premesse, dato che nelle applicazioni pratiche dell'ordine pubblico entro i singoli ordinamenti nazionali, la *rule of law* appare di difficile definizione, in quanto fondata su presupposti diversi[91].

Negli esiti dell'operatività di tale principio si può leggere una conferma di tale complessa definizione della *rule of law*, nel momento in cui la rilevanza dei diritti umani dovrebbe orientare il principio del riconoscimento degli *status* in chiave correttiva del funzionamento delle norme di diritto internazionale privato ogni qual volta la loro applicazione condurrebbe ad un esito incompatibile con l'esercizio delle prerogative discendenti dalla cittadinanza europea[92]. Il riconoscimento degli *status*

[88] G. Perlingieri, G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 76.

[89] CGUE , sent. 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton,* EU:C:1999:269, punto 36. Sul punto si v. F. Biagioni, *Art. 21, Ordine pubblico del foro*, in F. Salerno, P. Franzina (a cura di), *Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"),* Nuove leggi civ. comm., 3 – 4, pp. 911 - 919.

[90] CGUE , sent. 14 ottobre 2004, causa C – 36/02, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundeststadt Bonn,* EU:C:2004:614, punto 33; CGUE , sent. 5 dicembre 2017, causa C- 42/17, *Taricco*, EU:C:2017:936.

[91] Tale è ad es. il caso dei ripudi islamici diversamente valutati da Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, in *Riv.Dir.int.,* 2020, 1226 ss.; da Cass., 14 agosto 2020, n. 17170, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* , 2021, 352; Cass., 8 marzo 2023, n. 6920, in *Famiglia e Diritto ,* 2023, 1086.

[92] O. Feraci, *Il riconoscimento "funzionalmente orientate" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo,* in *Rivista di diritto internazionale ,* 2022, p. 564 ss.

individuali entro il diritto internazionale privato dell'Unione europea non si ritiene dunque un metodo idoneo ad individuare la disciplina degli *status* che possa corrispondere alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali in maniera assoluta, ma solo in quanto finalizzato ad integrare le norme di conflitto introdotte dalle Istituzioni europee[93], anche alla luce degli obblighi degli Stati membri di rispettare le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[94]. La cittadinanza europea influisce dunque sulla riconoscibilità degli *status* ai fini della tutela di diritti fondamentali solo in quanto tale riconoscimento sia funzionale all'attuazione dei principi propri della *rule of law* europea.

Ancora più problematica appare la codificata attenuazione dell'ordine pubblico rispetto all'ingresso della legge straniera nei Regolamenti che individuano la legge applicabile alle fattispecie transnazionali con efficacia *erga omnes*, dal momento che, in questo caso, la coerenza dei principi fondamentali sottesi agli ordinamenti in conflitto è ancor più teorica di quanto sia nei rapporti tra gli Stati dell'Unione con riguardo alla circolazione delle sentenze straniere.

5. Osservazioni conclusive

La *rule of law* del diritto internazionale privato dell'Unione europea è un tema in continuo divenire. Si basa su principi generali, quali la certezza del diritto, la tutela delle aspettative delle parti, il divieto di discriminazione, l'esercizio delle libertà fondamentali, ma si scontra con i limiti propri della logica connaturata al sistema del diritto dell'Unione europea.

La finalizzazione di regole e procedimenti al "*culte des libertés* économiques"[95] non pare in tal senso idonea a garantire una *rule of law* priva di contraddizioni, nonostante le rilevanti affermazioni della giurispru-

[93] F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law,* in *Recueil des Cours* , 2018 (395), pp. 9 198.

[94] Come accaduto nel caso deciso dalla Corte europea EDU con sent., 20 luglio 2001, ricorso n. 30882/96, *Pellegrini c. Italia.* Su tale sentenza si veda: C. Focarelli, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere,* in *Rivista di diritto internazionale* , 2001, p. 955 ss.; J.P. Costa, *Cour eur. Dr. H. 2e section, 20 juillet 2001, Pellegrini c. l'Italie, 'Le Tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme,* in *Rev. trim.dr. homme* , 2002, p. 463 ss.; F. Pocar, *Notes on the Pellegrini Judgment of the European Court of Human Rights,* in *Liber Memorialis Petar Sarcevic,* Munchen, 2006, pp. 575 - 581; P. Kinsch, *Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé,* in *Recueil des Cours* , 2019 (402), pp. 9 - 384.

[95] Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme?,* in *Recueil des Cours* , 2016 (387), pp. 9 - 644, a p. 628.

denza della Corte di Lussemburgo, rivolte a rendere effettivi i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Un esempio di tale contraddizione è l'operare del limite di ordine pubblico, che, come si è visto, anche quando si fonda su aspetti protettivi delle posizioni individuali, non può discostarsi dai principi propri del diritto dell'Unione europea, ad es. quelli rivolti a riconoscere lo stato di figlio ai fini della circolazione dei cittadini dell'Unione europea, rimettendo così al diritto internazionale privato di fonte nazionale le problematiche più ampiamente connesse alla circolazione degli *status*.

