



Giustizia

Rivista semestrale di riferimento della Scuola Forense V. E. Orlando

01
2023



Hanno contribuito:

A. AVERARDI	A. MUSSATTI
G. BASILICO	M.A. PILATO
L. DE PROPRIIS	S. PILIU
M. GIUSTI	E. RAFFA
C. MARINO	R. SANTUCCI
D. MICALI	

Direttore Responsabile: **Riccardo Bolognesi**

Direttore Scientifico: **Giorgetta Basilico**



**OPEN
ACCESS**

ISSN: **2784-9422**

Gli Organigrammi della rivista possono essere consultati direttamente sul sito internet insieme al Codice Etico e alle modalità per sottoporre alla redazione un proprio contributo.

Copyright 2023

Giustizia - Rivista giuridica on line open access dell'Associazione APL

Periodicità: semestrale

e-ISSN 2784-9422

Registrazione del Tribunale di Roma al numero 75/2020 del Registro Stampa del 29 luglio 2020

Indirizzo Internet <https://rivistagiustizia.it>

Direttore responsabile: Riccardo Bolognesi

Direttore scientifico: Giorgetta Basilico

Direzione e Redazione

Via Cola di Rienzo, 28 - 00192 Roma

email: redazione@rivistagiustizia.it - Tel. 06 3260 9166

Editing e Diffusione:

EDIZIONI DISCENDO AGITUR®

Bibliografica Giuridica Ciampi

00195 ROMA - Viale Carso, 55 - Tel. 06 8673 1273

web: <https://ciampi.com>

INDICE

FORUM

Editoriale.....	5
GIORGETTA BASILICO	
<i>La mediazione come fenomeno culturale condiviso: attualità o tendenza?</i>	
<i>Sulla capacità della legge di riforma processuale del 2022/23 di fornire una risposta.....</i>	7
CONCETTA MARINO	
<i>Mediazione obbligatoria ope legis e ope iudicis dopo la riforma Cartabia.....</i>	22
DAMIANO MICALI	
<i>La negoziazione assistita nella riforma del processo civile</i>	39
MARIA ALORIS PILATO	
<i>La realtà dialogica: conflitto e mediazione</i>	61

ARTICOLI E SAGGI

ANDREA AVERARDI	
<i>Domaines sensibles e autorità di garanzia. Il caso dei garanti regionali delle persone private della libertà e per l'infanzia e l'adolescenza.....</i>	79
SALVATORE PILIU	
<i>Origens de legislação europeia e italiana em matéria de infrações de segurança informática</i>	110
ELENA RAFFA	
<i>Sulla legittimità a fini difensivi delle registrazioni di conversazioni tra presenti</i>	131
ROSARIO SANTUCCI	
<i>Uno sguardo al diritto antidiscriminatorio di genere tra tecniche tradizionali e innovazioni.....</i>	154

NOTE A SENTENZA

Corte Cost. 9 giugno 2022 n. 143 con nota di LUIGI DE PROPRI.....	183	
<i>La cancellazione della trascrizione delle domande giudiziali dopo il secondo vaglio della Consulta.....</i>	192	
Cons. St., Ad. Plen., sent. 13 febbraio 2023 n. 5 con nota di AGNESE MUSSATTI.....		211
<i>Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso. Tutto cambia affinché nulla cambi?</i>	224	

RECENSIONI

MARIA GIUSTI - <i>Recensione a Gianpietro Quiriconi, Il contratto di management artistico, in Storia e Diritti della Comunicazione Culturale</i>	
<i>Discendo Agitur, Roma 2022.....</i>	251

FORUM

EDITORIALE

Il Forum del primo fascicolo 2023 di Giustizia è destinato a raccogliere i contributi del Convegno tenutosi a Ragusa il 20 gennaio 2023, dal titolo “La mediazione civile e commerciale: giustizia consensuale e coesione sociale”.

Il tema della mediazione e della conciliazione delle controversie civili e commerciali è di grande rilievo ed attualità da più di un decennio ed è stato oggetto di numerosi ed incisivi interventi da parte del legislatore in occasione della riforma del processo civile data con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Si tratta, inoltre, di un tema ancora molto dibattuto, sia in Dottrina che tra gli Operatori pratici, oggetto, a tutt’oggi, di numerosi ed importanti interventi da parte della Giurisprudenza, sia di merito che di legittimità.

I relatori del Convegno sono stati: Prof. Giorgetta Basilico (Ordinaria di Diritto processuale civile nell’Università di Messina); Prof. Marco Gradi (Associato di Diritto processuale civile nell’Università di Messina); Prof. Concetta Marino (Associata di Diritto processuale civile nell’Università di Catania); Dott. Damiano Micali (Ricercatore di Diritto processuale civile nell’Università di Messina); Dott. Maria Aloris Pilato (Presidente dell’Organismo di mediazione M.A.P. con sede a Comiso).

Il contributo del Prof. Marco Gradi non compare in questo Forum, ma sarà pubblicato nel Fascicolo 2/2023 della Rivista.

GIORGETTA BASILICO

(Professore ordinario dell'Università di Messina)

LA MEDIAZIONE COME FENOMENO CULTURALE CONDIVISO: ATTUALITÀ O TENDENZA? SULLA CAPACITÀ DELLA LEGGE DI RIFORMA PROCESSUALE DEL 2022/23 DI FORNIRE UNA RISPOSTA*

Sommario: 1. Analisi del fenomeno mediazione tra sviluppo normativo e pratica attuazione
2. La media-conciliazione nella riforma processuale del 2022-23 3. Cenno alla mediazione obbligatoria ed alla clausola di mediazione 4. Gli esiti possibili del procedimento di mediazione

1. ANALISI DEL FENOMENO MEDIAZIONE TRA SVILUPPO NORMATIVO E PRATICA ATTUAZIONE

La risposta alla domanda posta nel titolo va nella direzione della tendenza, non (o non ancora) dell'attualità. Il fenomeno mediazione, malgrado il proliferare delle normative, di fonte europea e nazionale, che se ne occupano, è ancora in evoluzione; non ha messo veramente radici nella *forma mentis* né degli operatori del diritto, né, propriamente, della gente. È un fenomeno che ancora suscita una notevole diffidenza, spesso un marcato senso di inadeguatezza alla funzione, per cui la scelta dei litiganti va (andrebbe) di preferenza nella direzione del giudice, quindi della giurisdizione, malgrado sussista piena consapevolezza dei più comuni limiti che essa presenta, riscontrabili sia nella eccessiva durata media del processo – spesso con conseguente vanificazione dell'esigenza di tutela – sia nei costi complessivi che quella scelta comporta⁽¹⁾.

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Per una ricostruzione storica dell'istituto della conciliazione preventiva, a partire dalle leggi ottocentesche degli Stati preunitari fino al codice del 1940-42, parametrata essenzialmente sull'efficacia deflattiva del suo risultato, v. G. MONTELEONE, *La mediazione obbligatoria: conciliazione o giurisdizione surrogata? Brevi riflessioni critiche*, in *Judicium* 2023, parr. 1-3.

Volutamente eviterò, in questa sede, di discorrere degli altri mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, all'interno dei quali merita particolare attenzione l'arbitrato, a mio avviso autentico mezzo alternativo di risoluzione di controversie, dotato, quindi, di una funzione diversa dalla media-conciliazione⁽²⁾ perché trattasi di un vero e proprio processo, il cui atto finale, il lodo, imprime risoluzione al conflitto, da parte di terzi, così come accade per il processo giurisdizionale, e produce, almeno entro certi limiti, la stessa efficacia della sentenza di giudice⁽³⁾. Qui ci occupiamo, invece, di un procedimento che va in altra direzione, non verso la risoluzione della controversia, ma verso la sua composizione, realizzata attraverso l'apporto determinante delle parti e non "calata dall'alto", come potrebbe accadere con la sentenza o con il lodo arbitrale.

Personalmente ritengo che oggi quello della media-conciliazione sia un percorso da spingere e valorizzare e questa mia personale considerazione rappresenta l'evoluzione di un pensiero originariamente piuttosto negativo e denso di perplessità; quella iniziale diffidenza, dovuta principalmente ad una formazione avvenuta in ottica rigorosamente pubblicistica – il processo come istituto di diritto pubblico – si fondava essenzialmente su due considerazioni:

- a) l'assetto normativo che veniva dato all'istituto della media-conciliazione mi appariva spesso inutile e non funzionale al raggiungimento di un apprezzabile risultato;
- b) introdotta la nuova disciplina, di carattere generale (il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28), essa appariva quasi come catapultata nel mondo della risoluzione delle controversie, senza una previa adeguata preparazione dei destinatari a riceverla; senza, cioè, che si fosse previamente diffusa una sorta di educazione alla risoluzione "amichevole" delle controversie, che convincesse, della sua bontà, utenti e tecnici della giustizia. A ciò si aggiunga che tutte le pregresse – rispetto al 2010 – esperienze normative in tal senso, avendo sortito risultati tutt'altro che apprezzabili, avevano contribuito ad alimentare quella diffidenza e quel senso di sfiducia di cui ho fatto cenno: mi riferisco alle ipotesi conciliative disciplinate all'interno

² Utilizzerò sovente l'espressione media-conciliazione a mò di sintesi di quanto specificato dal legislatore nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e in leggi successive: mediazione è l'attività svolta dai soggetti indicati dalla legge stessa; conciliazione è il risultato di essa, la composizione della controversia.

³ Per una sintesi chiarissima, v. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova 2012, 3 ss. Con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 il legislatore ha introdotto l'ulteriore opzione alternativa al processo rappresentata dalla negoziazione assistita, che comunque si iscrive tra le forme compositive e non risolutive di controversie.

del codice di procedura civile ed in particolare a quelle riguardanti le controversie di lavoro, ma anche alle ipotesi conciliative familiari, come per es. il tentativo di cui all'art. 708 c.p.c., oggi abrogato, in tema di separazione tra coniugi, o all'art. 4, co. 7-8, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, in tema di scioglimento del matrimonio;⁽⁴⁾ qualche risultato in più si era intravisto attraverso la disciplina di forme più moderne di conciliazione, per es. in ambito di controversie tra l'utente ed il fornitore di un servizio⁽⁵⁾.

Oggi le cose sono, in parte, cambiate. Dal punto di vista culturale e quindi in termini di educazione della società in favore di un approccio conciliativo alla risoluzione delle controversie civili, si deve, per l'istante, segnalare l'esistenza di tutta una serie di studi e pubblicazioni, provenienti, spesso, dal mondo della sociologia o della politologia, i quali suscitano un'attenzione impensabile fino a qualche anno fa, almeno da parte dei giuristi⁽⁶⁾.

Possiamo quindi legittimamente ritenere che la linea di tendenza attuale della società italiana è, probabilmente, più favorevole di un tempo ad un approccio compositivo delle controversie civili; paradossalmente è proprio il mondo degli operatori del diritto che ancora fatica ad allinearsi su quella direttrice, e questa sua diffusa posizione respingente trova giustificazione non solo e non tanto in un atteggiamento aprioristicamente preconcepito, quanto, come ho già accennato, negli inadeguati interventi fatti dal legislatore a partire dal 2010, anno della prima grande riforma. Verosimilmente, lo stesso legislatore, almeno in quell'epoca, non credeva veramente in una svolta consensualistica a soluzione dei problemi della

⁴ L'art. 708 c.p.c. è stato abrogato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149; la disciplina dell'udienza di comparizione dei coniugi separandi e del tentativo di conciliazione è oggi contenuta nei nuovi artt. 473-bis.21 e 473-bis.22 c.p.c.; anche l'art. 4, legge 1 dicembre 1970, n. 898 è stato abrogato dallo stesso d.lgs., n. 149)2022 e l'unica previsione normativa relativa ad una sorta di tentativo di conciliazione, che in realtà non è veramente tale perché il legislatore parla di "presa d'atto della loro volontà" da parte del presidente, è contenuta nell'art. 473-bis.51, co. 3, c.p.c.

⁵ Richiamo solo esemplificativamente l'articolata disciplina di procedure conciliative disposta all'interno del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, codice del consumo, come modificato con d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, artt. 141 – 141 *quinquies*, da cui traspare un chiaro intento di favore, del legislatore, verso la soluzione compositiva della controversia tra consumatore e professionista, attraverso una dettagliata individuazione sia degli organismi di conciliazione ufficialmente riconosciuti allo scopo e sia delle procedure che possono essere seguite.

⁶ Mi riferisco, per es., al volume della sociologa M. MARTELLO, *Mediazione: una giustizia alta ed altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Milano 2022, che di recente è stato oggetto di attenta recensione, sia sulla *Riv. dir. proc.*, 2022, 1344 s., da parte di G. RAITI, sia su *questa Rivista*, 2022, II, 293 s., da parte di S. DALLA BONTÀ.

giustizia civile, ma stava semplicemente provvedendo ad ottemperare alla delega contenuta nell'art. 60, della legge 18 giugno 2009, n. 69.⁽⁷⁾

Qual è la situazione, oggi? Quel processo formativo-educativo della società si è in parte realizzato e sempre più numerosi sono gli spazi che si aprono in favore di una riflessione che cada innanzitutto, ma concretamente, sul significato e sul ruolo della media-conciliazione. L'ottica corretta, a mio avviso, è la seguente: di fronte alla crisi di un rapporto sostanziale che, come ci insegna la migliore dottrina, origina, generalmente, da una mancanza di cooperazione di uno dei soggetti del rapporto in confronto dell'altro e relativamente all'oggetto dello stesso⁽⁸⁾, la scelta favorevole alla composizione o conciliazione di quella controversia produrrà, generalmente, un risultato ulteriore rispetto a quello del superamento della crisi: la possibilità di conservazione della relazione personale e giuridica tra quei soggetti, il che, per es., se parliamo di rapporti tra imprenditori o tra imprenditore e utente di un servizio, mi sembra un vantaggio non secondario.

Non sto parlando, ovviamente, di una pura pacificazione, perché la composizione del conflitto sarà avvenuta comunque non con una semplice stretta di mano, ma nell'osservanza di norme giuridiche, o, per lo meno, non disattendendo espressamente le stesse; ma proprio per questo si può parlare di un'alternativa effettiva alla risoluzione giurisdizionale della controversia, che non significa risoluzione non giuridica, ma risoluzione cui si pervenga attraverso l'incontro delle volontà dei litiganti, opportunamente sollecitato dal mediatore, pur sempre in modo coerente con le norme giuridiche preposte alla disciplina di quel rapporto sostanziale. L'espressione sempre più diffusa per rappresentare questo percorso è, oggi, quella di "giustizia consensuale", ma sempre di giustizia si tratta e questo è, a mio avviso, un passaggio fondamentale⁽⁹⁾.

I risultati ulteriori, rispetto a quello appena riferito, consisteranno nell'abbatti-

⁷ Precisava F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1257 ss., che la legge delega doveva comunque confrontarsi con la dir. 2008/52/CE e che comunque essa presentava una scarsa capacità di incidere sulla diffusione di una cultura della mediazione, poiché l'unica disposizione in tal senso era rappresentata dalla previsione del dovere dell'avvocato di informare il cliente della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione. Per una serie di dubbi sul percorso fatto dal legislatore in quel momento sul tema della mediazione, v. pure C. PUNZI, *Le riforme del processo civile e degli strumenti per la risoluzione alternativa delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1197 ss.

⁸ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2014, 34 ss.

⁹ In tal senso e per un'ampia panoramica degli strumenti disponibili, v. G. RUFFINI, *Diritto processuale civile*, I, Bologna 2023, 22 ss.

mento dei costi della procedura e nella effettiva riduzione dei tempi necessari al raggiungimento del risultato.

La sintesi che ho da ultimo elaborato, tuttavia, sconta un limite: il risultato migliore si potrebbe effettivamente realizzare se l'efficacia pedagogica dell'accennato percorso sociale raggiungesse un livello tale che la risoluzione compositiva-conciliativa della controversia rappresentasse un'opzione volontaria per i litiganti; se essa, cioè, venisse, di volta in volta, spontaneamente prescelta dagli stessi.

Ma purtroppo così non è. Il legislatore italiano, a partire dal 2010 e con tutti gli interventi successivi, ma anche, in tutta evidenza, con la riforma del 2022 - 2023, ha fatto la scelta di determinare regole, numerose e stringenti, sulla media-conciliazione obbligatoria a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, la quale, tuttavia, come ci ha spiegato anche la Consulta⁽¹⁰⁾, non è affatto illegittima, non viola affatto l'art. 24 Cost., ma ha comunque generato negli utenti un atteggiamento respingente, che non ha facilitato punto la diffusione dell'istituto e l'opportuno raggiungimento dei risultati auspicati⁽¹¹⁾.

Il sistema è quindi, malgrado le positive considerazioni sopra espresse, piuttosto avvitato: il convincimento culturale favorevole ad una scelta di media-conciliazione, piuttosto che all'accesso alla giurisdizione, per la risoluzione di una controversia civile, può trovare autentica realizzazione solo se quella scelta sia volontaria e spontanea; tuttavia, quando la nuova disciplina è stata introdotta, nel 2010, essa non aveva alcun radicamento, anzi era molto osteggiata, essenzialmente in ragione di precedenti esperienze normative di settore, che non avevano prodotto buoni risultati. In conseguenza di ciò il legislatore ha introdotto (o dovuto introdurre) regole di mediazione obbligatoria, che, se da una parte hanno "costretto" i litiganti a rivolgersi al mediatore, pur pensando che quella rappresentasse solo un inutile e temporaneo segmento nel percorso della tutela, una specie di apripista necessario per andare dal giudice, dall'altra, hanno ancor di più allontanato le parti (e i loro difensori) dall'idea di una scelta spontanea in quella direzione, con risultati ancora una volta non esaltanti.

La previsione normativa della conciliazione obbligatoria preventiva rappresenta,

¹⁰ Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272 che dichiarò parzialmente illegittime una serie di norme del d.lgs. n. 28/2010, ma solo per eccesso di delega.

¹¹ V. i toni fortemente critici, sul tema, di G. MONTELEONE, *La mediazione obbligatoria*, cit., par. 4, che legge nelle relative norme "una forma occulta o surrettizia di giurisdizione, una giurisdizione surrogata", tesa a sostituire "quella elargita per dettato costituzionale".

quindi, una chiave di volta del sistema, foriera di un forte condizionamento alla corretta affermazione dello stesso⁽¹²⁾.

Oggi può dirsi che tutto sia cambiato? Non proprio. L'approccio al tema, dato dal legislatore dell'ultima riforma, non si discosta molto da quello originario, ancorché il Ministro Marta Cartabia si sia molto spesa, durante l'elaborazione delle nuove norme, per affermare che il sistema delle misure alternative di risoluzione delle controversie dovesse, in realtà, essere "complementare" (a quello giudiziale), che lo si dovesse recepire come naturale, generando un sistema di "giustizia preventiva e consensuale"⁽¹³⁾.

Dal punto di vista appena ricordato, non ci sono, quindi, reali cambiamenti in atto, *in primis* perché la vecchia come la nuova normativa sono chiaramente scritte per dare una risposta (esclusivamente) alla crisi della giustizia civile, generata da una sorta di ingolfamento della stessa e quindi da tempi mediamente troppo lunghi per la somministrazione della tutela; in conseguenza, i problemi legati all'obbligatorietà sono ancora tutti sul tappeto e l'andare in mediazione non appare, spesso, come una scelta ma come una necessità. C'è, sì, una maggiore consapevolezza dell'efficacia dello strumento in esame e dei positivi risultati raggiungibili, grazie anche all'attento lavoro dei mediatori che non poco hanno contribuito e contribuiscono alla diffusione di una cultura della mediazione; ma i passi da fare, a mio avviso, sono ancora molti.

2. LA MEDIA – CONCILIAZIONE NELLA RIFORMA PROCESSUALE DEL 2022-23

Fatte queste premesse e partendo dal presupposto, già rimarcato, di un forte interesse del legislatore degli anni 2021-22 per il fenomeno mediazione, mi accingo

¹² È ineludibile precisazione quella per la quale il legislatore italiano ha effettuato le scelte normative descritte nel testo anche in ottemperanza a chiare prescrizioni di provenienza europea: v., a tal proposito, la dir. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, di cui appaiono particolarmente significativi i punti 14, 19 e 24 del "Considerando". Su quest'ultima v., *ex plurimis*, N. TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, Firenze, 2011, 159 ss.

¹³ Cfr. F. LOCATELLI, *Complementarità tra mediazione e processo nel D. lgs. 149/2022: "l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda"*, in *Judicium*, 2023, par. 1, dove l'A. solleva delle perplessità su un "concetto di complementarità non sufficientemente arato, né realmente integrato". V. pure P. NAPPI, *La legge delega di riforma degli strumenti complementari. Note a prima lettura*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, 15 ss.

a fare qualche riflessione sui tratti essenziali della riforma del processo civile, realizzata in attuazione della legge delega n. 206 del 2021, nella parte dedicata alla disciplina della media-conciliazione.

Quelle modifiche si leggono nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in vigore dal 30 giugno 2023, tranne che per la disposizione relativa alla conciliazione giudiziale, anche a seguito di mediazione svolta da funzionario della pubblica amministrazione – generalmente in controversie di cui al d.lgs. n. 165/2001, di cui è parte un dipendente della p.a. - con conseguente responsabilità contabile del funzionario limitata ai casi di dolo o colpa grave (sembrerebbe il solo art. 11-*bis*, d.lgs. n. 28/2010), entrato in vigore il 28 febbraio 2023.

Ai sensi del lungo art. 7, d.lgs. n. 149 del 2022, gli interventi del legislatore hanno colpito pressoché tutti i passaggi salienti della disciplina contenuta nel precedente del 2010, già modificata ripetutamente, alcune volte in maniera senz'altro migliorativa della prima, altre in maniera dubitativa, quando non, addirittura, inutile. Il processo di riforma si è completato con il d.m. 24 ottobre 2023, n. 150, attuativo delle cennate modifiche.

Leggendo la nuova disciplina, appare, così, certamente condivisibile, per es., l'apertura in favore dell'utilizzo delle forme telematiche per il procedimento, che troviamo enunciata nell'art. 3 e poi disciplinata in dettaglio nell'art. 8-*bis*: sarebbe apparsa del tutto incongruente l'esclusione di quelle forme per il procedimento di media-conciliazione, nel momento in cui le stesse venivano potenziate per il processo giurisdizionale e contenzioso; così come è senz'altro positiva la previsione di possibile ricorso alla consulenza tecnica in mediazione (nuovo co. 7 dell'art. 8), nonché la possibilità che, su accordo delle parti, la relazione del consulente tecnico possa essere spesa nell'eventuale successivo processo, sia pure al fine di una valutazione *ex art.* 116 c.p.c., naturalmente sul presupposto che la media-conciliazione sia fallita. Il richiamo all'istituto della consulenza tecnica conferisce senz'altro, al procedimento di media-conciliazione, un'articolazione più vicina al processo, ma mi sembra utile nella misura in cui sia funzionale al raggiungimento dell'accordo che, probabilmente, senza la disponibilità di dati tecnici necessari, lo stesso mediatore avrebbe difficoltà a favorire.

Ciò che desta, invece, perplessità, è un'evidente e generale tendenza processualizzante, che la riforma imprime alla disciplina in esame, emergente dalla lettura dei co. 2 dell'art. 3, nonché 1 e 2 dell'art. 4: innanzitutto il legislatore aggiunge che la modalità di nomina del futuro mediatore, da parte dell'organismo prescelto dalle

parti, ne debba assicurare l'imparzialità e "l'indipendenza"; ma indipendenza da che cosa, o da chi?

Il mediatore è un privato cittadino che, come accadrebbe in sede arbitrale, deve comportarsi in modo non partigiano, deve cioè garantire di essere imparziale nel valutare con obiettività le ragioni di tutte le parti e, specificamente per la media-conciliazione, individuare una soluzione compositiva della controversia che non sia sbilanciata a favore dell'una o dell'altra parte⁽¹⁴⁾. L'indipendenza con tutto questo ha poco a che vedere, perché, secondo le norme dell'ordinamento italiano, essa ha riguardo al rapporto tra (pubblici) poteri e qui non è configurabile alcun potere: il giudice deve essere indipendente, ma perché secondo l'art. 101 Cost. egli è soggetto soltanto alla legge, quindi il suo operato deve risultare totalmente avulso dall'influenza del potere legislativo e soprattutto dell'esecutivo. È solo in quel contesto di estraneità, rispetto agli altri poteri, che egli può correttamente esprimere il suo giudizio, naturalmente adottando anche un comportamento obiettivo e imparziale.⁽¹⁵⁾ E' la Costituzione che ha fatto della magistratura un "ordine autonomo e indipendente" dagli altri poteri dello Stato: l'art. 104 sanziona quella indipendenza con chiara proiezione verso l'esterno, garantendola con l'istituzione del Consiglio superiore della Magistratura; verso l'interno, cioè in direzione dei reciproci rapporti tra magistrati, essi sono, *ex art. 107*, inamovibili e distinti solo per le funzioni, a prescindere da qualsivoglia rapporto gerarchico tra di loro⁽¹⁶⁾.

¹⁴ Per una nozione ampia di imparzialità v. pure Corte Cost., 3 luglio 2002, n. 305 secondo la quale il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale in relazione a qualunque tipo di processo, pur nella diversità delle rispettive discipline ed è connessa alle peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento (la Corte richiama, qui la sentenza 21 marzo 2002 n. 78).

¹⁵ Anche sul punto è molto critico il tono di G. MONTELEONE, *La mediazione obbligatoria*, cit., par. 4. La via ragionevole per poter accettare l'inclusione del concetto di indipendenza nel contesto della media-conciliazione, sembra rappresentata da una sorta di "degradazione" dello stesso verso il concetto di imparzialità: indipendenza, qui, non può significare altro che assenza di qualsivoglia, pregresso o attuale, rapporto personale o di lavoro tra il mediatore e una delle parti, che conduce all'imparzialità del primo. Sul significato autentico di indipendenza (del giudice) e sui rapporti tra questa e l'imparzialità, v. S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna 2008, 19 ss.

¹⁶ Per una diversa ottica di inquadramento del problema, dal lato della compatibilità-incompatibilità del magistrato a svolgere una certa funzione, v. L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991, 4 ss., il quale distingue tra "incompatibilità funzionali", la cui sussistenza conduce all'applicazione delle norme sull'astensione e la ricusazione; "incompatibilità di servizio", riguardanti l'impiego in determinati uffici (artt. 16 e 17, del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) e "incompatibilità organiche", riguardanti eventuali rapporti di parentela con titolari di altri uffici giudiziari o con professionisti impegnati in quegli stessi uffici (artt. 18 e 19, r.d. n. 12/1941): il problema dell'indipendenza del

Opportunamente si precisa in dottrina che, attraverso le norme che presiedono all'indipendenza del giudice, lo Stato “tende ad assicurare a se stesso la fedeltà del suo servitore come componente primaria del rapporto di servizio”, per cui essa va verificata preventivamente rispetto all'incardinamento di un processo dinanzi ad un certo giudice, mentre l'imparzialità dello stesso è assicurata dalle norme sull'astensione e sulla ricsuzione, quindi attraverso un procedimento rimediale successivo all'instaurazione del processo dinanzi a quel certo giudice⁽¹⁷⁾.

In sede di media-conciliazione siamo all'interno di un rapporto tra privati, all'esito del quale non interverrà un giudizio dotato della pubblicistica efficacia di giudicato, ma tutt'al più un accordo tra le parti in conflitto – pur se su proposta del mediatore – ascrivibile sempre ai ranghi degli atti di natura negozial-privatistica. In conseguenza, trovo inopportuna la prescrizione dell'obbligo di indipendenza del mediatore, così come mi sembrano non congruenti con l'oggetto della norma sia la scelta (nuovo co. 2 dell'art. 4) di sostituire l'istanza con la “domanda di mediazione”, sia la nuova complessiva articolazione del co. 1 dell'art. 4, nella parte relativa alla “competenza per territorio” dell'organismo di mediazione.

Partendo dalla seconda considerazione, la competenza per territorio del mediatore è individuata con riferimento a quella del giudice che dovrebbe decidere la controversia: la soluzione è condivisibile perché si tratta di un criterio semplice e facilmente abbordabile dalle parti; le ulteriori precisazioni, invece, mi generano qualche perplessità, in particolare quella per cui la competenza dell'organismo è derogabile su accordo delle parti: siamo di fronte ad una formale reiterazione della regola della competenza per territorio semplice, derogabile dalle parti per accordo preventivo *ex art. 29 c.p.c.*, salvo che nei casi indicati nel precedente art. 28, in cui quella stessa è funzionalmente vincolata; scrivere che le parti possono derogare alla regola basilare di competenza dell'organismo potrebbe indurre anche il dubbio che l'accordo di deroga, ai sensi dell'art. 29 c.p.c., debba essere formalizzato nei modi che quella stessa norma richiama⁽¹⁸⁾.

magistrato, nel contesto così delineato dall'A., riguarda, tutt'al più, la violazione degli artt. 16 e 17, r.d. n. 12/1941, quindi l'incompatibilità “di servizio”, mentre per tutto il resto la via è rimediale ed è quella dell'astensione e della ricsuzione.

¹⁷ L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione*, cit., 19, dove precisa pure che “non è proponibile un'equazione tra imparzialità e indipendenza”, perché un giudice può essere parziale, in relazione al singolo processo, pur essendo perfettamente indipendente.

¹⁸ Nella stessa linea di quanto ipotizzato nel testo è A. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, in *Questione giustizia*, 2023, 212, secondo il quale discorrere di domanda di mediazione ne

La soluzione prescelta, tranne che sul profilo della prevenzione (art. 4, co.1, d.lgs. n. 28/2010), che condivido, mi sembrerebbe eccessiva; come ho già osservato, il processo è attività pubblicistica, mentre la media-conciliazione è attività privatistica: più semplicemente, il legislatore avrebbe potuto lasciare libere le parti di affidarsi all'organismo che ritenessero opportuno, suggerendo solo la possibilità – quindi attraverso la posizione di una regola non vincolante - che quello potesse trovarsi nel luogo in cui avrebbero dovuto radicare il processo; ma anche senza alcun suggerimento le parti avrebbero facilmente intuito la convenienza a fare quella scelta. La ragione di tanto formalismo, forse, può trovare una giustificazione solo nell'intento di preservare l'imparzialità del mediatore, così individuato sulla base di un criterio oggettivo e non di una scelta personale⁽¹⁹⁾.

Probabilmente le mie perplessità sono dovute prevalentemente a ragioni di ordine lessicale, tuttavia mi sembra che il legislatore abbia voluto irrobustire la trama normativa della fase iniziale di una procedura di media-conciliazione, assimilandola a quella iniziale del processo e ciò risulta particolarmente evidente dalla prescrizione, contenuta nel nuovo co. 3 dell'art. 4, che attribuisce, all'atto introduttivo di un procedimento di mediazione, la qualificazione di “domanda” e non più di “istanza”⁽²⁰⁾. Personalmente avrei lasciato l'originaria dicitura, istanza, per un motivo molto semplice: con la domanda si mira ad ottenere (fino ad ora dal giudice o dall'arbitro) una pronuncia sul diritto; la risposta a quella domanda ha la consistenza, quindi, di un giudizio. Quando invece si va in mediazione, si rivolge un'istanza all'organismo, con la quale si chiede di accedere alla procedura, ma non ci si aspetta (e non ci si deve aspettare) un giudizio sul rapporto litigioso. Se la mediazione riesce, le parti si conciliano: non posso che ribadire, ancora anco-

evidenzia “la valenza di ADR, alternativa alla domanda giudiziale e produttiva di molti degli effetti di questa...”.

¹⁹ Secondo A. TEDOLDI, *op. loc. cit.*, lo scopo del legislatore è stato quello di evitare il *mediation shopping* e “conflitti di mediazione”, realizzando un “rapporto di autentica complementarità” con la giurisdizione.

²⁰ La scelta della parola “domanda” non appare necessaria neppure se fatta in funzione della produzione di effetti sostanziali tipici di essa; ai sensi dell'attuale art. 5, co. 4, d.lgs. n. 28/2010, si legge che gli effetti che la domanda di mediazione è idonea a produrre – interruzione della prescrizione e impedimento della decadenza – decorrono dal momento della “comunicazione della domanda di mediazione”: quindi l'assetto “procedurale” della fase introduttiva di una mediazione appare, in realtà, come incentrato su un'istanza, più che su una domanda. Secondo R. SICILIANO, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, 1269 ss., il legislatore ha voluto privilegiare l'elemento contenutistico rispetto a quello formale.

ra una volta, che siamo di fronte ad un accordo di natura privatistica, al quale il mediatore ha collaborato fino al raggiungimento del risultato, ma non ha espresso una sua decisione o un suo giudizio sulla lite⁽²¹⁾.

Penso inoltre che l'istanza (ora domanda) di mediazione debba consistere in un atto a struttura semplice - anche perché è inimmaginabile che la carenza di alcuno dei suoi elementi possa essere sanzionata con l'invalidità - ma debba contemporaneamente essere completo: come precisa anche Andrea Proto Pisani – e qui concordo senz'altro – le parti debbono esplicitare con chiarezza e completezza gli estremi della questione controversa, affinché il mediatore possa condurle verso un accordo o elaborare una proposta soddisfacente per entrambe⁽²²⁾. Si tratta, quindi, pur sempre di chiarezza e completezza funzionali ad un accordo e non ad un giudizio.

La mia preferenza per l'istanza, piuttosto che per la domanda, sembra trovare, infine, conferma nella previsione dell'art. 7, co. 5, d.legisl. n. 149, secondo il quale lo svolgimento del procedimento di mediazione non solo non preclude, ovviamente, l'emanazione, da parte del giudice, di provvedimenti cautelari e urgenti, ma non preclude neppure la trascrizione della domanda – che ovviamente è quella giudiziale, cioè la vera domanda – nei casi in cui ciò sia prescritto dalla legge.

3. CENNO ALLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA ED ALLA CLAUSOLA DI MEDIAZIONE

Non intervengo *funditus* sul tema della mediazione obbligatoria o di quella delegata, che, in fondo, è anch'essa obbligatoria;⁽²³⁾ voglio solo evidenziare la previsione del nuovo art. 5, co. 3 (del d.leg. n. 28/2010) che consente alle parti di assolvere alla condizione di procedibilità della domanda anche secondo alcune modalità

²¹ Su questo punto mi sento di esprimere poca condivisione nei confronti di Andrea Proto Pisani, il quale in un recente contributo auspica una struttura complessa dell'atto introduttivo di mediazione, ancorché in maniera ragionata, allo scopo di delineare, già in quella sede, il *thema decidendum*, con preclusione di *nova* nel successivo eventuale processo dinanzi al giudice: v. ID., *Ma è davvero impossibile scrivere una riforma del processo di cognizione capace di ridurre numero e durata dei giudizi?*, in *Judicium* 2023, spec. par. 2; nel pensiero di Proto Pisani è evidentemente insita l'idea del quasi necessario fallimento della mediazione, per cui il problema fondamentale è quello di raccordare quanto dedotto in mediazione con l'oggetto della domanda giudiziale successivamente proposta.

²² ID., *op. loc. ult. cit.*

²³ Tema affidato, nel programma del Convegno, alla Prof. Concetta Marino, al contributo della quale faccio rinvio.

normative le quali, riguardando procedimenti speciali, sono state ritenute, opportunamente, prevalenti sulla disciplina generale e quindi esperibili in alternativa ad esse: leggi in materia bancaria e creditizia, codice delle assicurazioni private, ed altre. La scelta è opportuna e mi appare senz'altro condivisibile.

Altrettanto condivisibile, oltre che innovativo, appare il contenuto del nuovo art. 5 *sexies*, il quale ammette la possibilità di inserimento di una clausola di mediazione – sulla falsariga della clausola compromissoria per arbitrato – all'interno di un contratto, oppure dello statuto o dell'atto costitutivo di un ente pubblico o privato; ne deriva che il tentativo di conciliazione, in presenza di una lite da lì insorta, è obbligatorio, con la conseguenza che il mancato esperimento di esso produca l'improcedibilità della domanda, la quale deve, però, essere eccepita dalla parte entro la prima udienza, per potersi far luogo all'applicazione del II comma dell'art. 4.

Il legislatore non contempla la possibilità di rilievo officioso del mancato esperimento della mediazione, proprio sulla scia della disciplina dell'eccezione di incompetenza in arbitrato *ex art.* 817; è una soluzione semplificata del problema, pur nella differenza tra le due situazioni: nell'art. 817 si parla del rapporto arbitri-giudice, due soggetti che avrebbero entrambi il potere di decidere la controversia; nell'art. 5 *sexies* parliamo dell'esperimento di una condizione di procedibilità, certamente non giurisdizionale, rispetto al processo⁽²⁴⁾. La soluzione, tuttavia, nel suo complesso appare condivisibile.

4. GLI ESITI POSSIBILI DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

Qualche considerazione, infine, sull'esito del procedimento di media-conciliazione che, ovviamente, può essere positivo e consistere nel raggiungimento di una composizione del conflitto, o negativo se quell'accordo non si raggiunga. In entrambi i casi il mediatore redige un verbale, all'interno del quale, in mancanza di accordo, può inserire una propria proposta conciliativa che viene comunicata per

²⁴ Favorevole all'apposizione della clausola è F. LOCATELLI, *Complementarità tra mediazione e processo*, cit., par. 4.3. Precisa A. TEDOLDI, *op. cit.*, 217 s., che questo tipo di clausola non appare mai vessatorio e che la mediazione in tal modo effettuata consente, poi, di passare ad altri strumenti, anche non giurisdizionali (per es. arbitrato anche irrituale, arbitraggio): si tratta di "istituti misti, ibridi ed elastici", ma non funzionali alla risoluzione della controversia evitando le lungaggini del processo.

iscritto alle parti, le quali hanno facoltà di inoltrare risposta al mediatore, sull'accettazione o meno della stessa, entro sette giorni dalla comunicazione. Dico facoltà perché possono anche, ovviamente, non rispondere ed in quel caso la proposta si ha per rifiutata; le ragioni di riservatezza tipiche della mediazione impediscono che all'interno della proposta conciliativa siano contenuti riferimenti alle dichiarazioni rese dalle parti od alle informazioni acquisite nel corso della procedura.⁽²⁵⁾

Nel caso di raggiunta conciliazione, invece, innanzitutto l'accordo deve contenere l'indicazione del "relativo valore"⁽²⁶⁾; il verbale viene sottoscritto da parti, avvocati partecipanti al procedimento e, naturalmente, dal mediatore, che ha il potere di autografare le altre sottoscrizioni; viene, poi, depositato presso la segreteria dell'organismo, che ha l'onere di consentire l'accesso ad esso delle parti e di conservarlo per tre anni.

Uno degli aspetti interessanti della disciplina è contenuto nel co. 7 del nuovo art. 11, il quale prevede:

a) Nel caso in cui l'accordo delle parti consista nella redazione di un atto soggetto a trascrizione, per potersi procedere alla stessa occorre che la sottoscrizione di esso (ritengo le sottoscrizioni delle parti, ovviamente, ma anche quella del mediatore, che comunque non è pubblico ufficiale) sia autenticata da un pubblico ufficiale, quindi non è sufficiente il potere certificativo degli avvocati⁽²⁷⁾;

b) L'accordo può infine prevedere l'imposizione di una misura coercitiva: il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti, o per il ritardo nell'adempimento degli stessi. Si tratta di una misura coercitiva che si aggancia ad un atto non giudiziale, strutturata sulla

²⁵ Secondo F.C. MALATESTA, in *La riforma Cartabia*, cit., 1319, la risposta delle parti non deve essere manifestata necessariamente in forma espressa, ma questo appare più come un auspicio, non aderente alla realtà; l'art. 11, co. 4, del d.lgs. n. 28/2010 riformato, specifica che l'unica modalità in cui le parti possono comunicare la loro risposta al mediatore è quella scritta, peraltro parallelamente alla forma della proposta stessa; in mancanza di scrittura, da trasmettere nel termine di legge decorrente dalla comunicazione della proposta, quella si intende rifiutata. Naturalmente tutto questo non muta la natura facoltativa della stessa.

²⁶ Ritengo che si tratti del valore dell'accordo, quello, quindi, concordato dalle parti, che può essere anche diverso da quello originariamente contenuto nella domanda di mediazione.

²⁷ Segnalo qui una recente decisione della Suprema corte, specificamente in tema di negoziazione assistita, ma, credo, non incongruente con la media-conciliazione: Cass. civ., 28 settembre 2023, n. 23851, che ha negato la ricorribilità in cassazione ex art. 111 Cost. del diniego di convalida di una negoziazione assistita.

falsariga della clausola penale *ex art.* 1382 c.c., ma che in parte evoca l'art. 614 *bis* c.p.c., la cui previsione è legata imprescindibilmente al processo e ad un provvedimento del giudice. In conseguenza l'inottemperanza al pagamento della descritta somma conduce verso una strada obbligata per la soddisfazione del creditore, rappresentata da un'ordinaria azione di condanna esperibile dinanzi al giudice, la quale, però, in deroga alla previsione dell'art. 1382 c.c., non ha natura risarcitoria, ma semplicemente sanzionatoria, come nello spirito dell'art. 614 *bis*.

Quindi la genesi della misura coercitiva di cui all'art. 11, co. 7 sta nell'accordo delle parti; sono esse stesse che, concordemente la prevedono, all'interno di un atto che ha natura privatistica; ovviamente in caso di inottemperanza al pagamento di quelle somme, la strada per l'adempimento coattivo non può che essere giurisdizionale, ma, aggiungerei, ai sensi del nuovo secondo comma dell'art. 614 *bis*, la somma di denaro dovuta per inadempimento o ritardo può essere domandata anche al giudice dell'esecuzione⁽²⁸⁾.

Quanto all'efficacia, infine, dell'accordo raggiunto, il legislatore nel nuovo art. 12 stabilisce che se quell'accordo si forma alla presenza degli avvocati, oltre che delle parti, e viene poi sottoscritto dagli stessi, costituisce titolo per ogni forma di esecuzione forzata, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati, in tal caso, debbono anche accertare e dichiarare la conformità dell'accordo a norme imperative e di ordine pubblico. Infine, per potersi precostituire l'accesso all'esecuzione forzata, quell'accordo dovrà essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'art. 480, conformemente, peraltro, alla disciplina generale dei titoli esecutivi stragiudiziali⁽²⁹⁾.

In tutti gli altri casi – quelli, cioè in cui il procedimento di media-conciliazione si sia svolto senza la presenza degli avvocati - il verbale contenente l'accordo non ha efficacia esecutiva e per ottenerla dovrà essere assoggettato a procedimento di omologa da parte del presidente del tribunale, naturalmente su istanza di parte, il quale verificherà oltre che la regolarità formale dell'accordo, anche la sua con-

²⁸ La nuova disposizione è frutto di critiche espresse da una parte della dottrina all'originaria stesura dell'art. 614-*bis*, risalente alla l. n. 69/2009: v. per tutti F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, III, 2017, 245, che attribuisce con molta chiarezza, al legislatore, un "errore sistematico", quello "di vedere come oggetto dell'esecuzione non il diritto ma il provvedimento": egli infatti si esprime in termini di "esecuzione del provvedimento".

²⁹ Sul tema dell'efficacia dell'accordo, v. quanto già previsto dall'art. 6, dir. 2008/52/CE, cit.

formità a norme imperative o di ordine pubblico. Omologato che sia l'accordo, l'esecuzione potrà essere attivata sulla base di un titolo giudiziale.

Se invece fosse interesse delle parti, piuttosto che dare esecuzione coattiva all'accordo, quello di impugnare lo stesso, trattandosi di un atto di diritto privato, le censure nei suoi confronti si potranno attestare su ipotesi di nullità o di annullabilità proprio come se si trattasse di un contratto, quindi sulla base delle civilistiche regole di impugnativa, dinanzi al giudice di primo grado. La giurisprudenza, anche di recente, si è espressa, peraltro, a favore di questa soluzione pur in confronto di accordi conciliativi di controversie di lavoro, per i quali ha escluso, nelle relative fattispecie, l'impugnabilità *ex art. 2113 c.c.*, per dare accesso all'impugnativa secondo le regole ordinarie⁽³⁰⁾.

ABSTRACT

Il contributo contiene una riflessione sulla mediazione come fenomeno giuridico e sociale e sulla sua evoluzione, con particolare attenzione alla riforma processuale degli anni 2022-2023.

The article contains a reflection on mediation as a legal and social phenomenon and its evolution, with special attention to the procedural reform of the years 2022-2023.

³⁰ V. esemplificativamente, Trib. Roma, n. 4354/2019; Cass. civ., Sez. lav., 30 settembre 2020, n. 20913, nel punto 7.1. della motivazione.

CONCETTA MARINO

(Professoressa associata nell'Università di Catania)

**MEDIAZIONE OBBLIGATORIA *OPE LEGIS* E *OPE IUDICIS*
DOPO LA RIFORMA CARTABIA ***

Sommario: 1. La mediazione obbligatoria come condizione di procedibilità della domanda giudiziale 2. L'art. 5, comma 2 del d.lgs. 28/2010. Termini preclusivi per l'eccezione di improcedibilità 3. La mediazione demandata dal giudice *ex art. 5-quater*, d.lgs. n. 28/2010 4. Effetti della mediazione demandata

1. LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA COME CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE

Quando, in attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 e a séguito della necessità di recepire il contenuto della direttiva europea n. 52 CE del 21 maggio 2008, venne emanato il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, il nostro legislatore scelse per una serie rilevantissima di controversie civili il ricorso obbligatorio al procedimento di mediazione⁽¹⁾, facendo dell'esperienza della mediazione un requisito di procedibilità della domanda proposta davanti al giudice⁽²⁾.

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Si tratta di materie eterogenee caratterizzate da un rapporto prolungato tra le parti, che può dipendere dal legame familiare o dal rapporto scaturente dall'appartenenza allo stesso gruppo sociale, per le quali la risoluzione negoziale potrebbe rivelarsi la via preferibile (condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende), considerando anche l'elevata conflittualità che può essere gestita meglio in sede conciliativa (risarcimento derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità).

² In dottrina, sulla mediazione, senza pretesa di completezza, cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011; M. BOVE, (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2011; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bo-

Secondo la relazione illustrativa soltanto la previsione della mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale per una vasta serie di rapporti avrebbe potuto «*garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflativa e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie*». A questo modo di intendere la mediazione si è sempre contrapposta l'opinione di chi ritiene che imporre la mediazione per una così larga «platea tipologica di liti» sortisca l'effetto opposto di aggravare i costi e la durata dei processi⁽³⁾ e che per poter confidare nel successo della mediazione occorre che le parti la scelgano volontariamente, perché quando sedersi al tavolo delle trattative diviene un obbligo c'è il rischio che il tentativo di mediazione si trasformi in un mero adempimento formale che ritarda la definizione della controversia.

Note sono le perplessità espresse sin da subito sull'elenco delle materie assoggettate al tentativo obbligatorio di mediazione, considerato poco omogeneo e comunque comprensivo di materie che mal si adattano ad essere mediate. Così come ben noti sono stati i dubbi espressi sulla legittimità costituzionale della mediazione obbligatoria, sia sotto il profilo dell'osservanza dei criteri e principi enunciati dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), sia sotto il profilo del rispetto del canone fondamentale dell'accesso al giudice. In questa sede ci limiteremo a ricordare come l'obbligatorietà della mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda di tutela giurisdizionale, dichiarata incostituzionale per eccesso di delega dalla nota sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012, venne reintrodotta con il d.l. n. 69 del 2013, il c.d. decreto del fare⁽⁴⁾.

Contestualmente alla reintroduzione dell'obbligatorietà, fuorché per le controversie in materia di risarcimento danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti⁽⁵⁾, il legislatore concepì un modo per alleggerire, se così possiamo dire,

logna, 2011; G. P. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011.

³ Così C. CONSOLO, *La improcrastinabile riforma della Legge Pinto*, in *Corr. giur.*, 2010, 431.

⁴ Se è vero che la lettera dell'art. 60, legge n. 69/2009 non consentiva di individuare il carattere obbligatorio del tentativo conciliativo, dall'altra non era deducibile alcun principio di incompatibilità verso forme di mediazione imposte dall'ordinamento. Inoltre, la dir. CE n. 52/2008 prevede espressamente che il procedimento di mediazione possa essere attivato volontariamente dalle parti, senza con questo escludere che possa essere suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro.

⁵ Per le quali dal 2014 è prescritta la negoziazione assistita obbligatoria ex art. 3, comma 1, d.l. n. 132 del 2014.

l'obbligatorietà e lo fece grazie alla previsione del comma 2-*bis* dell'art. 5 che, con riferimento all'ipotesi di mancato accordo al primo incontro, rendeva comunque avverata la condizione⁽⁶⁾.

Nel comma 1-*bis* dello stesso articolo 5, unitamente all'elencazione delle materie per cui la mediazione era posta come condizione di procedibilità della domanda, era sancito anche un regime di temporaneità per le fattispecie di obbligatorietà del tentativo. Se ne prevedeva l'«efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore»⁽⁷⁾ ed un monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione “al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore” a cura del Ministero della giustizia. Com'è noto questi monitoraggi sono stati compiuti regolarmente e in base ai dati raccolti nell'ambito di progetti distrettuali, piuttosto confortanti, si è ritenuto utile ampliare il novero di materie in cui la mediazione è obbligatoria. Così per effetto del d.lgs. n. 149 del 2022⁽⁸⁾ il ricorso obbligatorio alla mediazione in via preventiva è stato esteso ai contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di *franchising*, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone, di subfornitura. La riforma prevede ancora nel nuovo art. 42 del d.lgs. 28/2010 che decorsi cinque anni dall'entrata in vigore del decreto attuativo il Ministero della giustizia, alla luce delle risultanze statistiche, verifichi l'opportunità della permanenza della procedura di mediazione come condizione di procedibilità nei casi previsti dall'art. 5, comma 1.

Contestualmente all'ampliamento delle materie per cui la mediazione è prescritta come condizione di procedibilità della domanda, nel 4° comma dello stesso art. 5 si continua a prevedere che «*Quando l'esperimento del procedimento di me-*

⁶ Di una *factio* di avveramento parla G. RAITI, *La media-conciliazione dopo il decreto «del fare»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 245 ss., *passim*, il quale pur ravvisando scarsa puntualità nell'espressione utilizzata dal legislatore ritiene che “l'accordo può ben dirsi «mancato» tanto se si sia tentata la mediazione, tanto se – a maggior ragione – non la si sia neppure avviata”.

⁷ La previsione è stata abrogata dall'art. 11-*ter* del d.l. n. 50/2017 determinando così la definitività della procedura di mediazione obbligatoria.

⁸ Attuativo della legge 26 novembre 2021, n. 206, con la quale il Governo era stato delegato ad adottare misure per l'efficienza del processo civile, nonché «per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata». Sulla delega v. M. LUPANO, *La riforma della mediazione*, in *Judicium*, 2022; D. RAVENNA, *Mediazione e negoziazione nella legge delega n. 206/2021. Gli strumenti complementari alla giurisdizione*, in *Immobili e proprietà*, 2022, 10, 549; A.M. TEDOLDI, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia*; M.A. ZUMPARO, *ADR e riforma del processo civile*, *ibidem*.

di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione», disposizione questa che impone qualche considerazione sulla possibilità di ritenere avverata la condizione quando anche soltanto una delle parti in conflitto si esprima negativamente “sulla possibilità di iniziare la mediazione” (lasciando emergere la radicale e definitiva indisponibilità a conciliare), con limitatissimo dispendio di tempo e di denaro⁽⁹⁾. A mente del nuovo comma 3 dell'art. 17 è previsto che: «Ciascuna parte, al momento della presentazione della domanda di mediazione o al momento dell'adesione, corrisponde all'organismo, oltre alle spese documentate, un importo a titolo di indennità comprendente le spese di avvio e le spese di mediazione per lo svolgimento del primo incontro. Quando la mediazione si conclude senza l'accordo al primo incontro, le parti non sono tenute a corrispondere importi ulteriori». Questa previsione esclude la gratuità del tentativo nel caso del mancato accordo al primo incontro, si intende così favorire una partecipazione più attiva delle parti, costrette a pagare sin da subito almeno questo primo incontro.

Sempre al fine di favorire la partecipazione delle parti al procedimento di mediazione e di renderle più consapevoli (e, si spera, più disponibili a proseguire nei successivi incontri), la legge di riforma del 2022 è intervenuta modificando l'art. 8 e prescrivendo al 6° comma che al primo incontro «il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione. Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse. Del primo incontro è redatto, a cura del mediatore, verbale sottoscritto da tutti i partecipanti». Ridefinite così le modalità di svolgimento del primo incontro⁽¹⁰⁾, a mio sommessimo modo di vedere, non è sciolto del tutto il nodo interpretativo sull'esatta attività da svolgere perché il tentativo possa dirsi «avverato». Rimane insomma da chiarire se ancora oggi il mancato raggiungimento dell'accordo, quale esito del «primo incontro» ai sensi dell'art.

⁹ Sui problemi generati dal modo di intendere il primo incontro in mediazione D. DALFINO, “Primo incontro”, comparizione personale delle parti, effettività della mediazione, in *Foro it.*, 2019, I, 3259 s.; G. RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2 bis, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 562 ss.

¹⁰ Sulla valorizzazione del primo incontro per favorire l'effettivo svolgimento del tentativo di mediazione, P. LUCARELLI, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in *Giustizia consensuale*, 2023, 337 ss.

5, comma 4, possa correlarsi alla ravvisata presa d'atto preliminare da parte del mediatore, che non potrà più limitarsi ad informare le parti della funzione e delle modalità di svolgimento della mediazione, della loro effettiva volontà di avviare il procedimento, di modo che, ipotizzata l'indisponibilità anche di una sola di esse, il tentativo di mediazione è destinato a naufragare immediatamente.

Per scongiurare la mancata partecipazione al primo incontro, che assume una particolare rilevanza nel procedimento di mediazione, il legislatore, unitamente alle spese di avvio e di mediazione per lo svolgimento del primo incontro, indica nel nuovo art. 12-*bis* le conseguenze processuali ed economiche per la parte che non partecipi alla mediazione senza giustificato motivo, né si faccia rappresentare⁽¹¹⁾. Pertanto, pur essendo indubbio che l'assenza della parte sia un inequivocabile indizio della sua volontà di non conciliare, oggi la sua assenza ingiustificata al primo incontro non sarà priva di conseguenze processuali ed economiche. Il giudice potrà desumere da tale condotta argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. (art. 12-*bis*, comma 1) e la parte, assente ingiustificata, sarà condannata al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma pari al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio (art. 12-*bis*, comma 2).

È evidente però che se anche una sola delle parti partecipasse al primo incontro esponendo le ragioni per non volere in alcun modo conciliare, pur prevedendo il nuovo 6° comma dell'art. 8 che il mediatore deve tentare la conciliazione, il procedimento si concluderà con un verbale attestante il mancato raggiungimento dell'accordo⁽¹²⁾. Insomma, ancora oggi non si può negare a chi non sia disposto

¹¹ Il 3° comma dell'art. 8 prevede che le parti partecipino personalmente alla procedura ma, sussistendo giustificati motivi, "possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia". Fermo restando che se una delle parti è una persona giuridica la partecipazione avverrà per il tramite di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari a conciliare. Sul punto è intervenuta Cass. civ., 27 marzo 2019 n. 8473, per affermare come all'incontro davanti al mediatore non sia necessaria la partecipazione personale della parte, potendo la stessa farsi rappresentare eventualmente anche dal proprio avvocato purché fornito di apposita procura. Si legge nella sentenza che a tal fine la parte dovrà conferire tale potere al difensore «mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto». La sentenza è consultabile su *Foro it.*, 2019, I, 3250 con nota di D. DALFINO, «Primo incontro», cit.; su *Giur. it.*, 2019, 2128, con nota di F.P. LUISO, *Mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*.

¹² Viene così avallata l'interpretazione dei giudici del Trib. di Busto Arsizio che già anteriormente alla riforma, il 10 febbraio 2021, affermavano che «la mancata partecipazione personale delle parti senza

ragionevolmente ad alcuna delle concessioni che la conciliazione naturalmente comporta, ovvero rivendichi l'esercizio, quanto più immediato possibile, dell'azione di tutela giurisdizionale pubblica, di partecipare al primo incontro dichiarandosi contrario alla mediazione. E lo stesso esito il primo incontro avrà se la parte "convenuta" scegliesse deliberatamente di non partecipare al primo incontro, pur consapevole delle sanzioni che l'attendono.

Per favorire la partecipazione personale delle parti e un reale confronto sul conflitto sono ormai possibili forme di compresenza virtuale, realizzabili mediante videoconferenza, secondo quanto previsto dal nuovo art. 8-*bis*, entrato in vigore già lo scorso 28 febbraio, che consente lo svolgimento della mediazione con modalità "da remoto"⁽¹³⁾.

A conclusione di queste considerazioni riterrei che il tentativo deve ritenersi compiuto qualora anche una sola delle parti dichiari espressamente di non voler conciliare e ne espliciti le ragioni, ferma restando la possibilità per la parte che non possa partecipare personalmente al primo incontro di farsi rappresentare anche dal proprio avvocato, purché fornito di apposita procura, perché diversamente subirà la sanzione *ex art. 12-bis*. Nell'ipotesi in cui il procedimento regolarmente avviato si sia concluso con un mancato accordo, ovviamente non resterà che la via giudiziale⁽¹⁴⁾.

2. L'ART. 5, COMMA 2 DEL D.LGS. 28/2010. TERMINI PRECLUSIVI PER L'ECCEZIONE DI IMPROCEDIBILITÀ

giustificato motivo agli incontri di mediazione, come pure il rifiuto di dare seguito al procedimento di mediazione dopo il primo incontro informativo, se non supportato da un giustificato motivo, possono costituire, per la parte attrice, causa di improcedibilità della domanda».

¹³ Critica su questa modalità di svolgimento del procedimento di mediazione C. GAMBA, *La mediazione nel progetto di riforma della commissione Luiso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 949, per la quale «lo strumento telematico e l'opzione a distanza compromettono, almeno in parte, il piano comunicativo, eliminando l'immediatezza dell'incontro e la presenza di un contatto diretto dei soggetti coinvolti nella procedura».

¹⁴ Qualora il procedimento di mediazione regolarmente avviato non si sia ancora concluso, se entrambe le parti sono d'accordo nel continuare la via della mediazione, nel nuovo art. 6 è prescritto che il termine di tre mesi per la durata del procedimento, che inizia a decorrere dalla data di deposito della domanda di mediazione o dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della stessa, potrà essere prorogato di ulteriori tre mesi con accordo scritto delle parti.

Qualora il tentativo di mediazione non sia stato esperito affatto, l'improcedibilità dovrà essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Eccepita o rilevata nei termini la mancata conciliazione il giudice deve provvedere a fissare una udienza successiva, nel rispetto del termine di durata massima della mediazione (3 mesi). Non è più prevista la contestuale assegnazione del termine di 15 giorni per attivare il procedimento¹⁵. Qualche considerazione sul riferimento generico alla prima udienza si rende oggi necessaria a fronte delle novità che hanno interessato la fase introduttiva del rito ordinario di cognizione. Com'è noto il nuovo l'art. 171-*bis* c.p.c. prescrive che il giudice istruttore compia in via preliminare (entro 15 gg dal termine di costituzione in giudizio del convenuto) tutte le verifiche di regolarità del contraddittorio e di regolare instaurazione del processo, verifiche che fino alla riforma del 2022 venivano compiute in seno alla prima udienza disciplinata dall'art. 183 c.p.c. e non prima del suo svolgimento. Mi chiedo cosa accada oggi se all'esito di queste verifiche preliminari il giudice ravvisi che la mediazione, seppur obbligatoria, non sia stata esperita. È vero che a mente del nuovo n. 3-*bis* dell'art. 163, comma 3 c.p.c. nei casi in cui la domanda è sottoposta a condizione di procedibilità l'attore dovrà indicare nell'atto di citazione di aver assolto agli oneri previsti per il suo superamento, ma ciò non esclude che sia il giudice, diversamente dall'attore, a ritenere che la materia del contendere rientri tra quelle in cui il tentativo di mediazione è prescritto come obbligatorio. Al ricorrere di una simile evenienza il giudice dovrà rilevarlo in sede di "verifiche preliminari" e, sebbene in base a quanto prescritto nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 171-*bis* c.p.c. ciò dovrebbe servire affinché la questione venga trattata dalle parti nelle memorie integrative, riterrei che con il decreto da rendere in esito a tali verifiche il giudice debba fissare la nuova udienza di comparizione delle parti, rispetto alla quale si computeranno a ritroso i termini prescritti dall'art. 171-*ter* per il deposito delle memorie integrative, tenendo conto del tempo necessario per l'esperimento del tentativo di conciliazione. Si eviterà in tal modo di giungere alla prima udienza e

¹⁵ Ricordiamo che l'art. 5 prescriveva il termine di 15 giorni per avviare la mediazione, generando il dubbio circa la perentorietà di questo termine e le conseguenze della sua eventuale violazione. Sul punto era intervenuta la Corte di cassazione (sent. 14 dicembre 2021 n. 40035) escludendo la perentorietà del termine, a condizione che entro la data fissata dal giudice per l'udienza successiva, il tentativo fosse stato espletato. Oggi la questione deve ritenersi definitivamente superata grazie all'intervento del d.lgs. n. 149/2022 che ha soppresso il riferimento al termine di 15 gg. per la proposizione dell'istanza di mediazione.

doverla rinviare, di almeno tre mesi, per consentire alla parte istante di sanare il vizio di improcedibilità della domanda.

3. LA MEDIAZIONE DEMANDATA DAL GIUDICE EX ART. 5-QUATER D.LGS. N. 28/2010

Altra ipotesi in cui la mediazione si pone quale ulteriore, ancorché eventuale, condizione sopravvenuta di procedibilità dell'azione è quando sia il giudice a disporre in qualunque momento, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ed anche in sede di giudizio di appello – valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti – l'esperimento del procedimento di mediazione. Si parla in questo caso di mediazione demandata dal giudice (nota anche come mediazione sollecitata o delegata). A questo tipo di mediazione la riforma Cartabia dedica particolare attenzione nella prospettiva di diffondere la cultura della mediazione.

Nella versione originaria del d.lgs. n. 28/2010 la relativa disciplina era contemplata nell'art. 5, comma 2, che però non prevedeva alcuna conseguenza laddove le parti non avessero accolto l'invito rivolto dal giudice a procedere alla mediazione⁽¹⁶⁾. Lo scarso successo dell'istituto condusse ad una modifica dell'art. 5, comma 2 intervenuta con il d.l. n. 69/2013 e alla riformulazione dell'istituto in termini di “condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede d'appello”. Una conseguenza questa analoga a quella prescritta per i casi di mediazione obbligatoria⁽¹⁷⁾. Sempre con intento promozionale è intervenuta la riforma del 2022, che sceglie anzitutto di collocare in una specifica disposizione, l'art. 5-*quater*, la relativa disciplina, confermando che il giudice potrà ordinare alle parti di esperire il procedimento di mediazione, anche in grado d'appello, “fino al momento della precisazione delle conclusioni”.

L'interesse che la recente riforma mostra verso la mediazione civile e commerciale, ed in particolare per la mediazione demandata, risulta evidente anche dall'at-

¹⁶ L'istituto emergeva già dalla Direttiva n. 52/2008, il cui articolo 3, par. 1, lett. a) fornisce una nozione di mediazione includente quella condotta da un giudice, prevedendo che la mediazione possa essere suggerita o ordinata da un organo giurisdizionale.

¹⁷ Per un'illustrazione della funzione della mediazione disposta dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 2 del d.lgs. 28/2010, P. LUCARELLI, *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, in *Judicium*, 5 maggio 2014 e D. DALFINO, *La mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 293 ss.

tenzione riposta alla formazione dei magistrati cui è dedicato l'art. 5-*quinquies*, rubricato «*Formazione del magistrato, valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione*», che impone al magistrato di curare la formazione e l'aggiornamento in materia di mediazione frequentando seminari e corsi organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, nonché prevedendo che tale frequenza, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza con cui il giudice demanda le parti in mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscano indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato.

Spostata la mediazione demandata nell'art. 5-*quater*, scompare la previsione che era contemplata nell'art. 5, comma 2, del termine di 15 gg entro cui le parti avrebbero dovuto avviare il tentativo di mediazione che, così come era accaduto per la mediazione obbligatoria *ope legis*, era stata oggetto di dubbi interpretativi⁽¹⁸⁾. Oggi, soppresso questo termine, è prescritto che il giudice, nell'ordinare alle parti il tentativo di mediazione, fissi l'udienza nel rispetto del termine di tre mesi per lo svolgimento del procedimento secondo il disposto dell'art. 6. Se entro questo termine la mediazione non dovesse essere tentata, il giudice dichiarerà l'improcedibilità della domanda giudiziale, sia che la mediazione sia stata demandata in primo grado o in grado d'appello *ex art. 5-quater*, comma 3.

Prima di esaminare le conseguenze di tale previsione, va detto che l'istituto è apprezzabile in linea di principio perché consente di superare le criticità connesse alla conciliazione tentata dallo stesso organo decidente, che è tornata obbligatoria per effetto del d.lgs. 149/2022 che al 3° comma dell'art. 183 c.p.c. ha reintrodotto l'onere per le parti di comparire personalmente alla prima udienza per sottoporsi all'interrogatorio libero e al tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 185 c.p.c.⁽¹⁹⁾. Inoltre, a mente dell'art. 185-*bis* c.p.c. il giudice può sottoporre alle parti una vera e propria proposta transattiva e conciliativa «*avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e*

¹⁸ Invero già risolti in via interpretativa da Cass. civ., 14 dicembre 2021 n. 40035, cit. *supra* nota 15.

¹⁹ Di un nuovo “paradigma di giudice” che si muove tra decisione e conciliazione parla S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 24 ss., la quale osserva che la riforma riconsegna al giudice, potenziandoli, i suoi strumenti *lato sensu* conciliativi. Il giudice alla prima udienza tenterà la conciliazione giudiziale della controversia pendente; potrà avanzare alle parti in causa proposte transattive e/o conciliative sino alla precisazione delle conclusioni della causa; potrà, in sede di verifiche preliminari *ex art. 171-bis* c.p.c., rilevare la mancata integrazione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale per mancato esperimento del previo obbligatorio tentativo di mediazione; inviare le parti in mediazione.

pronta soluzione di diritto». Dalla lettura di queste norme è chiaro l'intento del legislatore della recente riforma di potenziare la conciliazione giudiziale, che però lascia fermo il sospetto che la proposta conciliativa si ponga come una sorta di "anticipazione" del giudizio e di correlato attentato all'imparzialità del giudice, sebbene nell'ultimo periodo dell'art. 185 c.p.c. si puntualizzi che «*la proposta di conciliazione non può costituire motivo di riconsiliazione o astensione del giudice*»⁽²⁰⁾. A questo punto risulta utile chiedersi quando sia preferibile demandare ad un soggetto terzo il tentativo di composizione negoziale della lite, considerata anche la capacità del mediatore di favorire la rimodulazione della controversia in termini cooperativi, allo scopo di indurre le parti a ragionare sugli interessi e sulle esigenze da soddisfare per risolvere il conflitto⁽²¹⁾. In ogni caso, sia che la proposta conciliativa provenga dallo stesso giudice, sia che il giudice mandi le parti in mediazione, è necessaria un'indagine accurata per comprendere e far comprendere alle parti la maggiore utilità di un accordo negoziale.

A tal fine un significativo aiuto potrà essere offerto dall'Ufficio per il processo, che la recente legge di riforma ha potenziato, attribuendogli anche il compito di cogliere eventuali indici di mediabilità della lite⁽²²⁾. Gli addetti all'UPP sono dunque chiamati ad affiancare il giudice anche in vista di una gestione differenziata del contenzioso, mediante il ricorso alla mediazione demandata, nonché ad altre forme di risoluzione consensuale della controversia.

Se consideriamo che oggi sia la proposta conciliativa, eventualmente formulata dal giudice, che la possibilità di ordinare la mediazione demandata vanno compiuti-

²⁰ Per M.A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, 127, la previsione dell'ultimo comma dell'art. 185-bis c.p.c. aggrava le preoccupazioni sulle possibili ricadute che la formulazione della proposta conciliativa da parte del giudice possono avere sulla sua imparzialità e terzietà, per ciò che riguarda la percezione delle parti. Analoghe preoccupazioni nutre A.M. TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c., precognizione e riconsiliazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 983 ss.

²¹ Sul punto v. le considerazioni di S. CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996, 52 e 60.

²² V. art. 5, comma 1 lett. a) del d.lgs. 151/2022. Al riguardo sembra utile ricordare come le risorse messe a disposizione dal Pnrr finanziato dal *NextGenerationEU Plan* hanno contribuito a rendere effettivamente operativo l'ufficio per il processo in tutti gli uffici giudiziari, con l'intento di abbattere l'arretrato e ridurre i tempi del processo. Favorevole a questo potenziamento dell'UPP, M.G. CIVININI, *Il «nuovo ufficio per il processo» tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in *Questione giustizia*, 2021, 173 ss.; R. CAPONI, *Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo*, *ibidem*, 171 ss.; S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2021, 261 ss.

te non prima della prima udienza⁽²³⁾, quando dunque, laddove il rito adottato sia quello ordinario di cognizione, il perimetro assertivo e probatorio della causa sia già ben definito, la scelta del giudice di suggerire alle parti di rivolgersi ad un mediatore piuttosto che formulare egli stesso una proposta transattiva, valorizzando quanto disposto nel 1° comma dell'art. 185-*bis* c.p.c., dipenderà, a mio sommesso modo di vedere, dalla definizione più prettamente giuridica, se così possiamo dire, delle questioni sottoposte al vaglio del giudice⁽²⁴⁾ ovvero dalla preferenza per una soluzione concordata tra le parti, che con l'aiuto di un mediatore potranno dare il giusto rilievo ai propri bisogni e interessi⁽²⁵⁾. Si pensi all'ipotesi in cui dai fatti di causa emerga l'interesse delle parti a poter salvaguardare la relazione umana e/o commerciale nonostante il conflitto. In tal caso il giudice investito della causa, dopo aver valutato le circostanze del caso concreto, qualora ritenesse che vi siano buone possibilità che le parti trovino una soluzione concordata della lite in via stragiudiziale, le invita a rivolgersi ad un mediatore che possa aiutarle a trovare un accordo, guidandole verso eventuali soluzioni creative cui può giungersi soltanto in questa sede.

La mediazione delegata resta uno strumento che il giudice ha a disposizione per una migliore amministrazione della giustizia e rientra nel suo potere di direzione del processo. A quest'ultimo riguardo potremmo interrogarci sulla possibilità di un'anticipazione della mediazione demandata rispetto alla prima udienza di trattazione *ex art.* 183 c.p.c., momento a partire dal quale, come abbiamo già detto, il giudice potrà egli stesso formulare una proposta conciliativa o "imporre" la

²³ Invero il primo comma dell'art. 5-*quater*, d.lgs. 28/2010, individua il termine oltre il quale il giudice non potrà più ordinare la mediazione demandata, che è quello della precisazione delle condizioni, ma non anche il termine a partire dal quale la mediazione può essere demandata. L'elencazione però delle condizioni che consentono al giudice di compiere tale scelta ci inducono ad individuare il *dies a quo* nella prima udienza.

²⁴ Per A.R. BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. civ.*, III, Torino, 1988, 203 ss., la scelta del legislatore di affidare al giudice ordinario la conciliazione risponde all'esigenza di favorire non qualsiasi composizione della lite, bensì per ottenere una composizione di un certo tipo. Per V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 410 ss. il giudice, che è più abituato a decidere, non è il più idoneo a conciliare.

²⁵ Al riguardo è prezioso il ruolo dell'avvocato, cui è rimessa la cura degli interessi del proprio assistito, il quale si trova nella migliore posizione per individuare quegli interessi o aiutare il proprio assistito a farlo, per trovare il modo più appropriato, efficace e rapido per sodisfarli. Di un'opportuna distinzione tra tutela degli interessi e tutela dei diritti parla F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2021, 15 ss.

mediazione. È vero che per effetto della modifica apportata alla fase introduttiva del rito ordinario di cognizione, che ha determinato una valorizzazione della prima udienza alla quale il giudice arriverà conoscendo la materia del contendere, proprio questa udienza è ritenuta quella più adatta per compiere tale scelta. Nell'ipotesi in cui però già dallo scambio degli scritti introduttivi, che il giudice è chiamato a valutare per le verifiche preliminari di cui all'art. 171-*bis* c.p.c., dovesse scorgersi qualche ragione per ritenere preferibile che le parti si rivolgano ad un mediatore, riterrei che potrebbe essere utile, anziché procedere allo scambio delle memorie integrative, provare sin da subito la via conciliativa stragiudiziale. In tal caso si potrebbe ricorrere a quanto disposto dall'art. 175 c.p.c. al fine di consentire al giudice, ove ravvisasse la sussistenza dei presupposti per mandare le parti in mediazione, di fissare, a monte del decreto *ex art. 171-bis*, un'apposita udienza per consentire loro di interloquire sulla questione, invitandole, laddove le sue impressioni venissero confermate dal confronto tra le parti, ad intraprendere la via conciliativa, esplicitando le ragioni che renderebbero preferibile tale alternativa⁽²⁶⁾. Sarebbe questo un modo per evitare, lo ribadisco, lo scambio delle memorie integrative che, è prevedibile, finiranno per "complicare" la causa esacerbando gli animi dei contendenti.

A differenza della mediazione obbligatoria *ope legis*, da esperire ancor prima di dare avvio al processo con evidente intento deflattivo, in quella *ope iudicis* l'obiettivo della migliore giustizia nel caso singolo resta al centro dell'attenzione del giudice. La diversità di funzioni rende possibile la convivenza delle due mediazioni, ben potendo il giudice della causa pendente rinviare in mediazione le parti che avevano già inutilmente tentato in precedenza la mediazione imposta dalla legge⁽²⁷⁾.

²⁶ La valorizzazione di soluzioni interpretative che consentano al giudice, all'esito delle verifiche preliminari, di stimolare il contraddittorio delle parti su questioni, emerse dalla lettura degli atti introduttivi, che si presentino idonee a definire il giudizio portando ad una decisione immediata dello stesso o alla sua definizione consensuale, è stata suggerita nelle proposte formulate dagli Osservatori sulla Giustizia civile, riuniti a Catania nell'Assemblea nazionale del 16-18 giugno 2023. Il documento è stato pubblicato a cura di L. BREGGIA, *Una proposta degli Osservatori sulla giustizia civile in merito alla riforma del processo civile. Tra buone prassi e auspici correttivi al d.lgs. n. 149 del 2022*, in *Giustizia consensuale*, 2023, 382 ss.

²⁷ Che è quanto potrà accadere, ad esempio, in una causa risarcitoria per responsabilità medica, in riferimento alla quale l'art. 8 della l. n. 24/2017, impone, quale condizione di procedibilità, la necessità di percorrere la strada della mediazione ovvero quella tracciata dall'art. 696-*bis* c.p.c. Ebbene, se uno di questi percorsi è stato intrapreso, ma senza successo, e laddove si sia preferita la consulenza tecnica

Il nuovo art. 5-*quater* prevede che il giudice possa disporre l'esperimento del tentativo di mediazione fino al momento della p.c. Questa previsione va coordinata con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 149/2022 che, al fine di eliminare il c.d. "collo di bottiglia" che caratterizza la fase conclusiva del processo, ha soppresso l'udienza di p.c. sostituita dallo scambio di note scritte prima dell'udienza di remissione della causa in decisione. Pertanto, è da ritenere che la mediazione delegata possa essere disposta fino al momento della remissione della causa al collegio per la decisione (art. 189 c.p.c.), che è anche il termine prescritto dall'art. 185-*bis* c.p.c. entro il quale il giudice potrà egli stesso formulare una proposta transattiva. Quanto alla valutazione rimessa al giudice che disponga la mediazione, essa verte sulla natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza utile. Con il d.lgs. n. 149/2022 è stato esplicitato che l'ordinanza con cui il giudice rinvia in mediazione le parti debba essere motivata, niente è disposto invece sulla sua eventuale impugnabilità. Si tratta di un silenzio poco comprensibile sol se si pensi che il giudice potrebbe disporre la mediazione con un'ordinanza con la quale si limiti ad imporre l'ordine, senza motivarlo, oppure fondi l'ordine solo su una motivazione apparente. Qualora si ravvisasse una qualche leggerezza nella scelta del giudice di mandare le parti in mediazione, che dovrebbe essere disposta unicamente quando si ravvisi in essa il percorso per trovare la miglior soluzione possibile per i litiganti, date le concrete circostanze del caso singolo, si dovrebbe ritenere possibile un controllo del modo in cui sia stato esercitato il potere giurisdizionale.

4. EFFETTI DELLA MEDIAZIONE DEMANDATA

Occorre interrogarsi adesso sulle conseguenze del mancato esperimento della mediazione delegata. Il modello di mediazione delegata impone degli obblighi alle parti che rivelano evidenti analogie con la mediazione obbligatoria per legge, almeno dal punto di vista dei contenuti di tali obblighi ed in parte anche dal punto di vista delle sanzioni che derivano dalla loro inosservanza. È vero che essendo la conseguenza della mancata mediazione l'improcedibilità della domanda, se la mediazione non è stata esperita affatto la conseguenza non può che essere quella

preventiva non si sia lasciata la perizia a disposizione del giudice, questi, dopo aver disposto una C.T.U., qualora ravvisasse una possibilità di accordo tra le parti le inviterà a rivolgersi ad un organismo di mediazione

prescritta dalla legge.

L'assimilazione tra mediazione *ope legis* e *ope iudicis* quale condizione di procedibilità della domanda impone qualche distinzione. Se la mediazione *ope legis* non è assoluta, non sussistendo un presupposto processuale attinente all'oggetto del processo, è prevedibile una chiusura del processo con una sentenza di rigetto in rito della domanda, che verrà dichiarata improcedibile. Se non è assoluta la condizione *ope iudicis*, analogo esito dovrebbe avere il giudizio di primo grado, ma non anche quello d'appello. In tal caso, infatti, l'improcedibilità della domanda originariamente proposta in primo grado determinerebbe il superamento della sentenza di primo grado ritualmente pronunciata. Forse potrebbe ipotizzarsi in tal caso l'applicazione dell'art. 338 c.p.c., ritenendo possibile l'estinzione del giudizio d'appello con il conseguente passaggio in giudicato della sentenza di primo grado impugnata, considerando che è opinione del giudice d'appello aver ritenuto che la migliore definizione della lite possa essere trovata in sede conciliativa.

Quando la mediazione è stata avviata, l'art. 5-*quater* al terzo comma rinvia a quanto disposto dall'art. 5, comma 4 a mente del quale: «*la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione*». Pertanto, se la mediazione fosse stata esperita, ma il mancato accordo dovesse dipendere dalla condotta del resistente, la condizione si ha per avverata. Perché diversamente si finirebbe per penalizzare il titolare del diritto d'azione. Ferme restando le novità introdotte dal d.lgs. n. 149/2022 per favorire la partecipazione personale delle parti al primo incontro, non possiamo infatti ritenere che la mancata partecipazione al primo incontro di mediazione da parte del resistente determini il mancato avverarsi della condizione, sarebbe altrimenti troppo facile per la parte che intenda sottrarsi al processo tenere tale condotta che ne determinerà il travolgimento. È preferibile dunque ritenere che il mancato raggiungimento dell'accordo possa dipendere anche dall'assenza della parte cui si stata regolarmente comunicata la domanda di mediazione con tutte le indicazioni utili per partecipare al primo incontro. Anche la previsione di sanzioni pecuniarie e processuali per la parte che sceglie di non partecipare al tavolo della mediazione senza giustificato motivo è una chiara dimostrazione di come tale condotta sia consentita e non impedisca lo svolgimento del processo, pur trattandosi di una condotta sanzionata dalla legge. Insomma, non si può escludere che una parte scelga di rimanere assente, accettando di subire le conseguenze sanzionatorie poste dall'art. 12-*bis*, senza che tale condotta incida sulla procedibilità della doman-

da, a meno che non si tratti della parte che quella domanda abbia proposto. Se la mediazione venisse demandata in grado d'appello e, tentata la mediazione, l'accordo dovesse mancare, occorrerà distinguere l'evenienza in cui questo esito dipenda dalla mancata partecipazione al primo incontro davanti al mediatore della parte appellata o dell'appellante. Nel primo caso la condizione di procedibilità dovrebbe ritenersi avverata. Se non fosse così sarebbe troppo facile per l'appellato non partecipare alla procedura di mediazione per far chiudere il giudizio d'appello con la dichiarazione di improcedibilità, sì da vedere passare in giudicato la sentenza impugnata. Pertanto, esperita la mediazione a cura dell'appellante, se la parte appellata scegliesse di non partecipare, tale sua condotta non impedirà l'avveramento della condizione e si applicheranno le sanzioni prescritte dall'art. 12-bis. Nel secondo caso, pur trattandosi di un'evenienza piuttosto improbabile, qualora a non partecipare senza giustificato motivo fosse l'appellante, da questa sua condotta potrebbe ravvisarsi una sopravvenuta carenza di interesse ad impugnare che renderebbe possibile la pronuncia di improcedibilità del giudizio d'appello. Qualora la mediazione regolarmente esperita andasse a buon fine, occorre stabilire in che modo nel processo pendente si possa o si debba prendere atto dell'inutilità della sua continuazione⁽²⁸⁾. Qui tutto dipende dalla scelta delle parti, che possono comunicare al giudice l'esito positivo della trattativa e magari fare una comune richiesta per una pronuncia di cessazione della materia del contendere. Ma potrà anche accadere che le parti si disinteressino del processo pendente, che si concluderà con una estinzione per inattività secondo il percorso tracciato dagli artt. 181 e 309 c.p.c. Considerata però la novità introdotta dalla riforma del 2022, circa l'incidenza della composizione stragiudiziale della lite a seguito della mediazione delegata sulla valutazione professionale del giudice, probabilmente sarà lo stesso giudice a trovare il modo per ricevere la notizia del buon esito della mediazione. A tal fine sarebbe stato ragionevole prevedere che il giudice, che abbia disposto la mediazione poi condotta con successo, mantenesse il potere di omologare l'accordo raggiunto. Ma com'è noto, nel nostro sistema, quanto all'attribuzione dell'efficacia di titolo esecutivo al verbale di conciliazione, nessuna differenza è prevista tra mediazione condotta anteriormente all'instaurazione del processo e mediazione condotta in pendenza del processo per ordine del giudice. In entrambi i casi l'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010 continua a prevedere che sia l'attesta-

²⁸ Il giudice, infatti, pur imponendo la mediazione, non manterrà alcun controllo sulla procedura, di cui potrebbe anche ignorare l'esito, non essendo le parti tenute ad informarlo.

zione della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico da parte degli avvocati ad attribuire efficacia esecutiva all'accordo regolarmente sottoscritto da loro stessi e dalle parti, costituendo il decreto di omologa rimesso al presidente del tribunale una evenienza meramente residuale⁽²⁹⁾.

Qualora la mediazione, pur esperita, si concludesse con il mancato accordo, la condizione di procedibilità si è avverata e il processo proseguirà con l'udienza già fissata dal giudice nell'ordinanza con la quale aveva imposto il tentativo. In tal caso però il giudice che l'ha ordinata non può imporre alle parti di presentargli la proposta formulata dal mediatore, il quale è libero di formulare la proposta a fronte del mancato accordo tra le parti. Tale indicazione non terrebbe conto di quanto previsto dall'art. 11 del d.lgs. n. 28/2010, in base al quale il dovere del mediatore di formulare una proposta dipende dalla concorde richiesta delle parti. Inoltre, la gestione della proposta dipende essenzialmente dai regolamenti dei diversi organismi, che possono prevedere espressamente che il mediatore formuli la proposta unicamente quando le parti gliene facciano concorde richiesta⁽³⁰⁾.

Per concludere ricordiamo come l'art. 1, comma 4, lett. b) della legge delega n. 206 del 2021, a riprova della fiducia riposta nella soluzione stragiudiziale dei conflitti, ha previsto la redazione di un testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione (TUSC) per coordinare tutte le numerose leggi speciali sulle varie forme di ADR. Si intende così valorizzare la mediazione quale forma di

²⁹ Con la riforma Cartabia viene introdotto il patrocinio a spese dello Stato per l'assistenza legale della parte non abbiente quando la mediazione è obbligatoria *ex lege* o demandata, se è raggiunto l'accordo di conciliazione. Viene così superata la querelle giurisprudenziale che era culminata nella declaratoria di incostituzionalità della disciplina della mediazione laddove non prevedeva l'accesso al gratuito patrocinio nei casi in cui la mediazione è obbligatoria. Così Corte cost, n. 10/2022.

³⁰ Diversamente hanno ritenuto i Tribunali di Vasto (ord. 15 giugno 2016) e di Busto Arsizio (ord. 10 febbraio 2021), che hanno "imposto" al mediatore di formulare la proposta laddove le parti non riescano a raggiungere l'accordo o, ancor peggio, qualora la parte convocata non sia comparsa. Particolarmente critico su questa imposizione del giudice F.P. LUISO, *La «proposta» del mediatore*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 34 s., il quale ritiene che essa violi la legge, che non consente al giudice, in ordine allo svolgimento del procedimento di mediazione, di imporre alcunché né alle parti né al mediatore. Sappiamo bene che qualora la proposta venisse formulata e non venisse accolta dalle parti si applicheranno le sanzioni di cui all'art. 13 d.lgs. 28/2010, concepite al fine di ammonire le parti a tenere nella debita considerazione la proposta. Il timore di queste sanzioni potrebbe condizionare la scelta delle parti, laddove la decisione del giudice dovesse coincidere con il contenuto della proposta. Ma, come bene evidenzia Luiso, tale evenienza è improbabile considerando la diversità strutturale e ontologica fra i due atti. È vero però che prevedere già nel momento in cui si ordina la mediazione l'obbligo per il mediatore di formulare la proposta, potrebbe influire negativamente sul comportamento delle parti in mediazione.

giustizia diversa, ma di dignità pari a quella amministrata dal giudice nel processo, quale rimedio complementare e non alternativo al processo. Ma perché questa complementarità possa realizzarsi è necessaria una giustizia statale efficiente che garantisca tutela giurisdizionale effettiva in tempi rapidi, perché solo quando la parte potrà confidare in un processo dalla durata ragionevole, potrà scegliere consapevolmente la soluzione negoziale del conflitto, preferendola al processo.

ABSTRACT

Nell'ambito della recente riforma della giustizia civile particolare attenzione è stata riservata agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. Il contributo ricostruisce gli aspetti principali dell'intervento normativo in questa materia, con specifico riferimento alla mediazione obbligatoria *ope legis* e *ope iudicis*.

Within the recent civil justice reform, a dedicated attention has been given to alternative means of dispute resolution. The paper reconstructs the main lines of regulatory intervention in this area, especially, about mandatory mediation ope legis and ope iudicis.

DAMIANO MICALI

(Ricercatore di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Messina)

LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA NELLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE*

Sommario: 1. Premessa 2. Inquadramento delle “ADR” 3. Ancora sulle intenzioni dell’ultima riforma del processo civile 4. Le novità generali in tema di negoziazione assistita 5. La negoziazione telematica 6. L’istruzione stragiudiziale 7. L’assunzione dei cd. «informatore» 8. La confessione in sede negoziale 9. Il riconoscimento del patrocinio a spese dello Stato per la procedura negoziale

1. PREMESSA

Il movimento normativo di “incoraggiamento” all’uso delle ADR⁽¹⁾, inaugurato ormai più di dieci anni fa⁽²⁾, riceve un riconoscimento formale con l’ultima riforma del processo civile, dato che la «revisione della disciplina degli strumenti

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ L’evoluzione legislativa e politica degli ultimi anni si è svolta, infatti, nel senso del potenziamento del ricorso a tali mezzi, che costituiscono uno degli obiettivi dell’Unione Europea (cfr. art. 81, § 2, lett. g, TFUE). Il rapporto tra ADR e giurisdizione è sempre stato in evoluzione: dapprima, in ottica liberista, ha vissuto l’esaltazione degli strumenti alternativi della conciliazione e dell’arbitrato, testimoniati dal c.p.c. 1865, che li disciplinava in apertura; in seguito, nel rigore della visione pubblicistica e autoritaria sviluppatasi sotto il regime fascista, ha assistito alla riduzione e marginalizzazione nel c.p.c. del 1940, retto dal principio di statualità del processo, che metteva al centro il potere giurisdizionale dei giudici dello stato; infine, si è spinto verso un’esaltazione progressiva del fenomeno degli strumenti alternativi alla giurisdizione, già sensibile a partire dagli anni ’80 (con il potenziamento dell’arbitrato), e poi evidente dagli anni 2000 (con l’istituzione della mediazione civile e della negoziazione assistita, il fiorire delle più svariate forme di conciliazione stragiudiziale, le piattaforme di ODR, etc.).

² Come sopra accennato, il tema delle ADR non è, in verità, una novità moderna, essendo stati sempre connotati al sistema di giustizia civile gli strumenti “consensuali” di risoluzione della lite, su tutti transazione e arbitrato. L’attenzione moderna deriva, invece, dall’uso sempre più massivo di tali strumenti come «filtri all’azione» e, dunque, strumenti di deflazione del contenzioso, attraverso l’imposizione delle cd. condizioni di procedibilità. Sul tema, per l’essenzialità delle citazioni, rinvio a S. LA CHINA, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 794 ss.

di risoluzione alternativa delle controversie»³) è uno dei tre obiettivi che danno il titolo alla legge delega, finalizzata (la revisione) a garantire la «semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile», come rammenta la relazione di accompagnamento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

Ciò dovrebbe potersi perseguire rafforzando «il settore della giustizia alternativa o complementare», la disciplina dei cui mezzi dovrà infine essere raccolta in un Testo Unico degli Strumenti Complementari alla giurisdizione (TUSC). Nella relazione di accompagnamento si pone molta enfasi sulla «giustizia complementare», espressione, se non nuova, comunque di recente emersione⁴, che segnala una volontà (non sempre funzionalmente apprezzabile nel senso voluto dal legislatore, per i motivi che dirò) di non operare in maniera «alternativa», e perciò autonoma e non interferente rispetto al processo, bensì come un complemento di questo, nel duplice possibile senso di passaggio necessario per l'accesso al processo (è questo il fenomeno della cd. giurisdizione condizionata) e di fonte di conseguenze negative per la parte non collaborativa (siamo qui nel campo delle sanzioni processuali *lato sensu*).

Un tale atteggiamento traspariva già – al di là degli ormai noti casi, riconducibili al primo significato, in cui gli strumenti alternativi sono imposti come condizioni di procedibilità del processo civile – in alcune norme esistenti che instaurano una relazione “conseguenziale” tra fase alternativa e processo. Basti rammentare il riferimento agli artt. 96 e 642 c.p.c. nel caso di mancata adesione all'invito a negoziare (art. 4, comma 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132), le conseguenze sulle spese in caso di rifiuto della proposta del mediatore (art. 13 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) ovvero ancora i riflessi “probatori” della mancata partecipazione «senza giustificato motivo» alla mediazione (ora, art. 12-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 28/2010). Tale dinamica risulta vieppiù evidente per alcune previsioni della riforma, con particolare riferimento alla famigerata «istruzione stragiudiziale», già annunciata dalla legge delega e con orgoglio rivendicata dalla relazione, che però rischia di rivelarsi un *flatus vocis*, come dirò più avanti.

Emerge, in controtuce, un aspetto importante, su cui sono sempre stato diffidente,

³ Oggetto dell'art. 1, comma 4 (mediazione e negoziazione) e comma 15 (arbitrato) della legge 26 novembre 2021, n. 206.

⁴ Lo segnala anche E. DALMOTTO, *La negoziazione assistita nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Giur. it.*, 2023, 736 ss.

che si intuisce considerando il termine: degiurisdizionalizzazione⁽⁵⁾. Pare, infatti, che – più che agevolare direttamente la possibilità di risolvere i conflitti giuridici con strumenti duttili, economici ed effettivi, finalità che appare quasi eterogenetica rispetto allo scopo di fatto assegnato – il legislatore voglia stimolare, se non addirittura imporre una soluzione alternativa, che non implichi il ricorso alla preziosa risorsa della giurisdizione, più o meno indirettamente sanzionando tutti coloro che non lo facciano⁽⁶⁾.

2. INQUADRAMENTO DELLE “ADR”

Preliminarmente, rispetto all’espressione ADR vanno fatti un chiarimento e una delimitazione. Si parla di *Alternative Dispute Resolution*, e cioè di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, per indicare un campo molto vasto, forse troppo, che pure viene abbracciato dalla riforma, ma che necessita di precisazioni.

Come insegna la migliore dottrina processualistica⁽⁷⁾, vi sono infatti strumenti alternativi (al processo) per la risoluzione delle controversie e strumenti (processuali) di risoluzione delle controversie alternativi al processo celebrato davanti ai giudici dello stato.

La distinzione rinviene le sue radici in un’osservazione banale cui, solitamente, non si presta particolare attenzione, e cioè che il processo non è l’unico strumento per risolvere le controversie, ma è anzi l’ultimo strumento utile, e ciò è coerente con l’art. 100 c.p.c. che, al fine di ammettere l’azione in giudizio, richiede la

⁵ Sul tema, mi piace ricordare l’icastico contributo di M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo»*, Messina, 2014.

⁶ A proposito degli interventi sulla giustizia alternativa, E. DALMOTTO, *op. cit.*, 737, confessa che tra i principali obiettivi della riforma «c’è quello di alleggerire il carico di lavoro gravante sulla giurisdizione statale»; anche G. MICCOLIS, *Le nuove norme in tema di mediazione e negoziazione assistita*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1059, ritiene «indubbio che l’interesse del legislatore verso questo istituto è soprattutto in funzione deflattiva del contenzioso dinnanzi al giudice statale». In questo senso, si mostra critico A.M. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, in *Questione Giustizia*, 2023. Anche F. LOCATELLI, *Complementarità tra mediazione e processo nel D. Lgs 149/2022: “l’occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda”*, in *Judicium*, 25 novembre 2022, 2, afferma che le adr negoziali sono state «usate e forse finanche ‘abusate’ in funzione della deflazione del contenzioso giudiziale, in una distorta idea di complementarità rispetto al processo civile».

⁷ Ricordo in particolare F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2021, 5 ss.

sussistenza di un interesse ad agire, rinvenibile nella crisi del diritto sostanziale⁽⁸⁾ e nella situazione di esigenzialità della tutela che ne deriva⁽⁹⁾.

L'oggetto del processo civile è il diritto soggettivo, che è per sua natura disponibile: ciò implica che lo strumento principale, direi quasi istituzionale per la gestione delle esigenze inerenti al diritto soggettivo – anche quando queste consistano in crisi di affermazione o realizzazione, in controversie, insomma – sia il contratto (art. 1322 c.c.), come dimostra icasticamente l'esistenza di un modello appositamente dedicato alla prevenzione o risoluzione delle controversie: la transazione (artt. 1965 ss. c.c.). Non è un caso se un Maestro della scienza processualistica definiva strumenti come questo «equivalenti giurisdizionali»⁽¹⁰⁾.

E, infatti, allo Stato è riservata non già la risoluzione delle controversie tra i privati (che, per quanto sopra ricordato, è facoltà già spettante ai privati stessi, e che questi possono pertanto esercitare direttamente o delegare a terzi), bensì la funzione giurisdizionale⁽¹¹⁾, che è un'attività ma anche un potere/obbligo, esercitato attraverso i giudici (artt. 102 Cost.; 1 c.p.c.), che a tal fine applicano le norme processuali⁽¹²⁾. A questa funzione, cui si ricollega un potere autoritativo (l'*imperium* statale-giurisdizionale), si associa un diritto della parte (24 Cost.), quello di azione⁽¹³⁾.

È chiaro allora che la risoluzione del conflitto inter-soggettivo può ottenersi non solo per il tramite dell'intervento autoritativo dello Stato, ma anche attraverso il libero consenso delle parti, secondo due diverse direttive: a) attraverso l'uso di strumenti alternativi al procedimento e al provvedimento giurisdizionale per

⁸ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, 32 ss.

⁹ G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013, 14 ss.

¹⁰ Il riferimento è a F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma 1956, 60.

¹¹ Al di là della particolare ricostruzione di S. SATTÀ, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218 ss., che critica la «entificazione» della funzione giurisdizionale, individuata quest'ultima piuttosto nell'azione, e cioè nella c.d. postulazione dell'ordinamento che un soggetto attua nei confronti di un altro rispetto a un fatto ritenuto difforme dall'ordinamento, la maggioranza degli interpreti individua la funzione giurisdizionale come potestà spettante allo Stato (M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1964, 5 s.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, 3).

¹² In tal senso, si v. anche la classica ricostruzione di L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 2 ss., che riconduce l'effetto della giurisdizione non al giudice né allo Stato-apparato, bensì all'ordinamento nella sua universalità e nel suo obiettivo concretarsi.

¹³ Su tutti, si v. la classica prolusione di G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, 3 ss.; poi ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960 (rist.), 1 ss.

la risoluzione/composizione delle liti, gestiti tanto dal giudice (es. conciliazione giudiziale), quanto da terzi fuori del processo (es. negoziazione, mediazione, procedure di conciliazione etc.), quanto ancora direttamente dalle parti (es. transazione), attraverso la realizzazione di soluzioni di tipo negoziale alla controversia; *b*) attraverso l'istituzione di procedimenti di risoluzione delle liti «di natura giurisdizionale» alternativi a quello statale, condotti da soggetti privati non appartenenti all'ordine giudiziario ma a ciò appositamente delegati dalle parti (es. arbitrato).

Naturalmente, perché si parli di strumenti effettivi, è necessaria la natura vincolante dell'atto risolutivo⁽¹⁴⁾, che individua le regole di condotta futura, e cioè la sua efficacia (opponibilità) nei confronti delle parti. Ciò consente un parallelo con gli effetti della sentenza, risultanti nell'efficacia vincolante dell'accertamento contenuto nell'atto, il «fare stato» di cui parla l'art. 2909 c.c., irremovibile se non al ricorrere di particolari condizioni.

All'interno dei due canali indicati, bisogna poi distinguere: *a*) i sistemi di *risoluzione eteronoma* della lite, in cui la soluzione della controversia è realizzata tramite l'intervento di un terzo che “impone” la soluzione, sulla scorta del sistema giurisdizionale (vantaggi: è sempre possibile una soluzione e questa può essere imposta anche forzosamente al soggetto passivo; svantaggi: la soluzione è anelastica e implica un maggior sacrificio, sia di risorse che di interessi); *b*) i sistemi di *risoluzione autonoma* della lite, in cui invece la soluzione è raggiunta attraverso l'esercizio della volontà delle parti, tanto spontanea quanto agevolata dall'intervento di un terzo (vantaggi: la soluzione è elastica e consente adattamenti del *quid iuris* secondo il *quod interest*, ed è raggiunta con minor impiego di risorse; svantaggi: non sempre la soluzione è raggiunta, e ciò può implicare uno spreco di tempo).

3. ANCORA SULLE INTENZIONI DELL'ULTIMA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

L'intenzione espressa dalla riforma è quella di ampliare l'ambito di ricorso alle procedure di risoluzione alternativa⁽¹⁵⁾.

¹⁴ F.P. LUISO, *op. cit.*, 5.

¹⁵ Sul tema in generale, oltre agli Autori citati *infra*, v. P. NAPPI, *La legge delega di riforma degli strumenti complementari. Note a prima lettura*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, 15 ss.

Lo si rileva per la mediazione che, in controtendenza rispetto all'originario d.d.l. 9 gennaio 2020, n. 1662 (che prevedeva alcune abrogazioni), mantiene i vecchi campi e ne acquisisce di nuovi (v. art. 1, comma 4, lett. c della legge n. 206/2021). Se ne ha conferma per la negoziazione assistita, che diventa lo strumento privilegiato per la gestione negoziale dei rapporti non indisponibili ma assistiti da prescrizioni inderogabili: già dal 2014, infatti, essa è utilizzabile per la disciplina di alcuni rapporti di famiglia (e viene ora riconosciuta anche per la disciplina dei rapporti con i figli nati fuori dal matrimonio), e, con la riforma del 2022, viene estesa ai rapporti di lavoro (si v. il nuovo art. 2-ter d.l. n. 132/2014).

Ancora, l'intenzione è quella di rendere più «effettivi» gli strumenti alternativi, attraverso l'adozione di misure che rendano le parti protagoniste e partecipi e che favoriscano l'effettivo confronto sulle questioni controverse (v. art. 1, comma 4, lett. e, della legge n. 206/2021), operazione realizzata anche eliminando la distinzione, in mediazione, tra un primo incontro “informativo” e l'eventuale prosieguo, cosicché adesso il mediatore si adopera da subito affinché le parti raggiungano un accordo (si v. il nuovo art. 8, comma 6, d.lgs. n. 28/2010).

Non solo questo, però, perché la riforma muove anche in altre direzioni, che si collocano all'interno del contesto sopra individuato.

Viene infatti rafforzato e stimolato il potere del giudice di affidarsi alle “alternative” conciliative, reintroducendo il tentativo obbligatorio di conciliazione nella prima udienza del rito ordinario (si v. il nuovo art. 183 c.p.c.), meglio inquadrando la «mediazione demandata dal giudice» (così il nuovo art. 5-*quater* d.lgs. n. 28/2010) e incentivandone l'utilizzo (unitamente agli accordi conciliativi) attraverso il riferimento agli indici di produttività del magistrato (art. 5-*quinquies* d.lgs. n. 28/2010)⁽¹⁶⁾.

Viene, altresì, potenziato e meglio definito il potere risolutorio dell'arbitrato (art. 1, comma 15 della legge n. 206/2021), attraverso la disciplina della “*disclosure*” (artt. 813 e 815 c.p.c.), il riconoscimento (seppure previo consenso delle parti) di poteri cautelari all'arbitro (art. 818 c.p.c.) e, finalmente, la positivizzazione della relazione di “*translatio*” tra arbitrato e giurisdizione (si v. il nuovo art. 819-*quater* c.p.c.), anche ai fini della definitiva omologazione del lodo alla sentenza.

L'*intentio legis* è accompagnata da interventi sugli aspetti “fiscali” ed economici degli strumenti alternativi (cui ormai si estende l'applicazione dell'art. 24,

¹⁶ Sul piano generale, si v. le considerazioni di S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 21 ss.

comma 3, Cost.), come ad es. l'ampliamento dell'area di esenzione dall'imposta di registro per i verbali di mediazione da € 50.000 ad € 100.000 (continua a non esserci, invece, un'analoga norma per gli accordi di negoziazione⁽¹⁷⁾, salvi quelli in materia di separazione/divorzio); il riconoscimento di un credito d'imposta anche per i compensi all'avvocato in mediazione (come già avveniva per la negoziazione assistita, ma fino a € 250, cfr. art. 21-bis d.l. 27 giugno 2015, n. 83); l'estensione, di particolare rilievo, del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e negoziazione assistita (su cui v. ancora *infra*).

Quanto all'entrata in vigore delle disposizioni riformate, se l'art. 41, comma 4, d.lgs. n. 149/2022 aveva previsto (con riguardo al nostro tema, ma la previsione è generalizzata) che «Le disposizioni di cui all'articolo 9 si applicano a decorrere dal 30 giugno 2023», l'art. 1, comma 380, lett. c, legge 29 dicembre 2022, n. 197 è intervenuto sulla disposizione, prevedendo che «al comma 4, dopo le parole: «di cui all'articolo 9» sono inserite le seguenti: «comma 1, lettere e) e l)»». Ciò di fatto significa che il termine del 30 giugno 2023 rimane fermo per le sole disposizioni relative al patrocinio a spese dello Stato nelle procedure di negoziazione, mentre tutte le altre disposizioni sono applicabili ai procedimenti instaurati a far data dal 1° marzo 2023.

Ciò premesso, mi limiterò a sintetizzare le novità più importanti introdotte dall'art. 9 del decreto di riforma, con qualche considerazione personale. Prima di scendere nel dettaglio, farò solo un breve cenno alle novità introdotte nel settore della famiglia, di cui non mi occupo, alcune delle quali entrate in vigore già prima della riforma.

Dal 22 giugno 2022 (art. 1, comma 35 della legge n. 206/2021), ad es., lo strumento della negoziazione assistita è esteso alle controversie «per la disciplina delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori del matrimonio, nonché per la disciplina delle modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori del matrimonio e per la modifica delle condizioni già determinate. Può altresì essere conclusa tra le parti per raggiungere una soluzione consensuale per la determinazione dell'assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente e per la determinazione degli alimenti, ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, e per la modifica di tali determinazioni». Non posso che essere d'accordo, e mi

¹⁷ L'incomprensibile difetto di analoghe previsioni incentivanti per la negoziazione è comune ad E. DALMOTTO, *op. cit.*, 741; G. MICCOLIS, *op. cit.*, 1083.

permetto di rilevare che, sul punto, avevo già proposto una tale interpretazione prima della riforma⁽¹⁸⁾.

Viene poi aggiunto un comma 3-*bis* all'art. 6 del d.l. n. 132/2014, secondo cui, quando la negoziazione assistita abbia ad oggetto lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o lo scioglimento dell'unione civile, le parti possono stabilire, nell'accordo, la corresponsione di un assegno in unica soluzione e non con cadenza mensile (e, in tal caso, la valutazione di equità è fatta dagli avvocati in sede negoziale). Inoltre, si consente di inserire nell'accordo negoziale patti di trasferimento immobiliare (ma solo con effetti obbligatori).

Infine, si consente la gestione del procedimento e dei rapporti con le procure in via telematica, semplificando e snellendo le incombenze pratiche.

4. LE NOVITÀ GENERALI IN TEMA DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA

Posso adesso passare all'analisi dei principali interventi in tema di negoziazione assistita, isolando alcune norme del decreto delegato e soffermandomi, poi, sui nuovi istituti della negoziazione telematica, della cd. istruzione stragiudiziale e del patrocinio a spese dello Stato.

- Eliminazione della negoziazione unilaterale e generalizzazione del modello bilaterale [art. 9, comma 1, lett. a) e lett. c), n. 1, d.lgs. n. 149/2022] – art. 2, comma 1, d.l. n. 132/2014.

Viene eliminato (dovunque ricorresse) il sintagma «uno o più avvocati», con la conseguenza che la negoziazione potrà solo essere assistita «da avvocati», al plurale. Ciò significa generalizzare il modello prima previsto per la sola negoziazione per i casi di separazione e divorzio e ora specificamente previsto per le negoziazioni telematiche e di lavoro.

La novità non sarà di grosso impatto pratico, ove si consideri che, nella prassi, l'ipotesi di una negoziazione con la partecipazione di un solo avvocato – che per sua natura non può essere un vero mediatore, avendo normalmente ricevuto incarico da una delle parti in contesa – è decisamente residuale. Ciascuna parte usa avvalersi del proprio avvocato di fiducia laddove si tratti di sottoscrivere un accordo di tipo risolutorio.

¹⁸ Mi permetto di fare rinvio al mio *Negoziazione assistita in materia di famiglia: natura e struttura (e ambito di applicazione) del procedimento*, in *Giustiziacivile.com*, 12 ottobre 2020.

- Introduzione dell'“obbligo” di utilizzare il modello di convenzione di negoziazione assistita elaborato dal Consiglio Nazionale Forense [art. 9, comma 1, lett. c), n. 4, d.lgs. n. 149/2022] – art. 2, comma 7-*bis*, d.l. n. 132/2014.

Si tratta di una novità apprezzabile, anche se non di particolare rilievo concreto. In caso di accordo delle parti, che è fisiologicamente necessario per procedere a negoziazione, si può infatti procedere con qualsiasi forma di convenzione, con ciò superando il necessario ricorso a forme precostituite.

La ragione espressa è la «semplificazione delle procedure», ma in realtà credo che il vero risultato sia l'omogeneizzazione dei criteri convenzionali e delle indicazioni di procedura (non già la semplificazione di quest'ultima, che infatti rimane disciplinata dalla legge).

Per la verità, già all'indomani dell'emanazione del d.l. n. 132/2014, il CNF aveva elaborato un modello di riferimento, poi aggiornato per disciplinare le tre fattispecie: a) negoziazione standard; b) negoziazione in controversie di famiglia; c) negoziazione in controversie di lavoro.

All'interno dei modelli sono presenti le varie clausole aggiuntive per disciplinare l'eventualità dell'istruzione stragiudiziale e dello svolgimento con modalità telematiche.

- Eliminazione del divieto di negoziazione in materia lavoristica ed estensione della procedura alle controversie di lavoro [art. 9, comma 1, lett. c), n. 2 e lett. d), d.lgs. n. 149/2022] – art. 2, comma 2, lett. b); art. 2-*ter*, d.l. n. 132/2014.

Viene eliminato l'espresso divieto di negoziazione quando la controversia abbia per oggetto la «materia di lavoro», prima previsto accanto al divieto di negoziazione su diritti indisponibili¹⁹, senza ovviamente fare di questo strumento una condizione di procedibilità dell'azione in materia. Tale modifica si ricollega all'introduzione del nuovo art. 2-*ter* («Negoziazione assistita nelle controversie di lavoro»), che disciplina i caratteri specifici della negoziazione lavoristica²⁰.

In primo luogo, si può rilevare che dalla formulazione della norma (sia vecchia che nuova) emerge l'idea che le situazioni giuridiche derivanti dal rapporto di

¹⁹ Ricordo che nel d.l. n. 132/2014 era già contenuta questa possibilità (art. 7), eliminata poi dalla legge di conversione. Sul tema, v. S. BOCCAGNA, *La negoziazione assistita e le controversie di lavoro: verso il tramonto della norma inderogabile?*, in *Diritti lavori mercati*, 2022, I, 77 ss.

²⁰ Sul tema, si v. M. LAMBERTI, *La negoziazione assistita dopo il D.Lgs. n. 149/2022: controversie di lavoro e ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in *Lav. nella giur.*, 2023, 675 ss.; P. LICCI, *La negoziazione assistita per le controversie di lavoro*, in *Giust. civ.*, 2023, 243 ss.

lavoro non siano «indisponibili», ma semmai oggetto, talvolta, di «disposizioni inderogabili» (art. 2113 c.c.)⁽²¹⁾. Ciò consente di smentire l'idea di una preclusione assoluta alla negoziazione in materia di lavoro, non fosse altro per il fatto che strumenti alternativi sono già noti alla materia, che anzi ne contiene una vasta esemplificazione (es. artt. 185, 410, 411, 412-*ter* e 412-*quater* c.p.c.). La restrizione precedente derivava, piuttosto, dalla sfiducia del legislatore rispetto all'ambiente “privato” della negoziazione, luogo di possibile malfunzionamento delle tutele per il lavoratore, specie in assenza di un terzo garante neutro. Si ammetteva che il lavoratore potesse rinunciare o transigere su diritti derivanti da norme inderogabili, ma solo in ambienti “protetti”⁽²²⁾.

Il passo compiuto è importante, in quanto ci si affida adesso agli avvocati (se del caso integrati da un consulente del lavoro) per il ruolo di tutela della libertà del lavoratore e di garanzia della parità delle parti.

Così integrata, la procedura di negoziazione rientra tra i casi ammessi in deroga dall'art. 2113, comma 4, c.c. E perciò, l'eventuale accordo di negoziazione non potrà essere impugnato nemmeno nei sei mesi dalla stipula (fatti salvi, ovviamente, i casi eccezionali di vizi della volontà o altre ipotesi di nullità generale)⁽²³⁾.

La riforma ha tuttavia previsto un ulteriore passaggio, a rilievo non solo formale: l'invio dell'accordo alle commissioni di certificazione (art. 76 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276). La relazione non specifica alcunché, ma appare chiaro che ciò implichi la necessità, ai fini dell'efficacia dell'accordo, dell'ottenimento della certificazione dinanzi alle competenti commissioni (che in tal caso sarà perciò un obbligo e non una facoltà delle parti)⁽²⁴⁾. Ciò comporterà una tenuta “rafforzata” degli accordi in materia di lavoro, non tanto e non solo perché certificati dalle commissioni (che avranno anche il potere di verificare l'esistenza

²¹ La norma determina un regime cd. di indisponibilità parziale, poiché è vero che le rinunce e transazioni su diritti inderogabili sono nulle, ma è altrettanto vero che tale nullità non vale quando l'accordo sia raggiunto in “sedi protette” e che la nullità è soggetta a uno speciale termine di decadenza di sei mesi.

²² Come davanti al giudice (art. 185 c.p.c.), alle commissioni di conciliazione (art. 410 c.p.c.), al collegio di conciliazione e arbitrato irrituale (art. 412-*quater* c.p.c.) o ancora presso le sedi riconosciute nei contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali (art. 412-*ter* c.p.c.).

²³ Sulle possibilità di contestazione dell'efficacia vincolante dell'accordo, v. S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 85 ss.

²⁴ *Contra*, M. LAMBERTI, *op. cit.*, 682, il quale vi fa conseguire la sola attribuzione di data certa all'accordo, oltre al controllo del rispetto degli obblighi contributivi e fiscali; anche P. LICCI, *op. cit.*, 85 ss., ritiene irrilevante giuridicamente il passaggio della trasmissione alle commissioni, assegnandogli mera funzione di monitoraggio.

di «clausole indisponibili» nel testo degli accordi, cfr. art. 78, comma 4), quanto perché la loro eventuale impugnazione dovrà seguire i filtri previsti dalla legge per l'impugnazione dei contratti certificati (cfr. artt. 79 e 80).

- Le nuove possibilità di integrazione della convenzione (e del procedimento) di negoziazione assistita (negoziazione telematica, istruzione stragiudiziale) (art. 9, comma 1, lettera c), n. 3, e lettera g), d.lgs. n. 149/2022) – art. 2, comma 2-*bis*, d.l. n. 132/2014; art. 2-*bis*, d.l. n. 132/2014; artt. 4-*bis* e 4-*ter*, d.l. n. 132/2014.