Si delinea dunque una *rule of law* che varia nelle singole applicazioni giurisprudenziali e non appare sempre del tutto coerente agli obiettivi del diritto internazionale privato, per natura rivolto a mediare tra culture diverse e a cercare conciliazioni funzionali a obiettivi complessi, che considerino le prerogative individuali in un contesto di più generale armonia internazionale delle soluzioni.

L'adeguamento del diritto processuale civile italiano alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sul rilievo delle clausole vessatorie: scenari futuribili

Beatrice Zuffi
Professoressa associata di Diritto processuale civile

Sommario: 1. La relativizzata preclusione *pro iudicato* del d.i. definitivo dopo la sentenza della CGUE *Banco di Desio*. – 2. La complessiva ragionevolezza delle soluzioni prospettate dalla Corte di Cassazione sul rafforzamento dell'istruttoria monitoria e sulla possibilità per il consumatore di far valere, anche oltre il termine per l'opposizione *ex* art. 645 c.p.c., l'abusività delle clausole presenti nel titolo negoziale posto a fondamento del credito. – 3. La portata eversiva del lento ma inesorabile movimento dei giudici del Kirchberg verso la consapevole fruizione delle nullità di protezione da parte del consumatore: scenari futuribili.

1. La relativizzata preclusione *pro iudicato* del d.i. definitivo dopo la sentenza della CGUE *Banco di Desio*

Il presente contributo è tratto dalla relazione che ho avuto il piacere e l'onore di tenere, in dialogo con il Presidente di Sezione della Corte di Cassazione, Franco De Stefano, durante un incontro di studio organizzato dalla Struttura decentrata della Corte di appello di Venezia della Scuola Superiore della Magistratura sul tema *La tutela del consumatore tra Corte di Giustizia e giudice nazionale,* tenutosi tra il 7 e l'8 marzo 2024 nella bella Aula d'assise di Rialto. L'oggetto del dibattito che mi ha visto coinvolta concerne in particolare un problema di diritto processuale civile – quello del solerte controllo che il giudice deve d'ufficio operare sull'eventuale presenza di

clausole vessatorie in seno, ma anche a valle dei procedimenti ingiuntivi (e, come vedremo, in realtà anche in altre sedi) – che negli ultimi due anni ha assillato magistrati, accademici, avvocati, e rispetto al quale vorrei qui abbozzare alcune delle possibili future evoluzioni.

Una premessa è doverosa, ma appunto potrà essere assai breve grazie alle molte pagine scritte prima e dopo la pronuncia della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 17 maggio 2022 nelle cause riunite c-693/19 e c-831/19[1]. Al riguardo concordo con le conclusioni che

[1] A. Carratta, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 485 ss.; G. Fiengo, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *ibidem*, pp. 526 ss.; S. Caporusso, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, *ibidem*, pp. 533 ss.; E. D'Alessandro, *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev*, *ibidem*, 541 ss.; Parisi, *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. esec. forz.*, 3, 2022, pp. 686 ss.; F. De Stefano, *La Corte di giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande camera della CGUE*, in *www.giustiziainsime.it* (22 settembre 2022); M. Stella, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. It.*, 10, 2022, pp. 2126; F. Marchetti, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 ovvero quel che resta del brocardo* "res judicata pro veritate habetur", in *www.judicium.it*, (17 maggio 2022); I. Febbi, *La Corte di giustizia crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in *www.judicium.it* (10 luglio 2022); N. Minafra, *L'autorità del giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di Giustizia*, in *www.giustiziacivile.com* (17 agosto 2022); S. Caporusso, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. It.*, 10, 2022, pp. 2117 ss.; E. D'Alessandro, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in *www.judicium.it* (2 novembre 2022); E. Scoditti, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione Europea, in www.questionegiustizia.it* (17 gennaio 2023); A.Soldi-B.Capponi, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *www.judicium.it* (10 febbraio 2023); G. Fiengo, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, in *www.questionegiustizia.it*; F. De Stefano, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, in *www.giustiziainsieme.it* (24 febbraio 2023); M. Rasia, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2023, pp. 63 ss.; B. Capponi, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Rass. esec. forz.*, 2023, pp. 126 ss.; A. Garofalo, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, pp. 86 ss.; L. Baccaglini, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in *Riv. dir. bancario*, 2023, pp. 65; A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Riv. esec. forz.*, 2023, pp. 357 ss.; A. Crivelli, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto*

buona parte della dogmatica processualcivilista trae dall'oggetto e dai limiti strutturali del procedimento monitorio: di per sé il d.i. non può recare alcun accertamento sull'efficacia o sulla validità delle clausole inerenti il titolo negoziale, così come su altre questioni pregiudiziali, la cui fondatezza potrebbe condurre – in un giudizio ordinario a cognizione piena – all'accertamento dell'inesistenza del credito[2]. In caso di mancata opposizione *ex* art. 645 c.p.c. la definitività che il provvedimento giudiziale emesso *inaudita altera parte* guadagna si concreta, infatti, in una preclusione *pro iudicato* che impedisce all'ingiunto di mettere in discussione la sola esistenza del credito con una successiva azione di accertamento negativo ovvero, in sede esecutiva, proponendo l'opposizione all'esecuzione[3], mentre rimane del tutto impregiudicato (nel senso di non accertato, neppure implicitamente) l'antecedente logico da cui deriva il credito oggetto dell'ordine di pagamento.