Anticipando le novelle oggetto di specifiche disposizioni, il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 2 riconosce che la convenzione possa altresì prevedere: la possibilità di gestire la negoziazione in via telematica (art. 2-*bis*); la possibilità di acquisire dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia (art. 4-*bis*); la possibilità di acquisire la confessione della parte in sede di negoziazione (art. 4-*ter*).

Tutte novità che, per la loro importanza, meritano separata trattazione.

5. LA NEGOZIAZIONE TELEMATICA

Iniziando dalla prima possibilità, dico subito che si tratta di una novità da accogliere positivamente. Infatti, a differenza di quanto accadeva per il processo (dopo l'ormai risalente avvento del cd. processo civile telematico⁽²⁵⁾) e per la stessa mediazione (per cui si v. già l'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 28/2010; poi, durante l'emergenza pandemica da Covid-19, l'art. 83, comma 20-*bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, e adesso, specificamente, l'art. 8-*bis* d.l.gs. n. 28/2010), la procedura di negoziazione era carente di una regolamentazione sull'uso degli strumenti telematici, nonostante l'informatizzazione diffusa, ciò che causava alcuni dubbi in ordine alla trasmissione dei documenti tra le parti, nonché alla partecipazione agli incontri⁽²⁶⁾.

Adesso, le norme consentono espressamente, innanzitutto, la formazione dell'atto della procedura in formato digitale ai sensi del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, nonché

²⁵ Da ultimo, a proposito della riforma, si v. L. PICCININI, *Le nuove norme in tema di giustizia digitale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1146 ss. Sul tema, in generale, si v. G. RUFFINI, *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019.

²⁶ Per quanto poi comunque, nella prassi, se ne facesse un uso coerente con le generali previsioni normative (cfr. G. MICCOLIS, *op. cit.*, 1084).

la sottoscrizione e la trasmissione mediante gli strumenti digitali (dunque: firma digitale e posta elettronica certificata). Si tratta di un pacchetto unitario di previsioni, sempre dipendente, a quanto pare, dal consenso delle parti (art. 2, comma 2-*bis*, lett. c).

Bisogna chiedersi, però, se davvero la possibilità di firmare digitalmente la convenzione o l'accordo dipenda dal consenso della controparte, così come la possibilità di inviare gli atti tramite posta elettronica, dato che si tratta di strumenti informatici la cui validità è disposta, a monte, da norme di legge. Ritengo che la lettura più ragionevole della norma sia quella che sottintenda la possibilità dell'uso delle tecnologie informatiche per la formazione e trasmissione degli atti, anche a prescindere dal consenso, e che invece imponga l'uso esclusivo di tali tecnologie quando in tal senso abbia deposto la previsione convenzionale.

Con disposizione separata (art. 2, comma 2-*bis*, lett. d), la norma riconosce poi la possibilità di concordare lo svolgimento degli incontri mediante collegamenti audiovisivi a distanza (nuovo art. 2-*bis*, comma 2), anche se la parte può scegliere di partecipare «in presenza», si suppone, dunque, presso lo studio dell'avvocato che attiva il collegamento a distanza (ciò che la relazione chiama «modalità telematica parziale»). L'uso di tali strumenti deve «assicurare» la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate.

Non è mai consentita l'audizione a distanza del «terzo» (art. 2-*bis*, comma 3), ciò che, per la verità, non sembra rispondere ad alcuna necessità pratica particolare (se si esclude la necessità di sottoscrivere la dichiarazione resa, cosa che, tuttavia, sarebbe potuta avvenire anche mediante strumenti digitali, così come il controllo della dichiarazione resa da parte del terzo), ma piuttosto alla convinzione del legislatore che, data la delicatezza dell'audizione e la sua potenziale efficacia “probatoria”, l'ascolto del terzo alla presenza “fisica” delle parti e dei loro avvocati sia garanzia di maggiore serietà⁽²⁷⁾.

6. L'ISTRUZIONE STRAGIUDIZIALE

Assai più roboanti, almeno nelle parole della relazione, sono le due ulteriori previsioni in tema di «istruzione stragiudiziale», e cioè di assunzione di prove in

²⁷ Al riguardo, L. PICCININNI, *op. cit.*, 1178 s. rileva l'analogia metodologica rispetto agli artt. 127-*bis* e 127-*ter* c.p.c.; cfr. anche E. DALMOTTO, *op. cit.*, 744.

fase negoziale, con l'espressa previsione della possibilità di transito alla successiva fase giudiziale in caso di fallimento⁽²⁸⁾.

Incidentalmente, rilevo subito che (per motivi non del tutto comprensibili) la riforma ha disciplinato diversamente mediazione e negoziazione: alla prima, infatti, non ha esteso gli strumenti introdotti per la seconda; viceversa, solo per il mediatore ha previsto la possibilità (art. 8, comma 7, d.lgs. n. 28/2010) di avvalersi di un esperto iscritto all'albo dei CTU e (ma solo previo consenso) di produrre in giudizio la relazione, valutabile ai sensi dell'art. 116, comma 1, c.p.c.

La particolarità – ma sarebbe meglio parlare di stranezza – emerge già dall'evidente contrasto di tale sistema con l'attuale assetto della negoziazione (e della mediazione), improntato sull'obbligo di riservatezza, di cui è prova l'art. 9, comma 2, d.l. n. 132/2014 («Le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto»), come il comma 3 («I difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite»)⁽²⁹⁾.

Anche il riferimento al segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p. (contenuto all'art. 9, comma 4, d.l. n. 132/2014) diventa perciò irrilevante rispetto alle dichiarazioni rese nell'ambito dell'istruzione stragiudiziale, in relazione alla quale sarà senz'altro ammissibile la richiesta di “controprova” in giudizio, con la necessità di capire, poi, come risolvere il contrasto tra le dichiarazioni rese nelle due sedi⁽³⁰⁾.

²⁸ Sul tema, anche per ulteriori citazioni, v. G. BASILICO, *L'attività di istruzione stragiudiziale nel nuovo processo civile*, in *Giust. civ.*, 2023, 225 ss.; per indicazioni comparatistiche, B. FICCARELLI, *Istruzione stragiudiziale nella negoziazione assistita da avvocati. Nuova sfida culturale per il legislatore italiano e metodi complementari di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 503 ss.

²⁹ E si rammenti anche che, per l'avvocato, l'art. 48 del codice deontologico forense vieta la riproduzione o comunque l'utilizzo in giudizio delle dichiarazioni aventi ad oggetto proposte transattive e relative risposte. Evidenzia il tendenziale contrasto con l'obbligo di riservatezza anche G. VECCHIO, *La negoziazione assistita*, in C. CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, 571; per l'inopportunità della sede, v. anche P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2023, 912.

³⁰ In tal senso, ritengo che, con riguardo alle dichiarazioni “confessorie”, una volta rilasciate esse producono i loro effetti, a prescindere dalla successiva smentita in giudizio (se non per il tramite di analoghe e opposte prove legali); con riguardo alle dichiarazioni degli «informati», esse non possono avere la medesima efficacia della prova testimoniale, sebbene la norma dica che il G.I. può valutarli come prova «libera», ma resta salva la prevalenza affidata all'escussione in sede testimoniale (e ferma restando la possibilità di essere sottoposto a procedimento per falsa “testimonianza”).

7. L'ASSUNZIONE DEI CD. «INFORMATORI»

Più in particolare, la prima possibilità offerta dalle nuove norme in tema di istruzione stragiudiziale è quella di sentire un «terzo» su fatti rilevanti ai fini dell'oggetto della controversia, che siano «specificamente individuati» (art. 4-*bis*).

È un trapianto della prova testimoniale in una sede stragiudiziale e pre-contenziosa, dove però, più che il diritto alla prova (non essendovi ancora un processo), rileva la necessità di chiarire preliminarmente l'assetto probatorio del futuro, eventuale processo, anche al fine di scongiurare un processo inutile e agevolare la giusta regolazione della lite⁽³¹⁾.

E tuttavia, non solo l'operatività concreta dello strumento è rimessa al consenso di entrambe le parti, la cui sussistenza mi sembra perlomeno dubbia (in virtù dell'effetto delle dichiarazioni del terzo, su cui v. *infra*), ma anche si prevede un potenziale riflusso sul processo avviato in caso di fallimento della negoziazione, nell'ottica, sopra accennata, della «complementarità» (e dunque comunicabilità) degli strumenti. Anzi, è curioso notare che la norma che disciplina gli effetti delle dichiarazioni (art. 4-*bis*, comma 6) è configurata con esclusivo riferimento all'ipotesi di fallimento della negoziazione, lasciando trasparire una visione in realtà disincanta della capacità puramente risolutiva dello strumento alternativo e più interessata a evidenziare l'utilizzabilità in giudizio delle “scorie” della negoziazione fallita⁽³²⁾.

³¹ Viene in mente – ma l'istituto è naturalmente diverso – la *pre-trial discovery* dell'ordinamento statunitense, dove le parti devono scoprire le carte prima del processo, proprio al fine di valutare il reciproco assetto probatorio e determinarsi in ordine alla controversia, che viene così, assai spesso, transatta. Per il riferimento v. anche B. FICCARELLI, *op. cit.*, 508 ss.

³² Lo rileva anche F. LOCATELLI, *op. cit.*, 4. A.M. TEDOLDI, *op. cit.*, 33, considera l'ipotesi «*wishful thinking*» francamente utopistico e, per vero, assai poco coerente con le finalità conciliative della negoziazione assistita, cui dovrebbero rimanere tendenzialmente estranei l'apparato e l'armamentario retorico della dialettica processuale e che dovrebbe semmai restare protetta dai successivi svolgimenti contenziosi». Anche G. BASILICO, *op. ult. cit.*, 238, afferma che l'istituto «appare solo in minima parte idoneo alla produzione di concreti risultati, essenzialmente se riguardato sotto l'aspetto della funzione *lato sensu* conciliativa, preprocessuale, cui appare preposto». Non è d'accordo B. FICCARELLI, *op. cit.*, 523, secondo cui «se la normativa prevede anche che tale attività istruttoria possa essere utilizzata in giudizio, tale possibilità non costituisce lo scopo principale dell'innovazione in tema di istruttoria nelle procedure di negoziazione. Esso resta, infatti, l'accordo».

Appare evidente che lasciare alle parti la scelta relativa all'attribuzione di un'efficacia ultrattiva alle dichiarazioni dei terzi, unita allo spauracchio dell'utilizzabilità *contra* in giudizio, farà sì che questa scelta sia – questa, almeno, è la mia previsione – ampiamente residuale⁽³³⁾.

Non vi sono formalità di assunzione, né regole procedurali per la chiamata e l'audizione, ma si prevede unicamente che il terzo renda le sue dichiarazioni su fatti specificamente individuati e in presenza (presso lo studio dell'avvocato invitante o presso il consiglio dell'ordine), di fronte alle parti e agli avvocati che le assistono, dopo avere dichiarato la sua posizione personale ed eventuali conflitti (viene richiamato anche l'art. 246 c.p.c. sull'incapacità a testimoniare) e dopo essere stato informato delle sue facoltà e delle conseguenze in caso di false dichiarazioni. Un simulacro di contraddittorio e processualità, dunque⁽³⁴⁾.

A tale ultimo proposito, segnalo che l'art. 371-*ter* c.p. (che punisce le false dichiarazioni) è stato conseguentemente modificato e si applica, ora, anche in sede negoziale. E tuttavia, non capisco perché la norma faccia riferimento alla facoltà di astenersi per segreto (di cui all'art. 249 c.p.c.), quando è la stessa norma a prevedere anche l'informativa al terzo della semplice facoltà di «non rendere dichiarazioni», che sembra scollegata da una specifica fattispecie legale e consente al terzo di astenersi, senza incorrere in alcuna conseguenza negativa (se non quella che consente alla parte interessata di fare istanza al giudice perché il terzo venga sentito in sede giudiziale, v. *infra*).

Le dichiarazioni rilasciate vengono poi raccolte in un verbale, sottoscritto dal terzo informatore e dagli avvocati, il quale «fa piena prova di quanto gli avvocati attestano essere avvenuto in loro presenza⁽³⁵⁾. Può essere prodotto nel giudizio tra

³³ G. MICCOLIS, *op. cit.*, 1086, afferma che «tutto fa pensare che tale attività istruttoria avrà scarsa, anzi, forse scarsissima applicazione». Concorde anche S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 81, per cui «l'innesto nella procedura di negoziazione assistita di un'attività diretta all'acquisizione anticipata del materiale istruttorio si pone indubbiamente come un fattore distorsivo, che rischia di avere addirittura un effetto controproducente, pregiudicando il raggiungimento dell'obiettivo primario della composizione amichevole della controversia».

³⁴ Per il rilievo delle analogie con la prova testimoniale, si v. R. SICILIANO, *sub* art. 4-*bis* d.l. 12 settembre 2014 n. 132, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, 1358 ss.

³⁵ La previsione non attribuisce, però, efficacia di prova legale alla dichiarazione (come potrebbe sembrare a una lettura superficiale), ma si limita a garantire la non contestabilità (a meno di querela di falso?) della provenienza delle dichiarazioni e di quanto avvenuto in presenza degli avvocati (che, in tal senso, diventano titolari di una sorta di potere di autentica). Qualora la parte voglia contestare il con-

le parti della convenzione di negoziazione assistita ed è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 116, primo comma, del codice di procedura civile».

Qui assistiamo a un ibrido, poiché l'audizione del terzo, che dovrebbe servire a chiarire i fatti ai fini della riuscita della negoziazione, può invece trasformarsi, in caso di fallimento, in strumento di prova. Prova, peraltro, documentale (e non orale), giacché in giudizio transita il verbale (un po' come accade per l'istruzione preventiva), e tuttavia non con efficacia legale, né come argomento di prova – così pare si debba interpretare il riferimento specifico all'art. 116, prima comma –, bensì come prova liberamente valutabile⁽³⁶⁾.

È una scelta che trovo poco condivisibile: da una parte, infatti, la previsione di un'efficacia probatoria (quale che sia) scoraggerà la parte (che teme di avere torto o di non avere informatori “dalla sua parte”) dall'aderire all'inserimento della clausola sull'istruzione stragiudiziale, privando così la negoziazione di uno strumento che – senza l'ansia del collegamento con la prova nel giudizio – avrebbe potuto favorire il raggiungimento di una soluzione bonaria; dall'altra parte, a fronte di questo irrigidimento di una fase che dovrebbe avere funzione risolutiva e non contenziosa, l'efficacia attribuita non sembra possa essere, alla prova dei fatti, parificabile a quella testimoniale, poiché si tratta di una prova assunta senza l'intervento del giudice (che per il codice è protagonista immancabile dell'audizione testimoniale), e poiché – venendo meno al principio di immediatezza – il giudice si troverebbe comunque a valutare una dichiarazione del terzo senza averlo personalmente ascoltato⁽³⁷⁾.

Naturalmente, in tali casi, la norma consente (ma era ovvio) la possibilità di richiedere l'audizione del terzo come teste in giudizio, e tale possibilità viene

tenuto delle dichiarazioni, dovrà prima invalidare il verbale di audizione.

³⁶ *Contra*, E. DALMOTTO, *op. cit.*, 745, che riconosce alle dichiarazioni valore di argomento di prova. Nel senso indicato nel testo, invece, A.M. TEDOLDI, *op. cit.*, 35; G. BASILICO, *op. ult. cit.*, 236; B. FIC-CARELLI, *op. cit.*, 525.

³⁷ Si può peraltro segnalare che la disposizione della legge delega prevedeva semplicemente «l'utilizzabilità delle prove raccolte nell'ambito dell'attività di istruzione stragiudiziale nel successivo giudizio avente ad oggetto l'accertamento degli stessi fatti», senza distinguere in ordine all'efficacia probatoria e lasciando intendere che le norme attuative avrebbero dovuto recepire le corrispondenti previsioni di efficacia modificando le norme del codice di procedura civile. Resta, però, che – a differenza della confessione – non v'è nel codice un equivalente dell'ascolto di un terzo senza la presenza del giudice, se si esclude il peculiare istituto della testimonianza scritta di cui all'art. 257-*bis* c.p.c., la cui pratica desuetudine (si può dire che si tratta di un istituto nato morto) è cosa nota. Sul punto, si v. G. BASILICO, *op. ult. cit.*, 240.

riconosciuta anche al giudice (si ritiene perciò d'ufficio), in un'applicazione specifica dell'art. 281-ter c.p.c.⁽³⁸⁾.

Con formula sibillina, la norma prevede che, in caso di fallimento della negoziazione, la parte possa rivolgersi al giudice per richiedere l'audizione del terzo che non si sia presentato o si sia rifiutato di deporre, con rinvio alle norme sul procedimento di istruzione preventiva (ma, pare evidente, al di fuori dell'esigenza cautelare tipica dell'istruzione preventiva⁽³⁹⁾).

Mi chiedo, tuttavia, che spazio e che utilità possa avere l'audizione separata davanti al giudice⁽⁴⁰⁾, prima e a prescindere dall'instaurazione del processo di merito (e tenuto conto del fatto che, a questo punto, la negoziazione è ormai fallita⁽⁴¹⁾), quando sarebbe sufficiente semplicemente avviare il processo di merito e citare il terzo come testimone. D'altra parte, qualora l'audizione del terzo sia soggetta a *periculum in mora*, è già consentito ricorrere al procedimento di istruzione preventiva (art. 692 c.p.c.), non essendo pertanto necessaria una norma *ad hoc*.

8. LA CONFESSIONE IN SEDE NEGOZIALE

Infine, il nuovo art. 4-ter d.l. n. 132/2014 riconosce l'ulteriore possibilità, sempre previo consenso di ambo le parti, di raccogliere dichiarazioni sfavorevoli in sede negoziale, con l'efficacia della confessione stragiudiziale (art. 2735 c.c.).

La fattispecie è configurata in maniera particolare: in caso di previsione nella convenzione, non è la dichiarazione orale della parte, anche se spontaneamente prestata, ad avere effetti confessori⁽⁴²⁾, né quella provocata dalla controparte, bensì

³⁸ Per la verità, i primi commentatori (v. B. PIACCI, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2022, 669 ss.) hanno ritenuto che la disposizione del decreto attuativo dovesse intendersi come limitativa della facoltà di chiamata del teste al solo giudice, ma l'interpretazione mi pare in netto contrasto con il diritto alla prova, e non vedo alcuna ragione per escludere che la stessa parte richiedente possa, nel successivo giudizio, citare il terzo come teste (anche in considerazione della diversa efficacia probatoria), come del resto è possibile addirittura per l'istruzione preventiva (art. 698, comma 2, c.p.c.).

³⁹ B. FICCARELLI, *op. cit.*, 525.

⁴⁰ Esprime perplessità anche G. BASILICO, *op. ult. cit.*, 233.

⁴¹ Sembra di capire che il legislatore abbia immaginato che, ascoltando il teste "contrario", la parte che è nel torto si possa convincere a rinegoziare prima dell'eventuale avvio del processo, ma si tratta di un'ipotesi davvero residuale.

⁴² Né tale ipotesi potrà essere recuperata attraverso l'art. 2735 c.c., che disciplina la confessione

la sola dichiarazione scritta e richiesta dall'avvocato della controparte su fatti sfavorevoli specificamente individuati. Tale dichiarazione, peraltro, deve essere anche sottoscritta dalla parte e dal suo avvocato.

Si tratta di una disposizione dagli effetti risibili: mentre sulla dichiarazione del terzo può (al più) esservi l'alea della sua effettiva direzione probatoria, è invece fisiologico che la confessione sia sfavorevole alla parte che la rende⁽⁴³⁾, e mi domando allora per quale motivo una parte dovrebbe *ex ante* prestare consenso ad attribuire alle proprie dichiarazioni sfavorevoli un effetto confessorio liberamente utilizzabile in giudizio in deroga all'art. 9, comma 2, d.l. n. 132/2014, oltre che a rischiare l'applicazione dell'art. 96 c.p.c. in caso di attivazione del giudizio dopo il rifiuto di rendere tali dichiarazioni⁽⁴⁴⁾.

9. IL RICONOSCIMENTO DEL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO PER LA PROCEDURA NEGOZIALE

Con un intervento da molti auspicato, finalmente (dopo un ritardo di otto anni) il legislatore (delegato dall'art. 1, comma 1, lett. 1, l. n. 206/2021) riconosce che la parte al di sotto dei limiti reddituali previsti possa richiedere l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per l'intera procedura negoziale (secondo i nuovi articoli da 11-*bis* ad 11-*undecies* d.l. n. 132/2014), in un'applicazione dell'art. 24, comma 3, Cost. estesa – lo ricordavo *in apicibus* – agli strumenti alternativi, ormai sempre più spesso passaggio obbligato verso la via del processo⁽⁴⁵⁾.

Il vero cambiamento non è per la parte – che già prima (ai sensi dell'art. 3, comma 6, d.l. n. 132/2014) non era tenuta a corrispondere compensi all'avvocato –, bensì per l'avvocato, che può adesso legittimamente richiedere un compenso (allo Stato) per l'attività svolta in sede negoziale (novità accolta, peraltro, con l'inserimento

stragiudiziale, poiché l'art. 9, comma 2, d.l. n. 132/2014 fa divieto di utilizzare le dichiarazioni delle parti nell'ambito del giudizio avente il medesimo oggetto.

⁴³ A.M. TEDOLDI, *op. cit.*, 36, prefigura che «la nuova disposizione pare destinata a sicuro insuccesso, in nome del principio onde *nemo tenetur se detegere*».

⁴⁴ Senza contare la stranezza di una disposizione che prevede conseguenze in punto di responsabilità processuale, mentre la corrispondente previsione in giudizio attribuisce al rifiuto un'efficacia probatoria (232 c.p.c.).

⁴⁵ Lo stesso, infatti, viene fatto con riguardo alla mediazione obbligatoria, con l'introduzione dei nuovi artt. 15-*bis* – 15-*undecies* in seno al d.lgs. n. 28/2010.

di un'apposita voce nei parametri forensi, al n. 25-*bis*).

Dato che la sede, stavolta, non è il processo giurisdizionale, e dunque non c'è un giudice che possa liquidare il compenso e decidere in ordine all'ammissione definitiva, la riforma introduce un gruppo di norme (artt. da 11-*bis* ad 11-*decies*) che dispongono in ordine al procedimento per l'ammissione (interamente gestito dal Consiglio dell'Ordine), ai suoi effetti e alla procedura di liquidazione (ancora gestita dal Consiglio dell'Ordine previa esibizione della parcella «parametrata» da parte dello stesso avvocato).

Rimangono però alcuni limiti: innanzitutto, l'ammissione è riconosciuta solo laddove la negoziazione (come la mediazione) sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Nell'ottica di potenziare il ricorso agli strumenti alternativi, l'esclusione dell'assistenza nei casi di ricorso facoltativo (che paradossalmente sono quelli in cui è statisticamente più probabile la riuscita) va valutata negativamente⁽⁴⁶⁾.

Inoltre, sia per la mediazione che per la negoziazione assistita il beneficio è limitato al caso in cui «è raggiunto l'accordo». Non basta, pertanto, essere nelle condizioni per l'ammissione e aver celebrato (dovuto celebrare) la procedura di mediazione o di negoziazione assistita: il riconoscimento dello Stato è subordinato (in un'inedita configurazione rispetto a ciò che accade nel processo, dove l'ammissione prescinde dall'esito del giudizio) all'utilità concreta della procedura, che abbia consentito di raggiungere il risultato della risoluzione della controversia.

Perché? La risposta sembra derivare dalla circostanza che il legislatore delegato (poco innovativo in questo senso) si è limitato a recepire, con qualche adattamento e aggiunta, la sentenza della Corte costituzionale 20 gennaio 2022, n. 10, che aveva dichiarato «l'illegittimità costituzionale degli artt. 74, comma 2, e 75, comma 1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (...) nella parte in cui non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione di cui all'art. 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (...), quando nel corso degli stessi è stato raggiunto un accordo, nonché dell'art. 83, comma 2, del medesimo d.P.R. n. 115 del 2002, nella parte in cui non prevede che, in tali fattispecie, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia».

⁴⁶ E. DALMOTTO, *op. cit.*, 738.

Resta allora il problema della parte che, pur essendo nelle condizioni e beneficiando dell'assistenza dell'avvocato nelle procedure conciliative, non abbia poi raggiunto l'accordo, nonostante il tentativo di negoziazione.

Prima dell'intervento della Consulta, si discuteva della possibilità di interpretazione "estensiva" degli artt. 75, comma 1 e 83, comma 2, d.p.r. n. 115/2002, che riconoscono l'applicabilità della misura anche per «tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse» (75, comma 1) e per le «fasi o i gradi anteriori del processo» (83, comma 2). Nel caso degli strumenti alternativi si diceva che, trattandosi di procedure connesse, specie nel caso di loro obbligatorietà a pena di improcedibilità, la parte fosse costretta a passare da questa fase, ed era ovvio che il ricorso al giudizio (in tal caso con l'ammissione al patrocinio) potesse aversi solo in caso di fallimento della fase stragiudiziale (avendo in alternativa le parti, evidentemente, raggiunto l'accordo che escludeva la necessità del processo). Un'interpretazione logica e costituzionalmente orientata poteva in tal caso portare a leggere la norma come se consentisse, in caso di fallimento, la liquidazione dei compensi *anche* per le previe fasi conciliative, in quanto connesse. E così sembra si fosse orientata la giurisprudenza per la mediazione⁽⁴⁷⁾. Per quanto riguarda la negoziazione, il dettato dell'art. 3, comma 6, d.l. n. 132/2014 causava invece non pochi problemi all'estensione del beneficio, esprimendosi in termini generali a proposito del divieto dell'avvocato di richiedere o percepire compensi per la fase negoziale.

Nel quadro delineatosi a seguito della pronuncia della Corte costituzionale, non era evidentemente impedito, a proposito dei casi di fallimento degli strumenti alternativi e successivo processo, di ricorrere all'interpretazione estensiva sopra prospettata. E ciò perché la preoccupazione della Corte era proprio (e solo) quella di disciplinare i casi (non espressamente disciplinati e non risolvibili in via analogica) in cui il ricorso alle procedure alternative fosse obbligatorio e di successo, con l'effetto che non vi fosse, pertanto, un giudice competente a liquidare le spese per la fase conciliativa. E si poteva perciò ritenere implicitamente operante (la Corte sembra anzi legittimarlo) l'orientamento che prevedeva la possibilità di liquidare le spese anche per le fasi conciliative nel caso di processo avviato dopo il loro

⁴⁷ Lo danno per scontato tanto le ordinanze di rimessione del Trib. Oristano, 8 luglio 2020 n. 188, e del Trib. Palermo, 17 marzo 2021 n. 115, quanto la stessa pronuncia della Corte Cost., 20 gennaio 2022 n. 10, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 641 ss., con nota di P. SANDULLI, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato*.

fallimento.

A tal riguardo, peraltro, la legge delega aveva un'ampia prospettiva, poiché l'art. 1, comma 4, lett. a), l. 206/2021, prevedeva semplicemente «l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita». Al contrario, il legislatore delegato si è limitato a occuparsi del caso già disciplinato dalla Corte costituzionale (peraltro in maniera non conforme), creando così un grave problema interpretativo.

In favore della riconoscibilità del beneficio in caso di infruttuoso utilizzo degli strumenti alternativi, però, muovono diversi indici. Innanzitutto, la regolamentazione esplicita di un caso, per motivi di tipo procedurale (manca il giudice competente a deliberare), non esclude l'ammissione dei casi non (espressamente) disciplinati. In tal senso, è rilevante la circostanza che il legislatore delegato non sia intervenuto sulle norme del d.P.R. n. 115/2002, rimaste invariate, ma esclusivamente sulle norme che regolano mediazione e negoziazione assistita, potendosi così sostenere un'operatività congiunta delle diverse previsioni.

In secondo luogo, è stato abrogato il comma 6 dell'art. 3, che impediva al legale di richiedere compensi per la fase negoziale (si può ritenere, dunque, che ciò suoni come il definitivo e generale riconoscimento della possibilità di ricorrere al beneficio, sia in caso di successo, sia in caso di insuccesso).

Ancora, la pronuncia della Corte costituzionale riconosce implicitamente, ma chiaramente, la legittimità dell'interpretazione estensiva degli artt. 75 e 83 d.P.R. n. 115/2002.

Infine, in un duplice passaggio della relazione di accompagnamento sembra chiaramente riconoscersi questo “doppio binario”, laddove si dice che «la disciplina speciale adottata in attuazione della delega è destinata, infine, ad essere applicata nei casi nei quali la procedura di negoziazione non ha comportato, durante il suo intero svolgimento, di svolgere una parte della lite in sede giurisdizionale. Tale differente ambito di applicazione delle due discipline induce a non intervenire sul vigente TUSG», e poi chiaramente che «ove invece la parte ammessa in via provvisoria, avendo soddisfatto la condizione di procedibilità ma senza raggiungere un accordo, è legittimata a presentare domanda giudiziale», «in tal caso, la liquidazione del compenso al difensore della parte non abbiente avviene secondo le regole del TUSG».

ABSTRACT

Il contributo si occupa delle novità apportate dalla riforma Cartabia alla negoziazione assistita.

The paper concerns the newly introduced rules on assisted negotiation contained in the Cartabia reform

MARIA ALORIS PILATO
(Mediatore civile e commerciale)

LA REALTÀ DIALOGICA: CONFLITTO E MEDIAZIONE*

Sommario: 1. Il ruolo del mediatore nell'ambito del procedimento conciliativo 2. Il principio di riservatezza 3. La proposta del mediatore e l'accordo raggiunto dalle parti all'esito del procedimento conciliativo 4. Conclusioni

1. IL RUOLO DEL MEDIATORE NELL'AMBITO DEL PROCEDIMENTO CONCILIATIVO

La mediazione mediante l'intervento maieutico di un terzo esterno alla controversia è un processo che enfatizza il ruolo delle parti nel disvelamento del nuovo assetto da conferire ai propri interessi. Il confronto tra i soggetti coinvolti nel conflitto è condotto in modo non autoritativo dal mediatore, il quale non impone soluzione alcuna, ma facilita la comunicazione tra le parti, affinché emergano le reali pretese e i bisogni delle stesse in funzione della conciliazione, nonché della composizione bonaria della controversia in essere. Nel rispetto dell'autodeterminazione delle parti, infatti, il mediatore, comprendendo gli interessi delle parti, le induce a prospettare la soluzione più idonea alla conflittualità insorta, adoperandosi affinché questa generi comunicazione annullando ogni contesa.

La differenza sostanziale della sentenza o del lodo arbitrale rispetto alla soluzione conciliata consiste nella risoluzione del conflitto, nei primi due casi, mediante la determinazione di un vinto e di un vincitore. La mediazione, invece, rivolge l'attenzione all'individuazione di una ipotesi conciliativa condivisa tra le parti che definisca i reciproci rapporti ed utilizzi l'equità come criterio di risoluzione dei contrasti insorti tra le stesse. Detta tecnica, pertanto, avvicina mediante un percorso di consapevolezza le parti, con la finalità di trasformare il conflitto in un'opportunità di cambiamento attraverso soluzioni di reciproca soddisfazione soggettiva e

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

di comune vantaggio oggettivo. Le parti in conflitto sono personalmente coinvolte nella procedura conciliativa, la quale si avvale di un soggetto terzo neutrale che possiede una visione oggettiva del conflitto e agevolante la ricerca di rapide ed inaspettate soluzioni alla conflittualità in essere, nel rispetto della riservatezza. Il mediatore, dotato di una sorta di autorità morale che gli consente di ascoltare con discrezione e comprendere le dinamiche conflittuali senza prendere decisioni, individua con acutezza percettiva i reali bisogni delle parti rimanendo efficacemente invisibile alle stesse e non essendo mai invadente. Questi, deve informare le parti del principio di autodeterminazione che permea l'intera procedura conciliativa, operare con trasparenza e diligenza, oltre che condurre la mediazione in modo imparziale ed evitando ogni conflitto di interessi, formulare, nei casi previsti, una proposta non contraria all'ordine pubblico o a norme imperative, corrispondere immediatamente ad ogni richiesta organizzativa dell'organismo, nonché redigere il verbale che cristallizzi in modo fedele le dichiarazioni di volontà delle parti⁽¹⁾. Al mediatore è fatto divieto, inoltre, di assumere diritti e/o obblighi connessi direttamente o indirettamente con gli affari trattati, ad eccezione di quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio. Gli è fatto divieto, altresì, di percepire compensi direttamente dalle parti.

L'istituto della mediazione è improntato sulla logica privatistica e liberale, la quale attribuisce rilevanza al confronto tra le parti in ordine alle problematiche fattuali e giuridiche insorte e alle quali conferire un equilibrato ordine. Il mediatore coordina e indirizza le negoziazioni, canalizzando le discussioni in modo tale da giungere ad intese e dissuadendo le parti da questioni che si configurano essere quali gratuite occasioni di conflitto.

L'attività svolta dal conciliatore è quella di gestire abilmente le informazioni derivanti dalle sessioni separate e congiunte, oltre che di comprendere gli equilibri sussistenti tra le parti, adoperandosi affinché il confronto tra queste, non degeneri nella sterile riaffermazione di personalissime posizioni di contrasto.

Nell'ipotesi di fallimento delle trattative spontanee, possono prefigurarsi i seguenti scenari e precisamente:

a) proposta facilitativa⁽²⁾: formulata anche senza il consenso delle parti e il cui

¹ Trib. Roma, Sez. III, ordinanza del 25 gennaio 2016, in *Quot. giur.*, 2016.

² Trib. Busto Arsizio, ordinanza del 10 febbraio 2021, in *De Jure*. Il Tribunale di Busto Arsizio in detta ordinanza indica alle parti in causa il termine per esperire la procedura di mediazione obbligatoria e invita il mediatore a formulare una proposta conciliativa anche in assenza di richiesta delle parti. Nel

rifiuto non determina alcuna conseguenza giuridica;

b) proposta aggiudicativa⁽³⁾ (o attributiva): formulata ad istanza concorde dei litiganti e che, se declinata, può incidere sulla distribuzione delle spese processuali nell'eventuale processo celebrato sul medesimo oggetto.

A parere di parte della dottrina, il mediatore, nel definire la proposta aggiudicativa, deve effettuare una valutazione prognostica sui verosimili esiti di un eventuale processo civile, attenendosi il più possibile agli stessi⁽⁴⁾. Secondo detta interpretazione, pertanto, il mediatore si trasforma in un ausiliario atipico del Giudice.

Nel caso in cui detta valutazione prognostica non fosse possibile, stante l'assenza di elementi istruttori, la proposta aggiudicativa dovrebbe attenersi a criteri equitativi. Tali orientamenti, tuttavia, non appaiono condivisibili, in quanto non sussiste alcuna norma che imponga la conformità della proposta aggiudicativa a criteri

caso in specie si verte in materia bancaria, pertanto il Giudice dispone che le parti attivino la procedura di mediazione come condizione di procedibilità *ex art. 5 comma 1 bis d.lgs. 28/2010*, disponendo quanto segue: «le parti nella scelta dell'Organismo di Mediazione devono rivolgersi ad Enti il cui Regolamento non contenga clausole limitative del potere, riconosciuto al mediatore dall'art. 11 comma 2 del d.lgs. 28/2010, di formulare una proposta di conciliazione quando l'accordo amichevole tra le parti non è raggiunto, in particolare restringendo detta facoltà del mediatore al solo caso in cui tutte le parti gliene facciano concorde richiesta». Sulla scorta di quanto precede, con l'Ordinanza in questione il Giudice invita il mediatore, qualora lo svolgimento della mediazione si concluda senza un accordo amichevole a formulare una proposta di conciliazione, anche in assenza di concorde richiesta delle parti, valorizzando le eventuali risultanze peritali acquisite nel corso della procedura di mediazione; in caso contrario, ad illustrare puntualmente le ragioni che lo hanno eventualmente indotto a ritenere non opportuno formulare una proposta conciliativa.

Secondo Trib. Gorizia, 3 giugno 2021, in *De Jure*, detto provvedimento è relativo ad un procedimento giudiziale di convalida di sfratto, proseguito con il mutamento in rito speciale *ex art. 667 c.p.c.* Il Giudice del Tribunale di Gorizia ha innanzitutto rilevato che la controversia rientra tra quelle per cui è prevista la mediazione obbligatoria a pena di improcedibilità *ex art. 5 d. lgs. n. 28/2010*, come novellato dal d.l. n. 69/2013, conv. in legge n. 98/2013. Conseguentemente, ha precisato che il mediatore può formulare una proposta tutte le volte in cui le parti non raggiungono l'accordo, anche in assenza di una richiesta congiunta di queste ultime. In caso contrario, il mediatore dovrà indicare le ragioni per le quali non ha ritenuto utile formulare alcuna proposta.

³ M. BOVE, in AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, 21; E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della cd. proposta aggiudicativa del mediatore*, in www.judicium.it; Trib. Ravenna, 18 gennaio 2022 n. 32, in www.101mediatori.it. L'ingiustificato rifiuto della proposta formulata da una delle parti in sede di mediazione può portare alla condanna alle spese legali *ex art. 91, comma 1, secondo periodo c.p.c.*

⁴ F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e il ruolo dell'Avvocatura*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 131; G. MONTELEONE, *La mediazione forzata*, in www.judicium.it; L. BOGGIO, in AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali. Metodo e regole*, Milano, 2011, 281.

giuridici e, inoltre, il mediatore, non dovendo necessariamente appartenere alla categoria degli operatori giuridici, può incontrare degli impedimenti nell'individuazione della soluzione della controversia secondo diritto⁽⁵⁾.

Il legislatore non definisce chiare e perentorie indicazioni in capo al mediatore in merito alla tecnica persuasiva e negoziale più opportuna per la risoluzione della conflittualità in essere, in quanto sussiste un'oggettiva difficoltà ad individuarne una valida da applicare al dispiegarsi di ciascuna ipotesi di contrasto tra le parti. Inoltre, verrebbe irrimediabilmente frustrata la professionalità dello stesso, con contestuale sua riduzione ad un mero esecutore di direttive normative, privo di autonomia negoziale.

A tal proposito, come agevolmente deducibile in modo sistematico dalle disposizioni normative di cui al testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo 28/2010 e specificatamente dagli articoli 9, 10 e 14 del citato testo, il mediatore deve operare con professionalità, serietà e dedizione nello svolgimento dell'incarico conferitogli.

Ogni qualvolta sussista una relazione o un rapporto di coinvolgimento oggettivo nella controversia si configura una ipotesi di conflitto di interessi⁽⁶⁾.

⁵ L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 579.

⁶ Il Tar Lazio annulla la regolamentazione ministeriale sulle incompatibilità ed il conflitto di interessi degli avvocati mediatori (Tar Lazio, Sez. I, 1 aprile 2016, n. 3989), in www.altalex.com.

Il Tar Lazio con sentenza in commento ha ritenuto illegittima la disciplina delle incompatibilità del mediatore di cui all'art. 14 bis del d.m. 180/10 come modificato dall'art. 6 del d.m. 139/14. La sentenza del Tar Lazio ha annullato l'art. 14-bis del d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, (introdotto dall'art. 6 del d.m. 4 agosto 2014, n. 139), che, nel regolare le materie dell'incompatibilità e del conflitto di interessi del mediatore civile e commerciale ex d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, non circoscrive il divieto di assumere l'incarico al solo avvocato difensore della parte, ma lo estende anche ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino la professione negli locali dell'organismo di mediazione. In particolare con la sentenza in esame il T.A.R. Lazio ha eliminato le incompatibilità ed i conflitti di interesse dei mediatori volti a limitare, soprattutto agli avvocati, la possibilità di svolgere incarichi di mediazione. Le incompatibilità ed i conflitti di interessi per gli avvocati-mediatori dovranno, dunque, essere stabilite dai regolamenti e dai codici etici degli organismi di mediazione.

L'art. 14-bis comma 1 del decreto del Ministro della Giustizia del 18 ottobre 2010 n. 180 stabiliva che: *"Il mediatore non può essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti in procedure di mediazione dinanzi all'organismo presso cui è iscritto o relativamente al quale è socio o riveste una carica a qualsiasi titolo; il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino la professione negli stessi locali" [...]* *"I...il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino la professione negli stessi locali"*.

L'annullamento di tale norma da parte del Tar Lazio trova la propria ragion d'essere nella impossibilità

Il mediatore deve sottoscrivere all'inizio del procedimento una dichiarazione di imparzialità e può essere sostituito ad istanza di parte, qualora ci sia fondato motivo di temere un conflitto di interessi o un coinvolgimento di parte. Sussiste responsabilità in capo allo stesso in caso di dolo o colpa grave, che si verifica nella circostanza in cui vengano omesse informazioni alle parti e all'organismo della mancanza di indipendenza e imparzialità. È ravvisabile a tal proposito, infatti, l'obbligo posto in capo al mediatore di comunicare immediatamente al responsabile dell'organismo e alle parti tutte le circostanze, emerse durante la procedura, idonee ad incidere sulla sua indipendenza e imparzialità.

2. IL PRINCIPIO DI RISERVATEZZA

Il principio di riservatezza permea l'intera procedura conciliativa.

Le violazioni del dovere di riservatezza, tali da configurare una responsabilità in capo al mediatore, potrebbero essere ravvisate nel caso in cui questi riveli, senza il consenso delle parti, informazioni riservate assunte nelle sessioni separate, sulle quali la parte facesse affidamento nel momento del perfezionamento dell'accordo. Gli aspetti sostanziali di detto principio sono disciplinati dall'art. 9 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo 28/2010, il quale prevede, quale principale obbligazione del mediatore e di chiunque presti la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito della procedura conciliativa, il mantenimento della riservatezza in ordine alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso del tentativo di conciliazione. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è, altresì, tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti.

La *ratio* sottesa al regime di segretezza in questione va individuata nella necessità di favorire l'instaurazione di un clima di libero, leale e sincero confronto sia nelle sessioni congiunte che in quelle separate. La consapevolezza della segretezza della procedura, infatti, consente alle parti di esporre la propria realtà percepita

er il ministero di disciplinare il tema della imparzialità, della indipendenza e, conseguentemente, le incompatibilità dei mediatori.

Spetterà, dunque, ai singoli organismi di mediazione il compito di dotarsi di un codice deontologico e di un regolamento, riservando al ministero la semplice attività di vigilanza.

nella consapevolezza fiduciosa della non utilizzabilità, in difetto di consenso, di quanto detto. L'art. 10 del testo coordinato di cui sopra prevede, inoltre, un regime di complementare inutilizzabilità probatoria dell'informazione assunta.

Deroghe al principio di riservatezza sono previste nel caso in cui sussista un obbligo di legge che imponga la non riservatezza, ove vi sia pericolo per la vita, l'integrità fisica e psicologica delle persone e dei bambini, in presenza di superiori esigenze di ordine pubblico, nonché nella circostanza in cui le parti e il mediatore, di comune accordo, dichiarino di rinunciare alla riservatezza del procedimento. In tale ultima ipotesi, in considerazione del fatto che le norme sulla riservatezza delle informazioni e delle dichiarazioni rese in sede di mediazione sono state introdotte a tutela delle parti, si precisa che, queste, rientrano nel novero dei diritti disponibili, cui la parte può derogare. Le dichiarazioni e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non potranno essere utilizzate nel giudizio e, in merito al contenuto delle stesse, non è ammessa prova testimoniale né può essere ammesso giuramento decisorio⁽⁷⁾.

Il mediatore, inoltre, non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti l'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni di cui all'art. 200 del codice di procedura penale e si estendono tutte le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni di cui all'art. 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili. Il Tribunale di Roma con l'ordinanza del 25 gennaio 2016 ha precisato il perimetro del principio di riservatezza, il quale, deve riferirsi al solo contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione, nonché al merito della lite e non già a circostanze che attengono alle modalità di

⁷ Trib. Udine, Sez. I, decreto del 7 marzo 2018, in *De Jure*. L'art. 10 del d.lgs. 28/2010 sancisce il principio di riservatezza relativo all'impossibilità per il mediatore di deporre sul contenuto delle dichiarazioni e delle informazioni rese nel procedimento di mediazione. Tale principio, però, deve essere riferito esclusivamente alle dichiarazioni relative al merito della controversia. Al contrario, tutte le dichiarazioni che attengono alle modalità di partecipazione alla mediazione devono essere obbligatoriamente riportate nel verbale e, qualora lo stesso risulti lacunoso, è ammissibile non solo l'utilizzo dello stesso durante il processo, ma anche la testimonianza del mediatore. La deroga al principio generale dettato dall'art. 10 è possibile in quanto la fase di identificazione delle parti non ha alcun contenuto sostanziale, non essendosi ancora affrontata nel merito la controversia. Nel caso di specie, eccettiva la mancata partecipazione personale della controparte, il giudice ha ritenuto opportuno ammettere l'istanza con la quale l'attore chiedeva di assumere la prova testimoniale del mediatore. Ciò al fine di integrare la non completa verbalizzazione di quanto accaduto all'incontro.

partecipazione delle parti alla procedura⁽⁸⁾. La verbalizzazione in sede di mediazione della condotta delle parti, infatti, è necessaria a consentire al giudice di verificare la condotta di queste. Detto controllo è indispensabile ai fini della verifica del soddisfacimento della condizione di procedibilità della domanda e, quindi, per sanzionare l'eventuale mancata o irrituale partecipazione al procedimento delle parti. Il giudice, infatti, non può giungere ad una dichiarazione di improcedibilità della domanda o applicare la sanzione pecuniaria di cui all'art. 12 bis del testo coordinato al decreto legislativo 28/2010 in analisi, senza avere una conoscenza fattuale delle circostanze e senza una valutazione dell'irritualità di queste.

Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al primo incontro del procedimento di mediazione, infatti, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, secondo comma del codice di procedura civile, condannare, altresì, la parte assente ingiustificatamente al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio, e nei casi di cui al comma 2 dell'art. 12 bis, con il provvedimento che definisce il giudizio, può, altresì, se richiesto, condannare la parte soccombente che non ha partecipato alla mediazione al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determi-

⁸ Trib. Roma, Sez. III, ordinanza del 25 gennaio 2016, in *Quot. giur.*, 2016. Il mediatore deve verbalizzare la volontà delle parti che intendono entrare in mediazione e le ragioni di quelle che si rifiutano. Il principio relativo alla riservatezza delle dichiarazioni delle parti deve essere riferito al solo contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione, vale a dire al merito della lite. Ogni qualvolta, invece, tali dichiarazioni, quand'anche trasposte al di fuori del procedimento di mediazione, riguardano circostanze che attengono alle modalità della partecipazione delle parti alla mediazione e allo svolgimento della stessa, va predicata l'assoluta liceità della verbalizzazione e dell'utilizzo da parte di chicchessia. In tale ambito una compiuta verbalizzazione è necessaria al fine di consentire al giudice la conoscenza del contenuto della condotta delle parti nello specifico contesto di cui trattasi; conoscenza indispensabile in relazione alle previsioni del d.lgs. n. 28/2010 relative alla procedibilità delle domande ed all'art. 8, co. 4 bis, dello stesso decreto, nonché, in via generale, dell'art. 96, co. 3, c.p.c.: «A tale proposito, oltre alla dichiarazione consistente nella risposta alla predetta domanda, è necessario e doveroso che venga verbalizzata la ragione del rifiuto a proseguire nella mediazione vera e propria. Ciò, sempre che la parte dichiarante la esponga e chiedi la relativa verbalizzazione. Inoltre, nell'ambito delle attività del mediatore, sarebbe buona prassi degli organismi fornire alle parti, oltre le informazioni che la legge prevede, quelle relative allo stato della giurisprudenza sulle questioni più rilevanti e di interesse in tema di mediazione».

In mancanza di qualsiasi dichiarazione, autorizzativamente verbalizzata, della parte, sulla ragione del rifiuto di proseguire nel procedimento di mediazione, tale rifiuto va considerato non giustificato.

Le conseguenze di tale rifiuto – ingiustificato – di procedere nella mediazione sono sovrapponibili alla mancanza *tout court* della partecipazione alla mediazione.

nata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione.

Inoltre, il giudice trasmette copia del provvedimento adottato nei confronti di una delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei Conti e copia del provvedimento adottato nei confronti di uno dei soggetti vigilati all'autorità di vigilanza competente.

Alla luce delle predette conseguenze processuali della mancata partecipazione al procedimento di mediazione, necessario è definire in modo preciso la condotta che le parti hanno tenuto nell'ambito del procedimento conciliativo. Il Tribunale di Roma con l'ordinanza del 14 dicembre 2015⁹⁾ contestava all'avvocato di parte attrice la violazione del principio di riservatezza poiché, questi, aveva riportato nel verbale di udienza il contenuto di alcune PEC e dei verbali di mediazione, al fine di evidenziare le motivazioni dell'assenza di alcune parti chiamate in mediazione. Il giudice ha affermato, pur ribadendo che il procedimento di mediazione è improntato sulla riservatezza, la liceità di detto comportamento volto ad evidenziare il comportamento irrituale assunto da alcune parti del procedimento assenti in mediazione. Dette posizioni, infatti, secondo il giudice, poiché riferibili a circostanze che attengono alla possibilità di valutare la ritualità o meno della partecipazione delle parti al procedimento, sono lecite, in quanto volte a fornire la corretta conoscenza delle posizioni assunte dalle parti e valutabili ai fini dell'applicazione delle sanzioni del caso ai sensi dell'art. 96 del codice di procedura civile e dell'art. 8, co. 4, del decreto legislativo 28/2010. Sono, invero, illecite le trasposizioni nel verbale di udienza delle dichiarazioni rilasciate dalle parti durante la mediazione e riferibili al contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione.

L'ordinanza n. 78493 del 17 marzo 2014 del medesimo Tribunale capitolino, esaminando la questione dell'utilizzabilità in sede giudiziaria di un accertamento tecnico svolto in mediazione, aveva ritenuto che il risultato tecnico-specialistico di un accertamento del perito non fosse da ritenere coperto dalla riservatezza che permea le dichiarazioni e informazioni fornite dalle parti in seno alla mediazio-

⁹⁾ Trib. Roma, Sez. XIII civile, ordinanza del 14 dicembre 2015, in *De Jure*. Il mediatore è tenuto a trascrivere qualsiasi elemento fattuale utile al giudice per valutare la ritualità della partecipazione. Si precisa, altresì, che l'intera procedura di mediazione è improntata sul principio di riservatezza, «al fine di garantire la massima libertà delle parti di poter fra loro dialogare, esporre i propri punti di vista, effettuare proposte, ammissioni, richieste, chiarimenti e quant'altro».

ne⁽¹⁰⁾. Il provvedimento evidenzia, infatti, che i divieti previsti dalla legge hanno ad oggetto esclusivamente le dichiarazioni delle parti e non anche l'attività del consulente incaricato durante il procedimento di mediazione.

3. LA PROPOSTA DEL MEDIATORE E L' ACCORDO RAGGIUNTO DALLE PARTI ALL'ESITO DEL PROCEDIMENTO CONCILIATIVO

L'itinerario procedimentale dell'istituto della mediazione civile e commerciale attribuisce specifici doveri in capo a tutti i protagonisti della parentesi conciliativa e, quindi, anche in capo al mediatore, il quale, ultimata la fase informativa tipica del primo incontro programmatico, nella quale alle parti devono essere chiarite la funzione e le modalità di svolgimento della procedura, crea le premesse per un confronto sereno e collaborativo tra i protagonisti del conflitto, al fine di eliminare ogni anche solo ipotetica situazione ostacolante il raggiungimento dell'accordo amichevole.

Durante la fase procedurale delle trattative, infatti, un soggetto terzo professionalmente qualificato, dotato di specifiche conoscenze e di esperienza nella ricerca di una soluzione alternativa della controversia, agevola le parti nel tentativo di addivenire ad una risoluzione pacifica della controversia in essere. Il procedimen-

¹⁰ Tribunale di Roma, Sezione XIII, ordinanza 17 marzo 2014 n. 78493, in www.giustiziacivile.com. Il giudice ha dichiarato la relazione dell'esperto producibile. Il giudice chiarisce, altresì, che le dichiarazioni delle parti è corretto rimangano riservate, in quanto potrebbero assurgere in causa a valore di confessione stragiudiziale. Stessa cosa non può dirsi per l'accertamento peritale. Inoltre, la producibilità della relazione peritale risponde ad un equilibrato temperamento tra l'esigenza di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono nel corso ed all'interno di tale procedimento. La relazione svolta nell'ambito del procedimento di mediazione può essere considerata una cd. prova atipica. Come tale il giudice non potrà fondare la sentenza su tale prova, ma potrà utilizzarla «secondo scienza e coscienza con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, le istanze e i rilievi delle parti» ed altresì «per trarne argomenti ed elementi utili di formazione del suo giudizio» ovvero anche «per costituire il fondamento conoscitivo ed il supporto motivazionale della proposta del giudice ai sensi dell'art.185-bis c.p.c.».

Trib. Roma, sentenza 25 gennaio 2022 n. 1094, in www.101mediatori.it: «La relazione redatta da un consulente tecnico nel corso di un procedimento di mediazione che si conclude senza l'accordo può essere prodotta nel successivo giudizio ad opera di una delle parti, senza violare le regole della riservatezza, in virtù di un equilibrato temperamento fra l'esigenza di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità ed utilità delle attività che si compiono nel corso e all'interno di tale procedimento».

to di mediazione, in caso di raggiungimento dell'accordo, trova cristallizzazione in un verbale di accordo, il quale, anche se redatto dal mediatore, risulta essere direttamente imputabile alle parti, quale atto dalle stesse voluto e contenente la nuova regolamentazione dei reciproci interessi con la conseguente estinzione della controversia insorta.

La formulazione da parte del mediatore di una proposta, conseguentemente alla richiesta congiunta delle parti, non inficia la prerogativa contrattuale dell'accordo conciliativo, nonostante la partecipazione attiva dallo stesso ricoperta nell'ambito della procedura e nella definizione dell'accordo conciliativo. La manifestazione del libero consenso di tutte le parti del procedimento implica il perfezionamento dell'accordo conciliativo che, in caso di proposta del mediatore, richiede il rispetto di particolari formalità. La proposta del mediatore deve, infatti, essere comunicata alle parti per iscritto affinché, nel termine di sette giorni o nel maggior termine indicato dal mediatore, le stesse, facciano pervenire, nella medesima forma, il proprio consenso o dissenso.⁽¹¹⁾ La ricezione del rifiuto delle parti, oltre che la mancanza di risposta di queste nel suddetto termine, preclude il perfezionarsi dell'accordo conciliativo.⁽¹²⁾ La legge prevede, infatti, che la mancata comunicazione di una risposta implica il rifiuto della proposta formulata. Ai sensi dell'art. 13 del testo coordinato al decreto legislativo in oggetto, nel caso in cui il provve-

¹¹ Trib. Catania, Sez. IV, sentenza 1 marzo 2019 n. 898, in www.altalex.com. La parte vittoriosa che rifiuta immotivatamente una proposta conciliativa di un importo pari (o maggiore) a quello poi accertato della sentenza, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., va condannata al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte soccombente dal momento della formulazione della proposta in avanti. Nel caso di specie, tale regola – forse eccessivamente penalizzante per la parte vittoriosa – viene mitigata dal generale principio di soccombenza in modo tale che la condanna della parte soccombente alla refusione delle spese di lite dell'intero giudizio dia origine ad una sorta di compensazione, consentendo un equo contemperamento degli interessi delle parti.

¹² Trib. Verona, Sez. III, sentenza del 28 febbraio 2014, in www.altalex.com. Anche nel processo civile come nella mediazione obbligatoria, la parte che rifiuta una proposta poi rivelatasi identica nel contenuto alla sentenza del giudice, può essere condannata al pagamento delle spese processuali sostenute dalla controparte dal momento in cui essa è stata formulata. Questo è quanto avvenuto nel caso in esame laddove il ricorrente rifiutava una proposta in corso di causa, il cui equivalente monetario è stato sostanzialmente confermato nella successiva sentenza del Giudice. La soluzione a cui è giunto il giudice del Tribunale di Verona si fonda sulla scorta di una duplice interpretazione: da un canto, sulla circostanza che la riduzione anche sensibile della somma richiesta con la domanda, giustifica la compensazione delle spese, dall'altro tale principio può essere combinato con il meccanismo di liquidazione di cui all'art. 91, comma 1, seconda parte, che consente di condannare colui che abbia rifiutato senza giustificato motivo la proposta conciliativa al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della stessa.

dimento che definisca il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 commi primo, secondo e terzo del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui sopra si applicano, altresì, alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, co. 4.

Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

Il mediatore incaricato della procedura deve per legge autenticare le sottoscrizioni del verbale di mediazione effettuate dalle parti. L'accordo raggiunto dalle parti all'esito del procedimento di mediazione produce gli effetti propri di qualunque contratto, ai sensi e dell'art. 1372 c.c.

In caso di mediazione volontaria, il cui esito è un verbale conciliativo esclusivamente sottoscritto dalle parti e non anche dai rispettivi avvocati di fiducia, ove il contenuto dell'accordo non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative e, previo accertamento della regolarità formale, lo stesso può essere omologato con decreto del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo.

Conseguentemente all'avvenuta omologazione, l'accordo conciliativo consegue effetti ulteriori rispetto a quelli di un atto di autonomia privata. Le parti che abbiano conciliato la lite, infatti, conseguono immediatamente un titolo idoneo a soddisfare coattivamente i propri diritti. L'istanza di omologazione deve essere rivolta al presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo prescelto per la mediazione. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'art. 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione. L'omologazione, ai sensi dell'art. 12, comma 1 del decreto legislativo 28/2010 può essere concessa solo quando il contenuto dello stesso non

sia contrario all'ordine pubblico e a norme imperative e previo accertamento della sua regolarità formale.

Il controllo da parte dell'autorità giudiziaria non è, quindi, limitato agli aspetti formali, ma esteso al merito dell'accordo, sia pure solo sul piano della legalità delle soluzioni convenute.⁽¹³⁾ Si tratta, quindi, di un controllo di regolarità formale e di legalità sostanziale, ai fini del conferimento dell'esecutività all'accordo conciliativo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

In caso di rigetto dell'omologazione il giudice trasmette al responsabile dell'organismo di mediazione e all'organismo stesso copia del provvedimento di diniego. In caso di mediazione obbligatoria, invece, non sussiste alcun obbligo di richiesta omologa al presidente del tribunale, ai fini dell'esecutività, in quanto il verbale di accordo sottoscritto dalle parti, dai loro difensori di fiducia e dal mediatore costituisce titolo idoneo ad agire *in executivis*. In particolare, esso costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Come per gli altri titoli stragiudiziali, l'accordo deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'art. 480, secondo comma del codice di procedura civile.

La fase delle trattative è l'ambito operativo in cui si manifesta la competenza poliedrica del mediatore, il quale, stante il ruolo ricoperto, volto ad avvicinare le opposte rivendicazioni, non può limitarsi ad essere un esperto della materia oggetto della dinamica conflittuale posta sotto la propria attenzione. La sola conoscenza tecnica della materia non è, pertanto, sufficiente, essendo, invero, imprescindibile la dote-capacità della persuasione, oltre che una naturale propensione all'equi-vi-

¹³ Trib. Firenze, Sez. II, decreto del 2 luglio 2015, in *De Jure*. La questione prende spunto da un procedimento di mediazione volontaria nel quale le parti dinanzi al mediatore e senza l'assistenza degli avvocati, giungevano ad un accordo sottoponendolo successivamente al vaglio del Presidente del Tribunale per ottenere l'omologazione. Il Giudice, non potendo verificare la conformità dell'accordo all'ordine pubblico e alle norme imperative stante l'assenza di ogni indicazione circa la causa delle pretese creditorie e la peculiarità delle condizioni ivi pattuite, invitava le parti e l'Organismo ad integrare la documentazione, attività che non avveniva correttamente decretando perciò il rigetto dell'istanza di omologa. Trib. Lamezia Terme, decreto del 17 febbraio 2012, in www.altalex.com: il verbale di accordo raggiunto nel procedimento di mediazione civile, può essere omologato quando non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative (art.12 d.lgs. n. 28/2010). A tal fine, la verifica di ordine pubblico non può prescindere da una delibazione sulla corretta instaurazione del contraddittorio tra tutti i soggetti giuridicamente interessati alla situazione sostanziale dedotta in lite.

cinanza alle parti in conflitto. La mediazione, ed anche l'obbligatorietà della stessa in taluni casi, altro non è che il riconoscimento pieno e di sostanza dell'interesse del soggetto ad autodeterminarsi in campo negoziale. Questa si contraddistingue, invero per la totale assenza di supremazia e di potere decisorio in capo al terzo, il quale, con atteggiamento realmente fiduciario nelle potenzialità dei protagonisti del dramma conflittuale, disvela una verità terza non ipotizzata dalle stesse parti. L'intervento di coordinamento del mediatore non deve intendersi come mero ascolto e somministrazione di informazioni alle parti, in quanto coerentemente con la *ratio* dell'istituto della mediazione civile e commerciale, questi, deve adoperarsi «*affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia*». Il mediatore, infatti, governa sapientemente il confronto tra le parti indirizzandolo verso una dimensione agevolativa il raggiungimento dell'accordo ed eliminando questioni che rappresentano esclusivamente gratuite occasioni di conflitto.

Il coordinamento delle informazioni assunte durante le sessioni separate e congiunte risulta, pertanto, essere un adempimento caratterizzato da delicatezza estrema e buon senso ed ha la finalità di evitare che il confronto degeneri nella riaffermazione vuota delle rispettive visioni degli accadimenti e, quindi, del contrasto. Sovente, i difensori delle parti dichiaravano l'impossibilità di iniziare il procedimento di mediazione in considerazione delle insufficienti e inadeguate proposte precedentemente formulate e le parti iniziavano a confrontarsi nel merito della controversia prima di essersi pronunciate in merito all'effettivo avvio della mediazione esprimendosi favorevolmente all'apertura dello stesso, solo se prossime al raggiungimento di un'intesa.⁽¹⁴⁾ Dette consuetudini sminuivano l'importanza della funzione del mediatore ed elidevano le funzioni sostanziali dello strumento conciliativo.⁽¹⁵⁾ È, infatti, evidente che il confronto tra le parti si sarebbe potuto svolgere solo successivamente alla dichiarazione favorevole di aprire le negoziazioni, nonché, quando il mediatore avrebbe, pertanto, acquisito il potere

¹⁴ Trib. Pavia, sentenza 28 dicembre 2021 n. 1637, in www.101mediatori.it. La mancata partecipazione al procedimento di mediazione per asserita inutilità può essere valutata dal Giudice ai fini della decisione sulle spese di lite.

¹⁵ F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1203 ss., secondo cui la conciliazione e più in generale i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non devono essere considerati un ripiego a fronte di una situazione drammatica della giurisdizione statale: quasi che, se quest'ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe benissimo fare a meno.

di interessarsi ad ampio spettro della conflittualità in essere.

Per quanto detto, nell'ipotesi in cui le parti chiedevano di rinviare l'incontro preliminare solo per valutare le proposte già formulate in precedenza, il mediatore avrebbe dovuto opporsi specificando a verbale l'irritualità di detta richiesta. Il mediatore, infatti, non ha una funzione meramente notarile consistente nella mera trascrizione o riproduzione di accordi già conclusi. Centralità all'istituto della mediazione è stata riportata, oggi, conseguentemente alla riforma Cartabia, con la previsione specifica che le parti e gli avvocati debbano cooperare in buona fede al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse. Si prevede, altresì, un'indennità calmierata sulla base del valore della controversia per lo svolgimento del primo incontro, il quale ha assunto una nuova configurazione, implicando, questo, la trattazione nel merito della controversia senza in alcun modo lasciare spazio di discrezionalità alle parti sul punto.

4. CONCLUSIONI

La mediazione, quale procedimento di disvelamento di realtà terze impreviste e imprevedibili per le parti in conflitto, si pone come nuovo approccio alla realtà conflittuale. Il mediatore terzo e in possesso di uno specialismo professionale distintivo nel panorama degli amministratori della Giustizia, nella garanzia della riservatezza delle informazioni acquisite durante il corso del procedimento, si adopera, pertanto, affinché le parti elaborino un nuovo ordine da conferire alla relazione conflittuale e a riattivare le naturali capacità di resilienza.

Egli, contribuisce a mantenere un sistema mediativo paritario che evita lo squilibrio di potere tra tutte le parti coinvolte, utilizzando una comunicazione equilibrata e instaurando un clima fiduciario, elemento comunicativo, questo, che permetterà di stabilire e rinnovare le premesse per avviare la fase negoziale della mediazione. Questa, infatti, apre alla progettualità e costituisce la piattaforma dalla quale si avviano i primi negoziati. La competenza empatica del mediatore, nonché la capacità di entrare in relazione e creare una dimensione di sicurezza emozionale, gioca un ruolo fondamentale, ai fini del raggiungimento dell'accordo. Il mediatore attraverso la propria presenza partecipativa vigila sul percorso incerto intrapreso dalle parti con la consapevolezza che l'intensificarsi delle tensioni dialettiche che danno energia e vitalità allo sviluppo e alla trasformazione della relazione

conflittuale, necessitano di essere gestite e che il conflitto sia un aspetto naturale ed inevitabile delle relazioni umane scaturite da bisogni, percezioni e comunicazioni divergenti tra persone che condividono una relazione interpersonale. La mediazione diviene, quindi, uno strumento di gestione delle controversie, oltre che una concreta opportunità per costruire una società che operi sul conflitto secondo logiche preventive dello stesso.

ABSTRACT:

Il presente lavoro analizza criticamente il fondamentale intervento del mediatore nella gestione consapevole dei contrasti ed ha la finalità di agevolare una concezione plastica degli episodi oppositivi insorti tra le parti.

The present work critically analyzes the fundamental intervention of the mediator in the conscious management of conflicts and has the aim of facilitating a plastic conception of the oppositional episodes arising between the parties.

ARTICOLI E SAGGI

ANDREA AVERARDI

(Professore associato di diritto amministrativo nella Scuola IMT Alti Studi Lucca)

***DOMAINES SENSIBLES* E AUTORITÀ DI GARANZIA.
IL CASO DEI GARANTI REGIONALI DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTÀ
E PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA***

Sommario: 1. Premessa 2. Autorità di garanzia dei diritti e *path dependence* 3. Decentramento senza regionalismo e garanti dei diritti 4. Garanti in rete: l'indipendenza istituzionale e il coordinamento tra autorità 5. Funzioni di garanzia e dialogo tra garanti 6. Nuovi itinerari di garanzia e cultura amministrativa: spunti conclusivi

1. PREMESSA

Nell'ultimo trentennio, il panorama istituzionale italiano ha visto diffondersi organismi pubblici, istituiti inizialmente a livello locale e poi statale, di tutela non giurisdizionale di diritti e interessi di cittadini che versano, anche nei rapporti con il potere pubblico, in particolari condizioni di difficoltà⁽¹⁾.

Alla crescente significatività materiale dell'azione di tali figure di garanzia, divenute rapidamente importanti non solo per alcune fasce fragili di popolazione ma anche per le stesse amministrazioni, non è coincisa un altrettanto puntuale considerazione da parte del legislatore, regionale e nazionale, che si è spesso mosso, nel disciplinare l'organizzazione e le funzioni, in modo ondivago e poco lineare.

* Il presente scritto è destinato al volume C. ACOCELLA-F. PINTO (a cura di), *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, Napoli, 2023, in corso di pubblicazione, nel quale sono raccolti gli atti del Convegno «Il Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza nel quadro dei rapporti Stato/Regioni», tenutosi il 6 marzo 2023 presso il Consiglio Regionale della Campania. L'autore è grato ai curatori del volume per aver permesso la pubblicazione in questa sede.

Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Non ci si riferisce, ovviamente, alla situazione del disagio economico, la quale, del resto, necessita di uno strumentario di politiche pubbliche per farvi fronte assai vasto e articolato. A riguardo, di recente, C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, 77 ss.

Nella stessa misura, anche il dibattito scientifico, con ovviamente alcune eccezioni, ha scontato una certa disattenzione verso i “nuovi garanti” di diritti e interessi, tendendo a ricomprenderli entro il generale modello del difensore civico, plasmato sul calco dell’*Ombudsman* nord-europeo e a ricavarne, da questa prospettiva, potenzialità e profili critici.

Nelle riflessioni che seguono si ipotizza una lettura differente, quanto all’inquadramento della natura e, soprattutto del ruolo dei garanti, ritenendo che, nello sviluppo di essi, anche per importanti ragioni di contesto, la dimensione giustiziale, di mediazione e partecipazione, intesa nel senso proprio della difesa civica, sia trascolorata. Di riflesso, si prospetta che questi organismi di garanzia si siano progressivamente andati strutturando, per quanto possibile pure funzionalmente, quali delle peculiari autorità amministrative indipendenti, attive in *domaines sensibles*, sulla falsariga di quanto avviene nell’ordinamento francese e che, pertanto, la loro organizzazione e le loro attività debbano essere valutate e orientate alla luce di tale connotazione istituzionale⁽²⁾.

L’analisi, che si concentra sui garanti per le persone private della libertà personale e sui garanti per l’infanzia e l’adolescenza⁽³⁾, è divisa in tre parti. Nella prima, si dà conto della genesi di queste autorità di garanzia, evidenziando in particolare il rilievo assunto da alcuni condizionamenti, sociali e giuridici, che ne hanno plasmato, in modo originale, i tratti e le competenze, e che hanno portato all’affer-

² Sullo sviluppo delle *autorités administratives indépendantes*, quali organismi di protezione della libertà dei cittadini, attive in ogni settore in cui le libertà dei cittadini possono essere minacciate, dalla mano pubblica o privata, incluse aree diverse da quelle della regolazione dei mercati, tipica delle *independent agencies* americane, si veda M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, 61 ss. Vastissima, ovviamente, la letteratura francese in merito. A mero titolo esemplificativo, si veda M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1994 e, più di recente, J. Mouchette, *La magistrature d’influence des autorités administratives indépendantes*, Paris, 2019.

³ Si deve precisare che lo studio si concentra sulle figure di garanzia regionali e, nei limiti in cui ciò è utile all’analisi, a quelle nazionali. Non saranno invece considerati i garanti sub-territoriali (comunali e provinciali) i quali, pur svolgendo un ruolo di rilievo, presentano caratteristiche autonome, e si connotano per una forte atipicità, anche quanto alla disciplina dei rapporti con gli enti di riferimento. A ogni modo, un quadro dell’organizzazione e delle competenze dei garanti comunali si può rinvenire nel documento *Diritti comuni. Il garante comunale dei diritti delle persone private della libertà personale: dall’analisi dell’esistente, alla proposta di identità uniforme e condivisa*, rapporto redatto Ufficio Garante dei diritti delle persone private della libertà personale del Comune di Torino in collaborazione con l’Università degli Studi di Torino, Clinica legale Carcere e Diritti I, Dipartimento di Giurisprudenza, 2022.

marsi di un forte pluralismo morfologico⁽⁴⁾. Nella seconda, ci si concentra criticamente sulla dimensione “reticolare” del sistema di garanzia dei diritti e sui profili, ancora piuttosto embrionali, del coordinamento, organizzativo e funzionale, tra i diversi garanti, anche nazionali⁽⁵⁾. Infine, tenuto conto della specifica cultura amministrativa entro cui operano, si identificano alcuni fattori di resistenza al radicamento di “garanti senza mercati”, prospettando altresì alcuni possibili scenari di sviluppo di essi⁽⁶⁾.

2. AUTORITÀ DI GARANZIA DEI DIRITTI E *PATH DEPENDENCE*

È usualmente affermato che, anche nell’ordinamento italiano, la tutela dei diritti e degli interessi di alcune peculiari categorie, come le persone private della libertà personale, gli infanti e gli adolescenti, trovi il proprio ascendente storico, là dove affidata a specifiche e indipendenti figure amministrative di garanzia, nel modello dell’*Ombudsman*, di stampo scandinavo⁽⁷⁾.

Si tratta di una considerazione condivisibile sul piano culturale ma, allo stesso tempo, foriera di ambiguità su quello istituzionale e amministrativo e che dunque necessita di essere precisata.

Condivisibile, senz’altro, nella misura in cui è giusto riconoscere una comunanza di fondo, in primo luogo concettuale, tra l’affermarsi dell’idealtipo del difensore civico e di quello dei garanti dei cittadini più vulnerabili.

Sebbene, infatti, la trasposizione della figura di «colui che fa da tramite»⁽⁸⁾, cioè di *facilitatore* e *mediatore* dei rapporti tra privati e potere pubblico, abbia conosciuto, nei numerosi ordinamenti in cui è stata introdotta, adattamenti e mutamenti anche piuttosto significativi⁽⁹⁾, nella loro matrice essenziale i difensori

⁴ *Infra*, para. 2 e 3.

⁵ *Infra*, para. 3 e 4.

⁶ *Infra*, para. 4 e 5.

⁷ Cfr., in generale, M. COMBA, *Ombudsman*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2008, *ad vocem* e i più risalenti contributi in C. MORTATI (a cura di), *L’ombudsman (il Difensore civico)*, Torino, 1974 e G. DE VERGOTTINI, *L’Ombudsman: esperienze e prospettive*, in *Dir. soc.*, 1972, 806 ss.

⁸ È questa una delle formule con cui si è soliti descrivere l’*Ombudsman*. Nella dottrina italiana, specie in passato, piuttosto diffusa è stata altresì quella di «magistratura di influenza». Cfr. già A. LA PERGOLA, *Introduzione*, in *Camera dei Deputati, Ricerca sul Commissario parlamentare, Ordinamenti stranieri e progetti italiani*, Roma, 1971, 7 e 8.

⁹ Cfr., sulla dimensione europea e le relative trasposizioni dell’istituto negli ordinamenti interni, H.C.H. HOFMANN, J. ZILLER (a cura di), *Accountability in the EU. The Role of the European Ombudsman*, Chel-

civici operano generalmente per rimediare alla «cattiva amministrazione»⁽¹⁰⁾, attribuendo indirettamente ai cittadini un'opzione *voice* che, nell'ordinario quadro istituzionale, faticherebbero o non riuscirebbero a esercitare⁽¹¹⁾.

È in questo senso, quindi, che i difensori civici, nel nostro ordinamento, sono stati inquadrati come soggetti esterni all'ordinario circuito democratico rappresentativo, preposti a presidiare, in forma non partigiana ma neutrale, l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione, così da tutelare, in via mediata, gli interessi dei cittadini e tra, essi, specie di quelli più fragili, coerentemente con gli articoli 3 e 97 della Costituzione⁽¹²⁾.

Parrebbe agevole, allora, ricomprendere dentro il prototipo dell'*Ombudsman* anche i garanti delle persone private della libertà personali e i garanti per l'infanzia e l'adolescenza⁽¹³⁾. Ciò ancor più considerando che tali organismi, esattamente come è tipico delle figure di difesa civica dei diritti, che si sono diffuse proprio muovendo dallo schema dell'*Ombudsman*, si connotano astrattamente per la presenza di due elementi essenziali: la collocazione fuori dall'ordinaria sfera della burocrazia e la configurazione della loro attività in senso partecipativo⁽¹⁴⁾.

Senonché, il riconoscimento di tale schema minimo, organizzativo e funzionale, comune alle varie figure di garanzia, in qualche modo derivativo della figura dei moderni difensori civici, non pare bastare, autonomamente, a individuare i tratti dinamici di queste peculiari autorità⁽¹⁵⁾. Nella stessa misura, peraltro, non sembra

tenham-Northampton, 2017 e G. KUCSKO-STADLMAYER (a cura di), *European Ombudsman-Institutions. A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Wien, 2008.

¹⁰ Su cui, tra i molti, S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, vol. V, 243 ss. e i più recenti scritti in contenuti in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del Convegno annuale*, Napoli, 2017.

¹¹ Il riferimento è ovviamente a A.O. HIRSHMAN, *Lealtà, defezione, protesta*, Milano, 1982.

¹² A riguardo, si vedano, per esempio, R. LOMBARDI, *Il difensore civico tra continuità e novità*, in *Foro it.*, 1997, 7 ss. e G. VESPERINI, *Difensore civico*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1826 ss.

¹³ In questa prospettiva, per esempio, R. MEDDA, *L'Ombudsman in Italia tra Stato e Regioni: la perdurante assenza di un sistema integrato di garanzia*, in *Ist. fed.*, 2017, 961 ss. proponendo la distinzione tra *Ombudsman* «propri» e «impropri» e facendo rientrare, tra i primi, i garanti delle persone private della libertà personale e per l'infanzia e l'adolescenza.

¹⁴ Con i limiti, specie quanto al rilievo accordato alla partecipazione, di cui si dirà *infra*, spec. 5 e 6.

¹⁵ Così, si è piuttosto osservato che il rapporto tra difensori civici e garanti specialistici, non essendo le due figure coincidenti, deve essere esaminato sulla base dei modelli organizzativi e strutturali e delle modalità di intervento nel procedimento dei vari organismi concretamente istituiti. Cfr., E. FREDIANI, *La funzione di tutela procedimentale del difensore civico e degli istituti ad esso affini nella più recente legi-*

sufficiente a delineare le ragioni e i limiti del ricorso a tali soggetti neppure l'individuazione dell'affine cultura in cui essi sono maturati, espressione del superamento della visione più meccanicistica della burocrazia, quale corpo distinto dalla società, e del correlato diffondersi di una idea aperta e reticolare di essa, nella quale si tessono relazioni multipolari, più o meno formalizzate, tra amministrazione, cittadini e politica⁽¹⁶⁾.

In effetti, se si osserva meglio la genesi e l'evolversi delle autorità garanti delle persone private della libertà personale e delle autorità garanti per l'infanzia e l'adolescenza, a risaltare è soprattutto il rilievo assunto, per dirla in termini istituzionalisti, dalla *path dependence*, e cioè dai vincoli e condizionamenti, sociali e giuridici, che, in modo incrementale, hanno inciso sul concreto strutturarsi di tali figure di garanzia, plasmando concretamente i tratti del modello astratto, appena richiamato⁽¹⁷⁾.

In questa prospettiva, è perciò il caso di illuminare subito due aspetti di contesto, non sempre adeguatamente considerati, almeno nel loro insieme.

In primo luogo va sottolineato che l'*Ombudsmanship*, anche in Italia, ha iniziato a essere discussa in un'epoca – quella degli anni Settanta – nella quale il «disgelo costituzionale», pur tra numerose contraddizioni e sullo sfondo di una permanente politicizzazione dell'amministrazione, stava conducendo alla prima sperimentazione di pratiche partecipative innovative, con il fine non solo di garantire maggiore efficienza alla macchina burocratica ma di compenetrare in essa, seguendo formule non routinarie e ossificate, gli interessi pubblici, presenti nella società in forme viepiù differenziate⁽¹⁸⁾. Posto questo, è allora da rimarcare l'esistenza di un legame tra il sostanziale fallimento di tutte quelle iniziative, risoltesi, nei fatti, nella produzione di nuovi livelli di democrazia rappresentativa-partitica⁽¹⁹⁾, e la scarsa fortuna avuta, in quegli stessi anni, dall'*Ombudsman*, testimoniata soprat-

slazione regionale, in *Giur. it.*, 2011, spec. 1470-1473, la cui ricostruzione, sebbene riferita a normativa in parte ormai superate, risulta ancora concettualmente attuale.

¹⁶ Su tutti, S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.

¹⁷ Il richiamo va chiaramente a D. NORTH, *Capire il processo di cambiamento economico*, Bologna, 2006, 7 ss.

¹⁸ Cfr. in particolar modo, U. ALLEGRETTI, *Gli apparati organizzativi e la democrazia*, in *Riv. AIC*, 2012, 69 e ss. e, più diffusamente, ID., *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, *passim*.

¹⁹ Per un bilancio critico di quella stagione di sperimentazioni partecipative, G. BERTI, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in *Le Reg.*, 1974, 1 ss. e M.P. CHITI, *Partecipazione e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, *passim*.

tutto dalla mancata istituzione di un difensore civico nazionale⁽²⁰⁾.

Perciò, soprattutto come chiave di lettura del presente, non si deve trascurare che la cultura entro cui si sono effettivamente sviluppati i diversi garanti territoriali e nazionali, non è stata quella dell'amministrazione condivisa e partecipata, che in Italia, del resto, ha sempre scontato una considerevole fatica ad affermarsi⁽²¹⁾. Piuttosto, la traduzione interna di quello strumento di garanzia della legalità dell'azione amministrativa si è inscritta entro due stagioni, in parte coeve. Quella, sul versante istituzionale, della crisi dell'unitarietà organizzativa del potere pubblico e della creazione di autorità indipendenti, che travalicano il consolidato modello di rapporti tra esecutivo, amministrazione e giurisdizione⁽²²⁾. E quella, sul fronte costituzionale, del riconoscimento dei "nuovi diritti" individuali, il cui percorso di affermazione ha usufruito della spinta del diritto sovranazionale e del concorso fondamentale della giurisprudenza, non solo delle corti interne⁽²³⁾.

D'altronde, quanto a quest'ultimo versante, il concepimento stesso dei garanti per le persone private della libertà personale e dei garanti per l'infanzia e l'adolescenza è avvenuto grazie a una serie di accordi e convenzioni internazionali, tra le qua-

²⁰ Si è quindi dato vita, come rilevato da G. GUIDI, *Serve una rinnovata cultura della partecipazione ripensando alla difesa civica*, in *Federalismi*, 2014, spec. 10 ss., a un vero e proprio «percorso di regressione» della difesa civica in Italia, sostanzialmente unico nel panorama europeo. Non è quindi una coincidenza che dopo l'enfasi degli anni Settanta, testimoniata dal rilievo degli autori che hanno offerto dei contributi nel volume curato da Mortati, in precedenza citato, l'attenzione scientifica verso l'*Ombudsmanship* sia lentamente scemata. Va detto, però, che, di recente, all'esito di alcune previsioni normative settoriali, si è assistito a un ritorno di attenzione per l'istituto della difesa civica. Si prenda, per esempio, il caso del diritto alla salute e del contrasto alla c.d. "medicina difensiva", rispetto al quale si può rimandare a N. POSTERARO, *La "reviviscenza" dell'istituto della difesa civica alla luce della legge Gelli-Bianco: il Difensore civico regionale quale garante del diritto alla salute*, in *Federalismi*, 2018, 2 ss. Più in generale, sulle potenzialità della difesa civica, di recente si veda invece G. GARDINI, *L'evoluzione storica e giuridica dell'istituto della difesa civica*, in *Piem. Aut.*, 2023, 1 ss.

²¹ Si veda, di recente, M. MAINETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, 2018, 375 ss.

²² Impossibile dare conto, in maniera vagamente esaustiva della letteratura, pure solo dedicata alla collocazione istituzionale delle autorità amministrative indipendenti. A riguardo, comunque, già A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000 e M. CLARICH, *Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

²³ Su tutti, di nuovo in una vastissima letteratura, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990 e F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1994. Per un bilancio successivo, anche rispetto alla giurisprudenza europea e sovranazionale, M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

li, per l'importanza storica, spiccano il Protocollo addizionale alla Convenzione Onu contro la tortura del 1989, la Convenzione universale dei diritti del fanciullo del 1989 e la risoluzione dell'Assemblea generale dell'Onu del 1993 relativa allo status delle istituzioni nazionali per i diritti umani⁽²⁴⁾. Nel tempo, inoltre, tale intelaiatura sovranazionale si è evoluta e irrobustita, consolidando, questo significativo *vincolo esterno*, che si è rivelato tanto più stringente quanto più lo Stato italiano ha faticato a rispettare adeguatamente gli standard internazionali sui diritti umani. Questo è dimostrato, da ultimo, dal fatto che la positivizzazione normativa del Garante nazionale per le persone private della libertà personale si sia inserita nel quadro dell'esecuzione della sentenza Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario⁽²⁵⁾.

Vi è, poi, una seconda questione da evidenziare brevemente.

Si è detto che l'affermarsi di questo *human rights model* ha in qualche modo supplito alla tradizionale, debole incidenza delle pratiche partecipative della società civile, più o meno organizzata, sulle decisioni politiche e amministrative, proiettando, in questa maniera, gli organismi di garanzia su di un terreno diverso e più articolato rispetto a quello del raccordo, nella forma della mediazione endoprocedimentale, tra istituzioni e privati, tipico dei difensori civici⁽²⁶⁾.

Ora, se questo è vero, non va comunque dimenticato che l'universalizzazione dei diritti e delle protezioni e prestazione sociali, che è stata il faticoso prodotto del *welfare state* novecentesco, ha conosciuto, nell'ultimo trentennio, un processo di parcellizzazione e di disarticolazione, anche territoriale, significativo, frutto della crisi fiscale dello Stato e della profonda rivisitazione dei rapporti tra regolazione pubblica ed erogazione privata di funzioni e servizi che ne è conseguita⁽²⁷⁾.

²⁴ Per un approfondimento della dimensione sovranazionale delle figure di garanzie si vedano A. ALBANO, *Lo sviluppo del paradigma preventivo. L'esperienza del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (GNPL)*, in *Stud. iuris*, 2021, 1161 ss. e A. ALBANESE, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, in *Le Reg.*, 721-729.

²⁵ In merito, tra i molti, F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1 ss.,

²⁶ Aderendosi sul punto alle posizioni di N. POSTERARO, *Contributo allo studio della difesa civica quale strumento di risoluzione alternativa delle controversie*, Napoli, 2023, *passim*.

²⁷ Fenomeno largamente intercettato dalla letteratura e che ne ha considerato le diverse manifestazioni, non da ultima quella relativa alla giustiziabilità dei diritti sociali. Cfr., diffusamente, C. ACOCELLA, *Contributo allo studio dell'effettività dei servizi sociali. Decisioni pubbliche e sindacato giurisdizionale all'epoca del ritorno al bisogno del welfare*, Napoli, 2022, *passim*.

Tutti questi mutamenti delle modalità di attuazione del modello sociale, egualitario e solidaristico, tracciato in Costituzione, sono noti ed è agevole dire che hanno segnato, in radice, il disegno organizzativo delle figure di garanzia specialistiche, territoriali e nazionali, posto che le loro strutture e attività sono state fortemente gravate dai progressivi tagli e dai ridimensionamenti della spesa pubblica⁽²⁸⁾. Più delicato e meno scontato è invece constatare che i condizionamenti, sociali ed economici, a cui si è fatto riferimento hanno orientato, almeno in parte, anche la sfera funzionale dei garanti, spingendo, tra l'altro, questi ultimi verso aree di amministrazione attiva o di erogazione di prestazioni, ultronee rispetto a quella della tutela, rappresentanza e promozione dei diritti⁽²⁹⁾.

Su tali profili si tornerà di seguito, dovendosi tuttavia tenere sempre presente questa eccentricità della matrice culturale delle autorità di garanzia italiane, fiorite, in qualche modo, torcendo l'idealtipo dell'*Ombudsman*, in forza di più pressioni esogene, in un contesto di marginalizzazione, anche ideologica, delle amministrazioni e di scarsità delle risorse pubbliche⁽³⁰⁾.

3. DECENTRAMENTO SENZA REGIONALISMO E GARANTI DEI DIRITTI

L'iniziale rigetto degli esperimenti istituzionali partecipativi ed equitativi dell'azione amministrativa ha imposto la ricerca di terreni fertili alternativi per dare spazio a soggetti come i garanti delle persone private della libertà personale e i garanti per l'infanzia e l'adolescenza.

Tale ricerca si è quindi saldata con la spinta al potenziamento delle autonomie locali e, in particolare, delle Regioni, consolidatasi negli anni Novanta, e si è risolta nel produrre, anche in questo ambito, una doppia erosione della sovranità statale⁽³¹⁾. Da una parte, infatti, le autorità garanti sono sorte come risposta diretta a sollecitazioni provenienti dalla sfera internazionale; dall'altra, si sono imposte

²⁸ Si tratta di un problema che, del resto, è costantemente segnalato tanto dai garanti regionali quanto da quelli nazionali, specie, per questi ultimi, nelle relazioni annuali al Parlamento.

²⁹ Su cui, *infra*, par. 5.

³⁰ Quanto alle attuali condizioni dell'amministrazione italiana, S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1 ss.

³¹ Come è avvenuto, sulla spinta dell'affermarsi del principio di concorrenza, nel campo dell'intervento pubblico in economia. Cfr. M. D'ALBERTI, *Concorrenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, *ad vocem* e M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014.

prima a livello locale, grazie alla spinta fondamentale della società civile e a iniziative legislative regionali e, solo dopo, hanno conosciuto un riconoscimento nazionale.

Al di là della spinta sovranazionale, la nascita della rete dei garanti delle persone private della libertà personale e dei garanti dell'infanzia e dell'adolescenza ha avuto, pertanto, dei tratti marcatamente *bottom-up* e *territoriali*⁽³²⁾.

Sul piano temporale, è possibile individuare almeno tre differenti stagioni di istituzione e stabilizzazione dei garanti. Una prima di *sperimentazione*, nella quale, alcune Regioni, prima delle riforme che ne hanno accresciuto competenze e funzioni, hanno proceduto a istituire uffici, variamente denominati, con compiti di tutela dei minori e dell'infanzia⁽³³⁾. Una seconda, immediatamente successiva alla modifica del titolo V della Costituzione, di *radicamento* trasversale dei veri e propri organismi di garanzia, sia delle persone private della libertà personale sia per i minori e eglie adolescenti, conseguente all'adozione di una pluralità di atti, tra cui soprattutto leggi regionali⁽³⁴⁾. Una terza, in parte sovrapposta alla precedente e nella quale ci troviamo tuttora, di *consolidamento* e *razionalizzazione* dei garanti specializzati, nella quale, seguendo spesso ragioni di revisione della spesa pubblica, si sono avviati alcuni percorsi di accorpamento e modifica delle strutture e delle funzioni delle figure di garanzia⁽³⁵⁾.

Come anticipato, il succedersi di queste fasi si riflette nella complessa evoluzione dei rapporti tra Stato e autonomie locali e nella parallela parabola delle forme di manutenzione delle politiche sociali, determinata, in modo prioritario, dall'im-

³² Cfr. M. MAGRI, *Le autorità regionali di tutela dei diritti: il caso dell'Emilia-Romagna*, in *Ist. del fed.*, 2017, 921 ss. e S. ANASTASIA, *I garanti territoriali, le regioni e gli enti locali nel campo penitenziario*, in M.C. LOCCHI (a cura di), *Vita detentiva, identità e diritti*, Perugia, 2021, 201 ss.

³³ È il caso del Veneto e del Friuli-Venezia Giulia che, con la denominazione «Pubblico tutore dei minori», hanno istituito le figure di garanzia nel 1988 (legge regionale 9 agosto 1988, n. 42) e nel 1993 (legge regionale 24 giugno 1993, n. 49).

³⁴ È in questa stagione che, infatti, è avvenuta l'istituzione della maggior parte delle autorità di garanzia regionali delle persone private della libertà personale e per l'infanzia e l'adolescenza. Per i riferimenti, anche normativi, si vedano, D. BRUNO, D. BERTACCINI, *I garanti (dalla parte) dei detenuti. Le istituzioni di garanzia per i privati di libertà tra riflessione internazionale ed esperienza italiana*, Bologna, 2018, 83 ss. e M. INTRIERI, *L'autorità garante per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Analisi sul ruolo, funzioni e attività delle authority di tutela dei diritti minorili in Italia ed in Europa*, Barletta, 2015, 41 ss.

³⁵ Esemplicative le leggi regionali delle Marche (legge regionale 28 luglio 2008, n. 23), del Veneto (legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37) e del Friuli-Venezia Giulia (legge regionale 16 marzo 2014, n. 9) che hanno accorpato le varie figure di difesa civica e garanzia.

porsi della stagione dello «stato debitore»⁽³⁶⁾. Rispetto a quanto sopra richiamato, non va d'altronde trascurato che la (reclamata e declamata) valorizzazione del principio di sussidiarietà, consustanziale alla riforma del titolo V della Costituzione, ha espresso l'ambizione di enfatizzare proprio la capacità degli enti locali e della pubblica amministrazione di aprirsi alla collaborazione con la società e con il mondo delle organizzazioni non profit, in modo da garantire il riconoscimento, l'accessibilità e l'effettività della tutela dei servizi alla persona in aree di primario interesse delle autorità garanti, come, su tutte, la sanità e l'istruzione⁽³⁷⁾.

Sicché, pare motivata la conclusione che l'accentuato pluralismo istituzionale, il quale ha finito per imporsi nel disegno territoriale delle autorità di garanzia, sia, almeno in parte, fisiologico⁽³⁸⁾. Questo anche perché, ragionando in termini di occupazione dello «spazio regolatorio», l'individuazione di meccanismi dinamici di tutela delle situazioni soggettive e di promozione degli interessi di peculiari categorie svantaggiate, specie in un quadro di generale trasformazione e disaggregazione della pubblica amministrazione, non può, evidentemente, avvenire *in vitro*, dipendendo, oltretutto dalle sensibilità e dalle priorità politiche e amministrative del momento, dalla presenza di altre istituzioni, che svolgono compiti simili, e dall'effettività della loro azione⁽³⁹⁾.

Certo, se ci si sofferma sulla concreta ricaduta di tali dinamiche, non mancano i profili critici.

Tra essi, vi è, anzitutto, l'effetto di spiazzamento, per i cittadini e per le stesse istituzioni, prodotto proprio dalle numerose asimmetrie che si rinvencono nelle

³⁶ Quanto al problema del mancato completamento dello Stato sociale, si veda, in generale, S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014, 308 ss. In merito, tra i vari, A. ALBANESE, *Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi*, in *Quest. giust.*, 2015, 94 ss. e F. SAITTO, «Costituzione finanziaria» ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore», in *Riv. AIC*, 2017, 1 ss.

³⁷ Portando a tensioni e contraddizioni ormai note. A riguardano, si vedano già i contributi in M. CAMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007. Tutt'altro che lineare è stata anche la parabola del principio di sussidiarietà, sulla cui difficoltà a essere implementata si veda, tra i vari, D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2014.

³⁸ In questo senso, M. MAGRI, *op. ult. cit.*, 927, evidenziando che il pluralismo si può anche spiegare con l'approccio solidaristico che ogni ente può riservare al bisogno di tutela dei diritti.

³⁹ Per la nozione di «spazio regolatorio», M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 359 ss. Sulla disaggregazione della pubblica amministrazione, invece, S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 467 ss.

discipline regionali istitutive dei diversi garanti territoriali.

A riguardo, va considerata, anzitutto, la questione, chiaramente fondamentale, della tutela dell'indipendenza strutturale e funzionale delle figure di garanzia. Tutte le normative regionali sanciscono, con formule tendenzialmente simili, l'autonomia «gestionale e operativa», ovvero di «giudizio e valutazione», sia dei garanti delle persone private della libertà personale sia dei garanti per l'infanzia e l'adolescenza, con l'obiettivo di salvaguardarne l'operatività da influenze indebite esterne, in particolare della politica⁽⁴⁰⁾. Con il medesimo scopo, sono poste le regole sulle modalità di nomina dei garanti e, soprattutto, sulle cause di incompatibilità con l'esercizio delle funzioni di garanti, rispetto alle quali, salvo alcune limitate eccezioni, non sussistono distinzioni sostanziali tra le diverse normative regionali⁽⁴¹⁾. Se però ci si muove su di un piano maggiormente dinamico, e cioè su quello dei presidi normativi a salvaguardia della stabilità della carica di garante e dell'autonomia della gestione operativa e materiale del suo ufficio, si notano tratti disarmonici, tutt'altro che trascurabili. Per esempio, in alcune Regioni vengono esplicitamente stabiliti meccanismi di revoca dei garanti delle persone private della libertà personale e per l'infanzia e l'adolescenza, che presuppongono un possibile esercizio di una discrezionalità politico-amministrativa, più o meno estesa⁽⁴²⁾. Vi sono, inoltre, sempre per entrambe le tipologie di figure di garanzia, diverse disposizioni in forza delle quali l'approntamento della dotazione finanziaria, rispondendo a una puntuale e non predeterminabile valutazione degli organi politici regionali, può implicare, nei fatti, una potenziale menomazione della capacità auto-organiz-

⁴⁰ I requisiti soggettivi e le cause di incompatibilità sono sostanzialmente analoghi per tutti i garanti territoriali e prevedono la terzietà rispetto alla politica e all'amministrazione regionale di chi occupa la posizione di garante.

⁴¹ È da segnalare il caso del Garante delle persone detenute o private della libertà personale della Regione Calabria che prevede un'incompatibilità solo funzionale rispetto alle altre professioni e non assoluta, come nelle altre normative regionali. Nella sostanza analoghe, o comunque con differenze non significative, sono le norme sulla nomina delle varie figure di garanzia, da parte del consiglio regionale, e sul loro trattamento economico, il quale è parametrato a una percentuale dell'indennità mensile lorda spettante ai consiglieri regionali.

⁴² Così, per esempio, le leggi regionali istitutive del garante delle persone private della libertà personale della Lombardia e di quello per l'infanzia e l'adolescenza del Lazio prevedono la revoca per «accertata inefficienza». Si tratta di una formula evidentemente molto ampia e decisamente meno precisa rispetto a quella, prevista nella maggior parte delle altre leggi regionali, della revoca per violazione dei doveri d'ufficio o di legge.

zativa dei garanti⁽⁴³⁾.

Il discorso si complica ulteriormente soffermandosi sulla disciplina dei profili funzionali delle autorità in questione.

Sul punto, le normative regionali dei garanti delle persone private della libertà divergono già nella più generale perimetrazione delle competenze di essi. Vi sono, infatti, casi in cui le funzioni degli organismi di garanzia territoriali vengono ritenute esercitabili entro un'area ristretta del campo della giustizia, essenzialmente limitata alla detenzione intramuraria, e casi in cui tale area si estende sino a comprendere l'esecuzione penale esterna o l'esecuzione di misure cautelari personali non detentive ovvero travalica il solo campo della giustizia, abbracciando anche le ipotesi di trattenimento nei centri di permanenza per i rimpatri o in strutture sanitarie in esecuzione di trattamenti sanitari obbligatori⁽⁴⁴⁾. A prima lettura, sembrerebbe invece più lineare il disegno complessivo dei garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza, la cui missione è trasversalmente individuata nel dovere di assicurare «la piena attuazione dei diritti» e, in talune circostanze, ma senza che ciò abbia ricadute dirette sull'esercizio delle funzioni, anche «degli interessi» dei minori. In realtà, come si vedrà meglio di seguito, anche per gli organismi di garanzia per l'infanzia e l'adolescenza, la gamma delle attività esercitabili conosce delle variazioni, non di poco conto, a seconda del contesto regionale di riferimento, lasciando intravedere, in particolare, una tendenza all'espansione dell'area delle funzioni maggiormente prossime a quelle di amministrazione attiva per i garanti di più recente istituzione⁽⁴⁵⁾.

L'esistenza degli aspetti problematici, appena segnalati, specchio dell'affermarsi di un modello non unitario di figura di garanzia, può, senza dubbio, considerarsi,

⁴³ Il riconoscimento dell'autonomia organizzativa si scontra, tuttavia, con il fatto che solo in poche regioni (per esempio nel Lazio e in Calabria) i garanti dispongono di una struttura propria, con una dotazione organica minima. Va inoltre segnalato il delicato caso del Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza dell'Emilia Romagna, il cui programma di attività e il correlato fabbisogno finanziario debbono essere approvati dall'Ufficio di Presidenza dell'Assemblea legislativa.

⁴⁴ Si oscilla, infatti, da garanti regionali con competenze amplissime, come quello della Calabria, a garanti regionali con competenze più limitate, perché, per esempio, non estese ai centri di identificazione ed espulsione, come previsto originariamente in Umbria. Per questo, il d.l. n. 207/2008, nel modificare l'art. 67, della legge n. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario, riconoscendo il potere anche dei garanti di fare visita negli istituti penitenziari senza previa autorizzazione, ha utilizzato la formula onnicomprensiva di garanti «comunque denominati».

⁴⁵ In questo senso, A. ALBANESE, *I garanti*, cit., 747. A riguardo, si vedano comunque le considerazioni svolte, *infra*, par. 5.

almeno in parte, uno dei discussi precipitati dell'attuazione della riforma costituzionale del 2001⁽⁴⁶⁾.

Ciò trova una parziale conferma nell'instaurazione di giudizi di legittimità costituzionale, sollevati in via incidentale dall'autorità giurisdizionale o, in via principale, dal Governo, proprio con riferimento a norme che disciplinano l'organizzazione e l'attività dei garanti regionali⁽⁴⁷⁾. Va peraltro aggiunto che, nella prassi, non è infrequente che, a fronte di disposizioni delle leggi regionali quantomeno controverse, siano gli stessi organismi di garanzia territoriali a esercitare una forma di *self-restraint*, dato che, in molti casi, senza l'ausilio delle autorità amministrative nazionali o giurisdizionali competenti, l'esercizio di alcune funzioni sarebbe non solo a rischio di illegittimità ma soprattutto inefficace⁽⁴⁸⁾.

In generale, quanto sin qui rimarcato non deve comunque indurre a svalutare la fruttuosa storia di sperimentalismo amministrativo, che, anche grazie al supporto di associazioni della società civile, ha portato alla diffusione dei garanti regionali⁽⁴⁹⁾. Né, soprattutto si deve ritenere che, l'istituzione di autorità di garanzia

⁴⁶ All'esito del quale, di nuovo limitandosi a pochi esempi di interesse dell'attività dei garanti, vi sono materie, come l'ordine pubblico, la sicurezza, l'ordinamento penitenziario, di esclusiva legislazione statale e altre, quali la tutela della salute, le politiche sociali, l'istruzione di competenza concorrente. Sul punto, si può comunque rimandare al contributo di R. Calvano, in *I garanti regionali*, cit.

⁴⁷ Come, di recente, nel caso della legge istitutiva del Garante dei diritti delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà della Liguria, nei cui confronti la Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso un giudizio di legittimità costituzionale (poi estinto per modifica della legge in questione), lamentando la violazione dell'art. 117, co. 2, lett. b), h) e l), Cost. che riserva allo Stato la competenza legislativa nelle materie – rispettivamente – dell'immigrazione, dell'ordine pubblico e sicurezza e dell'ordinamento penale. Cfr. Corte cost. ord. 12 gennaio 2022 n. 37. Anche su tali profili costituzionali, si ritiene di poter rimandare al contributo di G. SERGES sempre in *I garanti regionali*, cit.

⁴⁸ Non manca, però, neppure l'ipotesi inversa, quella cioè, in cui i garanti territoriali si trovano a interpretare in modo estensivo le norme, così da poter esercitare competenze di incerta attribuzione. Così è accaduto, sempre limitandosi a un esempio, quanto all'interpretazione dell'art. 18, co. 3, della legge n. 354/1975 sulla possibilità, per i garanti territoriali, di effettuare, per i detenuti in regime di 41 *bis*, i colloqui riservati e senza vetri divisorii, con i garanti dei detenuti territoriali e non solo esclusivamente con quello nazionale. La vicenda è apparsa particolarmente significativa stante anche la posizione di contrarietà assunta dalla Corte di cassazione, poi tuttavia superata, nel caso di specie, dalla decisione del Tribunale di sorveglianza di Perugia.

⁴⁹ Basti pensare al ruolo giocato da un'associazione come Antigone, le cui attività hanno rappresentato una spinta cruciale alla creazione della figura del garante dei detenuti e tuttora concorrono al corretto esercizio delle funzioni di garanzia, con un'opera non solo informativa ma pro-attiva (per esempio tramite i c.d. sportelli di tutela dei diritti nelle carceri), in dialogo con gli stessi garanti e l'amministrazione penitenziaria.

nazionali trasformi e renda oggi meno significativa la dimensione locale dell'operato dei garanti delle persone private della libertà personale e per l'infanzia e l'adolescenza⁽⁵⁰⁾.

Al contrario, l'esperienza, ormai ventennale, conferma la necessità di continuare ad accordare un rilievo centrale all'operato territoriale dei garanti, salvaguardandone e valorizzandone quell'elemento di prossimità alla realtà istituzionale e sociale, senza il quale la capacità di intercettare le esigenze di rappresentanza e tutela dei diritti e degli interessi, specie dei più vulnerabili, non può che affievolirsi. In questo senso, dunque, il riconoscimento dei molti difetti di un decentramento «senza regionalismo» non diminuisce il *bisogno* di organismi di garanzia regionali, ma, anzi, ne rende più urgente lo sviluppo, coerentemente con la forte interdipendenza tra livelli territoriali e con il superamento del separatismo dualistico tra centro e periferia⁽⁵¹⁾.

Da qui, l'esigenza di sviluppare percorsi che, nel rispetto delle istanze di differenziazione, che inevitabilmente informano il sistema complessivo delle autorità di garanzia, permettano, in modo graduale, di rimuovere le incongruenze normative più eclatanti e di semplificare il quadro istituzionale, là dove inutilmente sovrappollato.

Nell'attuale stagione, questo terreno di riforme dovrebbe essere esplorato soprattutto dai legislatori regionali. Si dovrebbe tuttavia riconoscere quantomeno l'utilità di un'armonizzazione minima tra le diverse normative istitutive delle autorità di garanzia territoriali⁽⁵²⁾. Allo stesso tempo, sarebbe opportuno approcciare ai possibili riordini degli schemi organizzativi delle varie autorità regionali con la consapevolezza di dover optare per modelli di integrazione capaci di valorizzare, soprattutto in senso dinamico-procedimentale piuttosto che statico-organizzativo,

⁵⁰ Specie perché, come era già stato notato, il terreno d'elezione regionale per le autorità amministrative indipendenti non è quello della regolazione dell'economia bensì quello della garanzia dei diritti. Si leggano, in merito, le condivisibili osservazioni di G. SIRIANNI, A. VALASTRO, *Autorità indipendenti di regolazione e Regioni*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 220 ss.

⁵¹ Citando le parole e le riflessioni di M. CAMELLI, *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in *Le Reg.*, 2012, 673 ss., che, seppure non riferite a organismi di garanzia come quelli qui considerati, ben vi si possono adattare.

⁵² Magari seguendo la pista offerta dall'elaborazione delle «Linee di indirizzo in merito alla disciplina degli organi di garanzia», approvate dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee delle Regioni e delle Province nella seduta del 26 settembre 2019 e disponibili su [http://www.par-lamentiregionali.it/dbdata/documenti/\[5d933137cfc4\]linee_indirizzo_organ_i_di_garanzia_26.09.19_esiti.pdf](http://www.par-lamentiregionali.it/dbdata/documenti/[5d933137cfc4]linee_indirizzo_organ_i_di_garanzia_26.09.19_esiti.pdf)

la dimensione reticolare degli organismi di garanzia specialistici, ma senza eliderne le specificità settoriali e le diverse sensibilità, anche culturali⁽⁵³⁾.

E su questi profili, invero, non sempre appaiono incoraggianti le sperimentazioni delle Regioni che hanno già proceduto a rinnovare lo schema organizzativo delle proprie autorità di garanzia (inclusi i difensori civici), giacché, al di là della scelta preferenziale per l'opzione dell'accentramento organizzativo, vi è il fondato dubbio che, in più di un caso, lo sforzo riformista sia stato mosso con uno sguardo attento principalmente all'esigenza di contenere la spesa pubblica piuttosto che a quella di sviluppare il ruolo dei garanti specialistici⁽⁵⁴⁾.

4. GARANTI IN RETE: L'INDIPENDENZA ISTITUZIONALE IL COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ

Nel corso di questa storia di radicamento territoriale, fruttuosa ma che ha pagato e che, tuttora, sconta le contraddizioni dei processi di regionalizzazione, la costituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale e dell'Autorità garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza ha, inevitabilmente, avuto un'influenza significativa, capace di incidere sulla traiettoria dell'intero sistema degli organismi di garanzia.

Per comprendere appieno quale sia lo scenario entro cui ci troviamo oggi, in particolar modo quanto al rapporto tra garanti nazionali e regionali, si deve prima però tornare a ragionare sulla qualificazione giuridica degli organismi di garanzia dei diritti e degli interessi dei cittadini. Si tratta, del resto, di un tema che, almeno apparentemente, è reso complesso proprio dell'assenza di un quadro giuridico omogeneo, posto che alla sovrapposizione di normative regionali, e ora pure nazionali, corrisponde, come visto, una vasta proliferazione territoriale e locale di garanti, difensori civici o soggetti a essi assimilabili.

In realtà, la giurisprudenza, anche costituzionale, ha, già da tempo, affrontato, in modo diretto e indiretto, il problema dello status giuridico di tali figure di garan-

⁵³ Riprendendo le classificazioni di E. FREDIANI, *La funzione di tutela*, cit., 1471, si dovrebbe perciò investire soprattutto sul modello del «coordinamento reticolare autonomo».

⁵⁴ Di questo avviso, A. ALBANESE, *op. ult. cit.*, 735, nello specifico con riguardo ai casi delle Marche e del Veneto. Più sfumata la posizione di M. MAGRI, *op. ult. cit.*, 960 che sottolinea come i processi di accorpamento delle autorità di garanzia regionali per l'infanzia e l'adolescenza del Friuli-Venezia Giulia, della Marche e del Veneto rientrino comunque in un processo di semplificazione a livello locale, coerente con la statalizzazione del momento regolatorio delle figure di garanzia.

zia, a partire dai difensori civici, giungendo a delle conclusioni che appaiono, se lette in maniera sistematica, riferibili altresì ai garanti specialistici, e, nel complesso, formalmente soddisfacenti⁽⁵⁵⁾.

Il riferimento va, in primo luogo, a quelle pronunce della Consulta che hanno chiarito l'impossibilità di collocare le figure preposte alla tutela non giurisdizionale dei diritti soggettivi, degli interessi legittimi collettivi o diffusi e alla tutela della legalità e della regolarità amministrativa tra gli organi di governo regionale⁽⁵⁶⁾. Questo orientamento ha trovato riscontro nella giurisprudenza amministrativa⁽⁵⁷⁾, finendo per ripercuotersi su alcuni profili specifici molto rilevanti, come l'individuazione della natura giuridica dell'atto di nomina dei garanti, ormai pacificamente ritenuto un atto di alta amministrazione⁽⁵⁸⁾, e come l'inapplicabilità a questi ultimi delle norme in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico⁽⁵⁹⁾.

Nella casistica appena menzionata, in ogni caso non così ampia, non può sfuggire la delicatezza, per la ricostruzione complessiva dei tratti degli organismi di garanzia, del nodo relativo alla qualifica del potere di nominare i garanti. Da una parte, vi è, infatti, un nesso inestricabile tra il necessario rispetto dell'autonomia strutturale di organi che debbono essere indipendenti e la previsione di meccanismi di

⁵⁵ Sulla giurisprudenza meno recente, si vedano C. VIDETTA, *Difensore civico e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 264 ss. e F. DE LEONARDIS, *Il Difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo*, in *Il Foro amm.*, 2009, 2971 ss. Per un quadro attuale, riferibile però essenzialmente alla difesa civica, R. MEDDA, *La motivazione dell'atto di nomina del difensore civico: una questione ancora irrisolta (nota a T.A.R. Valle d'Aosta, sentenza del 26 luglio 2022, n. 38 e Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 17 gennaio 2023, n. 583)*, in *Piem. Aut.*, 2018, 1 ss.

⁵⁶ Cfr. Corte Costituzionale sent. n. 112/2004, sent. n. 167/2005 e sent. n. 326/2010.

⁵⁷ Cfr. già Tar Veneto, sez. I, sent. n. 1178/1998, Tar Lazio, sez. II, sent. 139/2009 con riferimento al difensore civico.

⁵⁸ Da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 583/2023, sempre riferibile al difensore civico ma evidentemente estendibile alle figure di garanzia specialistica e, con riferimento preciso alla nomina del garante regionale dei diritti della persona, invece, Tar Molise, sez. I, sent. n. 149/2023. Senza entrare nel merito, si deve osservare che la giurisprudenza ha pacificamente rilevato che, connotandosi l'atto di nomina per un'ampia discrezionalità dell'amministrazione, «non occorre una rigorosa comparazione tra i requisiti dei singoli candidati, con conseguente motivazione puntuale e specifica, come se si trattasse di un procedimento concorsuale; il provvedimento di nomina piuttosto deve dar conto del fatto che i differenti requisiti di competenza, esperienza e professionalità siano stati valutati in relazione al fine da perseguire» Cfr., anche Cons. di Stato, sez V, sent. n. 4718/2016.

⁵⁹ Cfr. Delibera Anac n. 622/2016.

individuazione dei titolari del vertice di essi; dall'altra, anche entro la molto più estesa esperienza delle autorità amministrative indipendenti di regolazione dei mercati, è proprio sul versante delle nomine dei vertici che si sono avvertite le maggiori tensioni⁽⁶⁰⁾.

In questa luce, il riconoscimento della sindacabilità dell'atto di nomina dei garanti regionali, senz'altro eccentrica rispetto al sistema delle «consolidate» autorità amministrative indipendenti, parrebbe introdurre un fattore di precarizzazione della figura dei garanti. Tale preoccupazione, tuttavia, si può relativizzare considerando, in primo luogo, che i procedimenti di nomina dei difensori civici e dei garanti specialistici, per quanto correttamente attribuiti alla competenza degli organi rappresentativi-deliberativi delle Regioni, tendono a non prevedere meccanismi strutturati di verifica dei requisiti di adeguatezza, personale e professionale delle rispettive figure apicali, potendosi, in questo senso, ritenere che un sindacato giurisdizionale, anche solo estrinseco, compensi la debole procedimentalizzazione della disciplina sul potere di nomina⁽⁶¹⁾. Va inoltre osservato che, trattandosi di organi ancora tendenzialmente monocratici, uno scrutinio di ragionevolezza sulla scelta effettuata dalle Regioni appare più un utile presidio, a tutela della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, che una menomazione all'autonomia di tali organismi di garanzia⁽⁶²⁾.