Quello che risulta perciò direttamente impattato dalla sent. *Banco di Desio* non è (ancora) il vero e proprio giudicato, ma il procedimento monitorio sotto due diversi, ma correlati punti di vista. Innanzitutto, risulta mutata quasi geneticamente la delibazione che il giudice è chiamato a fare al cospetto del ricorso del creditore (non più limitata alla sussistenza di prove scritte del credito *ex* art. 633-634 c.p.c., ma estesa al controllo officioso del contratto e della qualità di consumatore in capo al debitore), il che a sua volta rischia di circoscrivere l'ampio utilizzo del rimedio per come lo abbiamo conosciuto finora. L'effetto ultimo agognato dai giudici

eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo, *ibidem*, pp. 384 ss.; G. Scarselli, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le sezioni unite, e lo Stato di diritto secondo la* civil law, in *www.judicium.it* (12 aprile 2023); L. Baccaglini, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, pp. 946 ss.; S. Caporusso, *Le sezioni unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, pp. 1231 ss.; C. Consolo, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, in *Giur. it.*, 2023, pp. 1054 ss.; E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. Cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, ibidem, pp. 1060 ss.; S. Vincre, *La Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione sulle nullità consumeristiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, pp. 1487 ss.

[2] V. S. Vincre, *op. cit.*, p. 1495: «poiché, com'è indiscusso, nella procedura monitoria possono essere poste solo domande di condanna relative ad un diritto di credito o ad un diritto alla consegna di un determinato bene, la conclusione da trarre sul punto mi pare chiara: l'accertamento della non vessatorietà delle clausole contrattuali, in questo tipo di procedura non entra, né è mai entrat[o], nel deducibile e pertanto la questione non è coperta dal giudicato».

[3] L. Baccaglini, *Nullità di protezione, cit.*, p. 65.

del Kirchberg è infatti di evitare – se non *in toto,* certo nella maniera più efficace possibile – l'emanazione e la circolazione di titoli esecutivi privi del doveroso scrutinio sulle clausole abusive. Per raggiungere tale *goal* si ammette – ed ecco il secondo vistoso aggiustamento apportato all'originario assetto del rito monitorio – la possibilità di una opposizione successiva alla consumazione del potere ordinario di impugnativa del d.i. ogni qualvolta la motivazione del provvedimento sommario taccia sul punto relativo alla possibile inefficacia (totale o parziale) della pattuizione da cui discende il debito del consumatore.

Mi sembra inequivoco allora che di tal fatta si finisca per rendere attaccabile (in maniera sin qui inusitata) il vincolo che è proprio del d.i. definitivo. Non sarà la vera e propria *res judicata* ad essere menomata, perché l'irretrattabilità del d.i. è più "focalizzata" ossia cala sul solo diritto al pagamento o alla consegna oggetto di ingiunzione. Tuttavia, non si può non constatare che a valle della cit. sentenza della Corte di Giustizia un provvedimento giudiziale di condanna che sino a poco tempo fa si considerava appunto idoneo ad attingere una forza simile a quella del giudicato, ove non tempestivamente impugnato *ex* art. 645 c.p.c., può ora essere caducato, pur decorsi inutilmente 40 giorni dalla sua valida notificazione, in forza di una ragione astrattamente deducibile in sede di opposizione monitoria ordinaria.

Per garantire l'effettività della tutela accordata al consumatore ingiunto, la preclusione *pro iudicato* del d.i. definitivo non è insomma più in grado di precludere la tarda deduzione di certe circostanze (quelle attinenti la vessatorietà della pattuizione a base della pretesa): il meccanismo su cui si regge l'*impositio silentii* risulta così incrinato o – se si preferisce – relativizzato, in quanto il silenzio ben può essere rotto dal debitore-consumatore, laddove il giudice dell'ingiunzione abbia omesso di effettuare il rilievo ufficioso sul carattere abusivo del contratto da cui origina il credito.

2. La complessiva ragionevolezza delle soluzioni prospettate dalla Corte di Cassazione sul rafforzamento dell'istruttoria monitoria e sulla possibilità per il consumatore di far valere, anche oltre il termine per l'opposizione ex art. 645 c.p.c., l'abusività delle clausole presenti nel titolo negoziale posto a fondamento del credito

Ciò detto, meritano sicuro apprezzamento le soluzioni avallate dalla celeberrima sentenza del 6 aprile 2023, n. 9479, con cui la Cassazione,

quale organo di vertice deputato a garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, ha indicato gli adattamenti del sistema nazionale conseguenti all'*arrêt* pervenuto dal Lussemburgo[4].