⁶⁰ Su tutti, da ultimo, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 107 ss. È del resto chiaro che, in assenza di meccanismi strutturati di verifica delle competenze, il rischio maggiore, per figure di garanzia come quelle qui considerate, è quello di svuotarne di fatto i poteri, nominandone ai vertici delle persone, pur con percorsi professionali qualificati alle spalle, ma sprovviste di esperienze specifiche in materia.

⁶¹ Mancando, per esempio, meccanismi di verifica dell'idoneità dei potenziali garanti come le audizioni. Più lineare, su questi profili, è il quadro per il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale e dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza nazionale, i cui meccanismi di nomina (seppure eccentricamente diversi tra loro) appaiono, con riferimento alle garanzie procedimentali formalmente predisposte per assicurare la non porosità dell'autorità rispetto a interessi politici e di parte, in linea con quelli delle altre autorità indipendenti nazionali. Esula da questo scritto la trattazione del tema, dovendosi però segnalare che per le figure nazionali di garanzia i profili critici sono rinvenibili altrove, per esempio, con riferimento al Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, nella collocazione istituzionale di esso presso il Ministero della giustizia, mentre, per l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza nazionale, nella struttura monocratica e non collegiale. Per entrambe le figure di garanzia, inoltre, rileva negativamente l'impossibilità di adottare il proprio regolamento di organizzazione.

⁶² Sarebbe importante, quindi, che anche i garanti territoriali assumessero la forma di organi collegiali. Sulle diverse culture dei garanti, in particolare delle persone private della libertà personale, si sofferma S. ANASTASIA, *I garanti territoriali, le regioni e gli enti locali nel campo penitenziario*, cit., 210

Quanto al problema della natura dei garanti sembrano, dunque, potersi ragionevolmente trarre almeno due conclusioni, suffragate dalla giurisprudenza che, sebbene in modo episodico, offre, come visto, alcuni utili appigli speculativi.

La prima è che, seguendo quel fenomeno di dipendenza dal contesto, di cui si è detto in apertura, i garanti specialistici hanno finito per mutuare, con gradazioni variabili ma in maniera sostanzialmente trasversale, alcuni dei tratti nodali delle principali autorità amministrative indipendenti, tra cui l'estraneità al circuito dell'amministrazione tradizionale e l'indipendenza dagli organi di Governo, l'*expertise* tecnica e la capacità di adottare una molteplicità di atti indefinita, specie afferenti alla sfera della *soft law*⁽⁶³⁾. Così, non pare persuasiva l'argomentazione per la quale, essendo le figure di garanzia sprovviste di potestà strettamente regolamentari e sanzionatorie, se ne dovrebbe escludere, *tout court*, la loro appartenenza alla categoria delle autorità indipendenti⁽⁶⁴⁾.

In realtà, più quei profili di specializzazione, sopra richiamati, si perfezionano, più si assiste proprio al progressivo distacco tra la prammatica degli organismi di garanzia e la teoria dell'*Ombudsman*, la quale, non va dimenticato, presuppone un'ideale il più possibile "ordinato"« di separazione dei poteri; ideale, invece, che è esattamente quello messo in crisi e ridisegnato, in senso dinamico, dalla creazione di *authorities* indipendenti non giudiziarie⁽⁶⁵⁾.

A ciò è poi agevole aggiungere che, a prescindere dalla scarsa utilità di dispute nominalistiche, l'esistenza di «garanti senza mercati» non risulta comunque neppure concettualmente problematica, stante l'atipicità della stessa categoria delle

e 211, potendosi aggiungere che questa dimensione eteroclita di esercizio della funzione di garanzia ben potrebbe essere assorbita in un quadro collegiale. Interessante, a riguardo, come possibile punto di partenza, è perciò il caso della Regione Lazio, che prevede, pur non alternando, di fatto, l'impianto monocratico, quantomeno due coadiutori che affiancano il garante.

⁶³ La letteratura sul tema è sconfinata ma limitandosi al rapporto tra *soft law* e autorità di regolazione e tutela dei diritti si può comunque rimandare, tra i lavori recenti, a M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, 2018.

⁶⁴ In realtà, tale posizione, è condivisibile nei limiti in cui fa riferimento alla figura del difensore civico, distinguendolo, però, dai garanti specialistici. Cfr., per esempio, G. GARDINI, *La difesa civica in Italia: luci e ombre*, relazione all'Università de Jaèn, 13-14 marzo 2014, (disponibile su: www.assemblea.emr.it/garanti-migrato/notizie/la-difesa-civica-in-italia-luci-e-ombre/il-testo-integrale-dell'intervento).

⁶⁵ Il rapporto tra separazione dei poteri, legalità e autorità amministrative indipendenti è tra i più indagati dalla dottrina gius-pubblicistica. Consueto il richiamo, tra i primi studi, a M. D'ALBERTI, voce *Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1996, e ad A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 5 ss. Tra i lavori meno risalenti, si può vedere, invece, a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

autorità indipendenti⁽⁶⁶⁾. Del resto, a livello nazionale, per quanto in aree diverse da quelle della protezione di categorie fragili, già esistono, da tempo, autorità amministrative indipendenti, a partire dal Garante della privacy, che operano per mitigare i pericoli provenienti dall'esercizio di poteri tecnici e scientifici, a prescindere dalla presenza, in senso proprio, di un mercato, posta la fisionomia "proteiforme" della regolazione, che abbraccia molteplici poteri, applicabili a campi differenti⁽⁶⁷⁾.

La seconda conclusione, a cui si può arrivare, sulla base di quanto sin qui argomentato, è che non sembrano rinvenirsi ragioni valide per ritenere che ai garanti nazionali debba essere accordato uno status differente rispetto a quelli regionali e dunque, ancora di meno, per assumere l'esistenza di vincoli gerarchici esercitabili dai primi verso i secondi⁽⁶⁸⁾.

Questo non significa, come si è già sottolineato, negare che, all'interno di una sola matrice istituzionale, vi possa essere un'eterogeneità di declinazioni delle forme attraverso cui assicurare la garanzia non giurisdizionale dei diritti e degli interessi sensibili. Diversamente, vuol dire riconoscere che, a fronte della necessaria indipendenza strutturale di tutti gli organismi di garanzia, è sul piano del concreto esercizio delle loro funzioni che si deve misurare l'effettività e la stessa la tenuta del sistema, a maggiore ragione vista la dimensione multilivello di esso.

Di certo, i numerosi *pieni* e *vuoti* legislativi non agevolano tale esercizio di misurazione, ponendo spesso gli stessi garanti territoriali davanti a quesiti interpretativi relativi all'estensione delle loro competenze, e in particolare rispetto a quelle proprie delle autorità di garanzia nazionali.

Dubbi di carattere sistemico vengono infatti posti dalle stesse leggi istitutive dei

⁶⁶ Cfr. C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, 310 ss., il quale infatti includeva già i garanti specialistici tra le autorità indipendenti, rimarcando anche che, essendo tali figure nate sulla base di ragioni diverse e disomogenee, non è consentito individuare un ordine definitorio preciso della relativa categoria. Sul rapporto tra autorità indipendenti e garanti regionali si possono leggere le riflessioni, di P. Pantalone, in *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, cit.

⁶⁷ In questi termini, recentemente, C. ACOCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, spec. 25. Sul punto, si veda ampiamente già G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006, *passim*.

⁶⁸ Sulle ragioni dell'indipendenza dei garanti regionali si sofferma G. Sirianni, sempre in, *I garanti regionali*, a cui si può rimandare per un approfondimento della questione.

due garanti nazionali. Le normative hanno assegnato a essi, con formulazioni molto ampie, funzioni già proprie dei garanti regionali, spesso con delle contraddizioni anche rispetto al riparto delle competenze legislative previsto in Costituzione, e comunque senza specificare, in modo puntuale, le modalità di integrazione, organizzative e procedurali, tra il piano nazionale e quello regionale⁽⁶⁹⁾.

Se si assume, tuttavia, che il sistema di garanzia dei diritti e degli interessi dei detenuti e per l'infanzia e per l'adolescenza presenta i tratti delle organizzazioni a rete, è evidente che ad assumere centralità è proprio il coordinamento, quale strumento necessario per orientare elasticamente l'esercizio delle competenze, nel rispetto dell'indipendenza di tutte le autorità⁽⁷⁰⁾.

Anche qui, l'esperienza mostra che non manca la volontà di sperimentare soluzioni e di ricercare buone prassi, idonee a far sì che l'opzione *voice*, assegnata oggi ai garanti nazionali, raccolga fruttuosamente quanto emerso in sede territoriale e dunque senza scavalcare o sovrapporsi ai garanti regionali⁽⁷¹⁾.

Tali sperimentazioni paiono però scontare il peso di una legislazione che mette formalmente a disposizione dei garanti uno strumentario ancora da affinare e che soprattutto ruota intorno alla componente *volontaristica* del coordinamento plurilaterale⁽⁷²⁾. Di ciò si ha un segnale osservando la disciplina e l'operatività concreta della Conferenza nazionale per la garanzia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e della Conferenza dei Garanti territoriali delle persone private della libertà, nelle quali, appunto, il raccordo tra autorità ha valenza principalmente

⁶⁹ Si prenda il caso, particolarmente delicato, della funzione, attribuita in particolare all'Autorità di garanzia nazionale di formulare osservazioni e proposte sull'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni e che, evidentemente, non può prescindere dall'esercizio delle funzioni proprie dei garanti territoriali. A riguardo, si veda lo scritto di C. Acocella in, *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, cit.

⁷⁰ In merito, di recente, ritornando anche sulla nota letteratura in materia, si possono leggere i contributi in V. ANTONELLI, G. C. DE MARTIN, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Il coordinamento amministrativo dopo Vittorio Bachelet*, Roma, 2022. Tra gli scritti più risalenti, sempre rilevante G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, 1982.

⁷¹ Si vedano, per esempio, i numerosi progetti, che prevedono un coinvolgimento di più attori pubblici (tra cui i garanti territoriali) e privati, specie del terzo settore, che sono richiamati nelle ultime relazioni al Parlamento dei garanti nazionali.

⁷² Quanto alle plurime valenze che può assumere il coordinamento e sull'evoluzione (non univoca) di tale concetto, F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Torino, 2012, spec. 15 ss. e G. D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale, Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, spec. 72 ss.

informativa e solo debolmente funzionale⁽⁷³⁾. E non sembra un caso, allora, che, per i garanti per le persone private della libertà personale, si sia dovuti ricorrere a integrare la legge istitutiva del garante nazionale per far sì che quest'ultimo potesse delegare alcune funzioni specifiche ai garanti regionali⁽⁷⁴⁾.

5. FUNZIONI DI GARANZIA E DIALOGO TRA AUTORITÀ

La complessità del percorso di radicamento e di maturazione delle autorità di garanzia specialistiche, si riflette, inevitabilmente, sul profilo dell'esercizio delle funzioni di esse, essendo oltretutto numerose le intersezioni tra le loro competenze.

Semplificando il quadro, si può dire che, nel tempo, si sono andate delineando almeno tre tipologie di azioni esercitabili, eventualmente in modo congiunto, dai garanti.

La prima tipologia è quella della rappresentanza non giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei soggetti vulnerabili, la quale colloca i garanti in quello «spazio intermedio tra individuo e potere statale» che è tanto più ampio quanto più l'amministrazione si pluralizza e si disaggrega⁽⁷⁵⁾.

Tale rappresentanza presenta una doppia matrice: una di stampo essenzialmente *culturale* e un'altra maggiormente *formale*⁽⁷⁶⁾.

La dimensione culturale è radicata nella capacità dei garanti di organizzare ogni iniziativa ritenuta idonea a promuovere le conoscenze dei diritti e degli interessi delle persone private della libertà personale, degli infanti e degli adolescenti e a

⁷³ Tra le principali funzioni di essa vi è, infatti, lo scambio di dati e informazioni e la collaborazione con i garanti nazionali, anche mediante l'elaborazione di linee guida.

⁷⁴ Se è comprensibile la necessità di dare copertura, con fonte primaria, alla delega di funzioni, resta comunque l'eccentricità di una soluzione che, inevitabilmente, inquadrandosi normalmente nella subordinazione, conduce alla possibilità di esercitare, nell'attività delegata, incisivi poteri di ingerenza, fuori dalla dimensione equiordinata tra autorità. Più che di delega dovrebbe quindi parlarsi più correttamente di decentramento o deconcentrazione. Sulle relazioni organizzative, si veda S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 90 ss.

⁷⁵ La citazione è di S. MANGIAMELI, *Gli interessi organizzati tra fenomenologia sociale e Costituzione, presentazione a J.H. Kaiser, La rappresentanza degli interessi organizzati*, Milano, 1993, 6.

⁷⁶ In generale, sulla trasformazione della rappresentanza degli interessi, se si vuole, si possono vedere gli scritti in A. AVERARDI (a cura di), *La rappresentanza degli interessi organizzati. L'Italia corporativa oggi*, Napoli, 2019.

prevenirne i possibili abusi. L'opera di promozione formativa, anche tecnica, e di informazione a favore del pubblico è intensamente condotta da tutti i garanti, molto spesso con il proficuo coinvolgimento, tramite appositi protocolli e accordi, di soggetti dell'universo del no profit, delle università, delle scuole, degli ordini professionali oltreché delle amministrazioni, statali e locali, competenti nelle materie oggetto delle varie iniziative⁽⁷⁷⁾.

Diversi, invece, sono i casi nei quali la rappresentanza viene esercitata in modo formale e con una finalità normativa, permettendo la partecipazione delle figure di garanzia alla predisposizione di regole in tema di detenzione, infanzia e adolescenza. Qui, infatti, si è davanti a una vera e propria attività di carattere consultivo, la quale si estrinseca, tra l'altro, nella possibilità per i garanti di esprimere pareri, non vincolanti, tendenzialmente su richiesta degli organi competenti, su atti amministrativi e legislativi di interesse dei ristretti, degli infanti e degli adolescenti, e nella capacità di formulare raccomandazioni, ai medesimi organi, perché adottino appositi interventi legislativi e amministrativi, qualora i diritti e gli interessi dei soggetti da tutelare non risultino adeguatamente rispettati o attuati o vi siano inefficienze nell'erogazione di servizi⁽⁷⁸⁾.

Nel complesso, l'attribuzione della funzione di rappresentanza ai garanti regionali manifesta la proiezione non solo difensionale e reattiva ma altresì proattiva di tali autorità. L'esistenza di questa capacità propositiva non incrina, logicamente, l'indipendenza istituzionale delle autorità di garanzia, così come, del resto, limitandosi a un solo e semplice esempio, non si potrebbe sostenere che l'Antitrust non sia indipendente poiché competente non solo a tutelare la concorrenza ma pure a promuoverla⁽⁷⁹⁾.

⁷⁷ Si tratta, anche, di una attività di monitoraggio sociale, importante ma che sconta diverse problematiche, non da ultimo di tipo informativo, sul piano dell'accessibilità e dell'omogeneità dei dati indispensabili per l'esercizio delle varie attività di comune interesse. Sul punto, si leggano le considerazioni di V. Brigante in, *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, cit.

⁷⁸ Va segnalato, quanto allo svolgimento di tali attività, l'interessante caso della Lombardia che, nel 2021, ha istituito una commissione consultiva a supporto delle attività del Garante per l'infanzia e l'adolescenza, con funzione proprio di facilitazione dell'esercizio delle funzioni dell'autorità di garanzia, e composta, tra l'altro, da rappresentanti dei Tribunali per i minorenni e ordinari, della Procura, dell'ufficio scolastico regionale e del mondo del terzo settore.

⁷⁹ Il punto non va banalizzato perché è forte il rischio che una lettura restrittiva di questa attività di rappresentanza finisca per far giungere alla conclusione, talvolta sostenuta in letteratura, che i garanti, operando in senso «partigiano», a favore delle categorie che rappresentano, sono caratterizzati per una

La seconda tipologia di azione realizzabile dai garanti territoriali è quella propriamente di vigilanza e il cui esercizio si può connotare per un tasso, più o meno significativo, di amministrativizzazione.

Anche la funzione di vigilanza non va intesa in senso rigido e univoco. Essa si declina in più forme e, soprattutto, la sua effettività dipende dal grado di collaborazione tra le varie amministrazioni di riferimento e i garanti, non essendo assegnati, a questi ultimi, poteri sanzionatori diretti ma solo di *soft law*⁽⁸⁰⁾.

L'esercizio di tale funzione può (e talvolta deve) sovrapporsi all'attività di rappresentanza dei diritti e degli interessi delle categorie vulnerabili. Questo è chiaro, per esempio, quando i garanti delle persone private della libertà personale ricevono istanze o reclami dai detenuti e dagli internati⁽⁸¹⁾, colloquiano con essi, eventualmente al fine di compiere atti giuridici⁽⁸²⁾, o visitano i luoghi di privazione delle libertà senza necessità di autorizzazione⁽⁸³⁾, predisponendo, poi, se necessario, segnalazioni o interventi nei confronti delle strutture competenti e degli enti regionali, nell'ottica di indirizzare l'amministrazione e sensibilizzare l'opinione pubblica⁽⁸⁴⁾.

La fisiologica embricazione tra vigilanza e rappresentanza-concretizzazione dei diritti e degli interessi si colora, poi, di una componente più marcatamente amministrativa là dove i garanti territoriali, specie per l'infanzia e l'adolescenza, riscontrando fattori di rischio, intervengono nei procedimenti amministrativi della Regione, degli enti da essa dipendenti e degli enti locali, secondo quanto previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo⁽⁸⁵⁾.

sorta di indipendenza funzionalizzata od orientata.

⁸⁰ Si vedano, al riguardo, le riflessioni di A. Di Martino, in *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, cit. specie quanto alla relazione tra l'attività dei garanti e l'esercizio delle funzioni di ispettorato, anche sociale e quelle, nel medesimo volume, di S. Nappi sul rapporto tra interventi a contrasto dello sfruttamento minorile e ruolo del garante.

⁸¹ Art. 35, l. n. 354/1975.

⁸² Art. 18, l. n. 354/1975.

⁸³ Art. 67, l. n. 354/1975, che, come già rimarcato, utilizzando oggi la formula «garanti dei detenuti comunque denominati» include il Garante nazionale e quelli territoriali.

⁸⁴ Evidentemente centrale è l'uso dello strumento delle relazioni, che dovrebbe tuttavia essere valorizzato soprattutto da parte dell'organo politico che lo riceve.

⁸⁵ Tale prerogativa è formalmente attribuita, in questi termini, ai garanti territoriali per l'infanzia e l'adolescenza mentre, nel caso dei garanti delle persone private della libertà lo è solo per l'autorità nazionale, sebbene, nella prassi non manchino casi in cui una buona capacità di interazione tra amministrazione penitenziaria e garanti territoriali abbia permesso di estendere anche a essi la facoltà in questione.

Accanto a queste ipotesi, ve ne sono tuttavia altre che, come sopra anticipato, paiono spostare l'attività dei garanti in uno spazio che non è quello della vigilanza ma è, più apertamente, quello dell'erogazione dei servizi. Esemplicativi sono i casi in cui i garanti territoriali per l'infanzia e l'adolescenza forniscono sostegno tecnico e legale agli operatori dei servizi sociali, assicurano consulenza e ausilio ai curatori e ai tutori nominati o concorrono a verificare l'assistenza prestata ai minori ricoverati in istituti educativi-assistenziali, in strutture residenziali o comunque in ambienti esterni alla propria famiglia⁽⁸⁶⁾.

Su queste ultime attività va espressa una nota critica dato che il loro esercizio rischia di attrarre le figure di garanzia in aree di amministrazione diretta, assegnando a esse un ruolo di supplenza istituzionale, che non gli appartiene, e facendo occupare loro spazi che dovrebbero essere presidiati da altri attori, a partire dai soggetti del terzo settore. La tecnicità dell'operato dei garanti dovrebbe invece essere sempre orientata a far assumere alla vigilanza una fisionomia diversa, più versatile, in grado di esprimere una seria *moral suasion* verso i decisori e regolatori pubblici⁽⁸⁷⁾.

La terza tipologia di azione propria delle autorità di garanzia è quella di *advocacy* giurisdizionale, attraverso la quale esse si fanno formalmente espressione, in sede processuale, di un interesse rispetto ai rapporti sostanziali dedotti nei vari giudizi. Delle varie funzioni, quest'ultima è la più delicata e, in definitiva, la più controversa, toccando peraltro la disciplina di profili come la legittimazione e l'interesse ad agire o la formazione del contraddittorio davanti al giudice civile, a quello penale e persino alla Corte costituzionale⁽⁸⁸⁾.

Pure senza addentrarsi nelle singole questioni problematiche, è però utile registrare, con riferimento a questa specifica attività di *advocacy*, almeno due recenti e

⁸⁶ Per una disamina critica di tali attività, si veda ancora A. Albanese, *I garanti*, cit., 743 ss.

⁸⁷ Con riguardo alla *moral suasion* esercitata dalle autorità amministrative indipendenti, ampiamente A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza nel sistema costituzionale. Le "forze politiche" inaspettate*, Torino, 2019, 67 ss.

⁸⁸ Mancando una disposizione generale come quella, di cui all'art. art. 21-bis, l. n. 287/1990, che attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Con i dovuti adattamenti, una previsione del genere potrebbe essere estesa anche alle figure di garanzia dei diritti, specie nella parte in cui prevede l'adozione, da parte dell'autorità garante, di un parere motivato da rivolgere all'amministrazione, per indurla ad agire in autotutela, rispetto a una sua precedente determinazione, con funzione deflattiva del contenzioso.

importanti evoluzioni.

La prima, che tocca i garanti nazionali e, di riflesso, quelli regionali, è relativa all'introduzione nel processo costituzionale della figura degli *amici curiae*, i quali, pur rimanendo formalmente estranei al contraddittorio costituzionale e dunque senza assumere la qualità di parti, possono depositare un'opinione per fornire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità⁽⁸⁹⁾.

L'apertura, sebbene temperata, del processo costituzionale alle formazioni sociali, senza scopo di lucro, e a soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi, riallinea, su questo specifico aspetto, il modello italiano di giustizia costituzionale a quello della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel quale, da tempo, è espresso un significativo *favor* agli interventi dispiegati dai terzi e dagli *amici curiae*⁽⁹⁰⁾. Nel recente passato, innanzi alla Corte Edu, il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale ha già presentato diverse opinioni; sicché, visti i precedenti, infruttuosi tentativi di intervento spiegati in giudizi di legittimità costituzionale, è più che plausibile, oltretutto auspicabile, che, in controversie di loro interesse, le autorità di garanzia nazionali, possano ora validamente presentare opinioni come *amici curiae*⁽⁹¹⁾.

La seconda spinta evolutiva al ricorso a meccanismi di *advocacy* concerne, invece, la possibilità per il garante territoriale per l'infanzia e l'adolescenza di costituirsi autonomamente parte civile in procedimenti penali in cui vengono contestati reati a danni di minori.

Di recente, in un caso pendente davanti al Tribunale penale di Latina, il giudice delle indagini preliminari ha ammesso la costituzione di parte civile della Garante regionale del Lazio e, successivamente, il giudice dell'udienza preliminare ha condannato l'imputata a pagare il danno richiesto dalla parte civile, oltre alle

⁸⁹ L'introduzione della figura degli *amici curiae* è avvenuta con la delibera della Corte costituzionale, in sede non giurisdizionale, dell'8 gennaio 2020. Ne è seguito un ampio e piuttosto acceso dibattito, di cui non si può dare conto, potendosi però segnalare, tra le molte opinioni, quelle diverse di M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2020, 402 ss. e di P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *federalismi*, 2020, iv ss.

⁹⁰ Si veda, sempre tra i numerosi, M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Quest. giust.*, 2020, 122 ss.

⁹¹ Tra l'altro, il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà persona ha presentato le sue osservazioni, come *amicus curiae*, alla Corte europea dei diritti umani sui casi Y.A. e altri contro Italia, B.G. e altri contro Italia, M.S. e J.M. contro Italia e Ciotta contro Italia.

spese legali per la costituzione di essa in giudizio⁽⁹²⁾. Se tale pronuncia trovasse ulteriori conferme nella giurisprudenza, i rapporti tra i garanti territoriali, in particolare per l'infanzia e l'adolescenza, e l'autorità giudiziaria si andrebbero ad arricchire, andando oltre la pur importante azione di supporto nell'esecuzione, da parte dei servizi sociali, di provvedimenti emanati dal giudice e quella della formazione dei tutori volontari attualmente svolta dai garanti⁽⁹³⁾.

Questa schematizzazione, necessariamente non esaustiva, delle competenze delle autorità di garanzia è, tra l'altro utile a illuminare l'importanza di praticare, oltre al coordinamento tra autorità territoriali e regionali dello stesso tipo, anche il dialogo tra le diverse autorità e tra esse e gli altri attori istituzionali.

Il lavoro congiunto dei garanti delle persone private della libertà personali e dei garanti per l'infanzia e l'adolescenza trova la massima urgenza nelle ipotesi di ascolto e tutela degli interessi dei minori collocati presso gli istituti penali per i minorenni o che si trovano in area penale esterna⁽⁹⁴⁾.

A riguardo, giova in particolar modo evidenziare che la complementarietà nell'azione tra autorità di garanzia si può senz'altro avvantaggiare di alcune soluzioni organizzative che prevedano l'esistenza di strutture a supporto trasversale dei garanti⁽⁹⁵⁾. Con esercizio di realismo, si deve però ammettere che la scarsità di risorse messa a disposizione dei garanti regionali rende lontano l'obiettivo di rinforzarne l'azione congiunta intervenendo sul piano dell'organizzazione e del per-

⁹² Su tale pronuncia, e più ampiamente sui rapporti tra garante per l'infanzia e l'adolescenza e autorità giudiziaria, si veda il contributo di G. Laneve in, *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, cit.

⁹³ Va peraltro detto che la latitudine dei rapporti con gli organi giurisdizionali varia a seconda delle singole leggi regionali, essendoci casi, come quello del garante per l'infanzia e l'adolescenza della Puglia, in cui viene esplicitamente già prevista la possibilità «presso gli organismi giudiziari per rappresentare gli interessi del minore d'età nel corso di procedimenti civili o penali, indipendentemente e autonomamente dall'azione dei genitori e dei legali rappresentanti dello stesso e si può costituire parte civile in procedimenti penali aventi ad oggetto violazione dei diritti dei minori».

⁹⁴ Va infatti considerato che, a fronte dei 17 istituti penali per minorenni italiani, sul territorio nazionale vi sono ben 637 comunità residenziali disponibili all'accoglienza di minori o giovani adulti sottoposti a provvedimenti penali. Un'analisi dettagliata dei numeri dei minori in carcere e in area penale esterna si trova in XVIII Rapporto Antigone sulle condizioni di detenzione, disponibile su www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/.

⁹⁵ Si prenda il caso del Lazio in cui la struttura di supporto ai garanti delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale e al Garante dell'infanzia e dell'adolescenza prevede del personale condiviso.

sonale⁽⁹⁶⁾.

Anche per questo, è soprattutto la dimensione informale ed elastica del *network* tra autorità di garanzia che deve essere coltivata, evitando di ingessare il dialogo tra autorità entro le maglie del procedimento amministrativo, e coltivando, al contempo, tutte le potenzialità dell'inclusione degli attori del terzo settore, specie nel supporto alle istituzioni nell'erogazione di servizi⁽⁹⁷⁾.

6. NUOVI ITINERARI DI GARANZIA E CULTURA AMMINISTRATIVA: SPUNTI CONCLUSIVI

Tutte queste riflessioni paiono ragionevolmente confermare quanto ipotizzato in apertura, e cioè che l'interpretazione critica della funzione e della stessa collocazione istituzionale di figure, quali i garanti delle persone private della libertà personale e per l'infanzia e l'adolescenza, non può essere scissa dalla lettura delle numerose "preesistenze", storiche e amministrative, che ne hanno determinato la genesi e che, oggi, ne influenzano l'attività⁽⁹⁸⁾.

Da ultimo, allora, pare utile aggiungere una breve considerazione su di un aspetto, quello del rapporto tra i garanti e le amministrazioni con cui esse interagiscono, da cui non si può prescindere se si intendono individuare delle strategie efficaci di rafforzamento dell'azione delle autorità di garanzia.

Si è detto, in precedenza, che l'istituzione dei «garanti senza il mercato» non si è potuta avvantaggiare della presenza di una matura cultura della partecipazione

⁹⁶ Leggendo le ultime relazioni al Parlamento delle autorità di garanzia nazionali ci si avvede chiaramente che la problematica delle (poche) risorse, economiche e umane, non tocca solamente i garanti ma anche le amministrazioni, a partire da quella penitenziaria e della sanità, con cui le autorità di garanzia si trovano a operare.

⁹⁷ Sulle cui potenzialità, tra i molti e di recente, si vedano le ricerche di L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Torino, 2022 ed e E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021. Come osservato di recente da A. DI MARTINO, *Oltre la partecipazione procedimentalizzata: collaborazione e regolazione nelle autorità amministrative indipendenti*, cit., 82 ss., va peraltro ricordato che anche il rapporto tra i vari *stakeholders* e le autorità di garanzia può muoversi, in un'ottica di collaborazione, anche tramite scambi informali, non procedimentalizzati rigidamente.

⁹⁸ La necessità di considerare le «preesistenze» nello studio dell'amministrazione e del suo diritto, per non arrestarsi sulla «facciata» delle realtà, è segnalata da S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 88.

all'attività amministrativa generale che, nel nostro ordinamento, ha sempre scontato ritardi e incertezze, se non veri e propri contrasti⁽⁹⁹⁾.

Non è difficile constatare, a un livello più generale, che la ritrosia ad affrontare la questione del rapporto tra processi decisionali pubblici e interessi, disciplinando, in modo compiuto, il profilo dell'interazione tra chi tali interessi rappresenta e la burocrazia, si scarica sulla quotidianità dell'esercizio delle funzioni dei garanti⁽¹⁰⁰⁾.

In effetti, questi ultimi si trovano a interagire con amministrazioni che, anche in ragione della paura della responsabilità, sono rimaste ancorate un'ideale rigido del principio di legalità e al rilievo dell'imparzialità procedurale, preoccupandosi di non essere «catturate» da interessi sociali settoriali piuttosto che di agire in modo equo e di aprirsi, in maniera trasparente e, là dove possibile informale, ai bisogni dei cittadini⁽¹⁰¹⁾.

Il quadro è ancora più complesso nel caso dei rapporti tra i garanti gli attori del campo penitenziario, a partire dall'amministrazione delle carceri, sino alla magistratura di sorveglianza⁽¹⁰²⁾. Il sistema penitenziario si connota, infatti, per una serie di problematiche specifiche, tra le quali, oltre alla sovrapposizione tra gli aspetti giudiziari e amministrativi dell'esecuzione, a spiccare è soprattutto la debo-

⁹⁹ In merito, valgono sempre le considerazioni critiche di M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, 226 ss. e ID., *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 13 ss. E non è inutile continuare ribadire, dato il trattamento accordato anche a strumenti partecipativi potenzialmente innovativi, come il dibattito pubblico, che se fosse stata accolta la proposta, formulata nella commissione presieduta da Nigro, di introdurre l'istruttoria pubblica nella legge 241 del 1990, con ogni probabilità, si sarebbe potuta sviluppare una seria cultura della partecipazione amministrativa. Il faticoso rapporto tra i lavori della commissione Nigro e la politica, che temeva di perdere aree di influenza con l'approvazione della legge generale sul procedimento, è tratteggiato da F. PINTO, *La disciplina del procedimento amministrativo a quasi trent'anni dall'approvazione della Legge n. 241 del 1990*, in *Amministrativamente*, *Riv. di dir. amm.*, 2017, 4 ss.

¹⁰⁰ Che la rappresentanza degli interessi nei processi decisionali pubblici sia un problema irrisolto dell'amministrazione italiana lo ha ribadito, di recente, M. CAMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, 90 e 91.

¹⁰¹ Sono fenomeni molto noti, che attualmente si legano alla tendenza ad amministrare in via legislativa e a marginalizzare la capacità di scelta della burocrazia, e che erano stati già ampiamente intercettati da S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1995, spec. 475 – 477.

¹⁰² A riguardo, F. GIAMUSSO, *Gli istituti penitenziari*, in *Trattato di diritto amministrativo, diritto amministrativo speciale*, I, S. CASSESE (a cura di), Milano, 2003, 511 ss. ed E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 369 ss.

le procedimentalizzazione di rilevanti attività dell'amministrazione e la correlata vastissima discrezionalità attribuita a essa⁽¹⁰³⁾. Tutti elementi che, evidentemente, rendono ancora più faticosa l'azione delle figure di garanzia, costrette a muoversi secondo geometrie e prassi variabili e incerte e, in qualche forma, chiamate quotidianamente a conquistare la fiducia delle altre amministrazioni⁽¹⁰⁴⁾.

È poi da aggiungere che, come è stato rilevato osservando la parabola delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, tutte le amministrazioni indipendenti sono andate incontro, nella stagione odierna, a tensioni, frutto di spinte contrapposte, di tipo sociale, economico e politico, le quali si sono riverberate sul piano giuridico e istituzionale⁽¹⁰⁵⁾. Ciò ha portato, almeno in parte, a una vera e propria “dequotazione” delle *authorities* indipendenti, indebolite a fronte della ri-espansione del ruolo della politica nel contesto di crisi e di risposta emergenziale a essa⁽¹⁰⁶⁾.

Dall'insieme di queste considerazioni si deduce, ancora una volta, l'esistenza di un intreccio tra i ricorrenti problemi che gravano la cultura amministrativa, e i suoi tentativi di riforma, e la difficoltà del sistema istituzionale di *metabolizzare* delle figure, ancora piuttosto eterogenee e originali, come quella dei garanti dei diritti e degli interessi di categorie vulnerabili⁽¹⁰⁷⁾.

¹⁰³ Esula dalle finalità di queste riflessioni l'approfondimento di tali aspetti problematici, che pure sono indubbiamente assi significativi. A riguardo, si può vedere comunque A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, spec. 357 ss. e, se si vuole, sui profili più strettamente amministrativi, A. AVERARDI, *La funzione rieducativa della pena*, in S. CASSESE (a cura di), *La Costituzione dimenticata*, Milano, 2021, 145 ss.

¹⁰⁴ S. ANASTASIA, *I Garanti dei detenuti nel sistema penitenziario*, in A. SBARDELLA (a cura di), *Salute mentale e carcere*, Roma, 2022, 427 ss.

¹⁰⁵ Cfr., tra i vari, L. SALTARI, *Avversione ai poteri neutrali e indipendenti. Conseguenze durevoli?*, in *Munus*, 2019, v. ss e M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, Intervento presentato al convegno Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e tutela giurisdizionale amministrativa tenutosi a Milano nel 2019, 2, disponibile su <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/L%E2%80%99attuale-configurazione-delle-Autorit%C3%A0-indipendenti-di-regolazione-dei-mercati-la-natura-giuridica-delle-funzioni-e-la-tipologia-degli-atti.pdf>. Sull'evoluzione, anche in chiave comparata del ruolo delle *authorities*, si vedano, di recente, i contributi in M. MAGGETTI, F. DI MASCIO, A. NATALINI (a cura di), *Handbook of Regulatory Authorities*, Cheltenham, 2022.

¹⁰⁶ A riguardo, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2021, 400 ss.

¹⁰⁷ Sui fallimenti e le fatiche del riformismo amministrativo italiano, si vedano, tra i molti, G. MELIS, *La pubblica amministrazione: una riforma mancata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 101 ss. e M. CLARICH, *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*, in *An. giur. ec.*, 2020,

Si è tuttavia osservato che il fallimento degli approcci riformistici «olistici» e l'apertura di una nuova fase, nella quale l'attenzione per la burocrazia non è limitata ai profili del contenimento della spesa pubblica, potrebbe aprire innovative prospettive di ammodernamento di parti dell'apparato pubblico, dei suoi corpi tecnici e del loro modo di agire⁽¹⁰⁸⁾.

Non v'è dubbio che ciò agevolerebbe anche la promozione della cultura diffusa dei diritti e degli interessi, che le autorità di garanzia portano (con fatica) avanti. Resta in ogni caso ineludibile la necessità di intervenire, nelle direzioni che si sono già indicate, sulle discipline dei garanti, specie regionali, così da rendere possibile che essi, fuori da condizionamenti esogeni e stante la loro indipendenza, possano, nei rispettivi campi di azione, concorrere in particolare alla «costruzione nomofilattica di un sistema di soft law» che orienti sempre meglio l'azione amministrativa a favore di categorie fragili⁽¹⁰⁹⁾, seguendo quel modello di “magistratura d'influenza” già sperimentato in altri ordinamenti, a partire da quello francese⁽¹¹⁰⁾. Se ne ricaverebbe, peraltro, un giovamento istituzionale non trascurabile, dando finalmente pieno rilievo alla tutela indipendente nei *domaines sensibles*, intesa non solo come garanzia di fronte dell'esercizio di poteri economici, scientifici o tecnici, ma nel più ampio e variegato senso della protezione della libertà e dei diritti dei cittadini⁽¹¹¹⁾.

169 ss.

¹⁰⁸ Cfr. L. TORCHIA, *Riforma amministrativa*, in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Funzioni amministrative*, Milano, 2021, 993 e 994.

¹⁰⁹ L'espressione è di M. PALMA, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, in *Le autorità amministrative indipendenti, Quaderno della Rivista della Corte dei conti*, 2022, 159.

¹¹⁰ Per inquadrare attività e profili critici dell'autorità di garanzia istituita in Francia per la protezione delle persone private della libertà è utile la lettura dei contributi, non solo giuridici, contenuti nel rapporto curato da YANNE POULIQUEN, *Le contrôleur général des lieux de privation de liberté. Retour sur dix ans d'action*, Paris, 2019. Interessante anche il quadro restituito da D. LÖHRER, *Le Défenseur des droits: quel bilan après dix ans d'activité?*, in *Revue française de droit administratif*, 2021, 73 ss. il quale, seppure riferendosi a un'autorità indipendente che esercita sostanzialmente le funzioni del difensore civico, evidenzia alcune debolezze funzionali e organizzative della categoria dei garanti indipendenti dei diritti, soffermandosi in particolare sull'impossibilità di essi di esercitare poteri impositivi nei confronti delle altre amministrazioni e sulla loro scarsa visibilità, che li porta a non essere non sempre adeguatamente conosciuti e considerati dai cittadini.

¹¹¹ La difficoltà di far risalire alla funzione di garanzia dei diritti il possibile fondamento ai poteri delle autorità indipendenti è stata, denunciata da più parti e assumendo varie prospettive. Si veda, per esempio, M. MAINETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2008, 191 ss.

ABSTRACT

L'articolo si concentra sull'inquadramento della natura giuridica e sulla funzione delle autorità indipendenti di garanzia a tutela dei diritti dei cittadini. L'analisi affronta in particolari i casi delle autorità a difesa dell'infanzia e dell'adolescenza e per la protezione delle persone private della libertà personale.

The article focuses on the legal nature and function of independent administrative authorities established to protect citizens' rights. The analysis addresses in particular the cases of authorities for the defence of children and adolescents and for the protection of persons deprived of their liberty.

SALVATORE PILIU

(Dottore di ricerca nell'Università degli studi di Sassari)

**Às origens da legislação italiana sobre crimes de informática:
a recomendação do Conselho da Europa de 9 de setembro de 1989
nº r (89)9 e a lei nº 547 de 1993***

Sommario: 1. Introdução 2. Computer crimes: a Recomendação do Conselho da Europa nº R (89)9, de 13 de setembro de 1989 e a Lei nº. 547 de 1993 3. A lista mínima da Recomendação do Conselho da Europa nº R (89)9, de 13 de setembro de 1989 e a recepção dos ilícitos informáticos pela Lei nº. 547 de 1993: uma análise comparativa 4. Os ilícitos penais estabelecidos na lista facultativa da Recomendação do Conselho da Europa de 1989 5. Conclusões. Dos computer crimes aos cyber crimes: linhas de evolução da normativa italiana

1. INTRODUÇÃO

Desde a década de 1990, a difusão cada vez mais massiva das tecnologias de informação levou o legislador europeu a preparar importantes orientações sobre o tema dos crimes informáticos, com o objetivo de harmonizar as regulamentações dos Estados europeus em matéria de *computer crimes* e combater a chamada criminalidade cibernética⁽¹⁾. A Recomendação do Conselho da Europa nº. R (89)9, de 13 de setembro de 1989, representa a referência essencial para o assunto no campo do direito internacional, pois deu impulso ao florescimento de normas nacionais, ainda em vigor, que introduziram *ex novo* no âmbito do direito penal dos Estados Europeus novas fatispécies criminais com a tarefa principal de combater a criminalidade informática.

No presente trabalho, desenvolverei uma investigação reconstrutiva da influência desta fundamental Recomendação do Conselho da Europa no ordenamento jurídi-

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Vide L. PICOTTI, *La nozione di "criminalità informatica" e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2011, IV, 827 ss.

co italiano, partindo da tão relevante Lei n.º. 547 de 1993, contendo «Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica»⁽²⁾, que pela primeira vez regulamentou e sancionou os *computer crimes* na Itália.

2. *COMPUTER CRIMES*: A RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA N.º R (89)9, DE 13 DE SETEMBRO DE 1989 E A LEI N.º. 547 DE 1993

Entre os Estados europeus, a Itália foi um dos últimos países a emitir uma série de disposições normativas sobre crimes informáticos.

A Alemanha e a França elaboraram legislação penal referente aos ilícitos informáticos, respetivamente em 1986 e 1988, ao passo que a Inglaterra o fez em 1990 (com a aprovação do *Computer misuse act*), imediatamente após a promulgação da Recomendação do Conselho da Europa⁽³⁾.

Com a aprovação pelo Parlamento da lei n.º. 547 de 1993⁽⁴⁾, a Itália também se adequou aos princípios gerais propostos pelo órgão supranacional, depois de ter apresentado uma longa série de projetos de lei ao Parlamento ao longo dos anos desde 1984, e atualmente podemos nos referir a um «*corpus* normativo» codificado do direito penal da informática. A este propósito, importa sublinhar que o legislador italiano optou por uma integração normativa do Código Penal, procurando reconduzir os novos crimes aos tipos penais já existentes no referido código⁽⁵⁾. Dessa forma, evitou-se a criação de uma seção separada dedicada aos crimes informáticos (até porque isso criaria problemas de escolha para inclusão em qualquer título do código, pois os delitos em questão tendem a lesar bens jurídicos de natureza diversa) e, aos poucos, foram realizadas integrações legislativas

² Trad. Alterações e adições às regras do Código Penal e do Código de Processo Penal em matéria de crimes informáticos.

³ Vide R. BORRUSO, G. BUONOMO, G. CORASANITI, G. D'AIETTI, *Profili penali dell'informatica*, Milano, 1994, XII ss.; E. TOSI, *Computer crimes: il Computer Misuse act 1990*, in *Riv. pen.*, 1992, X, 825 ss.

⁴ O texto da lei n.º. 547/1993 foi elaborado durante um período muito longo. Com efeito, o projeto de lei a ela correspondente foi elaborado por uma Comissão nomeada pelo Ministro da Justiça prof. Vassalli em 1989. A Comissão concluiu seus trabalhos em 1991, mas em 1993 foi «repescada» pelo novo Ministro da Justiça prof. Conso. Para mais informações sobre o processo legislativo, vide: C. SARZANA, *Informatica e diritto penale*. Milano, 1994, 196 ss.; E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1994, 412.

⁵ Vide R. BORRUSO, G. BUONOMO, G. CORASANITI, G. D'AIETTI, op. cit., XIV.

pontuais tendo em vista que os crimes informáticos, objetos de interesse, podiam ser diferenciados em dois subgrupos: os cometidos em detrimento de sistema informático e os praticados por meio de sistema informático.

Parece útil realizar uma análise comparativa entre as disposições contidas na Recomendação do Conselho da Europa e a legislação italiana em matéria de *computer crimes*⁽⁶⁾, a fim de averiguar como as «sugestões» vindas do órgão supranacional têm sido recebidas pelo italiano legislador.

A Recomendação previa duas listas de crimes que cada nação poderia implementar: uma lista mínima e uma lista opcional.

3. A LISTA MÍNIMA DA RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA N.º R (89)9, DE 13 DE SETEMBRO DE 1989 E A RECEPÇÃO DOS ILÍCITOS INFORMÁTICOS PELA LEI N.º. 547 DE 1993: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Procurar-se-á agora fazer uma comparação direta entre os particulares tipos de crimes previstos na Recomendação e os delitos correspondentes contidos no sistema penal italiano, a fim de verificar se existem diferenças significativas entre os dois textos normativos⁽⁷⁾.

a) O crime de fraude informática

Essa figura de crime é prevista pela alínea a) da lista mínima de crimes indicados na Recomendação: «L'entrée, l'altération, l'effacement ou la suppression de données ou de programmes informatiques, ou toute autre ingérence dans un traitement informatique, qui en influence le résultat, en causant par là même un préjudice économique ou matériel à une autre personne (variante: dans l'intention de priver illicitement cette personne de son patrimoine) dans l'intention d'obtenir un avantage économique illégitime pour soi-même ou pour autrui»⁽⁸⁾.

⁶ Para uma definição de *computer crimes*, vide C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Padova, 2006, 1 ss.

⁷ Para a análise comparativa entre os crimes previstos na Recomendação e as correspondentes figuras criminais contidas no ordenamento jurídico italiano, foram de grande auxílio as obras de E. GIANNANTONIO, op. cit., 409 ss.; C. SARZANA, op. cit., 197 ss.; e R. BORRUSO, G. BUONOMO, G. CORASANITI, G. D'AIETTI, op. cit., 1 ss.

⁸ Trad. A introdução, alteração, eliminação ou supressão de dados ou programas informáticos, ou qualquer outra interferência no tratamento informático, que influencie o seu resultado, causando assim prejuízo econômico ou material a outrem (variação: com intenção de privar ilicitamente essa pessoa de seu

A norma pode ser comparada com o art. 640 *ter*, inserido *ex novo* no Código Penal italiano pelo art. 10 da lei n.º. 547, de dezembro de 1993: «Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri in ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con multa da Euro 51 a Euro 1032»⁽⁹⁾.

Da leitura das duas normativas, nota-se de imediato que o legislador italiano recebeu integralmente os princípios propostos pelo Conselho da Europa. Na verdade, o art. 10 da lei n.º. 547 de 1993 prevê a fraude informática como crime específico, sancionado por um novo artigo do Código Penal.

A fraude informática, configurada pelo legislador como um tipo particular de estelionato (crime previsto no artigo 640 do Código Penal), foi enquadrada no Título XIII do código (Crimes contra o patrimônio), Capítulo III (Crimes contra o patrimônio mediante fraude). O art. 640 *bis* também foi colocado no Código Penal após a previsão de «truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche»⁽¹⁰⁾. Tanto o art. 640 *bis* quanto o art. 640 *ter* regulamentam casos particulares do crime de estelionato.

Pode-se notar que, no art. 640 *bis*, a conduta de fraude, que tipicamente se dá por meio de condutas cujos elementos caracterizadores são as artimanhas e enganar, assume a forma de alteração ou intervenção ilícita com o fim de obter lucro injusto para si ou para outrem com prejuízo alheio.

A conduta do agente deve ser dolosa, ou seja, deve ser caracterizada por um comportamento voluntário e consciente visando enganar a vítima e obter um lucro injusto. O legislador criou uma espécie normativa em que a estrutura básica do crime de estelionato é remodelada de acordo com os princípios enunciados na Recomendação do Conselho da Europa.

b) O crime de falsidade informática

O crime de falsificação informática é considerado na alínea b) da Recomendação:

patrimônio) com a intenção de obter uma vantagem econômica ilegítima para si ou para outros.

⁹ Trad. Quem, alterando de qualquer forma o funcionamento de um sistema informático ou telemático ou intervindo sem direito a qualquer título sobre dados, informações ou programas contidos num sistema informático ou telemático que lhe pertença, obtém para si ou para outrem lucro injusto com prejuízo a outrem é punido com pena de reclusão de seis meses a três anos e multa de 51 a 1032 euros.

¹⁰ Trad. Fraude agravada para obtenção de fundos públicos.

«L'entrée, l'altération, l'effacement ou la suppression de données ou de programmes informatiques, ou toute autre ingérence dans un traitement informatique, d'une manière ou dans des conditions qui, d'après le droit national, constitueraient l'infraction de falsification s'ils avaient été commis au regard d'un objet traditionnel de ce type d'infraction»⁽¹¹⁾.

No que diz respeito ao crime em questão, deve-se observar que podem ser aplicadas todas as disposições contidas no Capítulo III (Sobre a falsidade em atos) do Título VII do Código Penal (Crimes contra a fé pública), tendo em vista que o legislador italiano no art. 3 da lei n.º 547 de 1993 previu a inserção de um dispositivo, o art. 491 *bis*, que estende todos os casos de falsificação previstos no Capítulo III também aos casos em que a falsificação em atos diga respeito a um documento informático: «Se alcune delle falsità previste dal presente capo riguardano un documento informatico pubblico o privato, si applicano le disposizioni del capo stesso concernenti rispettivamente gli atti pubblici e le scritture private. A tal fine per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli»⁽¹²⁾.

Pode-se notar que o legislador italiano recebeu integralmente a indicação do Conselho da Europa. Na lista mínima da Recomendação, previa-se a possibilidade de regulamentar o crime de falsificação informática através das disposições normativas elaboradas por cada nação individualmente para a referida matéria (desde que houvesse correspondência exata entre o que é considerado crime de falsificação para o órgão supranacional e aquele assim considerado pela legislação nacional). Tendo verificado que no ordenamento jurídico italiano existia uma série de regras que regulavam detalhadamente todos os casos de falsificação em atos, o legislador em 1993 optou pela inserção de uma disposição que pudesse operar a adaptação das referidas regras às novas necessidades vinculadas à criminalidade informática

¹¹ Trad. A introdução, alteração, eliminação ou supressão de dados ou programas informáticos, ou qualquer outra interferência no processamento informático, de forma ou em condições que, pelo direito nacional, constituam crime de falsificação se tiverem sido cometidas relativamente a um objeto tradicional desse tipo de infração.

¹² Trad. Se alguma das falsidades previstas neste capítulo diga respeito a documento informatizado público ou particular, aplicar-se-á o disposto no mesmo capítulo quanto, respectivamente, aos atos públicos e às escrituras privadas. Para tal fim, entende-se por documento informático qualquer suporte informático que contenha dados ou informações com valor probatório ou programas especificamente destinados ao seu tratamento

em matéria de falsidade, até porque o princípio geral vigente no ordenamento jurídico italiano proíbe o uso de analogia em matéria penal.

Para sancionar o crime de falsificação informática, portanto, aplicam-se todos os artigos que vão do 476 do Código Penal ao 493 *bis*, os quais contêm os requisitos exigidos pela Recomendação para configurar o crime de falsificação (a título de exemplo, veja-se os artigos 476 - 478 do Código Penal em caso de alteração, ou o artigo 490, sobre «Soppressione, distruzione, occultamento di atti veri»⁽¹³⁾ para as hipóteses de supressão e eliminação contidas na alínea b) do texto elaborado pelo Conselho da Europa).

Por fim, pode-se fazer menção ao objeto da tutela penal, que, no caso em questão, pode ser identificado na fé pública⁽¹⁴⁾. O dolo exigido para a punibilidade da conduta deve consistir na vontade de mudar a verdade com a consciência de prejudicar os terceiros.

c) O crime de dano a dados e programas informáticos

A alínea e) da Recomendação do Conselho da Europa dispõe o seguinte: «L'effacement, l'endommagement, la détérioration ou la suppression sans droit de données ou de programmes informatiques»⁽¹⁵⁾.

O legislador italiano seguiu a indicação do órgão internacional e incluiu no Código Penal, por meio do art. 9º da lei 547/1993, uma norma *ad hoc* para regular casos de danos a dados e programas informáticos. Tal disposição está contida no art. 635 *bis* que foi incluído no Capítulo I (Crimes contra o patrimônio mediante violência a coisas ou pessoas) do Título XII do Código Penal (Crimes contra o patrimônio), após o artigo 635, que regula os casos de danos em geral.

O novo artigo assim dispõe: «Chiunque distrugge, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili sistemi informatici o telematici altrui, ovvero programmi, informazioni o dati altrui, è punito salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se ricorre una o più delle circostanze di cui al secondo comma dell'art. 635, ovvero se il fatto è commesso con abuso delle qualità di operatore del sistema, la pena è della reclusione da uno a quattro anni»⁽¹⁶⁾.

¹³ Trad. Supressão, destruição, ocultação de documentos verdadeiros.

¹⁴ Vide F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, vol. II, Milano, 1994, 527 ss.; G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale: parte speciale*, Padova, 2014, 90 ss., 303 ss.

¹⁵ Trad. A eliminação, dano, deterioração ou supressão indevida de dados ou programas informáticos.

¹⁶ Trad. (Danos a sistemas informáticos e de telecomunicações): Quem destruir, deteriorar ou inutilizar, no todo ou em parte, sistemas informáticos ou de telecomunicações alheios, ou programas, informações ou dados alheios, salvo se o fato constitui crime mais grave, é punido com pena de reclusão de seis meses

De imediato, pode-se notar que a norma italiana também estende a disciplina aos casos de danos a sistemas de informática ou telemáticos.

O art. 635 *bis* está estruturado de acordo com o esquema do art. 635, ainda que a nova norma não preveja a hipótese de «dispersão». É um crime patrimonial que implica a piora da situação patrimonial do sujeito passivo.

Já o objeto do crime é representado por sistemas informáticos ou telemáticos, programas, informações e dados de terceiros.

Além disso, é necessária uma conduta dolosa, que deve atuar pela vontade de destruir, deteriorar ou inutilizar o «bem informático» com a consciência de que pertence a terceiros.

A regra do art. 635 *bis* tem caráter subsidiário, cessando sua aplicabilidade quando o dano for elemento constitutivo de outro crime mais grave (pensa-se, a título de exemplo, nos casos de dano qualificado contemplados no art. 420 do Código Penal - «Attentato a impianti di pubblica utilità»⁽¹⁷⁾ – que serão analisados no parágrafo seguinte).

d) O crime de sabotagem informática

A sabotagem informática é considerada na alínea d) da Recomendação: «L'entrée, l'altération, l'effacement ou la suppression de données ou de programmes informatiques, ou l'ingérence dans des systèmes informatiques, dans l'intention d'entraver le fonctionnement d'un système informatique ou d'un système de télécommunications»⁽¹⁸⁾.

A hipótese de sabotagem informática, prevista na lista mínima, foi recebida por várias normas no âmbito da lei n.º 547/1993. De fato, o legislador italiano optou por uma solução indireta. Não criou um artigo sob o título «sabotagem informática», regulando explicitamente essa hipótese específica de dano (como, ao contrário, o legislador alemão havia estabelecido em 1986, que no § 303b StGB sancionou a propriamente dita sabotagem informática)⁽¹⁹⁾.

a três anos. Se ocorrer uma ou mais das circunstâncias referidas no n.º 2 do artigo 635, ou se o fato for cometido com abuso das qualidades de operador de sistema, a pena é de reclusão de um a quatro anos.

¹⁷ Trad. Atentado a instalações de utilidade pública.

¹⁸ Trad. Entrar, alterar, apagar ou suprir dados ou programas informáticos, ou interferir em sistemas informáticos, com a intenção de interferir na operação de um sistema informático ou de um sistema de telecomunicações.

¹⁹ A tal propósito, vide L. PICOTTI, *La rilevanza penale degli atti di "sabotaggio" ad impianti di elaborazione dati*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1986, III, 969. O Autor, na nota à sentença do Tribunal de Firenze de 27/01/1986, refere-se também às hipóteses de sabotagem informática

No Código Penal italiano, existem apenas duas regras que regem esse tipo específico de dano definido pelo legislador com o termo «sabotagem»: o art. 508 (sabotagem de empresas agrícolas e industriais), que está incluída entre os «crimes contra a economia pública»; e o art. 253 (sabotagem de obras militares), que se posiciona entre os «crimes contra a personalidade do Estado».

Nas normas sobre a sabotagem acima referidas, o bem jurídico protegido é sempre de utilidade pública (por exemplo, no caso do artigo 508, o interesse protegido é a economia pública do ponto de vista da ordem de trabalho).

Posto isto, é possível encontrar essas características gerais do crime de sabotagem também no art. 420 do Código Penal (totalmente modificado pelo art. 2º da lei 547/1993), estando presentes todos os elementos típicos de dano qualificado, ou seja, a destruição realizada para interromper, ainda que parcialmente, o funcionamento de uma instalação, de um sistema bem como dados, ou programas informáticos de utilidade pública: «Chiunque commette un fatto diretto a danneggiare o distruggere impianti di pubblica utilità, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a quattro anni. La pena di cui al primo comma si applica anche a chi commette un fatto diretto a danneggiare o distruggere sistemi informatici o telematici, di pubblica utilità, ovvero dati, informazioni o programmi in essi contenuti o ad essi pertinenti. Se dal fatto deriva la distruzione o il danneggiamento dell'impianto o del sistema, dei dati, delle informazioni o dei programmi ovvero l'interruzione anche parziale del funzionamento dell'impianto o del sistema la pena è della reclusione da tre a otto anni»⁽²⁰⁾.

A leitura da norma mostra que a hipótese de sabotagem diz respeito aos dois últimos parágrafos do artigo. No entanto, deve-se notar que o tipo de crime configurado na alínea d) da Recomendação não especifica que os bens sujeitos a sabotagem devem ser de utilidade pública.

Justamente por isso, a sabotagem informática descrita na Recomendação (que pode ser enquadrada como caso de dano qualificado) também pode ser reconhe-

previstas na legislação alemã.

²⁰ Trad. (Ataque a instalações de utilidade pública). Quem praticar ato que vise danificar ou destruir instalações de utilidade pública é punido, salvo se o facto constituir infracção mais grave, com pena de prisão de um a quatro anos. A pena referida no número anterior aplica-se também a quem praticar ato destinado a danificar ou destruir sistemas informáticos ou telemáticos de utilidade pública, ou dados, informações ou programas neles contidos ou a eles pertinentes. Se do facto resultar a destruição ou dano da instalação ou sistema, dos dados, das informações ou dos programas ou a interrupção, ainda que parcial, da instalação ou sistema, a pena é de reclusão de três a oito anos.

cida na hipótese regida pelo art. 615 *quinqüies*, inserido *ex novo* pelo art. 4.º da lei n.º. 547/1993, que pune a difusão de programas destinados a danificar ou interromper sistema informático; bem como na agravante prevista no art. 615 *ter*, parágrafo segundo, n.º. 3 (também contemplado no artigo 4.º da lei de 1993).

É significativa a hipótese prevista no art. 615 *quinqüies*, cujo bem jurídico tutelado é o domicílio (com efeito, a disposição está incluída na seção dedicada aos crimes contra a inviolabilidade do domicílio que mais especificamente protegem a liberdade individual no Capítulo III do Título XII do Código Penal). Nesse caso, o efeito da conduta é a sabotagem, conforme previsto na Recomendação, que afeta a liberdade do indivíduo em seu próprio domicílio.

e) O crime de acesso não autorizado

Na lista mínima da Recomendação, na alínea e), o acesso não autorizado é considerado como ilícito penal: «L'accès sans droit à un système ou un réseau informatique par violation des règles de sécurité»⁽²¹⁾.

Em tal caso, o legislador italiano recebeu integralmente a indicação contida na Recomendação. O art. 4.º da lei n.º. 547/93 introduziu três novos artigos na Seção IV, dedicada aos crimes contra a inviolabilidade do domicílio, do Capítulo III (crimes contra a liberdade individual), do Título XII do Código Penal (crimes contra a pessoa): art. 615 *ter* (acesso abusivo a um sistema informático ou telemático); art. 615 *quater* (detenção e divulgação abusiva de códigos de acesso a sistemas informáticos ou telemáticos); e art. 615 *quinqüies* (disseminação de programas destinados a danificar ou interromper um sistema informático).

As novas disposições ampliam o âmbito de aplicação das normas já contidas no código de proteção da liberdade pessoal e, em particular, da inviolabilidade do domicílio face à ingerência de terceiros.

Os três artigos, incluídos no Código Penal pela lei n.º. 547/93, regulam detalhadamente o acesso ilícito a um sistema informático ou a uma rede, em violação das regras de segurança.

De imediato, pode-se notar que as disposições normativas elaboradas pelo legislador italiano se baseiam em todos os requisitos indicados na Recomendação, os quais são utilizados de tempos em tempos para regular especificamente casos de vários tipos. Com efeito, as três disposições normativas regulam a matéria em causa introduzindo princípios que constituem uma proteção integral contra o par-

²¹ Trad. O acesso indevido a um sistema ou rede informática por violação das regras de segurança.

ticular lesado pela ingerência ilícita de terceiros. A disciplina afigura-se, assim, mais articulada em relação à indicada na Recomendação do Conselho da Europa, na medida em que a divulgação de códigos de acesso a sistemas informáticos e a divulgação de programas destinados a danificar ou interromper um sistema informático são também consideradas condutas criminosas. O legislador foi além das «sugestões» dadas pelo órgão internacional, pois predisps normas que também sancionam as condutas perigosas de quem dissemina os chamados programas de vírus capazes de destruir grandes quantidades de dados.

f) O crime de interceptação não autorizada

A alínea f) da Recomendação do Conselho da Europa estabelece como crime a interceptação não autorizada: «L'interception, sans droit et par des moyens techniques, de communications à destination, en provenance et au sein d'un système ou d'un réseau informatique»⁽²²⁾.

A indicação genérica contida na lista mínima da Recomendação foi amplamente acolhida pelo legislador italiano. A lei n.º 547/93, no art. 6.º, prevê a inclusão de três novos artigos no Código Penal: o art. 617 *quater* (interceptação, impedimento ou interrupção ilícita de comunicações informáticas ou telemáticas); o art. 617 *quinquies* (instalação de equipamentos aptos a interceptar, impedir ou interromper comunicações informáticas ou telemáticas); e o art. 617 *sexies* (falsificação, alteração ou supressão de conteúdo de comunicação informática ou telemática).

As regras acima mencionadas foram incluídas na Seção V (crimes contra a inviolabilidade dos sigilos) do Capítulo III (crimes contra a liberdade individual) do Título XII do Código Penal, a fim de regular detalhadamente as interceptações não autorizadas.

A escolha do legislador italiano de inserir as três normas na seção dedicada à sanção aos crimes contra a inviolabilidade dos sigilos é justificada pelo fato de que, dentro da referida seção, já existem várias disposições destinadas a tutelar a proteção da liberdade individual de interferências realizadas através da utilização de instrumentos de gravação e de recuperação visual e sonora.

Do ponto de vista estrutural, os novos artigos foram formulados fazendo referência aos esquemas já presentes nos artigos que regulavam a matéria, sem nunca descuidar as indicações dadas na Recomendação em matéria de interceptações não autorizadas. Então, pode-se observar que o art. 615 *ter* nada mais é do que o

²² Trad. A interceptação, indevida e por meios técnicos, de comunicações para, vindo de e dentro de um sistema ou rede informática.

correspondente, para bens de informática, dos artigos 614 e 615, e que o art. 615 *quater* é estruturado como art. 615 *bis*.

Assim, permite-se a aplicação das referidas normas aos casos de instalação de instrumentos capazes de interceptar comunicações provenientes ou dentro de sistemas ou redes informáticas. Deve-se observar também que o art. 615 *sexies* vai além do ditado regulatório formulado pela Recomendação, pois pune tanto a falsificação quanto os danos decorrentes de interceptações não autorizadas.

g) O crime de reprodução não autorizada de programa informático protegido

Na lista mínima de infrações constante da Recomendação do Conselho da Europa, alínea g), são consideradas como crime as seguintes condutas: «La reproduction, la diffusion ou la communication au public, sans droit, d'un programme informatique protégé par la loi»⁽²³⁾.

A este respeito, deve-se notar que na Itália foi emitido um Decreto Legislativo que, entre as muitas normas contidas, prevê uma destinada a regulamentar a reprodução não autorizada de um programa informático protegido. Na verdade, o art. 10 do decreto legislativo n.º 518, de 29 de dezembro de 1992, estabelece a inserção de um novo artigo, o 171 *bis*, na lei n.º 633, de 22 de abril de 1941 sobre a proteção dos direitos autorais. O decreto em questão foi emitido para implementar a Diretiva CEE n.º 250 de 1991, que visava a regulamentação jurídica dos programas de computador.

O art. 10 do decreto legislativo introduziu o art. 171 *bis* na lei de 1941, para punir todas as condutas criminosas destinadas a duplicar programas de computador ou importar, distribuir, vender ou alugar cópias de programas reproduzidos ilícitamente.

Pode-se notar, portanto, que o dispositivo configura uma hipótese de crime que contém as mesmas características definidas pelo Conselho da Europa na Recomendação de 1989. O preceito normativo sancionado pelo decreto legislativo de 1992 é mais complexo do que o genérico contido na lista mínima. De fato, o art. 171 *bis* sanciona não só a conduta de quem duplica, com fins lucrativos, programas informáticos protegidos por lei, mas também pune quem vende (novamente com fins lucrativos) cópias não autorizadas dos referidos programas.

A hipótese de crime do art. 171 *bis*, sendo ao mesmo tempo mais articulada do que a previsto na alínea g) da Recomendação, é mais circunscrita, uma vez que a

²³ Trad. A indevida reprodução, distribuição ou comunicação ao público de um programa informático protegido por lei.

conduta do infrator se caracteriza pela realização de fins lucrativos.

h) O crime de reprodução não autorizada de «topografia»

A reprodução não autorizada de uma «topografia» é considerada tipo penal pela alínea h) da Recomendação do Conselho da Europa: «La reproduction sans droit de la topographie, protégée par la loi, d'un produit semi-conducteur, ou l'exploitation commerciale ou l'importation à cette fin, sans droit, d'une topographie ou d'un produit semi-conducteur fabriqué à l'aide de cette topographie»⁽²⁴⁾.

Relativamente à referida disposição normativa, o legislador italiano não entendeu oportuno intervir. Com efeito, a lei n.º 547/93 não contém nenhum artigo que preveja sanção para o caso indicado na alínea h) da lista mínima.

A omissão do legislador em intervir nesse caso pode ser justificada pelo fato de que, na Itália, em 1989, foi promulgada uma lei (anterior à Recomendação) contendo regras para a proteção legal de topografias e produtos semicondutores. Na lei em questão, n.º 70 de 21 de fevereiro de 1989 (revogada pelo decreto legislativo n.º 30, de 10 de fevereiro de 2005), havia duas disposições normativas, no art. 17 e no art. 18, que indicavam respectivamente quais são os atos de contrafação – dentre estes a reprodução não autorizada, bem como o uso, importação e a detenção – e as respectivas ações de tutela.

Pode-se notar que as referidas ações são de natureza cível e, portanto, preveem a reparação de danos ao titular dos direitos sobre a topografia ou sobre o produto semicondutor.

Em tal caso, portanto, a hipótese de crime prevista na Recomendação não foi implementada pelo ordenamento jurídico italiano, uma vez que este classifica a temática em questão entre os ilícitos civis, amparados com ações voltadas apenas obter a reparação do dano ou justa compensação.

4. OS ILÍCITOS PENAIIS ESTABELECIDOS NA LISTA FACULTATIVA DA RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA DE 1989

Esgotado o exame das hipóteses de crime constantes na lista mínima contida na Recomendação de 1989, convém voltar a atenção para os casos indicados na lista

²⁴ Trad. A reprodução não autorizada de uma topografia, protegida por lei, de um produto semicondutor, ou a indevida exploração comercial ou importação para esse fim de uma topografia ou de um produto semicondutor fabricado usando essa topografia.

facultativa, a fim de averiguar se existem figuras criminais que lhes correspondam no ordenamento jurídico italiano.

Nesse sentido, depois de lidos os relatórios dos trabalhos preparatórios da lei n.º 547/93, pode-se afirmar que a vontade do legislador foi essencialmente no sentido de acatar as sugestões contidas na lista mínima, deixando de lado as presentes na lista facultativa. Nesta última, foram propostas como casos a sancionar penalmente as seguintes condutas criminosas: «a. Altération de données ou de programmes informatiques; b. Espionnage informatique; c. Utilisation non autorisée d'un ordinateur; d. Utilisation non autorisée d'un programme informatique protégé»⁽²⁵⁾. Entre as previsões de crimes mencionadas, destaca-se a relativa à espionagem informática, também tutelada pelo Código Penal italiano.

A conduta de espionagem informática é assim descrita pela alínea b) da lista facultativa da Recomendação: «L'obtention par des moyens illégitimes ou la divulgation, le transfert ou l'utilisation sans droit ni autre justification légale d'un secret commercial ou industriel dans l'intention de causer un préjudice économique à la personne ayant droit au secret, ou d'obtenir pour soi-même ou pour autrui un avantage économique illicite»⁽²⁶⁾.

Nesse caso, o legislador italiano não quis criar uma norma explícita para garantir uma tutela específica contra a espionagem informática.

A tal respeito, porém, ainda pode ser feita referência às normas já presentes no Código Penal italiano, que normalmente se aplicam aos casos que podem ser incluídos nas hipóteses de espionagem industrial ou científica. É necessário, portanto, avançar para as disposições normativas dos artigos 621, 622 e 623 do Código Penal. Essas normas estão incluídas na Seção V (crimes contra a inviolabilidade dos sigilos), do Capítulo III, dedicado aos crimes contra a liberdade individual, do Título XII do Código Penal.

O art. 621 foi modificado pela lei n.º 547/93, a qual introduziu um novo parágrafo, especificando que a divulgação de documentos sigilosos também abrange os documentos eletrônicos.

O art. 623, em vez disso, contém disposições específicas em matéria de espiona-

²⁵ Trad. a. Alteração de dados ou programas informáticos; b. espionagem informática; c. utilização não autorizada de um computador; e d. utilização não autorizada de um programa informático protegido.

²⁶ Trad. A obtenção por meios ilegítimos ou a divulgação, transferência ou uso indevido ou sem outra justificativa legal de um segredo comercial ou industrial com a intenção de causar dano econômico à pessoa que tem direito ao segredo, ou obter para si ou para outros uma vantagem econômica ilícita.

gem industrial e científica. No artigo, não se faz referência explícita a bens informáticos, mas, segundo Giannantonio, é possível aplicar as normas nele contidas quando os dados e programas constituem um dos bens mencionados no mesmo artigo, ou seja, aqueles que representam uma descoberta, uma invenção científica ou uma aplicação industrial⁽²⁷⁾. Na ausência desses requisitos, aplicar-se-á ao autor do crime apenas o art. 622 do Código Penal («Revelação do segredo profissional): ou seja, uma configuração diferente do crime⁽²⁸⁾.

Da análise até aqui realizada, pode-se constatar que grande parte dos princípios contidos na Recomendação do Conselho da Europa de 1989 foram incorporados ao ordenamento penal italiano.

A adequação às diretrizes normativas propostas pela Recomendação ocorreu com considerável atraso em relação aos demais Estados europeus. Atualmente, o sistema regulatório italiano prevê uma série de regras que são capazes de sancionar os comportamentos ilícitos mais perigosos relacionados à informática.

5. CONCLUSÕES. DOS *COMPUTER CRIMES* AOS *CYBER CRIMES*: LINHAS DE EVOLUÇÃO DA NORMATIVA ITALIANA

A partir da adequação feita pelo legislador italiano com a Lei n.º 547 de 1993 à Recomendação do Conselho da Europa, algumas figuras criminosas importantes ficaram sem sanção penal, como por exemplo os previstos na lista facultativa, bem como a hipótese de furto informático (salvo os casos que podiam ser incluídos na hipótese geral regulada pelo artigo 624 do Código Penal)⁽²⁹⁾.

Neste sentido, porém, ao longo do tempo têm surgido algumas intervenções por parte do legislador, no sentido de evitar a presença de lacunas legislativas e garantir a tutela integral no domínio dos crimes informáticos.

²⁷ E. GIANNANTONIO, op. cit., 437 ss.

²⁸ E. GIANNANTONIO, op. cit., 439.

²⁹ Para problemas relacionados ao furto informático, vide Id. p. 419; C. SARZANA, op. cit., 202 ss. O Autor defende que a construção de uma fatispécie penal relativa ao furto de informação cria notáveis dificuldades e, portanto, «il modo indiretto con il quale si è cercato di ovviare alla illecita presa di conoscenza di dati o informazioni o programmi è stato quello relativo alla introduzione di una norma che punisce l'accesso non autorizzato». [Trad. O modo indireto com que se tentou remediar o conhecimento ilícito de dados ou informações ou programas foi o relativo à introdução de uma norma que pune o acesso não autorizado].

Vale a pena notar que o legislador na década de 1990 havia abordado os crimes informáticos como uma espécie de apêndice dos crimes tradicionais: a preocupação maior era a de alcançar a proteção do bem jurídico, que só o direito penal pode garantir, por ser o único dotado com notável eficácia dissuasiva. Quando surgem os crimes informáticos, o legislador coloca-os imediatamente ao lado dos crimes com os quais «se assemelham» devido ao bem jurídico que tais normas pretendem proteger (e.g. fraude/estelionato informático, acesso abusivo/violação de domicílio).

Após a promulgação da lei n.º. 547/1993, abriu-se uma realidade completamente nova, a da Internet, que ampliou completamente a possibilidade de configurar novos ilícitos informáticos.

Como se sabe, a primeira real afirmação da Internet remonta ao alvorecer dos anos 1990 e é justamente nesse momento histórico que a necessidade de superar o conceito de *computer crime* começa a se afirmar para atingir a nova e mais ampla configuração de *cyber crime*⁽³⁰⁾.

O novo conceito de crime cibernético (*cyber crime*) coincide com o de crime informático cometido na Internet, qualificando-o como um tipo de ilícito com âmbito consideravelmente mais amplo do que o original do *computer crime*: o *cyber crime* é identificado com qualquer ato criminoso inerente às redes informáticas e computadores.

Também deve ser notado que o direito penal cibernético também prefigura novas tipologias de bens jurídicos. Em relação ao bem protegido, cabe destacar que, embora a segurança informática tenha se tornado um tema central no debate público e científico, é um objeto de proteção com contornos bastante amplos e vagos. Com efeito, na legislação italiana não constitui um bem em si, mas é um valor transversal, um bem instrumental para a proteção de diversos bens finais⁽³¹⁾, des-

³⁰ A respeito, vide M.F. WEISMANN, *International Cybercrime: Recent Developments in the Law*, in R.D. CLIFFORD (ed.), *Cybercrime*, Durham, 2011, 257 s.; L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione di insieme*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (dir.), *Trattato di diritto penale: Cybercrime*, Torino, 2019, 75; A.C. AMATO MANGIAMELI, G. SARACENI, *I reati informatici. Elementi di teoria generale e principali figure criminose*, Torino, 2019; G.J. SICIGNANO, A. DI MAIO (com curadoria de), *I nuovi reati informatici. Disciplina sostanziale. Profili processuali*, Milano, 2022.

³¹ Sobre a segurança informática enquanto bem jurídico, vide PICOTTI, L. *Sicurezza informatica e diritto penale*, in M. DONINI, M. PAVARINI, (org.). *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 230 ss.; V. SELLAROLI, C. PARODI, (com curadoria de), *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, Milano, 2020; S. PIETROPAOLI, *Informatica criminale. Diritto e sicurezza nell'era digitale*, Torino, 2022. Sobre a relação entre bem instrumental e final, vide A. FIORELLA, verbete *Reato in generale*, in *Enciclo-*

de a confidencialidade informática aos dados pessoais, desde a integridade dos dados e sistemas telemáticos, até a fé pública. Um crime informático pode, de fato, envolver uma violação de sistemas informáticos, ofender propriedade ou pessoa, violar direitos de propriedade intelectual⁽³²⁾ ou mesmo integrar o *cyber* terrorismo e a *cyber warfare*.

Uma etapa muito importante na evolução da disciplina sobre crimes informáticos e cibernéticos remonta a 2001. A nível internacional, surge a Convenção de Budapeste⁽³³⁾ (*Cyber crime Convention*), emitida pelo Conselho da Europa e ratificada pela Itália com a Lei n.º. 48 de 2008, que delineou as fatispécies de crimes cibernéticos de forma abrangente, adotando uma ótica diferente da utilizada anteriormente na lei de 1993. Se esta última lei de 1993 representou o primeiro passo do legislador italiano nas questões relativas aos crimes informáticos, constituindo o marco da legislação nacional sobre a matéria, no sentido de combater concretamente os crimes informáticos, a Lei n.º. 48 de 2008 significou que o ordenamento jurídico italiano poderia criar *ex novo*, reformular e adaptar o quadro dos crimes cibernéticos às indicações provenientes em âmbito internacional por meio da Convenção de Budapeste.

Para dar alguns exemplos, podemos citar o fato de que no art. 1º da Convenção são citadas algumas definições muito importantes para fins de enquadramento dos casos a serem sancionados penalmente, dentre elas a de sistema de informática, dados informáticos, *service provider* e transmissão de dados.

Do art. 2º em diante, são elencados os crimes que os Estados membros da União Europeia são obrigados a incluir no seu ordenamento jurídico. O art. 2º, em especial, é dedicado ao acesso ilegal a um sistema informático, enquanto o art. 3º refere-se à interceptação abusiva, e por fim o art. 8º refere-se à fraude informática.

pedia del diritto, 1987, vol. XXXVIII, 779 ss.

³² Sobre tal ponto, a respeito da responsabilidade das entidades, vide G. D'ADAMO; M. NAJ-OLEARI, *La proprietà intellettuale e la violazione dei marchi ex d.lgs. 231/2001 nel settore della moda*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2014, IV, 117.

³³ O preâmbulo da Convenção de Budapeste esclarece que o objetivo do acordo é a prossecução de uma política comum entre os Estados europeus, também no campo penal, destinada à proteção da sociedade contra a criminalidade informática, também tendo em conta as mudanças dependentes da introdução da tecnologia digital e a globalização dos crimes informáticos. Assim, por um lado, trata-se de tutelar o sigilo, a integridade e a disponibilidade dos sistemas informáticos, redes e dados conexos. Por outro lado, de combater a utilização indevida desses sistemas. Por outro lado, ainda, de assegurar o equilíbrio entre a repressão de condutas ilícitas e o respeito aos direitos humanos fundamentais, incluindo, obviamente, o direito de procurar, receber, transmitir informações, ideias e opiniões.

É interessante observar que no art. 2º, o termo «introdução» não é mencionado, como, por sua vez, estava previsto na lei italiana de 1993.

Ressalta-se, ainda, que a disciplina instituída pela lei de 1993, a qual introduziu o art. 640 *ter* do Código Penal, em matéria de fraude informática, está em plena consonância com o art. 8º da Convenção.

A Convenção de Budapeste, quanto ao dano, previu no art. 4º o ataque à integridade dos dados; enquanto no art. 5º, previu o ataque à integridade de um sistema, ainda mais grave se este for de utilidade pública (e.g. banco de dados ministerial). A esse respeito, o legislador italiano, com a lei n.º 48 de 2008, além de substituir o art. 635-*bis* do Código Penal, introduziu mais três casos aos artigos 635 *ter*, 635 *quater*, 635 *quinquies* do Código Penal, os chamados *digital crimes*, que são idealmente divididos em três grupos. A primeira classe de hipóteses compreende o dano de *hardware* e *software*; o segundo grupo é integrado pela detenção e difusão de *software* ou *hardware* com o escopo de cometer crimes. Por fim, com o terceiro agrupamento, foram incluídos no Código a violação da integridade de dados e os danos a sistemas informáticos ou telemáticos, ampliando assim a tutela original prevista Convenção de Budapeste.

Alguns exemplos de crimes informáticos também consistem em delitos contra a fé pública. Para tanto, são relevantes a falsificação de documentos informáticos, nos termos do art. 491-*bis* do Código Penal (e.g. falsificação da assinatura digital), e o art. 495-*bis* do Código Penal, relativo à falsa declaração ou atestado ao certificador de assinatura eletrônica. No plano processual, a lei n.º 48/2008 introduziu então um novo e interessante caso de confisco, dessa vez relativo a ferramentas informáticas ou telemáticas utilizadas para a prática de crimes contra o patrimônio nos termos do parágrafo 1-*bis* do art. 240 do Código Penal.

Parece evidente como o legislador italiano, desde 1993, tentou identificar novos tipos de crimes informáticos com o objetivo principal de combater a criminalidade informática, sem, no entanto, proceder à criação de um *corpus* normativo autônomo, que pudesse ter o mérito de regulamentar a matéria de forma unificada. Tais figuras criminosas estão em constante evolução, aumentando exponencialmente, graças à polivalência múltipla da Internet, à conseqüente difusão do desenvolvimento das redes sociais e *social media* em geral, e afetam não só o patrimônio, mas cada vez mais também a pessoa. Como confirmação da atenção do legislador para com os perigos inerentes à utilização da *web* e das redes sociais, tem-se a lei n.º 71, de 29 de maio de 2017, que regulamentou o alarmante

fenômeno do *cyberbullying*⁽³⁴⁾, entendido como «qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti online aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo»⁽³⁵⁾.

Trata-se de uma definição que contém uma espécie de catálogo de crimes que podem ser cometidos pelo *cyberbully*: pensa-se na chantagem que normalmente é uma expressão sinônima de extorsão; pensa-se no conceito muito amplo e genérico de «qualquer forma de pressão», que inclui também o conceito de ameaça e o de violência privada; pensa-se no conceito de conspiração que remete para os crimes de difamação ou de injúria, aliás expressamente indicado na mesma lista; por fim, pensa-se no conceito de «qualquer forma de agressão», que inclui, entre outras coisas, espancamentos e ferimentos muito leves.

Mas também as questões relativas à segurança dos sistemas informáticos e à segurança das redes, a chamada *cyber security*⁽³⁶⁾, são objeto de particular atenção por parte do legislador nacional⁽³⁷⁾, ainda que a nível mundial se lamente a ausência de uma regulamentação supranacional unificada com base em regras comuns para julgar os criminosos informáticos e sancionar os crimes informáticos que atentem

³⁴ Vide C. PANICALI, *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, VI, 2081; F. CORONA, (com curadoria de), *Reati informatici e investigazioni digitali. Diffamazione via web, prove digitali, sex crimes, cyberstalking, cyberbullismo, reati privacy*, Pisa, 2021.

³⁵ Trad. Qualquer forma de pressão, agressão, assédio, chantagem, injúria, conspiração, difamação, usurpação de identidade, alteração, aquisição ilícita, manipulação, tratamento ilícito de dados pessoais em detrimento de menores, efetuado por via eletrônica, bem como a divulgação de conteúdo *online* também relativo a um ou mais membros da família do menor cujo objetivo intencional e predominante seja isolar um menor ou um grupo de menores por meio de um abuso grave, um ataque prejudicial ou sua ridicularização.

³⁶ Cfr. R. MARCHETTI, R. MULAS, *Cyber security. Hacker, terroristi, spie e le nuove minacce del web*, Roma, 2017.

³⁷ Vide R. BALDONI, R. DE NICOLA, P. PRINETTO, *Il Futuro della Cybersecurity in Italia: Ambiti Progettuali Strategici*, Roma, 2018; R. BALDONI, R. MONTANARI, *2015 Italian Cybersecurity Report. Un Framework Nazionale per la Cybersecurity*, Roma, 2017; V. DE LUCA, G. TERZI DI SANT'AGATA, F. VOCE, *Il ruolo dell'Italia nella sicurezza cibernetica. Minacce, sfide e opportunità*, Milano, 2018; S. PIETROPAOLI, op. cit., 75 ss.; S. ATERNO, *Sicurezza informatica. Aspetti giuridici e tecnici*, Pisa, 2022.

contra a *cyber security*. A tal propósito, importa referir a iniciativa da Comissão Europeia, que fundou o *European Cybercrime Centre (EC3)*⁽³⁸⁾ em 2013 para resolver problemas relacionados com a *cyber security*, tendo como principal objetivo o combate aos crimes informáticos por parte da União Europeia. Tal iniciativa pode ser um bom presságio para a criação de disciplinas normativas unificadas para combater a criminalidade informática a nível global.

ABSTRACT:

Alla fine degli anni '80 è emersa, a seguito della diffusione massiccia delle tecnologie informatiche, ed in concomitanza con lo sviluppo del commercio elettronico e dell'incremento delle comunicazioni attraverso il web, l'esigenza di elaborare una normativa *ad hoc*, al fine di sanzionare la criminalità informatica, che sfruttando i vantaggi della globalizzazione, ha perseguito e continua a perseguire forme di arricchimento illecito nei mercati internazionali e nella rete. A livello europeo la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 9 settembre 1989 n. R (89)9 rappresenta il punto di riferimento imprescindibile per la materia nel campo del diritto internazionale, poiché per la prima volta sono state indicate le linee guida in materia di *computer crimes* indirizzate agli Stati europei, dando così impulso all'adattamento delle normative interne e delineando una serie di nuovi reati informatici. In Italia tale adeguamento alla raccomandazione del Consiglio d'Europa si è concretizzato con la fondamentale Legge n. 547 del 1993, recante «Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica», che per la prima volta ha disciplinato e sanzionato i *computer crimes*, attraverso la quale il legislatore italiano ha introdotto nuove e specifiche fattispecie di reato nel Codice penale. Il presente contributo, proponendo un'analisi comparativa, ricostruisce il percorso metodologico di adeguamento agli orientamenti dettati dalla normativa sovranazionale posto in essere dal legislatore italiano, a partire dalla Legge n. 547 del 1993. Si darà conto del passaggio dal concetto di *computer crime* a quello di *cyber crime*,

³⁸ *European Cybercrime Centre - EC3, Combating crime in a digital age*. Disponível em: www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3.

strettamente collegato ad una visione più ampia del concetto di reato informatico, sollecitata dalle potenzialità della rete Internet, che si identifica con un qualsiasi atto criminale inerente alle reti informatiche e ai computer. Si terranno in considerazione anche alcune delle più recenti innovazioni normative in tema di illeciti informatici, nello specifico della Legge 18.3.2008, n. 48, recante la «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica di Budapest del 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno», a seguito della quale sono state introdotte significative modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale.

At the end of the 1980s, following the massive spread of information technology, and in conjunction with the development of electronic commerce and the increase in communications through the web, the need to develop ad hoc legislation, in order to sanction cybercrime, which, exploiting the advantages of globalisation, has pursued and continues to pursue forms of illicit enrichment in international markets and on the network. At European level, the Council of Europe Recommendation of 9 September 1989 no. R (89)9 is the essential point of reference for the subject in the field of international law, since for the first time the guidelines on computer crimes addressed to the Member States of the European Union have been indicated, thus giving impetus to the adaptation of internal regulations and outlining a series of new computer crimes. In Italy, this adaptation to the recommendation of the Council of Europe was materialised with the fundamental Law No. 547 of 1993, containing «Modifications and additions to the rules of the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure on Cybercrime», which for the first time regulated and sanctioned computer crimes, through which the Italian legislator introduced new and specific cases of crime in the Criminal Code. This contribution, proposing a comparative analysis, reconstructs the methodological path of adaptation to the guidelines dictated by the supranational legislation put in place by the Italian legislator, starting from Law No. 547 of 1993. It will account for the transition from the concept of computer crime to that of cyber-crime, closely linked to a broader view of the concept of computer crime, urged by the potential of the Internet, which is identified with any criminal act inherent in computer networks and computers. Consideration will also be given to some of the most recent regulatory innovations in the field of computer offences, in particular Law 18.3.2008, No. 48, on the «Ratification and implementation of the Council of

Às origens da legislação italiana sobre crimes de informática: a recomendação do Conselho da Europa de 9 de setembro de 1989 n.º r (89)9 e a lei n.º 547 de 1993

Europe Convention on Cybercrime in Budapest of 23 November 2001, and rules for the adaptation of the internal order», as a result of which significant amendments have been made to the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure.

ELENA RAFFA

(Avvocato)

**SULLA LEGITTIMITÀ A FINI DIFENSIVI DELLE REGISTRAZIONI
DI CONVERSAZIONI TRA PRESENTI***

Sommario: 1. La *quaestio juris* 2. Fonti normative 3. La registrazione occulta di conversazioni: grave violazione del diritto alla riservatezza? 4. Sul necessario contemperamento con il diritto di difesa 5. Riflessioni conclusive

1. LA *QUAESTIO JURIS*

La tematica che si intende analizzare trae spunto da recente sentenza della sezione lavoro della Suprema Corte⁽¹⁾, la quale ha offerto l'occasione per tornare a riflettere sulla legittimità delle registrazioni di colloqui tra presenti, nonché sulla esigenza di contemperare contrapposti interessi: da un lato il diritto di difesa delle parti, di cui il diritto alla prova è diretto corollario⁽²⁾, dall'altro la salvaguardia di altri meritevoli di tutela, quali la riservatezza di informazioni di natura personale. L'intento della presente disamina consiste nello stabilire, in definitiva, se le registrazioni (occulte) di colloqui tra presenti possano rivestire valore probatorio e siano pertanto utilizzabili in giudizio, in ossequio al maggioritario orientamento di

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Cass. civ., Sez. lav., 29 settembre 2022 n. 28398, in banca dati *De Jure*, si innesta nell'ambito di una controversia di lavoro, definita dalla pronuncia della Corte d'Appello di Salerno n. 448/2018 che, confermando (e rinviando al) la sentenza di primo grado, ha dichiarato illegittimo il licenziamento intimato alla resistente e condannato la società datoriale alla reintegra nel posto di lavoro ed al pagamento dell'indennità risarcitoria. La Corte territoriale ha ritenuto che il carattere ritorsivo del licenziamento non potesse considerarsi provato, oltre che in base alle deposizioni testimoniali raccolte, attraverso le «abusive, illegittimamente captate e registrate conversazioni» tra la lavoratrice ed un collega, considerate dai giudici di appello non idonee a costituire fonti di prova.

² A. PROTO PISANI, *Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2008, 81 ss.

legittimità, soprattutto nel caso di omessa contestazione dello svolgimento delle conversazioni registrate e del relativo contenuto.

2. FONTI NORMATIVE

La materia che ci occupa non risulta allo stato codificata; pertanto, appare *in primis* non potersi prescindere dall'inquadramento normativo, al fine di analizzare accuratamente tutti gli aspetti coinvolti.

Innanzitutto, occorre prendere le mosse dalla definizione di “registrazione” per stabilire se possa costituire fonte di prova, per poi eventualmente saggiarne la liceità e la tipicità.

In ambito penalistico, la registrazione fonografica di conversazioni o comunicazioni realizzata, anche in modo occulto e clandestino da soggetto che partecipa alle stesse, costituisce prova documentale secondo la disciplina dell'art. 234 c.p.p.⁽³⁾

Sembra fin da subito necessario chiarire che la registrazione, anche se effettuata all'insaputa delle altre persone presenti, con un registratore o con uno smartphone nascosto, non è riconducibile alla nozione di intercettazione⁽⁴⁾.

Le intercettazioni, infatti, regolate dagli artt. 266 e ss. c.p.p., consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa comunicazione, ovvero che non sia stato ammesso a partecipare alla conversazione, o sia al di fuori dello spazio in cui avvenga la conversazione e che agisca con strumenti tecnici idonei a vanificare le cautele adottate per mantenere riservato il colloquio. Naturale conseguenza di tale assunto è che tale attività di captazione costituisca una forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può

³ Per S. MENDICINO, *La registrazione di una conversazione, su iniziativa del privato che vi partecipa, può essere una forma di autotutela*, in *Dir. e giust.*, 2016, 28, 2, «il nastro contenente la registrazione non è altro che la documentazione fonografica del colloquio, la quale può integrare quella prova che, diversamente, potrebbe non essere mai raggiunta e può rappresentare una forma di autotutela e garanzia per la propria difesa, con l'effetto che una simile pratica finisce col ricevere una legittimazione costituzionale».

⁴ A stabilire, o meglio a confermare, questo principio già in parte espresso da un costante orientamento, è la Suprema Corte di Cassazione penale, Sez. II, con la pronuncia n. 7465 del 17 dicembre 2020, in banca dati *De Jure*.

disporre legittimamente, anche a fini di prova nel processo penale, salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità della persona che vi partecipa⁽⁵⁾.

In campo civilistico, ancorché avvenuta all'insaputa dell'altro interlocutore, la registrazione di una conversazione tra privati può assumere rilevanza processuale e costituire fonte di prova *ex art. 2712 c.c.*⁽⁶⁾, nei confronti di colui contro il quale la registrazione è prodotta, ove quest'ultimo non contesti che la conversazione sia realmente avvenuta, ovvero che essa abbia avuto il tenore risultante dal nastro⁽⁷⁾ e sempre che almeno uno dei soggetti, tra i quali la conversazione si svolge, sia parte in causa⁽⁸⁾.

Non sarà, tuttavia, sufficiente, svolgere una mera contestazione “di stile”.

Il disconoscimento della conformità delle registrazioni fonografiche ai fatti ed alle cose rappresentate dovrà infatti concretizzarsi nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta⁽⁹⁾, in maniera puntuale, analitica, chiara, circostanziata ed esplicita, ed avvenire nel rispetto del-

⁵ Cass. pen., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, in *Cass. pen.*, 2004, 21, 4182.

⁶ Il Codice civile, nell'ambito della categoria delle prove documentali, contempla all'art. 2712 c.c. le riproduzioni meccaniche, annoverando tra le stesse «le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime». L'elenco è esemplificativo, rimanendo aperto ad ogni innovazione circa la tecnica di riproduzione, la cui ampia utilizzazione nel processo fu preconizzata da F. CARNELUTTI, *Prova cinematografica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 204.

⁷ Secondo M. IOZZO, *Orientamenti (e disorientamenti) in tema di disconoscimento delle riproduzioni meccaniche*, in *Foro it.*, 10/2002, 1, 2793-2809, «ciò si giustificerebbe in ragione della formazione della riproduzione al di fuori del processo».

⁸ In questi termini, *ex multis*, Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1250, in *Giust. civ. mass.*, 2018, Cass. civ., Sez. VI, ord. 1° marzo 2017, n. 5259, in *Giust. civ. mass.*, 2017, Cass. civ., Sez. lav., 29 dicembre 2014, n. 27424, in *Ilgiuslavorista.it*, 3 marzo 2015, con nota di U. OLIVA, *Conversazione dipendente-superiori: la registrazione occulta non è illecita se effettuata a fini difensivi*.

⁹ Poiché l'efficacia probatoria delle già menzionate registrazioni è «subordinata all'ammissione che siano realmente accaduti i fatti di cui questa tende a provare le effettive modalità e la loro rispondenza, nella realtà fattuale, a quanto sostenuto dalla parte produttrice» (tratte dalla motivazione di Cass. civ., Sez. lav., 8 marzo 1996, n. 1862, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 315, la quale ha altresì fatto riferimento alle riproduzioni *ex art. 2712* come «documenti costituenti dei supporti illustrativi e confermativi di deduzioni o allegazioni della parte»), il disconoscimento pare sostanziarsi nella contestazione della veridicità dei fatti rappresentati (M. IOZZO, *Orientamenti (e disorientamenti) in tema di disconoscimento delle riproduzioni meccaniche*, cit., 2793 ss.).

le preclusioni processuali dettate dagli artt. 167 e 183 c.p.c.⁽¹⁰⁾

Dal punto di vista funzionale, le riproduzioni meccaniche in generale vengono formate al di fuori del processo e precostituite ad esso, per cui, sovente, la loro origine prescinde dall'utilizzabilità in giudizio.

L'assenza di un efficace disconoscimento della registrazione, però, per giurisprudenza consolidata, ne «consente l'utilizzabilità ai fini della decisione»⁽¹¹⁾.

In altri termini, il comportamento processuale del soggetto nei cui confronti è diretto lo strumento *de quo*, munisce quest'ultimo di efficacia probatoria, la cui portata il legislatore ha predeterminato e reso vincolante per il giudice⁽¹²⁾.

Tale orientamento ermeneutico appare, *prima facie*, pienamente condivisibile.

Assodato lo stretto collegamento tra il *genus* “prova documentale” e la *species* “riproduzione” di che trattasi⁽¹³⁾, è possibile classificare quest'ultima nella categoria delle prove legali, di quei mezzi probatori cioè la cui efficacia non è lasciata all'apprezzamento del giudice⁽¹⁴⁾, vincolato alla conoscenza dei fatti e delle cose riprodotte, ed in particolare di quelle dirette che forniscono un'immagine mediata da una rappresentazione altrui del fatto da provare⁽¹⁵⁾.

¹⁰ Così Cass. civ., Sez. lav., 2 settembre 2016, n. 17526, in *Foro it.*, 2017, I, 633.

¹¹ Cfr. Cass. civ., Sez. lav., 21 settembre 2016, n. 18507, in *Dir. e giust.*, 2016, 22 settembre, e, in senso conforme, Cass. civ., n. 1250/2018. M. IOZZO, *op. loc. ult. cit.*, definisce le riproduzioni meccaniche documenti “autoevidenti”, in ordine alla particolare affidabilità di alcune categorie di riproduzioni che sono effettuate da macchine e non dall'uomo, quindi non possono mentire. Contesta questa impostazione, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998, 290 ss., ad avviso del quale le riproduzioni visive, foniche o meccaniche in genere non consentirebbero di verificare da sole il *thema probandum*, ma fungono da supporto e da documentazione illustrativa di una deduzione o di una allegazione della parte produttrice.

¹² F. LUCIFERO, voce *Riproduzioni meccaniche*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 1083, il quale precisa che «il giudice, in conseguenza del mancato disconoscimento, deve considerare provati *tout court* i fatti e/o le cose rappresentate. La “pienezza” di cui parla il legislatore vale solo come sottrazione della prova all'apprezzamento del giudice».

¹³ Tale collegamento viene palesato dalla coincidenza tra la nozione di documento, nel cui ambito viene ricompresa «qualsiasi cosa che rappresenti l'esperienza di un fatto», elaborata da F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo italiano*, I, Roma, 1957, 157, e quella di «rappresentazione meccanica di fatti e cose» enunciata dall'art. 2712 c.c.

¹⁴ V. ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 287: «Insomma, il prudente apprezzamento non equivale ad arbitrio mero, così come la prova legale non suona sempre offesa alla prudenza dell'apprezzamento, anzi nasce dall'esperienza di questo».

¹⁵ F. LUCIFERO, voce *Riproduzioni meccaniche*, cit., 1082, secondo il quale, sempre in ambito di classificazione, le riproduzioni appartengono al novero delle prove “storiche”, che forniscono al giudice la percezione diretta del fatto, distinte da quelle “critiche”, che evidenziano gli elementi per una ricostruzione indiretta del fatto.

Ciò che interessa altresì stabilire, è se la registrazione possa essere considerata dato personale, al fine di esaminare le conseguenze derivanti dalle registrazioni effettuate all'insaputa degli interlocutori sotto il profilo della normativa in materia di protezione dei dati personali.

In applicazione della definizione contenuta nell'abrogato art. 4, lett. b), d.lgs. n. 196/2003⁽¹⁶⁾, le conversazioni oggetto di registrazioni erano, e rimangono, riconducibili alla nozione di dato personale, in quanto permettono di individuare una determinata persona fisica. Difatti, senza soluzione di continuità con la precedente normativa, il reg. Ue 2016/679 dispone, all'art. 4.1, che per dato personale debba intendersi «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile». Il termine informazione è sufficientemente ampio da ricomprendere rappresentazioni «di cose, fatti, persone» e la sua caratteristica principale riguarda il fatto di essere duplicabile e suscettibile di circolazione.

La registrazione di colloqui, per essere qualificata come dato personale, deve, tuttavia, non solo avere il carattere dell'informazione, ma deve anche riguardare persone fisiche identificate o identificabili. Diversamente, ci si troverebbe di fronte a informazioni anonime, non riferibili ad alcuna persona. Pertanto, è possibile qualificare il *file* audio quale “dato personale”, in quanto permette una «identificazione diretta dell'interessato».

Merita peraltro osservare che, senza dubbio, la fonoregistrazione effettuata dal lavoratore rientrava nella nozione di trattamento del dato personale di cui all'art. 4, lett. a), d.lgs. n. 196/2003⁽¹⁷⁾, nonché oggi in quella *ex* art. 4.2, reg. Ue 2016/679. Il Regolamento prevede, infatti, che per trattamento si debba intendere «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi

¹⁶ Secondo l'art. 4, lett. b, d.lgs. n. 196/2003, abrogato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 recante «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)», per «dato personale» si intendeva «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale».

¹⁷ Per «trattamento» si intendeva «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati».

automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione». Il rispetto dei principi sanciti all'art. 5 del GDPR deve essere letto in combinato disposto con le condizioni di liceità previste al successivo art. 6. In particolare, un trattamento di dati personali è lecito solo se, e nella misura in cui, vi sia il consenso dell'interessato o sia necessario per l'esecuzione di un contratto; per adempiere un obbligo legale; per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; per soddisfare un interesse pubblico; per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato.

Anche in ossequio alle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, era possibile derogare alla necessità del consenso dell'interessato⁽¹⁸⁾ nelle ipotesi previste dall'abrogato art. 24, comma 1, lett. f), ovvero quando il trattamento fosse volto a far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, a condizione che i dati fossero trattati esclusivamente per tali finalità e per il tempo strettamente necessario al loro perseguimento⁽¹⁹⁾.

Tale principio viene ribadito dalla pronuncia "ispiratrice" di tale contributo, in ragione della imprescindibile necessità di «contemperare la norma sul consenso al trattamento dei dati con le formalità previste dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti in giudizio»⁽²⁰⁾.

3. LA REGISTRAZIONE OCCULTA DI CONVERSAZIONI: GRAVE VIOLAZIONE DEL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA?

Alla luce della normativa testé richiamata, la Corte di cassazione si è più volte ritrovata a valutare se la condotta di registrazione di conversazioni tra un dipendente ed i suoi colleghi presenti, all'insaputa dei conversanti, potesse integrare

¹⁸ Ai sensi dell'abrogato art. 23 «Il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato».

¹⁹ Cass. civ., Sez. I, 20 settembre 2013, n. 21612, in *Giust. civ.*, 2013, I, 2341.

²⁰ Per approfondimenti sul necessario bilanciamento tra riservatezza e diritto di difesa, vedi *infra* § 4.

una grave violazione del diritto alla riservatezza⁽²¹⁾ tale da giustificare il licenziamento.

La possibilità di fare ricorso alle registrazioni effettuate all'insaputa dell'altro interlocutore, utilizzandole nell'ambito di un procedimento giudiziario, è, come accennato, circoscritta alle ipotesi di assoluta necessità di tutelare o far valere un diritto e prevede che i dati raccolti siano trattati esclusivamente per finalità di difesa e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento.

La giurisprudenza ha infatti chiarito che «non è illecito registrare una conversazione perché chi conversa accetta il rischio che la conversazione sia documentata mediante registrazione, ma è violata la *privacy* se si diffonde la conversazione per scopi diversi dalla tutela di un diritto proprio o altrui»⁽²²⁾.

In dottrina, alcuni autori sembrerebbero ritenere le registrazioni di conversazioni occulte illecite *tout court*⁽²³⁾, ma apparirebbe fondamentale differenziare la registrazione di dialoghi ai quali il soggetto è estraneo, da quelle alle quali il soggetto partecipa⁽²⁴⁾.

²¹ «Il problema del documento che la *disclosure* di determinate informazioni può arrecare ai soggetti privati variamente coinvolti nel processo è questione di bilanciamento di confliggenti interessi che, nel caso concreto, vengono a manifestarsi ed alla cui composizione il giudice è tenuto a sorvegliare: da una parte, l'interesse dell'istante alla prova e, dall'altra, l'interesse della controparte o del terzo alla *privacy* e, in generale, alla tutela di ogni posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento» (F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 348 ss.).

²² Cass. pen., Sez. III, 24 marzo 2011, n. 18908. Con riferimento alle conversazioni che si svolgono a viva voce fra le persone, ciò che risulta penalmente vietato è invece soltanto l'interferenza illecita nella vita privata, la quale ricorre, ai sensi dell'art. 615 *bis* c.p., nel caso in cui mediante l'uso di strumenti di ripresa sonora un soggetto si procuri notizie attinenti alla vita privata altrui che si svolgono nei luoghi di privata dimora (M. GRADI, *Diritto alla prova e tutela della «privacy» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1121).

²³ Secondo A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 701, dovrebbe considerarsi illecita «la captazione e registrazione occulte di conversazioni o immagini effettuate con un mezzo rudimentale» come un telefono cellulare o una *webcam*, classificando come «prova illecita», nell'ambito di una nozione più restrittiva, quella che «entra in possesso della parte in modo illegale, o per qualsiasi ragione si forma illegittimamente fuori dal processo». N. MINAFRA, *Prove illecite e diritto alla riservatezza*, in *Foro it.*, 2021, I, 278-284, definisce illecita quella prova, precostituita o costituenda, «che sia stata ottenuta o formata in violazione di una norma di natura sostanziale, penale, civile o amministrativa».

²⁴ F. MANDALARI, *La registrazione delle sommarie informazioni è «documentazione», non «intercettazione»*, in *Dir. e giust.*, 2010, 92 ss., difatti ritiene «essenziale che il partecipante si limiti solo a registrare la conversazione e con strumenti che escludano la captazione indiretta ad opera di terzi estranei cioè non presenti, perché in quest'ultimo caso si avrebbe un'illecita intromissione nella sfera di segretezza e

In quest'ultima ipotesi, di nostro interesse, ossia di c.d. registrazioni di conversazioni fra presenti, ovvero delle registrazioni effettuate con il consenso di uno dei partecipanti al colloquio ma all'insaputa dell'altro, la liceità penale si risconterebbe soltanto nel caso in cui avvenissero in luogo pubblico o aperto al pubblico. Entro questi limiti, la registrazione occulta effettuata da un soggetto di nascosto dagli altri interlocutori non costituirebbe nemmeno un illecito disciplinare del dipendente pubblico o privato⁽²⁵⁾.

A tale assunto si potrebbe comunque obiettare una violazione dell'obbligo di informativa preventivo previsto dall'art. 13, reg. Ue 679/2016, per mancanza del previo avvertimento all'altra parte che la conversazione è oggetto di registrazione. In realtà, la registrazione effettuata da una persona fisica di una conversazione a cui la stessa partecipi può considerarsi effettuata ad «uso personale», con la conseguenza che l'applicazione della normativa sulla *privacy* viene espressamente esclusa ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. c), del Regolamento europeo.

A questo punto, occorre spostare il discorso sulla possibilità (nonché legittimità) della successiva utilizzazione⁽²⁶⁾ in giudizio quando ciò sia necessario al fine della

libertà delle comunicazioni costituzionalmente tutelata», mentre la registrazione eseguita da uno degli interlocutori che, perciò, ha legittimamente appreso quanto gli veniva detto o quanto ha visto direttamente, «anche se effettuata all'insaputa degli altri interlocutori, potrà essere utilizzata come elemento di prova perché il documento acquisito non rappresenta tecnicamente un “mezzo di ricerca della prova” ma un “documento” che proviene dalla parte, cioè una mera forma di memorizzazione di un fatto storico, che l'autore può utilizzare in maniera legittima e come mezzo di prova nell'ambito del processo. È tuttavia evidente che in tal caso si finisce per far soccombere l'interesse alla riservatezza di fronte all'interesse pubblico dell'accertamento della verità».

²⁵ Ciò è stato affermato, rispettivamente, da Cons. St., 28 giugno 2007, in *Lav. nella giur.*, 2008, 296 ss., con nota di F. MARINELLI, *Registrazione «clandestina» di colloqui tra colleghi: esercizio del diritto di difesa o illecito disciplinare?*; e da Cass. civ., n. 27424/2014; Cass. civ., Sez. lav., 10 maggio 2018, n. 11322, in *Dir. lav. e relazioni ind.*, 2019, 3, 933: tratto da M. GRADI, *Diritto alla prova e tutela della «privacy» nel processo civile*, cit., 1122.

²⁶ Per G. RESTA, *Privacy e processo civile: il problema della litigation «anonima»*, in *Dir. informazione e informatica*, 2005, 681 ss., «Il problema, com'è noto, assume una specifica rilevanza in relazione al processo civile, dal momento che nel codice di procedura penale è espressamente fissato il principio dell'inutilizzabilità delle prove illegittime o illegittimamente acquisite “in violazione dei divieti stabiliti dalla legge” (art. 191 c.p.p.) e sono regolate diverse ipotesi di c.d. inutilizzabilità speciale (ad es. art. 271 c.p.p., in tema di intercettazioni illegittime o illecite; art. 188 c.p.p., protezione della libertà morale della persona nell'assunzione delle prove). Per contro nel processo civile non è dato ravvisare alcuna “regola di esclusione” assimilabile all'art. 191 c.p.p., sicché si discute circa il valore processuale delle prove precostituite ottenute tramite un'interferenza illecita nella sfera privata di una delle parti (ad es. fotografie captate clandestinamente, registrazioni abusive di conversazioni, sottrazione e produzione in giu-

tutela giurisdizionale di un proprio diritto⁽²⁷⁾.

Tale opportunità si paleserebbe concessa purché venga rispettato il criterio del cosiddetto «pari rango», ovvero limitatamente al solo caso in cui il diritto da esercitare in sede giudiziaria sia dello stesso tenore di quello dell'interessato.

Questo principio varrebbe soprattutto nell'ipotesi di trattamento di dati c.d. sensibili.

Mentre non sarebbe possibile la diffusione di tali informazioni fuori dal processo in mancanza di consenso dell'interessato, l'uso delle stesse diverrebbe legittimo in «sede giudiziaria», sia quando riguardassero notizie private di una delle parti della controversia, sia quando si riferissero alla vita di un terzo⁽²⁸⁾.

In un'ottica di generalizzazione, aderendo ad un indirizzo di ispirazione che Graziosi definisce «più formalista»⁽²⁹⁾, le prove precostituite ottenute dalla parte con mezzi illeciti sarebbero producibili in giudizio ed impiegabili dal giudice al pari di tutte le altre. Le argomentazioni addotte per suffragare questa tesi sarebbero, sostanzialmente, l'estraneità rispetto al giudizio in corso dei comportamenti illeciti con cui la parte si è procurata o ha formato le prove, i quali appartengono ad un momento pre-processuale, e la conseguente impossibilità di influire sulla validità degli atti

dizio di scritti riservati, come lettere confidenziali o diari)». Ed ancora: «Nel diritto processuale civile, il concetto di inutilizzabilità non è riconosciuto a livello normativo e non è, infatti, dotato di un preciso inquadramento, sebbene in dottrina e in giurisprudenza vada emergendo quale categoria meritevole di considerazione»: F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, cit., 355. Secondo G.L. FABBRI, *Usa processuale delle registrazioni di colloqui "Tra presenti"*, in *Foro it.*, 2/1987, 121-132, «Un corretto approccio ad ogni questione relativa all'utilizzabilità processuale delle registrazioni di «colloqui tra presenti» esige che sia meglio evidenziato ciò che caratterizza tale nozione: la conversazione si svolge tra persone che, per comunicare, non si avvalgono di altro mezzo se non della propria viva voce. Chi registra è parte attiva del colloquio o è presente ad esso ed è comunque in grado di percepirlo coi propri sensi, senza l'ausilio di alcuno strumento: il magnetofono è quindi mezzo per documentare notizie acquisite contestualmente, in modo diretto (potremmo dire «naturalmente») con l'udito».

²⁷ «In più, a fronte della mancanza di una norma in tema di prove illecite, ve ne sarebbero delle altre, tra cui gli art. 115, 1° comma, e 183, 7° comma, c.p.c., che, stabilendo la regola secondo la quale il giudice decide sulla base delle prove proposte dalle parti, ammissibili e rilevanti, senza prevedere ulteriori limiti, sembrerebbero far pendere l'ago della bilancia in favore dell'ammissibilità anche delle prove illecite se, appunto, rilevanti rispetto all'oggetto del giudizio» (N. MINAFRA, *op. cit.*, 278-284).

²⁸ In questi termini, M. GRADI, *Diritto alla prova e tutela della «privacy» nel processo civile*, cit., 1107: «Questa scelta, che comunque non compromette il diritto alla riservatezza all'esterno del processo civile, consente dunque a ciascuna delle parti di depositare in giudizio documenti contenenti dati sensibili altrui anche senza il consenso dell'interessato».

²⁹ A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., 693 ss.

ivi compiuti, semmai, sanzionabili penalmente o civilmente ove ne ricorressero gli estremi; a questo si aggiunga il rilievo dell'assenza nel nostro ordinamento di alcuna regola che, espressamente, impedisca l'utilizzabilità di prove precostituite ottenute o formate dalla parte con mezzi illeciti⁽³⁰⁾.

Di avviso diametralmente opposto, altro settore della dottrina processualcivile, che tende invece ad escludere decisamente l'utilizzabilità delle prove illecite⁽³¹⁾, sulla scorta dell'«insanabile contrasto» con il valore fondamentale posto al centro della nostra Costituzione, cioè la persona e la tutela dei suoi diritti fondamentali, ritenendola per tale ragione esplicitamente vietata dagli artt. 13 e 14 Cost⁽³²⁾.

Dalle superiori considerazioni, sembra potersi desumere che se l'informazione è «necessaria» ai fini della tutela giurisdizionale di un diritto e viene rispettato il principio del «pari rango», è sicuramente possibile acquisire il dato personale senza il consenso dell'interessato anche prima del processo in vista della preparazione di un'azione o di una difesa giudiziaria, se non addirittura per precostituirsì mezzi di prova nella prospettiva di un futuro ed eventuale giudizio.

In questa prospettiva, la liceità della produzione in giudizio dipenderebbe pertan-

³⁰ L. PASSANANTE, voce *Prova illecita (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. X, Milano, 2017, 681ss., sottolinea, in proposito, la necessità di distinguere «la prova propriamente illecita da quella cosiddetta illegittima, in quanto ammessa ed assunta in violazione di norme processuali, e, dall'altro lato, l'opportunità di non confondere la prova illecita con quella atipica».