In particolare, si mostrano del tutto condivisibili gli insegnamenti rassegnati dalle Sezioni Unite sul potenziamento dell'istruttoria monitoria, sugli esiti della fase *inaudita altera parte* e sull'avvertimento da rivolgere all'ingiunto per provocarne l'opposizione *ex* art. 645 c.p.c. in ordine alla possibile vessatorietà delle clausole del contratto. Un'adesione più perplessa, ma nel complesso consentanea, va a mio avviso manifestata anche rispetto alla scelta delle S.U. di rendere esperibile l'opposizione tardiva dell'art. 650 c.p.c. da parte del consumatore "ignaro" (ossia non avvertito dal giudice dell'ingiunzione) circa la possibile presenza di clausole vessatorie. Come ben si sa, la Cassazione ha così allargato (oltre forse il limite di elasticità) la clausola della forza maggiore, considerando l'*error in procedendo* del mancato rilievo dell'abusività del contratto[5] quale *factum principis* in grado di giustificare l'intempestiva reazione dell'ingiunto[6]. In maniera altrettanto disinvolta i giudici di legittimità hanno operato l'innesto del termine dell'opposizione *ex* art. 645 c.p.c. nell'opposizione tardiva, rendendo inoperativo il limite temporale dell'art. 650, ult. comma, c.p.c., che altrimenti avrebbe sbarrato l'esperibilità del rimedio decorsi 10 giorni dall'inizio dell'esecuzione. Ciò è stato fatto nella consapevolezza – suffragata da vari precedenti della CGUE – di dover garantire appunto un congruo lasso di tempo al consumatore dalla "scoperta" (*rectius*: segnalazione giudiziale) del vizio per articolare la sua opposizione ed altresì per evitare che il pignoramento siluri l'effettività dell'apparato di speciale protezione apprestato per tale soggetto dal diritto eurounitario. Le licenze ermeneutiche che la S.C. si è presa a tal riguardo appaiono così ragionevoli: nell'immobilità del legislatore serviva un prontuario per la gestione delle ricadute della sentenza *Banco di Desio* e, tutto sommato, l'*arcuaria fabrica* costruita dalla S.C. per conformare l'ordinamento italiano al consolidato indirizzo del Plateau Kirchberg sembra a tenuta.

Vi sono, pervero, delle incongruenze: ne indicherò un paio. Innanzitutto, discutibile appare la supposta necessarietà del rimedio dell'opposizione tardiva quale unica via per ottenere la caducazione del decreto ingiuntivo adottato senza il rilievo di abusività del contratto: in realtà non

[4] In *Foro it.*, 2023, 5, I, 1452 ss.

[5] C. Consolo, *op. cit.*, p. 1056; F. De Stefano, *La Corte di Giustizia*, cit.; Id., *Le sentenze di Chicxulub*, cit.

[6] L. Baccaglini, *Il decreto ingiuntivo*, *cit.*, p. 950.

ci sono ragioni davvero persuasive per escludere in radice la possibilità di dichiarare la vessatorietà nell'opposizione *ex* art. 615 c.p.c. Com'è stato osservato, anzi, la soluzione di incanalare in maniera assorbente nell'art. 650 c.p.c. la tutela giurisdizionale del consumatore "poco avveduto" non solo non è richiesta dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, ma rischia di "tradire" uno dei cardini su cui essa si poggia[7], sottraendo al giudice – che si trovi ad essere investito *ex* art. 615 c.p.c. del potere di giudicare in merito al diritto del creditore di agire *in executivis* – la facoltà di valutare e decidere immediatamente l'abusività delle clausole del sottostante contratto: la CGUE ha, infatti, più volte enfatizzato che la valutazione dell'autorità giurisdizionale sulla possibile violazione della dir. 93/13 deve avvenire «a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine»[8]. Non vi sono nemmeno motivi cogenti per imporre alla causa che fosse proposta nelle forme dell'art. 615 c.p.c. la conversione in un'opposizione tardiva, ciò che comporta impegnative contorsioni per giustificare l'inedita *translatio*[9] da un processo avente ad oggetto l'esercizio dell'azione esecutiva e che, oltretutto, potrebbe essere stato promosso per doglianze diverse dalla denuncia di vessatorietà, ad un giudizio riguardante la revoca del d.i. su tale motivo[10].

L'altro inconveniente insito nella soluzione prospettata – autodenunciato dalle stesse S.U. – sta nel fatto che, radicandosi la causa di opposizione tardiva avanti al giudice dell'ingiunzione, risulta vanificata la previsione dell'art. 63 c. cons. ogniqualvolta appunto la vessatorietà riguardi la clausola di deroga alla competenza. Sul punto la Cassazione ritiene che la distrazione del consumatore dal proprio foro sia accettabile, stanti le virtù del processo civile telematico: la considerazione non è molto ficcante, ma soprattutto va respinta perché in realtà vi è la possibilità che la causa sulla validità del contratto e quindi sull'esistenza del credito si svolga dinanzi al giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore. A mio modesto avviso, infatti, il giudice, avanti al quale in ossequio al principio della competenza funzionale va proposta l'opposizione tardiva, una volta revocato il provvedimento sommario di condanna per vessatorietà della deroga al foro, dovrebbe declinare la propria competenza a favore del giudice *ex* art. 63 c. cons. proprio perché constata l'inefficacia della pat-

[7] A. Carratta, *op. cit.*, p. 372.

[8] V. le sentenze della Corte di Giustizia adottate nelle cause: *Asturcom*, *Pannon*, *Eva Martin Martin*, *Profi Credit Polska*, *Kancelaria Medius*, *Lintner*.

[9] C'è infatti chi parla di una «riassunzione innovativa e talora trasformativa in radice dell'oggetto da decidere e degli effetti»: C. Consolo, *op. cit.*, p. 1057.