³¹ Ciò sebbene L. PASSANANTE, *op. loc. ult. cit.*, giudichi inopportuno far leva sulla nozione di «utilizzabilità», quasi del tutto estranea al lessico della legge processuale civile, e reputi di riparare sul concetto di «inammissibilità», che «pur essendo di regola impiegato per le prove costituende, può, secondo la miglior dottrina, predicarsi anche con riferimento alle prove precostituite».

³² «Più precisamente, muovendo dall'art. 13, comma 3°, cost. (ove, come è noto, è sancita la revoca di diritto e la totale inefficacia degli atti istruttori lesivi della libertà personale), letto anche alla luce del disposto di cui ai successivi artt. 14, comma 1° («Il domicilio è inviolabile») e 15, comma 1° («La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili»), si è ricostruito il generale divieto di utilizzare in giudizio le prove raccolte in violazione dei fondamentali diritti di libertà dei cittadini, operante indistintamente nel processo civile e nel processo penale»: di tale avviso, A. GRAZIOSI, *op. loc. ult. cit.*, il quale, condividendo tale approccio, conclude ritenendo che il legislatore costituente abbia espresso la propria preferenza per la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo rispetto all'interesse all'accertamento della verità nei procedimenti giudiziari, in potenziale conflitto tra loro. Di medesimo parere P.C. RUGGIERI, *Ancora sull'utilizzabilità in giudizio dei documenti ottenuti o prodotti in violazione della privacy*, in *Judicium*, 11 giugno 2020: «Non solo il Giudice delle leggi fa discendere dall'art. 15 Cost. uno specifico divieto probatorio, ma si spinge poi a suggerire l'inutilizzabilità processuale di tutte le prove acquisite violando disposizioni costituzionali concernenti diritti fondamentali ed inviolabili della persona».

to dalla liceità della raccolta delle prove⁽³³⁾.

La captazione occulta di conversazioni, all'insaputa dei partecipanti, può ritenersi lecita⁽³⁴⁾?

Il vero *punctum pruriens* della questione in esame consiste nello stabilire se il comportamento contestato rappresenti una forma legittima di esercizio del diritto di difesa.

La giurisprudenza penale, forte del fatto che l'art. 234 c.p.p. considera quale prova documentale anche le registrazioni fonografiche, sempre più spesso è arrivata a riconoscere la ammissibilità delle registrazioni formate dall'interlocutore all'insaputa del mittente: provenendo da un soggetto che non è in posizione di "terzietà" nei confronti del rapporto comunicativo, la condotta fraudolenta del partecipante al colloquio sarebbe lesiva – anziché del diritto alla segretezza tutelato *ex art. 15 Cost.*⁽³⁵⁾ – del meno nobile diritto alla riservatezza, inteso come diritto del mittente

³³ «Sotto questo profilo si ritiene di poter sostenere che nel bilanciamento, al quale già si è fatto cenno, il giudice del processo civile è tenuto ad applicare non solo un criterio prettamente giuridico, ma anche un criterio etico, ai sensi del quale, se da un lato va certamente ridimensionato il rilievo della tutela della *privacy* ad ogni costo, dall'altro lato va però tenuta in adeguata considerazione la legalità della prova e delle modalità di acquisizione della stessa» (F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, cit., 369).

³⁴ Secondo F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, cit., 354-355, «non si può omettere di evidenziare come il rapporto *privacy*-processo si configuri in modo profondamente diverso nel processo civile rispetto a quello penale. Ed infatti se nell'ambito processualpenalistico l'art. 191 c.p.p. offre una sicura regola di invalidità per le prove illegittimamente acquisite nel processo civile è ben noto che l'unica valutazione alla quale sono soggette le istanze istruttorie è quella di ammissibilità e rilevanza». Già V. ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 287, affermava che «Documenti e prove, ancora prima di formare oggetto di valutazione sulla base di regole legali ovvero nell'esercizio del prudente apprezzamento del giudice, sono oggetto del duplice giudizio di ammissibilità e di rilevanza».

³⁵ A parere di G.L. FABBRI, *Uso processuale delle registrazioni di colloqui "Tra presenti"*, cit., 121-132: «Nell'affrontare il problema relativo all'utilizzabilità processuale delle registrazioni di colloqui tra presenti, non va trascurato il profilo afferente all'art. 15, 1° e 2° comma, Cost.: le limitazioni alla segretezza di ogni forma di comunicazione possono avvenire solo con le garanzie di cui al medesimo 2° comma. Il dettato costituzionale ricomprende certamente le conversazioni e, perciò, i colloqui tra presenti. Pertanto, se le registrazioni in esame costituissero una restrizione («limitazione») del diritto tutelato (la segretezza) e se la norma fosse idonea a porre divieti probatori immediatamente operanti nel processo, verrebbe escluso l'impiego processuale di siffatte riproduzioni. Quanto alla prima premessa, va osservato come la norma sia diretta, in particolare, ad impedire che terzi prendano indebitamente conoscenza di espressioni che – indirizzate ad una cerchia di persone predefinite e delimitate – siano state effettuate adottando le necessarie cautele per sottrarle alla altrui cognizione. Per contro, ogni qual volta la conversazione – pur se diretta ad un soggetto determinato – viene effettuata con modalità tali da

te ad impedire la diffusione di notizie di carattere personale da parte dello stesso destinatario che le ha legittimamente acquisite, soccombente rispetto all'interesse pubblico all'accertamento della verità.⁽³⁶⁾

La condotta, perfino abituale, del lavoratore di registrare i dialoghi intercorsi tra i colleghi, potrebbe essere valutata come illecita stante la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede⁽³⁷⁾, confermando il rispetto dei diritti della personalità dei colleghi e dei superiori anche sul luogo di lavoro⁽³⁸⁾.

Ciò in riferimento soprattutto alle modalità di apprensione⁽³⁹⁾, le quali potrebbero

renderla conoscibile ai terzi, non si versa più nell'ambito delle «comunicazioni riservate». Da escludere, quindi, che l'art. 15 Cost. possa incidere sull'utilizzabilità processuale delle registrazioni effettuate dal partecipante al colloquio (anche se questi ha agito nascostamente) e dal terzo in condizioni di udire la conversazione». Di medesima opinione anche F. CENTORAME, *Registrazioni "occulte" di conversazioni tra presenti e ricerca della prova*, in *Giur. it.*, 2011, 1401, la quale sostiene che «l'utilizzazione di simili operazioni captative non contrasta con la norma contenuta nell'art. 15 Cost., la quale riserva una tutela "rafforzata" soltanto alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni e non anche alla loro riservatezza».

³⁶ Di avviso diametralmente opposto è F. MARINELLI, *Registrazione "clandestina" di colloqui tra colleghi: esercizio del diritto di difesa o illecito disciplinare? Il commento*, in *Lav. nella giur.*, 3/2008, 298-301, la quale ritiene invece che la registrazione di colloqui compiuta dall'interlocutore all'insaputa del mittente non possa non costituire una violazione del diritto alla segretezza di cui all'art. 15 Cost. dal momento che «l'ascoltatore della riproduzione fonografica percepisce direttamente la comunicazione, diventa[ndone] destinatario senza il consenso del mittente».

³⁷ L'atteggiamento psicologico non improntato a buona fede, trasparenza, correttezza, è, a parere di L. D'ANDREA, *Registrazione su supporto fonografico e divulgazione non autorizzata di conversazione nell'ambiente di lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2/2016, 132-138, «uno degli elementi sul quale, secondo l'univoca giurisprudenza, si fonda la prognosi negativa circa il futuro puntuale adempimento degli obblighi incombenti sul lavoratore, e quindi circa la compromissione del vincolo fiduciario».

³⁸ «[...] e quindi rendono rilevante la lesione della sfera della personalità dei lavoratori da parte di un collega anche sul piano del rapporto di lavoro»: così A. BELLAVISTA, *Registrazione delle conversazioni dei colleghi e licenziamento giustificato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/1998, 2, 88-95, il quale ripercorre le argomentazioni della Corte (Cass. civ., Sez. lav., 3 maggio 1997 n. 3837, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 676) per pervenire alla conclusione della dichiarazione di illegittimità di tale comportamento, sostenendo che esso poteva essere valutato come illecito senza bisogno di ricorrere all'art. 4 l. 300/1970, che ha per oggetto soltanto l'attività di controllo a distanza sui lavoratori posta in essere dal datore di lavoro o da altri soggetti, ma solo nell'interesse di quest'ultimo, non prendendo affatto posizione sull'utilizzazione da parte di un lavoratore di apparecchiature per controllare altri colleghi, allo scopo di perseguire finalità esclusivamente proprie.

³⁹ L. D'ANDREA, *op. cit.*, 132-138: «Utile per verificare l'avvenuto superamento dei limiti di esercizio del diritto di difesa, e utile anche ai fini della valutazione circa la proporzionalità della sanzione disciplinare da adottare al cospetto di tale violazione, è l'apprezzamento delle modalità concrete della sua attuazione. Infatti una manovra fraudolenta, callida e subdola con la quale fosse acquisita l'informazione non autorizzata, approfittando della tecnologia e della inconsapevolezza degli astanti circa il

di per sé concretare ipotesi delittuose, o comunque integrare giusta causa di licenziamento per violazione dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. e tali da minare irreparabilmente il rapporto fiduciario, a prescindere dall'utilizzabilità o meno in giudizio della prova in tal modo acquisita⁽⁴⁰⁾.

Per l'indirizzo giurisprudenziale oggi prevalente⁽⁴¹⁾, sia in ambito lavoristico che penalistico⁽⁴²⁾, sarebbe perfettamente legittimo il comportamento tenuto da un dipendente, avente ad oggetto la registrazione fonografica di una sua conversazione con terzi presenti, ai fini di una sua utilizzazione nei limiti di esercizio del diritto di difesa, rappresentando questa una prova ammissibile all'interno del processo (di lavoro e penale): ciò sulla scorta della considerazione che la registrazione del colloquio dovrebbe essere ricondotta, come detto, alla categoria delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c., con conseguente sua piena ammissibilità ed utilizzabilità in sede processuale⁽⁴³⁾, essendo operata da uno dei protagonisti della

suo strumentale utilizzo, sarebbe al di fuori del perimetro di un corretto esercizio del diritto. In questo contesto, rilievo significativo ai fini dell'illiceità della condotta, potrebbero avere elementi di fatto quali la modalità furtiva e preordinata con cui il lavoratore si sia approcciato ad una normale conversazione con i suoi superiori, allo scopo di carpirne i contenuti che risultassero eventualmente a suo vantaggio, o a svantaggio dell'azienda, magari indirizzando e orientando il colloquio ovvero il tono dello stesso, così da indurre i convenuti ad una o più espressioni estranee al contesto e non propriamente felici. Tali elementi di fatto, inducono quindi a ritenere che non ogni modalità di esercizio del diritto di difesa è idonea ad escludere l'illecito disciplinare».

⁴⁰ G. SARACINO, *Licenziamento del dipendente che effettua registrazioni occulte: bilanciamento tra diritto di difesa e diritto alla riservatezza nel giudizio di Cassazione*, in *Giustiziacivile.com*, 23 ottobre 2018, il quale, annotando Cass. civ., Sez. lav., 16 maggio 2018, n. 11999, sostiene che «tale sentenza si caratterizza per un approccio metodologico che non depone per una incondizionata prevalenza verso le esigenze difensive dell'autore della registrazione, anzi ammette la possibilità di sindacare le concrete modalità con cui il lavoratore sia venuto in possesso della prova».

⁴¹ *Ex multis*, Cass. civ., n. 27424/2014, la quale ha costituito un deciso *revirement* rispetto il proprio unico precedente sul tema, portato dalla sentenza n. 26143 del 21 novembre 2013; Cass. civ., Sez. III, 22 aprile 2010, n. 9526, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 4, 581; Cass. civ., Sez. lav., 14 novembre 2008, n. 27157, in banca dati *De Jure*.

⁴² Tale filone giurisprudenziale è avallato dalla Sezioni penali della Suprema Corte che ritiene ammissibile la registrazione fonografica di una comunicazione tra presenti (o anche tra persone che si servono di uno strumento di trasmissione) ad opera di uno degli interlocutori o di persona ammessa ad assistervi (Cass. pen., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, in *Cass. pen.*, 2004, 21, 4182).

⁴³ In base all'opinione di L. PASSANANTE, *op. loc. ult. cit.*, ove la prova illecita entrasse nel processo civile nel pieno rispetto delle regole che lo governano (*rectius*: rituale produzione, nel contraddittorio delle parti del supporto informatico o magnetico della conversazione abusivamente registrata), la dichiarazione di inammissibilità rischierebbe di porsi in contrasto con il dettato dell'art. 111 Cost., che regola il giusto processo, il quale proprio osterebbe, nel nostro ordinamento, all'applicazione di una regola di

conversazione, estraneo agli apparati investigativi e dunque legittimato a rendere testimonianza all'interno del processo⁽⁴⁴⁾.

Secondo Consonni «Il diritto di difesa, oltretutto, è sempre stato interpretato dalla giurisprudenza in una maniera ampia, ritenendosi sussistente in ogni fase in cui sia posta in essere dal titolare del trattamento qualsivoglia attività diretta ad acquisire prove utilizzabili in sede processuale, e dunque anche prima che la controversia sia stata introdotta in giudizio»⁽⁴⁵⁾.

L'esimente portata dal diritto di difesa, prosegue l'Autore, sarebbe idonea ad operare non solo quando la registrazione sia concretamente ed obiettivamente in grado di provare le tesi difensive sostenute dal dipendente, bensì nella sua "oggettiva inerenza"⁽⁴⁶⁾ alla fattispecie controversa oggetto del giudizio, e quindi alla finalità di addurre elementi diretti a sostenere il rigetto delle domande svolte contro il ricorrente⁽⁴⁷⁾.

Risultato delle superiori valutazioni è che il comportamento del dipendente, sempre più diffuso nella prassi al fine di preconstituirsì le prove per essere in grado di documentare l'esistenza di situazioni conflittuali all'interno dei luoghi di lavoro, certamente non possa costituire un'ipotesi di giusta causa di licenziamento *ex art.* 2119 c.c., avendo egli agito *secundum jus*, non potendo integrare un illecito pena-

esclusione della prova illecita.

⁴⁴ Secondo F. CENTORAME, *Registrazioni "occulte" di conversazioni tra presenti e ricerca della prova*, cit., 1399-1405: «l'indebito propagarsi delle notizie apprese nell'ambito dei suddetti colloqui potrebbe integrare, al più, una violazione del diritto alla riservatezza il quale, in assenza di un espresso riconoscimento costituzionale, deve essere inevitabilmente sacrificato rispetto all'esigenza di formazione della prova. Al riguardo, si puntualizza, peraltro, che il soggetto chiamato ad eseguire personalmente la registrazione, finisce, di fatto, per rivestire il ruolo di potenziale testimone, rispetto al quale sfuma qualsiasi prerogativa di tutela della riservatezza».

⁴⁵ G. CONSONNI, *Utilizzabilità di registrazioni di colloqui fra presenti e diritto alla privacy dei medesimi*,

in *Dir. lav. e relazioni ind.*, 3/2019, 932-936.

⁴⁶ U. OLIVA, *Conversazione dipendente – superiori*, loc. ult. cit., precisa: «*In primis*, deve essere fuori di dubbio che le registrazioni sono lecite (anche disciplinarmente) solo e soltanto nella misura in cui esse sono strumentali alla difesa od all'affermazione di un proprio diritto. Di poi non importa se tale diritto verrà riconosciuto come tale in sede di giudizio; piuttosto rileva che vi sia una "oggettiva inerenza" tra prova e difesa. Senza dubbio, pertanto, ricadono fuori dal perimetro della liceità (e, quindi, *a fortiori*, della irrilevanza disciplinare) registrazioni effettuate a fini illeciti, a fini emulativi, o anche solo per scopi non strettamente attinenti alla difesa di un diritto. E lo stesso deve dirsi, specularmente, nel caso dei pedinamenti dei lavoratori. Diversamente, si rischia di passare da un rapporto di lavoro basato sul reciproco affidamento ad un rapporto connotato dal costante reciproco sospetto che, in qualsiasi occasione e per i più futili motivi, possano avere luogo registrazioni ed altre iniziative assimilabili».

⁴⁷ G. SARACINO, *op. loc. ult. cit.*

le né tantomeno disciplinare⁽⁴⁸⁾.

Il giudice nomofilattico legittima dunque l'operato del lavoratore⁽⁴⁹⁾: una volta esaurita la conversazione, il contenuto della medesima entra a far parte del patrimonio di conoscenza di tutti i partecipanti, i quali possono dunque memorizzare le parole e le frasi che sono state pronunciate da loro e in loro presenza, consistendo la rappresentazione fonografica in quella prova che, se si giungesse a delle conclusioni opposte, non potrebbe essere diversamente raggiunta dall'interessato a far valere un proprio diritto od interesse, essendo una forma di autotutela ammissibile dall'ordinamento⁽⁵⁰⁾.

Secondo un filone più risalente, invece, la registrazione di conversazioni tra presenti sul posto di lavoro ed a loro insaputa configurerebbe una grave violazione del diritto alla riservatezza, contribuendo a creare un clima di ostilità e di poca fiducia tra colleghi all'interno del posto di lavoro, e cagionando un'incompatibilità profonda tra gli stessi, tale da rendere impossibile la prosecuzione dell'attività lavorativa e rappresentare di per sé un valido motivo di licenziamento del dipendente⁽⁵¹⁾.

4. SUL NECESSARIO CONTEMPERAMENTO CON IL DIRITTO DI DIFESA

⁴⁸ La liceità della condotta ascritta al lavoratore deriverebbe dalla necessità di esercitare il proprio diritto di difesa, dovendo escludersi che i fatti eventualmente addebitati possano configurare inadempimenti contrattuali o azioni delittuose.

⁴⁹ Si veda M. ALOVISIO, *Lecite le registrazioni audio e video da parte dei dipendenti in ambiente lavorativo*, in *Dir. e giust.*, 2018, 13.

⁵⁰ G. FAVA-R. PARRUCCINI, *La cassazione si pronuncia sulla legittimità delle registrazioni effettuate da parte dei dipendenti sul luogo di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 4, II, 769 ss.: «Attesa la liceità di tali registrazioni, la Corte di Cassazione ha ulteriormente precisato come tali registrazioni fonografiche tra presenti, ancorché occulte, siano spendibili quali prove ammissibili in sede processuale, rientrando nell'alveo delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. e difettando il requisito dell'assoluta estraneità al colloquio del soggetto captante».

⁵¹ Sul punto Cass. civ., Sez. lav., 21 novembre 2013, n. 26143, in *Dir. e giust.*, 2013, 1618 ss., con nota di R. DULIO, *Registra a loro insaputa le conversazioni dei colleghi e le produce in giudizio: leso il vincolo fiduciario*: in quella fattispecie i giudici della Suprema Corte diedero grande risalto alla circostanza secondo cui l'operato del dipendente aveva pregiudicato irreparabilmente il vincolo fiduciario non solo con il datore di lavoro, ma anche con i restanti colleghi di reparto, le cui conversazioni erano state registrate non solo nell'ambito di un contesto lavorativo ma pure nei momenti privati (quali le pause).

Il tema del bilanciamento⁽⁵²⁾ tra l'interesse del lavoratore alla circolazione delle informazioni di origine aziendale e le esigenze di riservatezza del datore sulle medesime informazioni, non ha ancora trovato un metodo di risoluzione aprioristico e generalizzato, ma viene definito di volta in volta all'esito del concreto confronto tra gli interessi delle parti nel rapporto di lavoro⁽⁵³⁾.

Vari indirizzi ermeneutici ed orientamenti giurisprudenziali hanno animato, e continuano a vivacizzare, l'annoso dibattito circa l'inevitabile contrasto⁽⁵⁴⁾ tra le esigenze di riservatezza del datore e le esigenze difensive del lavoratore⁽⁵⁵⁾.

«L'uno e l'altro vengono allora entrambi enfatizzati dagli interpreti alla luce della propria personale sensibilità ermeneutica, ora accordando prevalenza al principio della ricerca della verità nel processo, al diritto di azione e di difesa, al principio di effettività della tutela giurisdizionale, ora riconoscendo la superiorità del

⁵² D'altronde, nella disciplina attualmente in vigore, il *considerando* n. 4 del reg. 2016/679/Ue, specifica come il diritto alla protezione dei dati personali non rappresenti una prerogativa assoluta, ma debba essere considerato alla luce della sua funzione sociale e vada temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. A «sommesso avviso» di G. SARACINO, *Licenziamento del dipendente che effettua registrazioni occulte: bilanciamento tra diritto di difesa e diritto alla riservatezza nel giudizio di Cassazione*, cit., proprio tale principio dovrebbe imporre di limitare il ricorso alle registrazioni occulte solo qualora non vi sia la disponibilità di altre fonti di prova o nel caso in cui queste, pur essendo astrattamente sussistenti, risultino insufficienti o inattuabili.

⁵³ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, vol. III, Milano, 2003, 298 ss.

⁵⁴ Secondo G. RESTA, *Privacy e processo civile: il problema della litigation «anonima»*, cit., 681 ss., «il rispetto della *privacy* dei litiganti costituisce sempre più una pre-condizione per un'effettiva e non soltanto declamata garanzia del diritto di difesa e di azione in giudizio (art. 24, c. 1 Cost.). Pertanto, obiettivo dell'ordinamento deve necessariamente essere quello di elaborare modelli flessibili ed equilibrati di bilanciamento tra queste due tipologie di interessi, senza elevare l'autodeterminazione informativa a dogma aprioristicamente sottratto a controllo, ma altresì senza sacrificare in nome di un astratto principio di trasparenza reali esigenze di protezione delle persone coinvolte».

⁵⁵ «È innegabile che il diritto alla prova di ciascuno dei litiganti, il quale costituisce un'indubbia prerogativa di rango costituzionale tanto alla luce del diritto di azione e di difesa di cui all'art. 24 Cost., quanto nella prospettiva del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, può implicare la necessità di acquisire e di introdurre nel processo dati personali della controparte o di un terzo al fine di far valere in giudizio un proprio diritto o di resistere ad un'altrui pretesa giudiziaria. Ciò tuttavia si scontra in modo inevitabile con il diritto dell'avversario o del terzo di mantenere la riservatezza della propria sfera privata, il quale gode parimenti di una copertura costituzionale, ricavabile soprattutto dagli artt. 13, 14 e 15 Cost., nonché dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (M. GRADI, *Diritto alla prova e tutela della «privacy» nel processo civile*, cit., 1103).

contrapposto valore del riserbo della vita privata»⁽⁵⁶⁾.

In base ad un granitico approccio esegetico, espresso da una parte degli interpreti⁽⁵⁷⁾ e fatto proprio dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 8 febbraio 2011, n. 3034⁽⁵⁸⁾, tra le norme processuali ed il codice *privacy* si instaurerebbe un rapporto di specialità tra fonti, in virtù del quale il diritto alla riservatezza, nel bilanciamento con il diritto di azione e di difesa, sarebbe destinato inevitabilmente a soccombere.

Secondo altrettanta autorevole dottrina «sembrerebbe più rispondente allo spirito della previsione contenuta nell'art. 22 legge cit.⁽⁵⁹⁾ una comparazione condotta caso per caso e finalizzata a valutare l'opportunità che la tutela piena della riservatezza dell'interessato rispetto ai propri dati sensibili sia sacrificata alla salvaguardia del diritto di azione e di difesa»⁽⁶⁰⁾.

La tendenza più recente, espressa da svariate pronunce di legittimità⁽⁶¹⁾, propende per la prevalenza del diritto di difesa⁽⁶²⁾ – inviolabile in ogni stato e grado del

⁵⁶ M. GRADI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁷ Così R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, I, Milano, 1999.

⁵⁸ Secondo le Sezioni Unite, tale conclusione è resa possibile dal riconosciuto carattere di specialità che rivestono le disposizioni che regolano il processo rispetto a quelle contenute nel codice *privacy*, nei confronti delle quali, quindi, in caso di divergenza, le prime devono prevalere, ferma restando la necessità di trovare nel procedimento civile il luogo di composizione delle diverse esigenze di tutela della riservatezza e di corretta esecuzione del processo), ove non coincidenti (Cass. civ., Sez. un., 8 febbraio 2011, n. 3034, in *Giust. civ.*, 2011, 3, 610).

⁵⁹ Il riferimento è all'art. 22, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, oggi abrogato, il quale al comma 4 recitava: «I dati sensibili e giudiziari sono raccolti, di regola, presso l'interessato».

⁶⁰ A. CARRATA, *Violazione della riservatezza nel corso delle indagini assicurative, pendenza del processo e tutela offerta dal garante della privacy*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1184.

⁶¹ Per una completa ricostruzione del quadro giurisprudenziale vedi A. BOSCATI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in *Tratt. dir. lav. Carinci-Persiani*, 2012, 1004 ss.

⁶² Di tale avviso, G. FAVA-R. PARRUCCINI, *La cassazione si pronuncia sulla legittimità delle registrazioni effettuate da parte dei dipendenti sul luogo di lavoro*, cit., 775, i quali concludono: «considerato l'inevitabile conflitto tra diritti come quello alla *privacy* e quello alla difesa, per accertare se siano violate illegittimamente le norme in materia di protezione dei dati, dovrà necessariamente procedersi ad un oculato bilanciamento tra gli interessi tutelati dalle relative norme, all'esito del quale il diritto alla protezione dei dati personali non potrà che comprimersi a favore della posizione giuridica soggettiva dotata di garanzia costituzionale e, per questo, maggiormente meritevole di tutela». Medesimo orientamento sposa L. D'ANDREA, *Registrazione su supporto fonografico e divulgazione non autorizzata*, cit., 132, il quale afferma la prevalenza del diritto alla difesa, facendola assurgere a principio generale dell'ordinamento stesso, ma con il limite della specifica e concreta pertinenza della prova utilizzata ai fini della strategia difensiva che si intenderebbe percorrere.

procedimento e garantito costituzionalmente dall'art. 24 Cost. – rispetto al diritto alla riservatezza⁽⁶³⁾.

Occorre allora individuare dei canoni che permettano di districarsi nei meandri della questione.

Come già in precedenza accennato, un criterio⁽⁶⁴⁾, dettato con chiarezza nel pre-rogante codice *privacy*, era quello del “pari rango”⁽⁶⁵⁾, scomparso nell'attuale disciplina di matrice europea, ma ricavabile *a fortiori* dall'art. 6, par. 1, lett. f), reg. Ue 679/2016, il quale afferma più in generale che il legittimo interesse della parte che intende utilizzare un dato personale altrui, ossia – nel caso di specie – del litigante che agisce o si difende in giudizio, non può mai prevalere sulle libertà fondamentali dell'interessato⁽⁶⁶⁾.

Il diritto da bilanciare con quello alla riservatezza, allora, non sarebbe il diritto di azione o di difesa, che è sempre di per sé di rango costituzionale, bensì il diritto sostanziale oggetto della richiesta di tutela in giudizio⁽⁶⁷⁾.

⁶³ «L'orientamento giurisprudenziale succitato propende per la prevalenza del diritto di difesa ex art. 24 Cost. mutuando i principi affermatasi in tema di segreto d'ufficio, secondo i quali l'esercizio del diritto di difesa in giudizio costituisce una clausola di giustificazione idonea a rendere legittima la rilevazione di segreti afferenti alla pubblica amministrazione. Ovviamente, se le esigenze difensive del singolo sopravanzano l'interesse pubblico al riserbo, a maggior ragione le stesse legittimano una deroga all'ordinario dovere di riservatezza esistente nel rapporto di lavoro privatistico» (A. AMBROSINO, *Produzione di documenti aziendali riservati nel procedimento disciplinare: il contemperamento tra l'obbligo di fedeltà e il diritto di difesa del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/2013, 2, 3-7).

⁶⁴ Secondo G. RESTA, *Privacy e processo civile: il problema della litigation «anonima»*, cit., 681 ss., perfino «il giudizio sull'utilizzabilità della prova verrebbe rimesso ad una valutazione in concreto circa la natura degli interessi coinvolti ed il rango delle situazioni protette», nel senso che «Piuttosto che ammettere o negare in maniera automatica la rilevanza di tale categoria di prove illecite, è preferibile cioè propendere per l'adozione di una regola di inutilizzabilità a carattere flessibile e demandata ad un bilanciamento in concreto di tutti gli interessi generali o particolari in conflitto».

⁶⁵ L'art. 26, co. 4, lett. c, stabiliva infatti che i dati personali potevano essere utilizzati in giudizio, anche in assenza del consenso dell'interessato, solo a condizione che il diritto fatto valere dalla parte interessata fosse stato di «pari rango» rispetto a quello del titolare del dato supersensibile.

⁶⁶ Di tale avviso, M. GRADI, *Diritto alla prova e tutela della «privacy» nel processo civile*, cit., 1112.

⁶⁷ Di parere conforme, N. MINAFRA, *op. cit.*, 278-284, la quale auspica «che residui spazio per una valutazione ed un bilanciamento dei diritti di coloro che invocano la tutela della *privacy* rispetto a quelli fatti valere in giudizio e non rispetto al generico diritto di difesa». Di opinione contrastante, invece, A. PALMIERI, *Il contemperamento tra «privacy» e diritto di difesa: una pluralità di criteri in relazione alla natura dei dati*, in *Foro it.*, 2000, I, 2989 ss., il quale puntualizza che «Una considerazione circoscritta alla situazione sostanziale dedotta in giudizio rischierebbe in non poche occasioni di soffocare oltremodo l'attività difensiva della parte. Per contro, ove si valorizzi la circostanza che il trattamento dei dati avviene nell'esercizio del diritto di azione o di difesa (fa notare E. Pellicchia, *op. cit.*, 556, che «alla

L'interesse preminente, pertanto, non può essere determinato sulla scorta di una valutazione preconcepita, in base ad un giudizio astratto, «ma solo a seguito di un bilanciamento operato in un'ottica relativistica e fattuale»⁽⁶⁸⁾, cioè in virtù della relatività del diritto alla prova.

In quest'ottica, piuttosto che fissare *a priori* una gerarchia tra diritto alla prova e diritto alla *privacy*, parte degli interpreti ha tentato di collocare entrambi, alternativamente, sui gradini ideali di una scala mobile, auspicabilmente in linea con il tracciato costituzionale.

Questa prospettiva è stata tradotta nel c.d. criterio di gerarchia mobile⁽⁶⁹⁾, per il quale il giudice deve procedere di volta in volta, in considerazione dello specifico *thema decidendum*, «all'individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di un'equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico»⁽⁷⁰⁾.

Lo stesso aggettivo “mobile” esplicita l'afferenza al caso concreto dell'operazione di bilanciamento e la sua non necessaria riproducibilità in relazione a casi futuri⁽⁷¹⁾.

base dell'esercizio in giudizio di ogni diritto – quale che ne sia il rango – si colloca il diritto (costituzionalmente garantito) alla difesa»), la garanzia costituzionale che assiste tali prerogative può condurre ad una pressoché sistematica soccombenza delle ragioni dell'interessato».

⁶⁸ P.C. RUGGIERI, *Ancora sull'utilizzabilità in giudizio dei documenti ottenuti o prodotti in violazione della privacy*, cit.

⁶⁹ T. ELISINO, *Diritto alla “privacy” e diritto alla difesa, conflitto e soluzione. Il cosiddetto principio della “gerarchia mobile”*, in *Dir. e giust.*, 2010, 435, lo definisce «Principio questo da intendersi - non come rigida e fissa subordinazione di uno degli interessi all'altro - ma come concreta individuazione da parte del giudice dell'interesse da privilegiare tra quelli antagonisti a seguito di una ponderata valutazione della specifica situazione sostanziale dedotta in giudizio con conseguente bilanciamento tra gli stessi, capace di evitare che la piena tutela di un interesse possa tradursi nella limitazione di quello contrapposto tanto da vanificarne o ridurne il valore contenutistico». La conflittuale compresenza di valori di pari rango costituzionale è stata da Cass. civ., Sez. lav., 21 novembre 2013 n. 26143, in *Dir. e giust.*, 22 novembre 2013, risolta in applicazione, pur se implicita, del principio della c.d. “gerarchia mobile” delle fonti, attribuendo valenza recessiva, stavolta, al diritto alla difesa, in quanto l'utilizzo dell'informazione non autorizzata, si era posta contemporaneamente in violazione, oltre che dell'art. 2105 c.c. e degli interessi ad esso sottesi, anche di altri e distinti interessi o valori di portata costituzionale, di cui il datore di lavoro ovvero terzi siano portatori.

⁷⁰ Cass. civ., Sez. lav., 5 agosto 2010, n. 18279, in *Argomenti dir. lav.*, 2011, 168 ss., con nota di G. RICCIO, *Antagonismo fra diritto alla privacy e diritto alla difesa e criteri di bilanciamento*.

⁷¹ In questi termini, V. VOZZA, “Privacy” e difesa: una questione di bilanciamento di interessi, in *Danno e resp.*, 2014, 907-911, la quale sostiene che «solo applicando un metodo di valutazione che tenga conto

Tale operazione di bilanciamento potrebbe invero condurre ad un arretramento di tutela dei dati personali tutte le volte in cui nel conflitto di interessi il grado di lesione della dignità dell'interessato sia di ridotta portata rispetto a quella che subirebbe il diritto antagonista, non potendo consentirsi all'interessato di trincerarsi dietro l'astratta qualificazione del suo diritto in modo da limitare in modo rilevante il diritto di difesa della controparte.

Cosa che comporta, in maniera ineluttabile, una attività, di composizione tra principi potenzialmente confliggenti, eminentemente discrezionale⁽⁷²⁾.

In definitiva, il difficile rapporto fra diritto di difesa e *privacy* testimonia l'assenza nel nostro ordinamento giuridico di principi certi ed inequivocabili che ne garantiscano il coordinamento, nel clima di assoluta incertezza che promana dalla legislazione positiva.

5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

La questione giuridica oggetto del presente contributo è apparsa *ictu oculi* idonea ad offrire interessanti spunti di riflessione ed approfondimento che ruotano attorno al tema della rilevanza probatoria delle registrazioni clandestine di colloqui tra presenti.

Alla luce dei rilievi, seppur brevemente, svolti, sembra possibile, in conclusione, asserire che in un periodo storico in cui è più che mai vivace il dibattito sulla utilizzabilità delle intercettazioni, ovviamente con le dovute (e premesse) proporzioni e differenze, appare più che mai necessario che il legislatore⁽⁷³⁾, una volta

di tutte le variabili del caso, è possibile operare un equo bilanciamento degli interessi contrapposti, finalizzato a stabilire quale di essi sia maggiormente meritevole di tutela».

⁷² G. CONSONNI, *Utilizzabilità di registrazioni di colloqui fra presenti e diritto alla privacy dei medesimi*, cit., 932-936, difatti, così conclude: «Non potrà che essere il giudice, dunque, alla luce delle peculiarità e delle circostanze della singola fattispecie concreta, a valutare in primo luogo quali fossero le reali intenzioni del dipendente licenziato in merito all'effettiva sussistenza di ragioni che lo abbiano indotto a raccogliere le prove ai fini di una sua migliore difesa (e se possa valutarsi operante nei suoi confronti la scriminante pure riconosciuta dalla normativa sulla *privacy*), ovvero se il medesimo abbia agito con una finalità differente, e, in secondo luogo, se le modalità di utilizzo e di trattamento dei dati raccolti siano compatibili con la normativa a tutela del diritto alla riservatezza». A questo riguardo, Cass. civ., n. 7783/2014, cit., ha affermato che, onde stabilire quale sia il valore prevalente, è compito del giudice provvedere alla loro comparazione adoperando il suo sereno ed equilibrato apprezzamento.

⁷³ Esprime opposta convinzione F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e*

per tutte, elimini ogni residuo dubbio sull'utilizzabilità (*rectius* ammissibilità) in giudizio delle registrazioni di conversazioni occulte, trattandosi di prassi ormai largamente diffusa grazie al progressivo avanzamento tecnologico, definendone limiti ed ambiti applicativi⁽⁷⁴⁾, in modo da non residuare alcuno spazio di eccessiva discrezionalità, che finirebbe inevitabilmente per destabilizzare tanto gli interpreti quanto i fautori del diritto processualcivilistico, rispondendo così alla primaria esigenza di certezza⁽⁷⁵⁾.

Con ciò mettendo finalmente a tacere anche quel filone ermeneutico che riconduce la mancata previsione dell'ipotesi di registrazione di conversazioni tra presenti, «secondo un obbligato ragionamento *a fortiori*»⁽⁷⁶⁾, ad una volontà legislativa di esclusione delle stesse. Difatti, se ogni lacuna normativa⁽⁷⁷⁾ venisse interpretata in tal senso, ciò andrebbe a pericoloso discapito del diritto vivente.

nel processo civile, cit., 363, il quale ritiene che «il tema delle prove acquisite in violazione delle norme sulla *privacy* non determini la necessità di introdurre nell'ordinamento processualcivilistico una norma che ne sancisca l'inutilizzabilità, semmai ciò che si può legittimamente auspicare è che il concetto di inutilizzabilità venga correttamente ricondotto a quello di inammissibilità e che tale ultima valutazione sia adeguatamente svolta da parte del giudice, anche tenendo in considerazione le norme del codice della *privacy* quali punti di riferimento»; conforme a tale indirizzo anche F. MARINELLI, *Registrazione "clandestina" di colloqui tra colleghi: esercizio del diritto di difesa o illecito disciplinare? Il commento*, in *Lav. nella giur.*, 3/2008, 298-301: «In particolare, ad avviso di chi scrive, la registrazione di colloqui tra presenti priva del consenso del mittente non può essere considerata aprioristicamente lecita o illecita, occorrendo piuttosto valutare caso per caso le modalità di estrinsecazione della condotta».

⁷⁴ «Da ultimo, considerata la coesistenza di orientamenti giurisprudenziali tra essi contrastanti, sarà di rimando un auspicabile ulteriore intervento delle Sezioni Unite, al fine di chiarire i limiti della legittimità delle registrazioni occulte e la loro utilizzabilità nell'ambito dei procedimenti giudiziari»: G. SARACINO, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁵ «Non convince, infatti, nemmeno l'idea che la scelta sull'ammissibilità della prova illecita debba dipendere *singulatim* da una valutazione che, alla luce del dato positivo, resterebbe integralmente rimessa ad una (incontrollata) discrezionalità giudiziale, nell'ambito della quale rischiano di trovare posto differenti (quasi mai dichiarate) sensibilità etiche» (L. PASSANANTE, voce *Prova illecita (diritto processuale civile)*, cit., 694).

⁷⁶ F.R. DINACCI, *L'irrelevanza processuale delle registrazioni di conversazioni tra presenti*, in *Giur. it.*, 1/1994, 2, 65-76.

⁷⁷ Ad opinione di F. CENTORAME, *Registrazioni "occulte" di conversazioni tra presenti e ricerca della prova*, cit., 1403: «In assenza di una espressa e dettagliata disciplina legislativa dei meccanismi di registrazione occulta di conversazioni, simili modalità captative esulano dal paradigma etico, prima ancora che giuridico, del "giusto" processo penale»; l'Autrice conclude considerando quale "obbligata via di fuga percorribile" la declaratoria di irrilevanza degli elementi di prova raccolti con le modalità captative in discorso o, quantomeno, di inutilizzabilità perché assunti in violazione delle modalità previste dalla legge.

Sembra comunque doveroso affrontare il difficile nodo del bilanciamento tra il diritto alla riservatezza ed il diritto alla difesa.

La decisione di ammettere o meno le prove illecite nel processo civile non può che fondarsi su un'opera di contemperamento tra le suesposte esigenze⁽⁷⁸⁾, entrambe astrattamente meritevoli di tutela, che, finora affidata all'esegeta e/o al giudice⁽⁷⁹⁾ sulla base dei principî generali dell'ordinamento, dovrà essere in un futuro, che auspichiamo sia il più prossimo possibile, realizzata dal legislatore.

Difatti, aumentando il tasso di predeterminazione legale della disciplina dello svolgimento del processo anche nelle fasi di trattazione ed istruttoria, corrispondentemente diminuirebbe l'ambito dei poteri discrezionali del magistrato che *in parte qua* caratterizzavano il processo (c.d. *case management* giudiziale), perfettamente in linea con la tendenza del momento avviata dalla c.d. Riforma Carta-

⁷⁸ «Si deve valutare, da una parte, l'obiettivo, avvertito tanto nel processo penale quanto nel processo civile, di raggiungere l'accertamento veritiero dei fatti su cui si fonda la domanda giudiziale, posto che tali prove, pur ottenute o formate *contra legem*, sono pienamente attendibili e idonee a dimostrare la fondatezza della domanda; dall'altra, l'esigenza di garantire la tutela di quei diritti e libertà fondamentali, dichiarati inviolabili dalla Costituzione, che siano stati lesi dall'ottenimento di una prova, utile per la parte che ha commesso l'illecito ad ottenere un vantaggio in sede processuale»: N. MINAFRA, *Prove illecite e diritto alla riservatezza*, cit., 278-284.

⁷⁹ Di opposto avviso A. CARRATA, *Diritto di difesa e privacy del terzo: un difficile (ma necessario) bilanciamento*, in *Fam. e dir.*, 2015, 33, il quale demanda al giudice di merito «un'attenta ponderazione, diretta a verificare, da un lato, che i dati del terzo siano strettamente connessi con l'oggetto del giudizio e con i fatti rilevanti per la decisione e, dall'altro lato, che l'utilizzazione degli stessi in sede processuale non determini anche una loro (questa, sì, illecita) diffusione»; di parere conforme anche G. CONSONNI, *Utilizzabilità di registrazioni di colloqui fra presenti e diritto alla privacy dei medesimi*, cit., 936, il quale sostiene che «Non potrà che essere il giudice, dunque, alla luce delle peculiarità e delle circostanze della singola fattispecie concreta, a valutare in primo luogo quali fossero le reali intenzioni del dipendente licenziato in merito all'effettiva sussistenza di ragioni che lo abbiano indotto a raccogliere le prove ai fini di una sua migliore difesa (e se possa valutarsi operante nei suoi confronti la scriminante pure riconosciuta dalla normativa sulla *privacy*), ovvero se il medesimo abbia agito con una finalità differente, e, in secondo luogo, se le modalità di utilizzo e di trattamento dei dati raccolti siano compatibili con la normativa a tutela del diritto alla riservatezza». Per A. PINORI, *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, in *Contr. impr.*, 2014, 51 ss., non residuerebbe invece alcun margine di discrezionalità in capo al giudicante, il quale dovrebbe astenersi dall'utilizzare prove illecitamente acquisite ai fini della decisione, pena la nullità della sentenza censurabile in sede di appello. Medesima tesi viene abbracciata anche da A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., 693 ss., il quale auspica che nel dibattito dottrinale, nei confronti delle prove illecite, venga assunto «un atteggiamento interpretativo di radicale chiusura, che conduca a decretarne la assoluta inutilizzabilità nel processo civile».

bia⁽⁸⁰⁾.

Certo è che, onde scongiurare distorsioni inevitabili, soprattutto nelle relazioni personali in ambito lavorativo, «il reciproco spionaggio, al fine di assurgere ad esercizio del diritto di difesa, deve risultare strettamente connesso ad una specifica e realistica, per quanto potenziale, prospettiva di contenzioso e non già a mere ideazioni soggettive, al limite del paranoico, di questa o quella parte del rapporto»⁽⁸¹⁾.

ABSTRACT

La *quaestio juris* oggetto del presente contributo si colloca nell'alveo dell'ormai prevalente orientamento giurisprudenziale che riconosce l'arrendevolezza dell'interesse alla riservatezza dei dati personali di fronte al diritto di difesa. Tuttavia, pur ribadendo la necessità di procedere ad un contemperamento di contrapposti interessi, si ritiene che tale attività non possa più essere valutata, *case by case*, a discrezione del giudice di merito, ma debba essere demandata una volta per tutte al legislatore.

The legal issue of this essay falls within the context of the now prevailing jurisprudential orientation which recognizes the yielding nature of the personal data privacy interest vis-à-vis the right of defence. However, while reaffirming the need to reconcile opposing interests, it is believed that this activity can no longer be evaluated, case by case, at the discretion of trial judge, but must be delegated once and for all to the legislator.

⁸⁰ D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

⁸¹ U. OLIVA, *op. loc. ult. cit.*

ROSARIO SANTUCCI

(Professore ordinario nell'Università del Sannio di Benevento)

UNO SGUARDO AL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO DI GENERE TRA TECNICHE TRADIZIONALI E INNOVAZIONI*

Sommario: 1. *Focus* sulle disuguaglianze di genere 2. Cenni su evoluzione e fonti del diritto antidiscriminatorio di genere 3 (segue). Le svolte a partire dalla fine degli anni '70 4. La parità di trattamento, le pari opportunità e la parità “di risultato” 5. Un approfondimento sulle radici costituzionali 6. Gli interventi recenti tra rafforzamenti e timidezze

1. *FOCUS* SULLE DISUGUAGLIANZE DI GENERE

In varie analisi (Istat, Rapporto BES 2022, Mef, Onu – Agenda 2030, Ue, Eu Gender Equality Index, Banca d'Italia Relazione annuale 2022) sono state riscontrate le disuguaglianze di genere in Italia, confermandone la persistenza. Per quelle, dirette e indirette, relative al mercato del lavoro in sintesi si evidenziano: a) una maggiore disoccupazione femminile (la crisi pandemica l'ha accresciuta) con criticità ulteriori per il Mezzogiorno d'Italia e per le donne con figli in età prescolare; b) un'alta percentuale di donne in *part time* “involontario”, che si dimettono in ragione delle esigenze familiari; c) un'alta percentuale di donne con paga bassa e in ogni caso minore di quella degli uomini (il fenomeno è conosciuto come povertà del lavoro che riguarda in misura maggiore le donne anche per la forte incidenza del *part time*)⁽¹⁾. Nell'UE le donne percepiscono una retribuzione in media minore del 13%

* Il presente lavoro è frutto di due interventi ai seminari tenuti nell'Università del Sannio il 13 e il 20 aprile 2023 su “*Contrasto alle discriminazioni di genere e pari opportunità nel lavoro*”, organizzati da R. Santucci e R. Staiano (Università di Teramo e Consigliera di parità Provincia di Benevento). Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Sul tema v. C. SARACENO, D. BENASSI, E. MORLICCHIO, *La povertà in Italia. Soggetti, meccanismi, politiche*, Bologna, 2022; E. MORLICCHIO, *Sociologia della povertà*, Bologna, 2020; in campo giuslavoristico cfr. A. BELLAVISTA, *Il contrasto alla povertà lavorativa e il salario minimo legale all'italiana*,

rispetto a quella dei maschi e il divario retributivo le espone al rischio di maggiore di povertà e contribuisce anche al divario pensionistico dell'UE (nel 2018 si è attestato intorno al 30%); d) guadagno dimezzato di una lavoratrice madre rispetto a chi madre non è (a parità di età e di competenze)⁽²⁾; e) una conciliazione vita-lavoro (lavoro e cura di figli o di familiari non autosufficienti) ancora scarsa con forte asimmetria nella distribuzione del lavoro familiare specie nel Mezzogiorno; f) il “soffitto di cristallo” nel lavoro e le progressioni di carriera tarate senza tener conto delle diversità; g) gli orari di lavoro che trascurano le esigenze familiari; h) nel campo dell'istruzione e della formazione il divario è a favore delle donne; ma è scarsa tuttavia la partecipazione delle donne a percorsi formativi di carattere scientifico, tecnico e informatico laddove – è noto – viviamo in un'economia digitale. In Italia è stato varato il Piano operativo per la Strategia Nazionale per le competenze digitali: si vuole colmare il gap entro il 2025 azzerando il divario di genere, triplicando il numero dei laureati ICT e quadruplicando il numero delle donne.

Per il *World Economic Forum* l'Italia si attesta al 63mo posto al mondo, come nel 2021, con riguardo al *gap* di genere.

Nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 5 marzo 2020 sulla strategia per la parità di genere 2020-2025 si rileva che nessuno Stato membro ha raggiunto la piena parità di genere ed è quindi necessario dare all'obiettivo nuovo slancio (la parità di genere è un valore cardine dell'UE, un diritto fondamentale e un principio chiave del pilastro europeo dei diritti sociali). La Commissione agirà nei seguenti ambiti: 1) liberarsi della violenza e degli stereotipi di genere; 2) consentire la realizzazione delle persone in un'economia basata sulla parità di genere, colmando il divario di genere nel mercato del lavoro, favorendo il raggiungimento della parità nella partecipazione ai diversi settori economico, affrontando il divario retributivo e pensionistico di genere⁽³⁾ e colmando il divario di genere nell'assistenza familiare; 3) far conseguire in

in *Lavoro Diritti Europa*, n.1/2022; R. SANTUCCI, *La povertà del lavoro e le tecniche normative di contrasto*, *ibidem*, cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche; S. CAFFIO, *Povertà, reddito e occupazione*, Adapt University Press, 2023.

² V. al riguardo anche A. MINELLO, *Non è un paese per madri*, Bari-Roma, 2022.

³ Sul *gender pay gap* il 30 gennaio 2020 il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione per contrastarlo: sul problema v. il rapporto per la Commissione europea di C. BOLL, A. LAGEMANN, *Il gender pay gap nei paesi dell'Unione Europea*, 2018.

pari misure ruoli dirigenziali nella società; 4) integrare la dimensione di genere e promuovere una prospettiva intersezionale nelle politiche dell'UE, vale a dire su più caratteristiche personali che potrebbero dar vita a discriminazioni multiple (come nel caso di una donna migrante con disabilità o di LGBT); 5) finanziare azioni che consentano di compiere passi avanti in materia di parità di genere nell'UE; 6) affrontare il problema della parità di genere e dell'emancipazione femminile a livello mondiale.

Nonostante innegabili risultati di politiche e tecniche regolative su divieti di discriminazione, parità di trattamento e pari opportunità, il percorso che conduce all'effettività del diritto antidiscriminatorio è pertanto ancora disseminato di ostacoli⁽⁴⁾. Oltre al deficit culturale da non sottovalutare e trascurare, le imperfezioni di tecniche e procedure di tutele sicuramente persistono. Sembra utile uno sguardo rapido sull'evoluzione e sulle radici costituzionali⁽⁵⁾ per poi osservare i più recenti interventi e valutarne positività e criticità.

2. CENNI SU EVOLUZIONE E FONTI DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO DI GENERE

Il diritto antidiscriminatorio ha acquistato nel corso del tempo, dall'entrata in vigore della Costituzione ai giorni nostri⁽⁶⁾, sempre più consistenza e ampiezza,

⁴ Per un sintetico *excursus* v. *Parità di genere*, Camera dei deputati, Servizio studi, XVIII legislatura, 31 marzo 2022.

⁵ Per un esame più ampio sia consentito il rinvio a R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro. Saggi di un quinquennio*, Torino, 2021, spec. i capp. V e VI.

⁶ Su cui v., oltre ai classici M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*. La legislazione italiana sul lavoro delle donne, Bologna, 1979 e T. TREU, sub *art. 37*, in *Commentario della costituzione* (a cura di G. BRANCA), Bologna-Roma, 1979, 146 ss.; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Padova, 2010; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel «diritto vivente»*, Napoli, 2019; alcuni recenti articoli pubblicati nella rivista *on line* www.dirittifondamentali.it: nel 2020 H. ÁLVAREZ CUESTA, *Los retos del futuro del trabajo en clave de igualdad y no discriminación por razón de género*, P. DE PETRIS, *La tutela contro le discriminazioni dei lavoratori tramite piattaforma digitale*, M. PIRONE, *Le azioni collettive contro le discriminazioni sul lavoro*, R. SANTUCCI, *Le tutele contro le molestie nel lavoro: ancora troppe debolezze e disarmonie*; nel 2021, L. FERLUGA, *I divieti di discriminazioni per motivi di genere*. Per la raccolta della normativa antidiscriminatoria v. A. ZILLI, F. BILOTTA, *Codice di diritto antidiscriminatorio*, Napoli, 2019.

fondandosi su norme tanto nazionali quanto internazionali⁽⁷⁾ ed europee⁽⁸⁾.

Il diritto dell'Unione europea, a partire dagli anni '70, attraverso anche le decisioni della Corte di Giustizia, ha svolto un ruolo da apripista o comunque ha consolidato con decisione le piste già tracciate da normative costituzionali e ordinarie degli ordinamenti nazionali. Il sistema antidiscriminatorio si è perciò non solo rafforzato ed ampliato, estendendosi dalla classica tutela "di genere" alle discriminazioni e agli svantaggi di cui soffrono le persone appartenenti a determinate minoranze o etnie o per le loro convinzioni personali, ideologiche e sessuali, ma si è arricchito di importanti tecniche - repressive, preventive, promozionali, giurisdizionali e istituzionali - al fine di perseguire e realizzare una completa parità, formale e sostanziale.

Lo stato dell'arte fa registrare, tuttavia, la permanenza di notevoli tassi di discriminazione e di svantaggio dei soggetti appartenenti alle categorie a rischio e, inoltre, un accentuato disordine normativo in cui si rilevano difformità regolative non solo fisiologiche, giustificate dai vari fattori di discriminazione o di svantaggio, ma anche patologiche, derivanti da stratificazioni normative e criticità regolamentari che la mancanza di una consistente prassi non riesce incisivamente ad evidenziare. Il genere rappresenta l'ambito più rilevante ed attuale in cui verificare e valutare le tecniche normative introdotte per contrastare le discriminazioni.

Nell'ordinamento interno rilevano innanzitutto le prescrizioni costituzionali. Sono fondamentali sia l'art. 3 Cost. su eguaglianza formale e sostanziale, dal quale si evince il nucleo duro del divieto di discriminazione per una pluralità di fattori (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche e condizioni personali e sociali), ed è affermato il principio di pari opportunità, sia l'art. 37 Cost. Quest'ultimo stabilisce, in primo luogo, per la donna lavoratrice parità di diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni spettanti al lavoratore; impone poi che le condizioni di lavoro consentano alla donna «l'adempimento della sua essenziale funzione familiare» e

⁷ Si pensi alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, art. 14, e alle Convenzioni dell'OIL. Sul piano internazionale e sulle convenzioni OIL v. da ultimo e per tutti D. CASALE, *Le fonti*, in F. CARINCI e A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'unione europea*, Torino, 2018, 73 ss.; A. PERULLI, V. BRINO, *Manuale di diritto internazionale del lavoro*, Torino, 2015, spec. 154 ss. Sulla CEDU, cfr. L. TORSSELLO, *Persona e lavoro nel sistema CEDU. Diritti fondamentali e tutela sociale nell'ordinamento multilivello*, Bari, 2019.

⁸ V. per tutte la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 20 e ss. Sul "diritto europeo", v. per tutti N. GIRELLI e A. MONTANARI, *Parità di trattamento e divieto di discriminazione*, in F. CARINCI e A. PIZZOFRERATO (a cura di), *op. cit.*, 206 ss.

assicurino «alla madre e al bambino una speciale, adeguata protezione» e infine, al terzo comma, impone alla Repubblica, oltre la tutela del lavoro dei minori, la garanzia, a parità di lavoro, del diritto alla parità di retribuzione. Rilevante è poi anche l'articolo 117, settimo comma, Cost., come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, il quale prevede che le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

Ciononostante il divieto di discriminazione e la parità di trattamento non hanno avuto vita facile, inizialmente anche per l'idea del carattere assolutamente programmatico delle norme costituzionali, superata poi anche grazie alle posizioni giurisprudenziali della fine degli anni '50 sulla precettività degli artt. 36 e 37 Cost.⁽⁹⁾. Nel campo del lavoro femminile ha sovrastato per lungo tempo la regola monopolistica della protezione della lavoratrice in quanto madre (essenziale funzione familiare) e fino agli anni '60 sono state vigenti, nella contrattazione collettiva, le “gabbie salariali”, avallate dalla giurisprudenza⁽¹⁰⁾, che prevedevano trattamenti retributivi distinti per sesso e per età⁽¹¹⁾, nonostante anche l'art. 119 del Trattato di Roma istitutivo della Cee (ora art. 157 TFUE) contenesse una regola di parità retributiva tra i sessi. Il primo circoscritto intervento si registrò con la legge n. 7 del 1963 per contrastare le clausole di nubilitato e si dispose la nullità del licenziamento per causa di matrimonio, eliminando la palese discrasia tra tutela della lavoratrice madre e liceità di clausole risolutive del contratto, fondate appunto sul matrimonio. Un

⁹ Cfr. Cass. 19 novembre 1957 n. 4414, in *Riv. Giur. Lav.*, 1958, II, 8; Cass. 26 giugno 1958 n. 2283, in *Orient. Giur. Lav.*, 1958, 372 (le sentenze citate nel testo, quando non siano reperibili in specifiche riviste, sono consultabili nelle banche dati *DeJure* e *Leggi d'Italia* o nei siti istituzionali degli organi giudiziari).