[10] A. Crivelli, *op. cit.*, p. 402.

tuizione che aveva fondato la competenza del giudice dell'ingiunzione. Analogamente a quanto accade quando il d.i. opposto *ex* art. 645 c.p.c. risulta emesso da un giudice incompetente.

De iure condendo sarebbe comunque preferibile che questo importante "adeguamento" dell'ordinamento italiano alla pronuncia *Banco di Desio* avvenisse mediante un'interpolazione all'art. 656 c.p.c. L'interpretazione estensiva offerta dalle S.U. circa l'ambito di operatività dell'opposizione tardiva, pur giustificata dall'impellenza di individuare una *exit strategy* "unidirezionale" rispetto ai vari problemi precipitati sugli uffici giudiziari all'esito della decisione della CGUE, rischia di assumere in effetti i contorni di una forzatura, che alla lunga potrebbe far implodere la stabilità del d.i. non opposto. L'art. 650 c.p.c. rappresenta una fattispecie di rimessione in termini che dovrebbe scattare laddove l'ingiunto, per ragioni obiettive – estranee alla sua minore o maggiore consapevolezza circa le deduzioni esperibili – non sia stato raggiunto da una valida notificazione del decreto o sia stato impossibilitato a proporre un'opposizione monitoria nei successivi 40 giorni. Consentire in via ermeneutica che tale espediente possa essere utilizzato anche per la mancata motivazione del d.i. sulla validità del titolo negoziale del credito, oltre che per la scarsa dimestichezza giuridica del debitore, potrebbe insomma rendere la preclusione *pro iudicato* permeabile anche ad altri tipi di *errores in procedendo* e ad altre situazioni di *ignorantia legis* da ritenersi scusabili, in quanto riferibili a parti deboli[11].

Mi sembra allora più soddisfacente, da un punto di vista sistematico, la soluzione, autorevolmente sostenuta[12] e veicolata anche in una proposta di legge[13], volta ad integrare il catalogo dei motivi di revocazione esperibili contro il provvedimento monitorio definitivo al fine di includervi l'ipotesi del mancato rilievo ufficioso dell'abusività del contratto su cui si fonda la pretesa creditoria. In tal modo verrebbe ad essere configurato un nuovo sintomo di ingiustizia del d.i. non opposto. L'omessa valutazione sulla vessatorietà del titolo negoziale del credito è in effetti deducibile con l'opposizione *ex* art. 645 c.p.c., ma se ciò non avviene è perché con ogni probabilità il consumatore ha scarsa consapevolezza dei propri diritti. In considerazione di tale situazione (che la CGUE reputa evidentemente piuttosto diffusa) va ammessa l'esperibilità di un'impugnazione straordinaria, che consenta all'ingiunto di far valere il descritto

[11] G. Scarselli, *op. cit.*, p. 7; S. Vincre, *op. cit.*, p. 1501.
[12] C. Consolo, *op. cit.*, p. 1057.
[13] Proposta di legge n. 1301, presentata alla Camera dei Deputati il 13 luglio 2023.

vizio in un termine congruo a partire dalla sua effettiva scoperta (*recte*: dal momento in cui un qualsiasi giudice abbia rilevato la questione). Si tratta di un *error in procedendo* che può essere speso come gravame straordinario, in quanto appunto segnala la probabile, ma non certa, ingiustizia dell'ingiunzione. Non si può infatti dire a priori se la valutazione della questione condurrà ad un esito diverso dalla condanna contenuta nel d.i. Di tale ipotetica ingiustizia dovrebbe poter essere investito – in forza di una esplicita previsione normativa che aggiunga l'ipotesi a quella dei nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c. – il giudice della revocazione. Che sarebbe poi lo stesso giudice dell'ingiunzione, fermo restando che nell'eventualità di vessatorietà riguardante la deroga al foro, dopo la revoca del d.i., dovrebbe aver luogo la *translatio iudicii* a favore del giudice del consumatore[14].

La modifica all'art. 656 c.p.c. andrebbe accompagnata però ad un aggiustamento delle norme sul potere di inibitoria del giudice della revocazione, in quanto ai sensi dell'art. 401 c.p.c. la sospensione della pronuncia va concessa *ex* art. 373 c.p.c., quindi: in camera di consiglio, su istanza di parte (da inserire nella citazione) e al ricorrere di un grave ed irreparabile danno. Occorrerebbe insomma mitigare il rigore dell'onere probatorio sul *periculum*, riportandolo a quello meno severo della dimostrazione dei gravi motivi di cui agli artt. 282 e 649 c.p.c.[15], come del resto fa la cit. proposta di legge.

[14] V. V. Andrioli, *Commento al c.p.c.*, pp. 643 ss.; E. Fazzalari, voce *Revocazione*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 296.

[15] Un corollario positivo di questo scenario è che verrebbe secondo me ad essere indubbia la possibilità dell'immediata restituzione a favore del consumatore che ottenga la revoca del provvedimento, anche nell'eventualità che sulla sua scorta in sede esecutiva sia già stata disposta la vendita o l'assegnazione: l'art. 402 c.p.c. prevede infatti espressamente ed in via generale che il giudice della revocazione provveda alla restituzione. Per vero anche in sede di opposizione monitoria si ritiene che sia implicita nella domanda di revoca del d.i. il *petitum* restitutorio; le S.U. 9479/2023 però sul punto sembrano inflessibili nell'escludere che il g.e. possa sollecitare l'esercizio di tale espediente dopo la vendita o l'assegnazione, costringendo così il debitore ad esperire azioni risarcitorie *ex post*, il che mi pare diseconomico non solo per il singolo, ma anche per il sistema. Riterrei pertanto opportuno ammettere la segnalazione della vessatorietà da parte del g.e. anche in sede di distribuzione del ricavato. Del resto, nell'esecuzione per espropriazione l'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c. è sì inammissibile dopo che sia disposta la vendita o l'assegnazione, ma viene fatta salva la successiva esperibilità dell'azione qualora fondata su fatti sopravvenuti oppure quando l'opponente dimostri di non aver potuto proporla tempestivamente per causa a lui non imputabile (e che nel caso di specie sia da ritenersi integrata un'ipotesi di forza maggiore la Cassazione è convinta, come emerge dall'interpretazione estremamente lata data all'art. 650 c.p.c.).

3. La portata eversiva del lento ma inesorabile movimento dei giudici del Kirchberg verso la consapevole fruizione delle nullità di protezione da parte del consumatore: scenari futuribili

L'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia non può comunque essere circoscritto al procedimento monitorio. A me sembra infatti che l'insieme delle pronunce che i giudici del Kirchberg hanno nel tempo stratificato sul rilievo della vessatorietà delle clausole in base alla dir. 93/13/CE formino ormai un aggregato abbastanza imponente e solido, che punta a garantire l'effettività della tutela dei consumatori, pur nel rispetto – che viene sempre ribadito, ma pare invece man mano assottigliarsi – dell'autonomia procedurale dei sistemi nazionali. Se la direzione è quella, il lento ma inesorabile cammino di questo massiccio ghiacciaio che dal Lussemburgo scende verso gli ordinamenti municipali credo porterà verosimilmente a breve a mettere in discussione anche l'accertamento incontrovertibile che si forma nei processi a cognizione piena.

Sia consentita una rapida disamina degli arresti della CGUE che ci sembrano supportare questa previsione:

- sent. *Oceano Grupo Editorial* del 27 giugno 2000, cause riunite c-240/98 e c-244/98: il sistema di tutela di cui alla dir. 93/13 «si basa sull'idea che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista, per quanto riguarda sia il potere nelle trattative, sia il grado di informazione, possa essere riequilibrata solo grazie ad un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale»;
- sent. *Eva Martin Martin* del 17 dicembre 2009, causa c-227/08: quando si tratta di procedimenti a cognizione piena l'obbligo del giudice riguarda la mera rilevazione, cui farà seguito la dichiarazione di nullità quante volte il consumatore, avuta contezza delle clausole abusive, abbia dichiarato di volersi avvalere della protezione offerta dalla Dir. 93/13;
- sent. *Banco Primus* del 26 gennaio 2017, causa c-421/14: non è contraria alla dir. 93/13 la normativa nazionale che vieta al giudice di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto qualora sia stato già statuito sulla legittimità di tutte le clausole con una decisione avente forza di giudicato; quindi, in presenza di una o più clausole contrattuali la cui abusività non sia

stata ancora esaminata, il giudice nazionale in sede di opposizione incidentale all'esecuzione è tenuto a valutare la vessatorietà;
- sent. *Lintner* dell'11 marzo 2020, causa c-511/17: il giudice è tenuto a verificare d'ufficio la presenza di eventuali clausole abusive anche quando entrambi i contendenti siano assistiti in giudizio dal proprio rappresentante tecnico;
- sent. *Iberçaia Banco* del 17 maggio 2022, causa c-600/19: «il giudice, che agisce d'ufficio o su domanda del consumatore, non può più procedere a un esame del carattere abusivo di clausole contrattuali che condurrebbe all'annullamento degli atti di trasferimento della proprietà e a rimettere in discussione la certezza giuridica di trasferimento della proprietà già effettuato nei confronti di un terzo», tuttavia ciò non impedisce allo stesso debitore/consumatore «di far valere in un successivo procedimento distinto il carattere abusivo delle clausole del contratto [...] per ottenere il risarcimento del danno economico causato dall'applicazione delle clausole di cui trattasi».

Quel che appare davvero cruciale in tutte queste pronunce della CGUE è la necessità di inculcare nel consumatore, quale soggetto debole della contrattazione, la consapevolezza dei propri diritti e delle guarentigie offerte dal diritto dell'UE. Nello specifico il principale assillo dei giudici del Lussemburgo è rendere edotto il consumatore, ove divenga parte di un processo, della possibilità di avvalersi delle nullità di protezione previste a suo favore. A tali fini non rileva e non può rilevare in sé la differenza tra procedimenti a cognizione sommaria e a cognizione piena[16], poiché si deve andare a vedere in concreto – riscontrandolo nella parte motiva del provvedimento di condanna – se la segnalazione o il rilievo ufficioso è stato fatto dal giudice e verificare così se effettivamente il destinatario delle nullità di protezione sia stato posto in grado di manifestare la volontà di avvalersene.

Ora, il nucleo di questo ragionamento, se svolto sino alle sue estreme conseguenze, potrebbe portare ad un cambiamento di alcune delle sequenze di base che caratterizzano anche i giudizi ordinari.

In particolare, nei processi contumaciali si potrebbe giungere alla conclusione che il giudice, di fronte alla mancata costituzione del consumatore, debba indicare alla parte interessata (con un'ordinanza soggetta a comunicazione personale, previa rilettura estensiva dell'art. 292 c.p.c.)

[16] A. Carratta, *op. cit.*, p. 360.

la probabile presenza delle clausole vessatorie[17]. Ma *quid iuris* a fronte della sua perdurante *indefensio*? Verrà ritenuto tale ostinato silenzio alla stregua di un rifiuto del contumace notiziato di avvalersi delle nullità di protezione? O il giudice dovrà procedere comunque alla valutazione della vessatorietà? Propenderei per la prima opzione, perché qui effettivamente non vi sono di fatto spese processuali cui il consumatore deve andare incontro e che potrebbero frenarlo dall'invocare la violazione della dir. 93/13/CE (a differenza di quanto accade quando è emanata nei suoi confronti un'ingiunzione, dato l'onere di iscrivere a ruolo l'opposizione monitoria)[18]. Tuttavia, occorre osservare che perché il titolo esecutivo non sia attaccabile serve una motivazione sull'abusività della contrattazione, sicché si potrebbe pure arrivare ad affermare che, a fronte della persistente *indefensio* del consumatore, il giudice debba comunque dire se riscontra o meno l'inefficacia di una o più delle clausole rilevanti al fine di decidere l'esistenza o l'entità del credito. Va infatti ricordato che nella pronuncia del 4 giugno 2009, relativa al caso *Pannon*, causa c-243/08, la CGUE ha specificato che l'obbligo di esaminare d'ufficio l'abusività scatta non appena il giudice abbia gli elementi utili a compiere codesto scrutinio: ove consideri vessatoria la clausola, non deve applicarla, tranne il caso in cui il consumatore vi si *opponga*[19]. Stando al tenore di tale statuizione, per impedire la valutazione sulla vessatorietà sembrerebbe quindi necessaria una manifestazione di volontà contraria del consumatore. Ergo: in caso di sua contumacia, si potrebbe addirittura arrivare a sostenere che il giudice sia comunque tenuto a pronunciarsi sulla presenza o meno di clausole abusive. Del resto, nella sentenza *Pénzügyi* del 31 marzo 2022, causa

[17] In questi termini M. Rasia, *op. cit.*, p. 82, il quale giustamente ricorda come dal Plateau Kirchberg si è, ad es., affermato che «la direttiva n. 93 del 2013 dev'essere interpretata nel senso che un giudice nazionale che si pronuncia in contumacia ed è competente, secondo le norme di procedura nazionali, ad esaminare d'ufficio se la clausola su cui si basa la domanda sia contraria alle norme nazionali di ordine pubblico è tenuto ad esaminare d'ufficio se il contratto contenente tale clausola rientri nell'ambito di applicazione della direttiva medesima e, se del caso, la natura eventualmente abusiva di detta clausola»: CGUE, sent. 17 maggio 2018, causa C-147/16, *Karel de Grote*, punto 37.

[18] Per la rilevanza delle spese processuali quale "scusante" per la passività del consumatore v. sentt. CGUE 14 giugno 2012, *Banco Espanol de credito*, causa c-618/10, punto 54; 10 settembre 2018, *Danko e Dankova*, causa c-448/17, punto 46; 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, causa c-168/05, punto 29 e giurisprudenza ivi citata; nonché sent. 16 novembre 2010, *Pohotovosť*, causa c-76/10, punto 43.

[19] V. pure sentt. *Asbeek Brusse*, del 30 maggio 2013, causa c-488/11, punto 49; *Banco Español de Crédito*, del 14 giugno 2012, cit., punto 63; *Banif Plus Bank*, del 21 febbraio 2013, causa c-472/11, punto 27.

c-472/20, la Corte del Lussemburgo ha affermato che il giudice nazionale deve rimettere il consumatore nella situazione in cui si sarebbe trovato se la clausola giudicata abusiva non fosse mai esistita. Come si vede, allo stato è dato riscontrare qualche ambiguità e/o contraddizione tra le stesse pronunce del Kirchberg, per cui l'attualizzarsi dell'uno o dell'altro scenario dipende un po' dalla piega che il corso del descritto orientamento giurisprudenziale prenderà[20].

In generale si dovrà però probabilmente mettere in conto, salve repentine inversioni ad u della Corte di Giustizia, che nei processi ordinari (si sia o meno il consumatore costituito) andranno ammesse, a fronte di "patologici" punti ciechi delle pronunce, attenuazioni all'inveterato principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, nonché alla regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame di cui all'art. 161, c. 1, c.p.c.[21]. Qualora venga omesso completamente il dovuto rilievo ufficioso sulla vessatorietà, *nulla quaestio* se l'*error* viene ovviamente dedotto per la prima volta in sede di impugnazione ordinaria, ma se si forma il giudicato senza alcuna specifica presa di posizione in motivazione, siamo sicuri che prima o poi dal Lussemburgo qualcuno non ci verrà a dire che, essendo stata totalmente omessa la verifica sull'abusività, il consumatore deve essere ammesso a far valere l'inesistenza del credito anche se la pronuncia gode dell'efficacia di accertamento *ex* art. 2909 c.c.[22]?

[20] Cfr. M. Rasia, *op. cit.*, p. 65, il quale ammonisce: «dalla giurisprudenza europea non emerge che la Corte abbia maturato un'analisi teorica del giudicato, ma piuttosto che si punti ad applicare sul piano pratico il principio c.d. dell'effetto utile del diritto europeo: il che rende alquanto difficile anche prevedere o razionalizzare futuri orientamenti del Kirchberg».

[21] Cfr. C. Consolo, *op. cit.*, p. 1059, secondo cui il potere-dovere del giudice di rilevare la vessatorietà sarebbe «sempre liberamente esercitabile nell'ambito di un processo ordinario di cognizione, in cui il giudice è chiamato a giudicare *secuncum alligata e probata partium*, nel contraddittorio paritario. Ed è questa la ragione per cui il mancato rilievo officioso di una nullità di protezione non impedirà la formazione del giudicato sostanziale, se la sentenza non sia impugnata dal consumatore soccombente». In tale senso pure E. D'Alessandro, *Una proposta*, cit., p. 544, e L. Baccaglini, *Il decreto ingiuntivo*, *cit.*, p. 953. In effetti, in passato la stessa Corte di Giustizia, nella sent. *Asturcom*, del 6 ottobre 2009, causa c-40/2008, ha enfatizzato la centralità del principio dell'autorità di cosa giudicata, rilevando come il rispetto del principio di effettività non può giungere fino al punto di esigere che un giudice nazionale debba supplire integralmente alla completa passività del consumatore. Al di là delle declamazioni, bisognerà vedere quanto intensamente i giudici del Lussemburgo riterranno di dover garantire effettività alla tutela del consumatore.

[22] Una recentissima sentenza (C. giust. 9 aprile 2024, *FY c. Profi Credit Polska S.A. w Bielsku Bialej*, causa c-582/21) sembra andare proprio nella direzione additata. Leggi *amplius* B. Zuffi, *Contumacia e giudizio nel processo civile*, in corso di pubblicazione con E.S.I.

Di qui l'opportunità di un intervento normativo che, inserendo intanto un nuovo motivo di revocazione straordinaria per il d.i. emesso senza il dovuto controllo sulle clausole abusive, prepari il terreno per una successiva estensione dell'esperibilità del rimedio anche nei riguardi dei giudicati formatisi in seno a giudizi a cognizione piena. Giusto per non trovarsi nuovamente a dover correre ai ripari dinanzi alla piena gittata degli insegnamenti della CGUE. Il che potrebbe poi preludere ad una revocabilità ancora più estesa – crediamo – delle pronunce che vulnerino norme imperative di derivazione eurounitaria ancorché estranee all'ambito della dir. 93/13 (ad es. in materia di antitrust, di protezione internazionale, di discriminazioni)… La prospettiva non troppo fantascientifica potrebbe essere insomma quella dell'introduzione di una nuova figura di revocazione straordinaria delle decisioni che risultino aver del tutto disatteso l'applicabilità inderogabile delle disposizioni comunitarie imposte a protezione delle parti deboli del rapporto processuale. Ciò auspicabilmente potrebbe andare a braccetto con una rivisitazione della previsione inspiegabilmente asfittica delle ipotesi introdotte all'art. 391-*bis* c.p.c. sulla revocabilità delle sentenze accertate come contrastanti con la CEDU[23].

Non si tratta in fondo di una prospettiva spaurente, ma di una delle manifestazioni del mai sopito dibattito se sia meglio un diritto certo, ma ingiusto o un diritto giusto, ma incerto[24].

(Napoli, 2024, cap. V, par. 1.6).

[23] Su cui leggi, *si vis*, B. Zuffi, *CEDU e giudizio di legittimità: il nuovo rimedio revocatorio esperibile ai sensi dell'art. 391*-quater *c.p.c.*, in *Il giusto processo civile*, 2023, pp. 115 ss.

[24] Secondo la celebre formula elaborata da Gustav Radbruch, per cui alle leggi estremamente ingiuste può essere negata validità, perché l'estrema ingiustizia non è e non può essere legge.

L'Annuario del Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università di Padova raccoglie in un unico volume il frutto di diverse ricerche operate nell'anno precedente dalle studiose e dagli studiosi del Dipartimento. Questa nuova edizione, la seconda, dell'Annuario del Dipartimento prosegue questa virtuosa tradizione presentando ventuno contributi che offrono una panoramica dell'attività scientifica condotta nel corso del 2023.

La pubblicazione spazia attraverso un ampio ventaglio di discipline giuridiche, includendo contributi nelle materie del diritto costituzionale, amministrativo, penale, tributario, internazionale, processuale e dell'Unione europea. Questa diversità tematica riflette la vivacità e la ricchezza dell'attività di ricerca svolta in seno al Dipartimento, seguendo la tradizione che è propria degli studi giuridici nella sede patavina.

ISBN 978-88-6938-438-7

€ 35,00