¹⁰ Sostiene che la parità di trattamento, proclamata dall'art. 37 della Costituzione, doveva essere intesa come “parità di rendimento” con il presupposto di una minore capacità di resa delle donne in quanto tali (occorreva quindi che la donna, a parità di mansioni, avesse prodotto anche un identico risultato, ferma restando la “giusta” presunzione della minore capacità e del minore rendimento delle lavoratrici che rendeva legittime le clausole contrattuali basate sulla distinzione tra lavoratrici e lavoratori): v. Cons. St., Sez. V, 3 giugno 1961; Trib. Udine 23 giugno 1962, in *GC*, 1963, I, 674; Corte App. Firenze 4 marzo 1966, in *MGL*, 1966, 149.

¹¹ Superate formalmente dall'accordo interconfederale del 16 luglio 1960 per la parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici (le lavoratrici delle “ex-categorie donne” vengono collocate nelle categorie inferiori del nuovo inquadramento, attribuendo così al lavoro femminile un valore inferiore a quello maschile); v. al riguardo M. V. BALLESTRERO, *op. cit.*, 129 ss. (con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali); T. TREU, *op. cit.*, 172 ss.

intervento più ampio si ebbe con la l. n. 66 del 1966, per l'accesso delle donne a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie senza limitazioni concernenti le mansioni o i percorsi di carriera⁽¹²⁾.

Né la legge n. 604 del 1966 sui licenziamenti individuali, che bolla il licenziamento discriminatorio, ma determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali (art. 4), né lo statuto dei lavoratori (l. n. 300 del 1970), che all'art. 15 sulla nullità degli atti discriminatori si occupa solo delle discriminazioni sindacali (affiliazione o attività sindacale ovvero partecipazione ad uno sciopero), dedicano attenzione completa alla questione. Si tratta di segnali di una radicata insensibilità nei confronti di una questione sociale, anche dai risvolti economici, oscurata da miopi ideologie e assetti maschilisti di potere.

Tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70, la Cassazione archivia l'orientamento giurisprudenziale sulla parità di rendimento, affermando che la parità di lavoro, garantita dall'art. 37 Cost., va intesa come parità di qualifica e mansioni⁽¹³⁾ (ma il *gender pay gap* comunque rimane, e pesa come un macigno, ai nostri giorni).

3 (SEGUE). LE SVOLTE A PARTIRE DALLA FINE DEGLI ANNI '70

Bisognerà comunque attendere la l. n. 903/77, a ridosso dei movimenti sociali e culturali della metà degli anni '70 (nel '75 nel nostro paese fu riformato il "codice di famiglia"), che, in attuazione delle Direttive UE del 1975 (75/117) e del 1976 (76/207), realizza l'eguaglianza formale e timidamente interviene a promuovere le pari opportunità. Successivamente la l. n. 125/1991 – quattordici anni dopo! - si

¹² La legge fu preceduta dalla sent. n. 63 del 1960, con cui la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della l. n. 1176/1919, che escludeva le donne da tutti gli uffici pubblici che implicavano l'esercizio di diritti e potestà politiche, ravvisando la violazione dell'art. 51, commi 1, Cost. Su questi profili cfr. R. LUGARÀ e A. PERTICI, *Parità retributiva tra uomini e donne: brevi spunti di riflessione alla luce delle recenti decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Ass. It. Cost.*, n. 1/2021; S. SCARPONI, *L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 406/2019.

¹³ Cfr. Cass. 18 aprile 1969 n. 1231, in *Foro It.*, I, 1969, 1745 con nt. di M.V. BALLESTRERO, *Sulla parità di retribuzione*; Cass. 17 marzo 1970 n. 707, in *Foro It.*, 1970, I, 1669. Già un decennio prima la Cassazione aveva affermato la precettività dell'art. 37 Cost.

pone in un'ottica di promozione delle pari opportunità⁽¹⁴⁾.

La l. n. 903 ha inciso sull'art. 15 Stat. lav., aprendolo alle discriminazioni di genere (v. il comma 2).

Il diritto europeo – nella consapevolezza della rilevanza e delle negatività anche economica delle discriminazioni – all'inizio del terzo millennio sferza gli ordinamenti nazionali e incrementa principi e regole sulle discriminazioni, estendendo la tutela ai fattori diversi dal genere e rafforzando quella relativa al genere. Sulla falsariga delle direttive c.d. di seconda generazione⁽¹⁵⁾, delle disposizioni del Trattato (artt. 18, 19 e 157 del TFUE; artt. 2, 3 e 6 del TUE), della Carta dei diritti fondamentali (artt. 20-26) e degli orientamenti della Corte di giustizia, il nostro ordinamento avanza, pur se in modo disordinato, con i d.lgs. nn. 215 e 216/2003 sulle discriminazioni diverse dal genere (il d.lgs. n. 216 del 2003 ha ulteriormente ampliato a tutte le altre discriminazioni l'art. 15 Stat. Lav.: v. il comma 2) e con il varo del codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d.lgs. n. 198/2006) che colpisce anche le molestie.

4. LA PARITÀ DI TRATTAMENTO, LE PARI OPPORTUNITÀ E LA PARITÀ “DI RISULTATO”

Il nostro ordinamento e quello europeo contengono disposizioni che tutelano contro le discriminazioni non soltanto con sanzioni negative ma anche con misure positive, tese a garantire parità di trattamento e pari opportunità.

A) Per alcuni fattori di discriminazione, l'ordinamento persegue espressamente la *parità di trattamento*. Per la donna lavoratrice, l'art. 37, comma 1, Cost. assicura gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. L'art. 37, comma 3, Cost., stabilisce che la Repubblica garantisce ai minori, a parità di lavoro, il diritto alla parità della retribuzione⁽¹⁶⁾. L'art. 23, comma 1, della Carta

¹⁴ Per l'analisi di questa legge si ricordano M.V. BALLESTRERO, T. TREU (a cura di), *Commentario sistematico alla legge n. 125 del 1991 sulle azioni positive*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994; L. ZOPPOLI e L. GAETA (a cura di), *Il diritto diseguale: la legge sulle azioni positive*, Torino 1992.

¹⁵ V. le direttive 2000/43/CE relativa a razza e origine etnica, 2000/78/CE relativa a una pluralità di fattori: religioso, età, orientamento sessuale, handicap, convinzioni personali nonché la direttiva 2002/73/CE riguardante donne e uomini, rifluita nella Direttiva 54/2006/CE.

¹⁶ I commi 1 e 3 dell'art. 37 Cost., che sanciscono il diritto della donna lavoratrice e del lavoratore minore alla parità di retribuzione rispetto al lavoratore maggiorenne, operano con efficacia immediata in riferimento all'intero trattamento retributivo, non solo quello minimo, e impediscono che la disciplina di categoria escluda il lavoro prestato da tali soggetti ai fini dell'attribuzione degli aumenti periodici di anzianità (Cass. n. 5100/82; Cass. n. 36/1993; Cass. n. 9287/1995).

dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce che tra donne e uomini deve essere assicurata la parità in tutti i campi «compreso in materia di occupazione, di lavoro e retribuzione» e ribadisce, in materia retributiva, quanto già affermato dall'art. 157 TFUE⁽¹⁷⁾. La parità di trattamento - specificazione del principio costituzionale di cui all'art. 3 co. 1 Cost. - ha un'importanza rilevantissima in quanto consente di rafforzare il principio dell'uguaglianza formale e di eliminare disparità ingiustificate di trattamento, insite nelle discipline legali vigenti. Si pensi al venir meno - con notevole ritardo rispetto al precetto costituzionale, a partire dall'entrata in vigore della l. n. 903/77, di tutte le regole "protettive" riguardanti il lavoro femminile (contenute prevalentemente nella legislazione fascista: v. la l. 653/34), ad eccezione di quelle finalizzate, come prescrive l'art. 37 Cost., a consentire alla lavoratrice l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione (v. ora il d.lgs. 151/01 per le disposizioni a sostegno della maternità e della paternità che accoglie una concezione della protezione della lavoratrice strettamente funzionale alla maternità e valorizza il ruolo della paternità, riequilibrando le responsabilità familiari); come pure delle disparità riguardanti il lavoro dei minori, fatte salve quelle finalizzate alla loro tutela (v. la l. 977/67, come modificata dal d.lgs. 345/99)⁽¹⁸⁾.

Si rifletta ancora al prolungato disallineamento dell'ordinamento nazionale rispetto ai principi comunitari con riguardo alla vicenda del lavoro notturno, dove l'Italia è stata condannata dalla Corte di Giustizia per avere mantenuto il divieto per le donne, nonostante la direttiva del 1976!⁽¹⁹⁾. Nei rapporti tra privati, per il lavoro delle donne e dei minori, la parità di trattamento, specie retributiva, è difficile da conseguire (basti pensare al persistente *pay gender gap* il cui contrasto è entrato nelle agende politiche nazionali e internazionali), tranne nelle ipotesi in cui si

¹⁷ Con la sent. del 3 giugno 2021 causa C-624/19 la Corte di giustizia ha affermato che l'art. 157 del TFUE ha efficacia diretta nelle controversie tra privati in cui si deduce l'inosservanza della regola della parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici per un lavoro di pari valore.

¹⁸ V. Cass. n. 18856/10, secondo cui il comma 3 dell'art. 37 Cost. pur operando con riferimento all'intero trattamento retributivo, implica che la maggiore inesperienza dei più giovani e l'opportunità di favorire l'occupazione possono giustificare una più bassa retribuzione rispetto ai lavoratori maggiorenni solo se a loro sono affidate diverse e meno impegnative mansioni ma escludono l'obbligo di identico trattamento a parità di condizioni; Cass. n. 4911/14, sulla legittimità dell'esclusione della corresponsione del premio di produzione a favore dei lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro.

¹⁹ Cfr. CGUE n. 207/1997, Commissione CE v. Rep. It.

tratti di ottenere il riconoscimento di trattamenti standard, previsti dai contratti collettivi ed esclusi per ragioni discriminatorie⁽²⁰⁾. L'art. 28 d.lgs. n. 198/06 – come riformulato dal d.lgs. n. 5/2010 - si è tra l'altro discostato dalla disposizione costituzionale e dalla formulazione della previgente l. n. 903/77, imponendo il divieto di discriminazione retributiva laddove l'art. 2 della l. del '77 stabiliva il diritto della lavoratrice alla stessa retribuzione del lavoratore. Probabilmente, tenuto conto della parità sancita a livello costituzionale ed europeo, si è voluta assicurare la tutela antidiscriminatoria. In ogni caso la parità di trattamento e quella retributiva sono garantite direttamente dall'art. 37, comma 1, Cost. A livello europeo la Corte di giustizia⁽²¹⁾ ha espresso una posizione molto forte stabilendo che, constatata una discriminazione contraria al diritto dell'Unione, finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, il rispetto di tale principio può garantirsi solo concedendo alle persone appartenenti alla categoria sfavorita gli stessi benefici attribuiti alla categoria privilegiata. In tale ipotesi, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione

²⁰ V. tuttavia Trib. Aosta, decr., 5 gennaio 2016: «nel caso in cui la retribuzione della donna sia più bassa di quella prevista in favore di dipendenti di sesso maschile *per prestazioni di valore inferiore*, sono applicabili le disposizioni di cui agli artt. 25, comma 1, e 28, comma 1, d.lgs. n. 198/2006, non essendo necessario acquisire alcuna prova in ordine alla sussistenza dell'intenzionalità di trattare in modo peggiore taluno in relazione al proprio sesso; il datore di lavoro va pertanto condannato al risarcimento del danno patito dalla lavoratrice, nella misura delle differenze retributive maturate tra quanto in effetti corrisposto dalla data della prima assunzione al di del licenziamento e la somma che sarebbe stata equa e corretta per assicurare la parità di trattamento tra la lavoratrice e le altre figure professionali presenti in azienda»; App. Torino 25 settembre 2017, in *GI*, 2018, 2, 426: «Nel caso in cui le mansioni svolte ricoprono pari rilevanza strategica nell'organizzazione societaria, la disparità di trattamento retributivo della lavoratrice donna rispetto al collega uomo costituisce condotta discriminatoria. La Corte d'Appello ha riscontrato la parità di valore del lavoro prestato dalla lavoratrice discriminata, Direttore Amministrativo, e il collega maschio, un quadro Direttore Giochi, ritenendoli entrambi adibiti a mansioni parimenti essenziali per la sopravvivenza del casinò. Sul lavoro dei minori v. comunque Cass. n. 18856/2010: «l'avvenuta violazione della norma imperativa di cui all'art. 3, primo comma, della l. n. 977/1967, così come sostituito dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 345/1999, che ha fissato a quindici anni l'età minima per l'assunzione al lavoro, non fa venir meno il diritto alla retribuzione per l'attività effettivamente prestata dal soggetto tutelato, stante il disposto, oltre che dell'art. 2126, secondo comma, cod. civ., anche dell'art. 37 Cost., che sancisce il diritto del lavoratore minorenne alla parità di retribuzione a parità di lavoro e di mansioni svolte rispetto agli altri lavoratori, a nulla rilevando che il lavoratore a dette mansioni, in ragione dell'età, non potesse essere adibito».

²¹ V. CGUE, Grande Sez., 22 gennaio 2019, n. 193/17 *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi* (punto 80 e ss.); CGUE, Sez. I, 8 maggio 2019, n. 396/17 *M.L. c. Landespolizeidirektion Tirol*; CGUE sentenza 9 marzo 2017, *Milkova*, C-406/15, C-406/15. In Italia in senso contrario Cass. n. 8569/96, che esclude il meccanismo della integrazione parificatrice.

nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria. Tale obbligo incombe al giudice nazionale indipendentemente dall'esistenza, nel diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo. La strada indicata dalla Corte di giustizia, di un intervento giudiziale di parità integratrice, può sostenersi nel nostro ordinamento nazionale in presenza del potere giudiziale, previsto dalla legge, di imporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate o comunque di inibitoria, che consente di ordinare la cessazione del comportamento e la rimozione degli effetti discriminatori (v. art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011; artt. 37 e 38 d.lgs. n. 198/2006).

B) Il *principio di pari opportunità* si basa sull'idea dell'uguaglianza dei punti di partenza, indipendentemente dall'appartenenza degli individui a classi predefinite (sesso, etnia, religione)⁽²²⁾. Per garantire le pari opportunità non è sufficiente riconoscere comuni regole di competizione o eguale attribuzioni di diritti fondamentali; occorrono invece diseguali distribuzioni di beni e diritti per far sì che coloro che sono socialmente svantaggiati possano essere condotti a un comune livello di partenza. Il *diritto formalmente diseguale e inegualitario* è intrinsecamente egualitario perché conduce a un livellamento delle opportunità. Il principio di pari opportunità consente dunque azioni positive a sostegno dei soggetti che per cause storiche si trovano in una situazione di svantaggio, allo scopo di ristabilire una parità sostanziale: in particolare l'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 157 TFUE impongono di assicurare la parità tra uomini e donne in tutti i campi (c. 1) e stabiliscono che il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del genere sottorappresentato (c. 2). Il capo IV del codice delle pari opportunità tra uomini e donne è dedicato alla promozione delle pari opportunità e in particolare alle azioni positive, che nel nostro ordinamento sono presenti a partire dalla l. n. 125/91. Esse, in linea generale, sono dirette a favorire l'occupazione delle donne e a realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro; in modo più specifico sono dirette a prevenire discriminazioni, eliminare disparità, promuovere le parità di *chance* nella vita lavorativa, potendo anche attribuire specifici vantaggi: l'art. 42 d.lgs. n. 196/98 indica una serie (non

²² Su cui, criticamente, v. E. GRAMAGLIA, *Uguaglianza di opportunità. Sì, ma quale?*, Bari-Roma, 2022.

esaustiva) di modelli di azione positiva tipizzate nella loro finalità; l'art. 50 d.lgs. n. 98/06 include in tale ambito le misure a sostegno della flessibilità di orario, finalizzate a promuovere e incentivare forme di articolazione della prestazione lavorativa, volte a conciliare tempi di vita e di lavoro: si richiama l'art. 9 della l. n. 53/00 che è stato riscritto dall'art. 38 della l. n. 69/09. È rilevante sottolineare che le azioni positive nel settore privato sono volontarie, possono essere promosse dal Comitato Nazionale di Parità, dalle consigliere e dai consiglieri di parità, dai datori di lavoro, dalle organizzazioni sindacali nazionali (art. 43) e possono beneficiare di finanziamenti pubblici (art. 44). Le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di predisporre piani di azioni positive (art. 48).

C) Nel dibattito sulle misure di azioni positive l'attenzione è stata calamitata da quelle che attribuiscono *quote, cioè riserve*, a favore del genere - in Europa solitamente donne - in situazione svantaggiata, di trattamenti preferenziali nella formazione, nell'accesso al lavoro, nella progressione di carriera o nella conservazione del posto. Queste possono concretizzare un diritto diseguale teso a realizzare una *parità di risultato* e non di opportunità, potendo tradursi in discriminazioni rovesciate a danno di altre categorie di soggetti, altrettanto svantaggiati o no. Sul tema si sono registrate importanti pronunce della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale, sia pure, in quest'ultimo caso, relativamente alla materia elettorale⁽²³⁾. In effetti dal quadro europeo emerge, dopo un'iniziale contrarietà (sentenza *Kalanke*), anche a seguito della modifica del TFUE (art. 157, c. 4) che prevede la possibilità di assicurare specifici vantaggi al genere sottorappresentato, la legittimità delle quote a condizione che siano flessibili e adeguate; vale a dire che impediscano l'automatica preferenza al candidato del sesso sottorappresentato, di cui va accertato il possesso di preparazione e competenze non inferiori a quelle di chi risulti escluso, e siano adeguata all'obiettivo da realizzare (da ultimo sentenza *Abrahamsson*).

La Corte costituzionale, dal suo canto, ha considerato legittimi gli interventi del legislatore ad introdurre strumenti per riequilibrare i punti di partenza come la presenza di candidati di sessi diversi nelle liste dei candidati che ha tenuto conto anche della modifica dell'art. 51, co. 1, Cost. (l. cost. n. 1/2003) sull'obbligo della Repubblica di promuovere le pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive.

Il riferimento esplicito del nostro legislatore all'eguaglianza sostanziale ha reso

²³ V. CGUE. 17 ottobre 1995, C-450/93, *Kalanke*, 11 novembre 1997, C-409/95, *Marshall*, 28 marzo 2000, C-158/97 *Badeck*, 6 luglio 2000, C-407/98 *Abrahamsson*; inoltre C. cost. nn. 422/95 e 49/03.

evidente l'intenzione di fondare la legittimità di queste misure sull'uguaglianza sostanziale, seguendo anche l'impostazione della Corte di Giustizia che le ha considerate legittime (comprese le quote), se temporanee e proporzionate. Ciò significa che la legittimità di tali misure va affermata sulla base dell'integrale principio di uguaglianza e il suo fondamento non è da ricercarsi esclusivamente nel c. 2 dell'art. 3 Cost. che, al pari di altre norme costituzionali, consente di fondare, su finalità costituzionalmente tipizzate, la giustificatezza delle disparità di trattamento, del diritto diseguale, volto a perseguire l'uguaglianza sostanziale per consentire la piena ed effettiva realizzazione di quella formale. Quindi non è soltanto il carattere temporaneo che risolve il delicatissimo problema del rispetto delle *chance* e dei diritti di tutti, quanto il contemperamento dei principi e delle ragioni che sono a fondamento delle misure. Le misure, seguendo anche in questa ipotesi l'insegnamento della Corte di Giustizia, devono essere adeguate, proporzionate, flessibili e rispettose del merito, in grado cioè di consentire la verifica del pregio degli interessi implicati e dei presupposti di fatto che ne giustificano e consentono l'adozione e la praticabilità⁽²⁴⁾. In ogni caso il rispetto del principio meritocratico deve segnare il confine tra eguaglianza e libertà⁽²⁵⁾. In un'ottica che travalica il limite sembra porsi la l. n. 120 del 2011 sull'equilibrio di genere negli organi delle società quotate e di quelle controllate dalle pubbliche amministrazioni⁽²⁶⁾.

5. UN APPROFONDIMENTO SULLE RADICI COSTITUZIONALI

Nell'analisi dell'evoluzione legislativa sul diritto antidiscriminatorio, si è detto che, implicati nel contrasto, non sono solo divieti ma anche politiche e normative di parità, pari opportunità e azioni positive che consentono di perseguire

²⁴ V. a tal riguardo Corte cost. n. 190/06 che, dopo una disamina accurata di tutte le misure previste a vantaggio di disabili, ha ritenuto costituzionalmente illegittima una legge (n. 186/04, art. 8-*bis*) che agevolava la promozione professionale in seno ad un'amministrazione pubblica («nella ponderazione degli interessi in gioco, quelli ispirati al principio di eguaglianza e del merito e quelli ispirati al principio solidaristico, la Costituzione consente la prevalenza del secondo sul primo per quanto attiene all'accesso al lavoro, ma non prevede altrettanto per la progressione in carriera dei disabili già occupati»).

²⁵ V. M. AINIS, *La piccola eguaglianza*, Torino, 2015, 77, il quale sottolinea come l'eguaglianza nei punti di partenza liberi i meriti, ritenendo legittime solo le disuguaglianze fondate su valori personali.

²⁶ Sul provvedimento cfr. R. NUNIN, *Effettività ed efficacia dei sistemi di quote riservate nei boards. L'applicazione della l. n. 120/11*, in *Lav. Giur.*, 2014, 647.

l'obiettivo dell'effettiva parità e dell'eliminazione (o, *melius*, della riduzione) delle discriminazioni. Appare dunque logicamente coerente che il tema del diritto antidiscriminatorio si intersechi con le riflessioni generali riguardanti il senso del principio di uguaglianza. Si sa che l'uguaglianza è una nozione complessa e articolata⁽²⁷⁾. Essa, nello stesso tempo, è limite invalicabile alla cui stregua valutare gli assetti normativi, frutto delle politiche paritarie, e attinge propulsione dalle tecniche antidiscriminatorie che hanno consentito di focalizzare e consolidare la pluralità delle sue declinazioni.

Nel nostro ordinamento la questione sul senso del principio di uguaglianza si complica anche per l'infelice formulazione - o interpretazione - dell'art. 3 Cost. che sembra porre in antitesi l'eguaglianza formale, prescritta dal comma 1, a quella sostanziale, sancita dal comma 2. Com'è stato attentamente osservato⁽²⁸⁾, la contrapposizione è di tipo storico, in quanto l'eguaglianza formale deriva dalla tradizione liberale e quella sostanziale dalla tradizione socialista, ma dal punto di vista logico - e normativo - non c'è contrapposizione ma completamento, perché dalla seconda derivano i criteri applicativi della prima, perché la seconda è funzione della prima. In realtà nell'art. 3 Cost. sono raccolti più sensi del principio che consentono al sistema giuridico di proiettarsi senza tentennamenti nella piena valorizzazione della persona umana, nella sua concreta esistenza, e della sua dignità personale e sociale; persona umana che costituisce il fulcro della nostra costituzione e consente la tutela di tutte le sue dimensioni, civili e sociali (rileva pertanto anche l'art. 2 Cost.)⁽²⁹⁾. Se si parte da questo presupposto appaiono evidenti le declinazioni necessarie del principio di uguaglianza e il suo dinamismo. Si è pervenuti perciò alla formulazione molto ramificata del principio

²⁷ V. per tutti al riguardo F. SORRENTINO, *Dell'eguaglianza*, Modena, 2014; L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma, 2019; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2020, 515 ss.; M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, Servizio Ricerche del Parlamento Europeo, 2020; G. SORRENTO, "Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica". *Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in *Ass. It. Cost.*, 8 giugno 2020; M. AINIS, *op. cit.*; per la valorizzazione della differenza, tramite il principio eguaglianza sostanziale, per giungere all'affermazione del principio di parità, L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi.it*, 10 marzo 2021; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

²⁸ Cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, 15

²⁹ V. da ultimo A.M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019, spec. 167 ss.; F. SORRENTINO, *op. cit.*, 47 ss.

di uguaglianza, con l'importante partecipazione della Corte costituzionale.

Nel principio di uguaglianza si deve anzitutto riconoscere che non è imposta un'identità assoluta di trattamento. L'uguaglianza si traduce nel trattare in modo eguali le situazioni eguali e in modo diverso quelle diverse. La legge deve dunque essere ugualmente differenziata e la differenza non è vietata, anzi è imposta quando si vanno a disciplinare situazioni diverse.

L'attenzione si sposta pertanto sui criteri da applicare e sulla ragionevolezza delle differenziazioni. Il comma 2 dell'art. 3 della Cost. impone la differenza e vuole che l'interprete tenga conto della differenza e delle conseguenze "di fatto" che il comando legislativo produce.

È necessario spiegare quindi il senso del divieto contro le discriminazioni: non si tratta di un divieto assoluto, perché altrimenti escluderebbe qualsiasi possibilità di considerare ragionevoli e giustificate le eventuali differenze di trattamento fondate su uno dei paradigmi menzionati nella norma costituzionale. Se fosse divieto assoluto s'impedirebbero quelle differenziazioni motivate dall'esigenza di rimediare a situazioni fattuali di svantaggio, socialmente connesse alla razza, al sesso, etc. (cioè le azioni positive)⁽³⁰⁾. Nella previsione è imposta una sorta di prescrizione di ragionevolezza nel senso che ogni discriminazione in base ai paradigmi vietati, pur non essendo aprioristicamente incostituzionale, può essere giustificata solo a seguito della rigorosa dimostrazione della sua ragionevolezza o della sua necessità: si deve applicare lo *strict scrutiny*, il rigoroso e puntiglioso controllo di costituzionalità⁽³¹⁾.

Se si esaminano le sentenze della Corte costituzionale, all'art. 3 Cost. la Corte ha ricondotto una pluralità di principi e criteri⁽³²⁾: il trattamento uniforme di situazioni

³⁰ Così M. LUCIANI, *op. cit.*, 21.

³¹ F. SORRENTINO, *op. cit.* Questa modalità di controllo potrebbe risolvere il delicato problema che si pone nei confronti di costruzioni che pongono in una posizione di absolutezza e di universalità i diritti fondamentali (v. L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 6 ss. per i quali non esclude il giudizio di bilanciamento) cioè i diritti individuali di libertà e di autonomia, che consistono in aspettative negative di non lesioni né discriminazioni e valgono a tutelare le differenze d'identità. Un campo in cui si può verificare la concretezza della tesi è quello della legittimità dei reati di opinione dove gli orientamenti giurisprudenziali tendono a ricondurli nell'ambito dei reati di pericolo concreto (v. ad esempio Cass. n. 8108 del 2018 a proposito della limitazione dell'apologia di fascismo ex l. n. 645/1952 ai soli fatti che siano in concreti idonei alla ricostituzione del partito fascista). Sulla questione in generale v. M. PELLISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quale giust.*, n. 4/2015.

³² V. al riguardo le analisi del servizio studi della corte costituzionale dell'anno 2019 nonché M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, Roma 28 aprile 2016.

identiche assimilabili e il trattamento *adeguatamente* diverso di situazioni diverse, la contrarietà ai principi di uguaglianza delle presunzioni assolute, la razionalità intrinseca della norma o principio logico di non contraddizione, l'incoerenza logica tra finalità perseguita dal legislatore e la disposizione espressa dalla norma (conformità/diformità tra regole introdotte e causa normativa che la deve assistere), la coerenza sistematica dell'ordinamento, il bilanciamento nell'ambito della declinazione della ragionevolezza: la norma, oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al compimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi.

Il giudizio di ragionevolezza fatto proprio dalla Corte costituzionale è anche presente nelle decisioni della Corte di Giustizia dell'UE, oltre che contenuto nelle disposizioni europee che riguardano le eccezioni al divieto di discriminazione (v. *infra*). È un giudizio di coerenza e di contemperamento tra i diritti in gioco. Di coerenza in quanto il legislatore, dopo che ha scelto i principi da sviluppare con le sue disposizioni, deve svilupparlo con coerenza, senza escludere dalla fattispecie situazioni in essa ragionevolmente sussumibili (discriminazione irragionevole) e senza includervi situazioni ragionevolmente distinguibili. Ma vi è anche il giudizio di contemperamento nel senso che il conflitto tra principi e diritti deve essere condotto in modo tale *da evitare che qualsiasi diritto sia sacrificato*; e che quindi *si intervenga per una finalità legittima in modo appropriato e proporzionale*. Ecco che quindi il principio di uguaglianza si trasforma in un *principio della differenziazione ragionevole*.

6. GLI INTERVENTI RECENTI TRA RAFFORZAMENTI E TIMIDEZZE

A) *La certificazione di parità*. “Tessera” importante è costituita dalla l. n. 162/2021, di immediata incidenza, che, per un verso, contribuisce ad attuare l'obiettivo dell'Agenda ONU 2030 (adottare e consolidare politiche e provvedimenti legislativi che promuovano la parità di genere), per un secondo verso si conforma alla quinta Missione del PNRR (realizzare, in coerenza con le politiche europee *Gender Equality Strategy 2020-2025*, una strategia nazionale per garantire la parità di genere).

La legge n. 162 integra il codice delle pari opportunità con un sistema promozionale (anche) della parità retributiva. L'art. 46-*bis* istituisce dal 1° gennaio 2022 la certificazione della parità di genere, al fine di “attestare le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità”. Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per le pari opportunità, sono stabiliti: a) i parametri minimi per il conseguimento della certificazione della parità di genere da parte delle aziende di cui all'articolo 46, commi 1 e 1-*bis*, (vale a dire le aziende pubbliche e private) con particolare riferimento alla retribuzione corrisposta, alle opportunità di progressione in carriera e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, anche con riguardo ai lavoratori occupati di sesso femminile in stato di gravidanza; b) le modalità di acquisizione e di monitoraggio dei dati trasmessi dai datori di lavoro e resi disponibili dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali; c) le modalità di coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e dei consiglieri di parità regionali, delle città metropolitane e degli enti di area vasta, nel controllo e nella verifica del rispetto dei parametri di cui alla lettera a); d) le forme di pubblicità della certificazione della parità di genere. Inoltre è istituito presso il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei ministri, un Comitato tecnico permanente sulla certificazione di genere nelle imprese, costituito da rappresentanti del medesimo Dipartimento per le pari opportunità, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, del Ministero dello sviluppo economico, delle consigliere e dei consiglieri di parità, da rappresentanti sindacali e da esperti, individuati secondo modalità definite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato per le pari opportunità, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro dello sviluppo economico. Nella G. U. del 1° luglio 2022 è stato pubblicato il D. M. della Presidenza del Consiglio -Dipartimento per la famiglia e le pari opportunità, 29 aprile 2022. Viene adottato a questo fine la prassi UNI PDR 125 2022, entrata in vigore il 16 marzo 2022 in conformità alla norma UNI CEI EN ISO/IEC 17021-1, contenente Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici KPI (*Key Performance Indicator*), inerenti alle politiche di parità di genere nelle organizzazioni e successive modifiche e integrazioni. Il decreto specifica inoltre che ai fini del coinvolgimento delle rappresentanze sinda-

cali aziendali e delle consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità e per consentire loro di esercitare il controllo e la verifica dei requisiti il datore di lavoro deve fornire annualmente, un'informativa che rifletta il grado di adeguamento ad UNI/PdR 125:2022. Qualora fossero rilevate anomalie o criticità, anche dai dati risultanti dal Rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile ex art. 46 del d.lgs. n. 198/2006, rappresentanze sindacali e consiglieri di parità potranno segnalarle all'organismo di valutazione della conformità che ha rilasciato la certificazione della parità di genere, previa assegnazione all'impresa di un termine, non superiore a centoventi giorni per sanarle⁽³³⁾. Per le azien-

³³ Il Documento definito "Prassi di Riferimento UNI/PdR 125:2022 contenente i criteri e i parametri e le indicazioni tecniche funzionali al conseguimento della certificazione di genere è stato rilasciato dall'ente per la normazione UNI a seguito di un tavolo tecnico con i ministeri competenti (Dipartimento per la parità di genere della presidenza del Consiglio Ministero del lavoro, delle Finanze e dello sviluppo economico). Nell'introduzione si precisa che "La prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022 non è una norma nazionale, ma è un documento pubblicato da UNI, come previsto dal Regolamento UE n.1025/2012 che riflette gli esiti del confronto svoltosi nel Tavolo di lavoro sulla certificazione di genere delle imprese previsto dal PNRR Missione 5, coordinato dal Dipartimento per le Pari Opportunità (...) e raccoglie prescrizioni relative a prassi condivise all'interno dei soggetti rappresentanti il mercato e la società civile, firmatari di un accordo di collaborazione con UNI, rappresentati nel Tavolo "Parità di genere" condotto da UNI. La presente prassi di riferimento è stata ratificata dal Presidente dell'UNI ed entra in vigore il 16 marzo 2022". Nello specifico il documento offre un'analisi del contesto e dell'obiettivo del PNRR conforme alle direttive europee e analizza il processo di valutazione degli aspetti aziendali che saranno necessari per ottenere la certificazione, di cui dare conto nel prospetto. Quindi elenca tutti gli indicatori di performance (Kpi) utili appunto alla misurazione delle azioni intraprese dall'azienda che sono distinti nelle sei diverse aree di valutazione, che attengono alle differenti variabili che caratterizzano una struttura inclusiva e rispettosa della parità di genere. Ogni area è contraddistinta da uno specifico peso percentuale per un totale di 100. Con riguardo a ciascuna area vengono identificati degli specifici KPI quali/quantitativi per un totale di 33, adeguabili secondo principi di proporzionalità e di applicabilità in ragione della dimensione dell'impresa. Specificamente: 1. Cultura e strategia (con 7 KPI): finalizzata a misurare che principi e obiettivi di inclusione, parità di genere e attenzione alla *gender diversity* dell'organizzazione, siano coerenti con la sua visione, le finalità e i valori che caratterizzano l'ambiente di lavoro (peso 15%); 2. *Governance* (5 KPI): misura il grado di maturità del modello di governance dell'organizzazione, per definire gli adeguati presidi organizzativi e la presenza di genere di minoranza negli organi di indirizzo e controllo dell'organizzazione nonché la presenza di processi che identificano e pongono rimedio a qualsiasi evento di non inclusione (peso 15%); 3. Processi HR (6 KPI): si concentra sui processi attinenti ai diversi stadi che caratterizzano il ciclo di vita di una risorsa nell'organizzazione e che si dovrebbero basare su principi di inclusione e rispetto delle diversità (peso 10%); 4. Opportunità di crescita e inclusione delle donne in azienda (7 KPI): grado di maturità delle organizzazioni in relazione all'accesso naturale dei generi ai percorsi di carriera e di crescita interni e la relativa accelerazione (20%); 5. Equità remunerativa e di genere (3 KPI): comprende anche compensi non monetari quali sistemi di *welfare* e *well-being* (20%); 6. Tutela

de private in possesso della certificazione è prevista la “premierità di parità” (art. 5 della l. n. 162), vale a dire benefici contributivi, sgravi fiscali e un punteggio che premia nell’assegnazione di fondi e nella partecipazione alle gare di appalto (anche con riduzione della garanzia fidejussoria).

Presso il DPO (PCM) è istituito un Comitato tecnico permanente sulla certificazione di genere nelle imprese, costituito da rappresentanti del DPO, del ML, del MISE, delle consigliere e dei consiglieri di parità, da rappresentanti sindacali e da esperti individuati con dPCM. (decreto 19 luglio 2022). La certificazione di parità, senza togliere importanza a tutte quante le altre tecniche per contrastare le discriminazioni o eliminare o ridurre il *gender gap* o promuovere la condivisione delle cure familiari, è uno strumento che consolida lo spazio delle diversità e la loro ricchezza, importante per la parità retributiva uomo-donna, ma anche per tutti gli altri aspetti.

In particolare, le progressioni professionali, una volta promosse e realizzate con le necessarie formazioni mirate, immettono nel circuito lavorativo lavoratrici con maggiori e qualificate competenze, che si possono imporre nel mercato del lavoro, rompendo per quanto possibile anche il “soffitto di cristallo”.

È apprezzabile che le normative che ne consentono l’attuazione siano state varate, come pure le disponibilità finanziarie. Si auspica che l’insieme delle misure contribuisca a far progredire nell’equilibrio di genere il nostro Paese.

B) *L’ampliamento della nozione di discriminazione*. La legge n. 162/2021 accresce l’apparato antidiscriminatorio, modificando il codice delle pari opportunità⁽³⁴⁾. Nell’art. 25, co. 1, la nozione di discriminazione diretta è integrata dal riferimento anche alle candidate e ai candidati “in fase di selezione del personale”; nell’art. 25, co. 2-*bis*, si stabilisce che “costituisce discriminazione ogni trattamento o modifica dell’organizzazione 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, pone o può porre il lavoratore in almeno una delle

della genitorialità e conciliazione vita-lavoro (5 KPI): (20%). A tali indicatori vengono attribuiti punteggi con valori calibrati ad altri aspetti come la dimensione e il contesto aziendale. Per ottenere la certificazione il punteggio complessivo non dovrà essere inferiore a 60%. Al rilascio provvedono gli organismi di valutazione accreditati ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008.

³⁴ V. criticamente C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1 2023.

seguenti condizioni: a) posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori; b) limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali; c) limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera". Da sottolineare che, per quanto concerne, il comma 1 si assiste ad un effettivo ampliamento; mentre il riferimento alla modifica dell'organizzazione e dei tempi di lavoro, che incide sul lavoro delle donne consolida una dimensione già focalizzata nell'applicazione giurisprudenziale⁽³⁵⁾. In ogni caso non sono trascurabili le precisazioni con riguardo ai fattori di discriminazione (tra cui si segnalano il sesso, le esigenze di cura personale o familiare e l'età anagrafica) e agli aspetti che determinano discriminazione (svantaggio rispetto agli altri lavoratori; limitazione delle opportunità e dell'accesso alle progressioni di carriera). Rispetto alla precedente formulazione si registra un significativo passo avanti.

C) *Il rapporto sulla situazione del personale*. Il contrasto al divario di genere è rafforzato anche con la modifica della disciplina del rapporto sulla situazione del personale, già previsto dall'art. 46 d.lgs. n. 198/2006, resa più incisiva dalla l. n. 162. L'obbligo alla presentazione del rapporto riguarda le aziende pubbliche e private che occupano oltre cinquanta dipendenti, che sono tenute a redigere un rapporto ogni due anni sulla situazione del personale maschile e femminile «in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta». Il rapporto può essere redatto su base volontaria dalle aziende fino a cinquanta dipendenti. Si accentua la trasparenza dei sistemi retributivi e dei criteri applicati per valutare la professionalità individuale e si facilita l'emersione delle disparità e delle discriminazioni. L'accesso ai dati del rapporto (le modalità sono demandate al decreto attuativo⁽³⁶⁾ ma vi sono informazioni minime indicate dal legislatore), redatto in modalità telematica, è innanzitutto assicurato al consigliere regionale di parità, che elabora i risultati trasmettendoli alle sedi territoriali dell'INL, al consigliere nazionale di parità, al ML, al DPO presso la PCM, all'Istat e al CNEL. L'elenco delle aziende che hanno trasmesso il rapporto e quelle che non l'hanno trasmesso. Deve essere assicurato l'accesso,

³⁵ V. Trib. Firenze 22 ottobre 2019. In argomento D. IZZI, *Discriminazione verso i genitori e risarcimento dei danni in funzione sanzionatoria*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, II, 673 ss.

³⁶ V. D.M. del Lavoro 29 marzo 2022.

nel rispetto della *privacy*, anche alle rappresentanze sindacali dell'azienda interessata e ai dipendenti (art. 46, co. 3, lett. c). Tale diritto è cruciale per contrastare più efficacemente l'eventuale disparità salariale e permettere di avviare la tutela giudiziaria ai sensi del d.lgs. n. 198/2006 (l'art. 2, co. 8, del D.M. 29 marzo 2022 ribadisce quanto disposto dalla legge). Sono previste sanzioni amministrative in caso di inottemperanza all'invito dell'INL ad adempiere l'obbligo di trasmissione. Se l'inottemperanza si protrae per più di 12 mesi – questa è l'innovazione temporale introdotta – è disposta la revoca di benefici contributivi eventualmente goduti dall'azienda. Inoltre, la l. n. 162 prevede la verifica della veridicità dei rapporti da parte dell'INL. Nel caso di rapporto mendace o incompleto si applica una sanzione amministrativa da 1.000 a 5.000 euro.

D) L'ILO, il 21 giugno del 2019, ha adottato la convenzione n. 190 e la Raccomandazione n. 106 *sull'eliminazione della violenza e delle molestie nei luoghi di lavoro*. La convenzione è stata ratificata dall'Italia con l. n. 4 del 15 gennaio 2021⁽³⁷⁾. Per esse, di fronte alla persistenza dei fenomeni violenti e discriminatori, occorre un approccio che abbracci i diversi tipi di legislazione in maniera coerente e preveda l'azione coordinata di tutte le istituzioni competenti: legislazione del lavoro, politiche sulle pari opportunità e non discriminazione, legislazione su salute e sicurezza sul lavoro e legislazione penale. La ratifica avrebbe dovuto sollecitare un coordinamento con quanto già dispone il codice delle pari opportunità⁽³⁸⁾: non è stata colta l'opportunità e il nostro ordinamento non ha pertanto una disciplina organica, autonoma e rivisitata rispetto alla disciplina delle altre discriminazioni.

E) È stata approvata la Direttiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione. Oltre all'obbligo degli Stati membri «di adottare le misure necessarie a garantire che i datori di lavoro dispongano di sistemi retributivi che assicurino la parità di retribuzione per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari lavoro» (il lavoro ritenuto tale in base a criteri non discriminatori, oggettivi e neutri sotto il profilo del genere, secondo la definizione della direttiva), le aziende dell'UE sono tenute ad informare su quanto i lavoratori sono pagati per uno stesso lavoro

³⁷ V. G. CASALE, *Il diritto ad un mondo del lavoro libero da violenze e molestie*, in *Lav. Dir. Eur.*, n. 1/2023.

³⁸

o per un lavoro di pari valore e a prendere provvedimenti se il divario retributivo di genere supera il 5%. In base alle nuove norme, i datori di lavoro devono fornire a informazioni sia prima dell'assunzione, sia successivamente: in quest'ultimo caso i lavoratori e le lavoratrici hanno il diritto di chiedere informazioni sui livelli salariali medi, suddivisi per genere, delle categorie di lavoratori che svolgono lo stesso lavoro o un lavoro di pari valore. I datori di lavoro devono rendere accessibili ai propri lavoratori i criteri utilizzati per determinare la retribuzione e la progressione di carriera, che devono essere oggettivi e neutri rispetto al genere. Il diritto di informazione riguarda anche i rappresentanti dei lavoratori e sono trasmesse all'ispettorato del lavoro e all'organismo di parità. Le aziende con più di 250 dipendenti saranno obbligate a riferire annualmente all'autorità nazionale competente il divario retributivo di genere all'interno della loro organizzazione. Per le aziende più piccole, l'obbligo di rendicontazione sarà triennale. Se il rapporto mostra un divario retributivo superiore al 5% che non può essere giustificato sulla base di criteri oggettivi e neutrali rispetto al genere, le aziende sono obbligate ad agire effettuando una valutazione congiunta delle retribuzioni in collaborazione con i rappresentanti dei lavoratori. Inoltre, la direttiva disciplina anche la discriminazione intersezionale. In base alla nuova direttiva, i lavoratori che hanno subito discriminazioni retributive basate sul genere possono ottenere un risarcimento, compreso il pieno recupero degli stipendi arretrati e dei relativi bonus o pagamenti in natura.

Sebbene l'onere della prova nei casi di discriminazione retributiva sia sempre stato a carico del lavoratore, ora spetta al datore di lavoro dimostrare di non aver violato le norme UE sulla parità di retribuzione e sulla trasparenza delle retribuzioni. In caso di violazione, le sanzioni dovranno essere efficaci, proporzionate e dissuasive e comporteranno multe. Il recepimento della direttiva è previsto entro il 7 giugno 2026. È evidente che, nel momento in cui si attuerà la direttiva, occorrerà coordinare le diverse normative sulla trasparenza: il rapporto informativo sul personale e gli obblighi di trasparenza imposti dal d.lgs. n. 104/2022.

F) Sul *gender gap* retributivo, oltre all'ultima direttiva e alla parità retributiva garantita alle donne lavoratrici espressamente dall'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dall'art. 37, co. 1, Cost. e dall'art. 1, co. 2, del codice delle pari opportunità (d.lgs. n. 198/2006), che sancisce anche il divieto di discriminazione retributiva (art. 28, co. 1), si segnala la direttiva europea sul salario minimo (Direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre

2022 relativa a salari minimi adeguati nell'unione europea che potrebbe indurre a ridurre le diseguaglianze anche di genere e la povertà del lavoro, che affligge nel quadro delineato vieppiù le donne rispetto agli uomini. Quanto alla sua incidenza, tenuto conto del fatto che la vincolatività riguarda gli Stati con tassi di copertura della contrattazione collettiva inferiore all'80%, e alle modalità della sua attuazione nell'ordinamento interno, la situazione è piuttosto complicata per l'orientamento politico negativo, pur se nella relazione annuale del 2022 anche la Banca d'Italia spinge per l'introduzione di un salario minimo. Ad essere maggiormente colpiti dal lavoro povero sono le donne, i giovani, i migranti, i lavoratori con bassa qualificazione: categorie impiegate prevalentemente nei settori del turismo, della ristorazione, della logistica, dell'agricoltura e nel lavoro di cura e domestico. Il salario minimo si palesa pertanto come lo strumento principale – *beninteso non unico* - per contrastare la povertà del lavoro e realizzare una parità di trattamento salariale a largo raggio su un livello minimale.

G) *Il congedo obbligatorio di paternità e il congedo parentale*. Non sono da sottovalutare, in una prospettiva indirettamente paritaria e di contrasto alla segregazione sociale, le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 151/2001 (testo unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità) riguardanti la ridefinizione delle misure in materia di sostegno genitoriale e di contrasto alla discriminazione legata alla gravidanza e alla cura delle figlie e dei figli³⁹.

Con l'aggiornamento del codice delle pari opportunità tra donne e uomini (d.lgs. n. 5/2010; d.lgs. n. 151/2015), si compiono ulteriori passi verso la raffinazione, ma non la sistemazione definitiva, del diritto antidiscriminatorio.

Abbiamo da ultimo al riguardo una nuova direttiva comunitaria in materia (Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio) e un ulteriore incremento del congedo obbligatorio di paternità portato da 7 a 10 giorni dalla legge finanziaria del 2021 (n. 178, art. 1, comma 363).

Il d.lgs. n. 105/2022, nel dare attuazione alla Direttiva (UE) 2019/1158, al fine di conciliare l'attività lavorativa e la vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, nonché di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare, ha introdotto

³⁹ Da ultimo cfr. M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Torino, 2020; M. L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Torino, 2020.

alcune novità normative in materia di maternità, paternità e congedo parentale⁽⁴⁰⁾. L'articolo 2, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 105/2022 introduce l'articolo 27-*bis* al Capo IV del d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico genitorialità, di seguito anche T.U.), che disciplina il “Congedo di paternità obbligatorio” (recependo e ampliando le tutele previste per il congedo obbligatorio del padre introdotto della legge 28 giugno 2012, n. 92, e successive modificazioni). Lo stesso articolo 2, comma 1, alla lettera d), rinomina come “Congedo di paternità alternativo” il congedo previsto dall'articolo 28 del T.U., la cui disciplina è rimasta immutata.

Per quanto concerne il *congedo obbligatorio di paternità*, il padre lavoratore dipendente si astiene dal lavoro per un periodo di 10 giorni lavorativi (non frazionabili a ore e fruibili anche in via *non* continuativa), nell'arco temporale che va dai 2 mesi precedenti la data presunta del parto fino ai 5 mesi successivi alla nascita. Il congedo è fruibile, entro lo stesso arco temporale, anche in caso di morte perinatale del figlio. I giorni di congedo sono fruibili dal padre anche durante il congedo di maternità della madre lavoratrice e sono compatibili con la fruizione (non negli stessi giorni) del congedo di paternità alternativo di cui all'articolo 28 del T.U. Questa disciplina è in vigore dal 13 agosto 2022. Per l'esercizio del diritto, il padre comunica in forma scritta al datore di lavoro i giorni in cui intende fruire del congedo, con un anticipo non minore di cinque giorni, ove possibile in relazione all'evento nascita, sulla base della data presunta del parto, fatte salve le condizioni di miglior favore previste dalla contrattazione collettiva. La forma scritta della comunicazione può essere sostituita dall'utilizzo, ove presente, del sistema informativo aziendale per la richiesta e la gestione delle assenze. Ai sensi del novellato articolo 29 del T.U., per i giorni di congedo di paternità obbligatorio è riconosciuta un'indennità giornaliera pari al 100 per cento della retribuzione. Il trattamento economico e normativo è determinato ai sensi dell'articolo 22, commi da 2 a 7, e dell'articolo 23 del T.U.; il trattamento previdenziale è quello previsto dall'articolo 25 del T.U. Pertanto, a differenza della previgente disciplina prevista per il congedo obbligatorio del padre di cui all'articolo 4, comma 24, lettera a), della legge n. 92/2012, e successive modificazioni, il nuovo congedo di paternità obbligatorio può essere fruito a partire dai 2 mesi prima della data presunta del parto fino ai 5 mesi successivi alla nascita del figlio (non più solamente entro i 5

⁴⁰ Cfr. da ultimo F. SCHIAVETTI, *La parità di genere nei luoghi di lavoro, tra work-life balance e nuove tecnologie*, in *Federalismi.it*, n. 4/2023, 260 ss.

mesi successivi alla nascita); è raddoppiato a 20 giorni, in caso di parto plurimo. *Ex art. 31-bis*, il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza dal lavoro di cui all'articolo 27-bis sono puniti con la sanzione amministrativa da euro 516 a euro 2.582 e, ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-*bis* del cpo, o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni.

Il congedo obbligatorio di paternità è sicuramente un elemento importante sia dal punto di vista del lavoro, sia dal punto di vista sociale. Ma la durata è ancora troppo limitata. In effetti a bene vedere sono oramai maturi i tempi per un migliore coordinamento con il congedo di maternità, che, come noto, può essere fruito anche a partire da dopo il parto (art. 16, co. 1.1., d.lgs. n. 151/2001), nel presupposto che la maternità non sia una malattia e che, tranne nei casi in cui la salute della donna gravida lo impedisca, si concentra sulla tutela dei neonati. Se il congedo obbligatorio di paternità fosse ampliato, si farebbe sicuramente un passo avanti nella concezione dell'assunzione bilaterale della responsabilità dei neonati e nel tagliare ulteriormente le discriminazioni fondate sul lavoro delle donne madri.

È noto l'istituto del *congedo parentale* che da tempo consente ad entrambi i genitori di dedicarsi alla cura dei figli, prevedendo una disciplina di maggior favore quando sia il lavoratore a fruirne, allo scopo di incentivarne l'utilizzazione piuttosto che della lavoratrice. Per ogni bambino, nei primi suoi dodici anni di vita, ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro secondo le modalità stabilite dall'art. 32 del cpo. I relativi congedi parentali dei genitori non possono complessivamente eccedere il limite di dieci mesi, elevabili a 11 mesi nel caso in cui il padre si astenga per un periodo intero o frazionato non inferiore a 3 mesi. Nell'ambito del predetto limite, il diritto di astenersi dal lavoro compete: a) alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di congedo di maternità di cui al Capo III, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi; b) al padre lavoratore, dalla nascita del figlio, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi, elevabile a sette; c) per un periodo continuativo o frazionato non superiore a undici mesi, qualora vi sia un solo genitore ovvero un genitore nei confronti del quale sia stato disposto, ai sensi l'affidamento esclusivo del figlio. In quest'ultimo caso, l'altro genitore perde il diritto al congedo non ancora utilizzato. La contrattazione collettiva di settore stabilisce le modalità di fruizione del con-

gedo su base oraria, nonché i criteri di calcolo della base oraria e l'equiparazione di un determinato monte ore alla singola giornata lavorativa. In caso di mancata regolamentazione, da parte della contrattazione collettiva, anche di livello aziendale, delle modalità di fruizione del congedo parentale su base oraria, ciascun genitore può scegliere tra la fruizione giornaliera e quella oraria. La fruizione su base oraria è consentita in misura pari alla metà dell'orario medio giornaliero del periodo di paga quadrisettimanale o mensile immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha inizio il congedo parentale. Nei casi di cui al presente comma è esclusa la cumulabilità della fruizione oraria del congedo parentale con permessi o riposi di cui al presente decreto legislativo. Ai fini dell'esercizio del diritto al congedo parentale, il genitore è tenuto, salvo casi di oggettiva impossibilità, a preavvisare il datore di lavoro secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi e, comunque, con un termine di preavviso non inferiore a cinque giorni indicando l'inizio e la fine del periodo di congedo. Il termine di preavviso è pari a 2 giorni nel caso di congedo parentale su base oraria. Il congedo parentale spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto.

Su quanto già acquisito si sono aggiunte alcune innovazioni, alcune dovute al d.lgs. n. 105, altre, in particolare l'indennità, alla finanziaria del 2023 (l. n. 197/2022, art. 1, co. 359). Durante il periodo di congedo, il lavoratore e il datore di lavoro concordano, ove necessario, adeguate misure di ripresa dell'attività lavorativa, tenendo conto di quanto eventualmente previsto dalla contrattazione collettiva. In particolare, è stato modificato l'art. 34 sul trattamento economico. Per i periodi di congedo parentale, fino al dodicesimo anno di vita del figlio, a ciascun genitore lavoratore spetta per tre mesi, non trasferibili, un'indennità pari al 30 per cento della retribuzione, elevata, in alternativa tra i genitori, per la durata massima di un mese fino al sesto anno di vita del bambino, alla misura dell'80 per cento della retribuzione. I genitori hanno altresì diritto, in alternativa tra loro, ad un ulteriore periodo di congedo della durata complessiva di tre mesi, per i quali spetta un'indennità pari al 30 per cento della retribuzione. Nel caso vi sia un solo genitore, allo stesso spetta un'indennità pari al 30 per cento della retribuzione per un periodo massimo di nove mesi.

Per i periodi di congedo parentale ulteriori, è dovuta, fino al dodicesimo anno di vita del bambino, un'indennità pari al 30 per cento della retribuzione, a condizione che il reddito individuale dell'interessato sia inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria.

Il reddito è determinato secondo i criteri previsti in materia di limiti reddituali per l'integrazione al minimo.

Anche per il congedo parentale i passi avanti sono davvero limitati. Il trattamento economico è fondamentale perché ne fruiscano lavoratrici e lavoratori. L'art. 8 della direttiva europea stabilisce che la retribuzione o l'indennità, per almeno due mesi, è definita dallo Stato membro o dalle parti sociali in modo da facilitare il ricorso al congedo di entrambi i genitori. Il nostro ordinamento si è mantenuto al di sotto di questa soglia.

Nell'ambito normativo vi è dunque un materiale vasto e articolato in cui spiccano tanti elementi importanti. Il diritto antidiscriminatorio di genere, tuttavia, avrebbe bisogno di un intervento normativo organico di aggiornamento e di razionalizzazione, un nuovo testo unico delle tutele antidiscriminatorie e di promozione delle pari opportunità. Speriamo che si approfitti dell'occasione offerta dall'obbligo di recezione della Direttiva del maggio 2023 sulla trasparenza retributiva per contrastare il divario retributivo di genere e si dedichi una maggiore attenzione anche ai lavori autonomi, sempre più diffusi nella nostra economia, caratterizzati da debolezze e da discriminazioni, che necessitano statuti protettivi⁽⁴¹⁾.

ABSTRACT:

L'autore osserva i progressi del diritto antidiscriminatorio di genere, sottolineandone l'origine anche europea delle tecniche ed evidenziandone le positività e le criticità. Si sofferma criticamente sulle ultime novità che si sono prodotte in ambito europeo (la dir. 2023/970 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 sulla parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva; il d.lgs. n. 105 del 2022 sul congedo di paternità e quello parentale) e in ambito nazionale (l. n. 162 del 2021) su impulso dell'importante obiettivo paritario da realizzare nell'ambito del PNRR.

⁴¹ V. al riguardo la sentenza della Corte di giustizia 12 gennaio 2023, in causa n. C-356-21, secondo cui il divieto di discriminazione, fondato sulle direttive europee, vale anche per il lavoro autonomo e la discriminazione vietata può manifestarsi anche con il rifiuto di concludere un contratto d'opera, in ragione, nel caso di specie, da una discriminazione per orientamento sessuale.

The author observes the progress of gender anti-discrimination law, underlining the European origin of the techniques and highlighting their positive and critical points. It critically dwells on the latest innovations that have been produced in the European context (directive 2023/970 of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 on equal pay for men and women for the same work or for work of equal value through pay transparency; Legislative Decree No. 105 of 2022 on paternity and parental leave) and at a national level (Law No. 162 of 2021) on the impulse of the important equal objective to be achieved within the PNRR.

NOTE A SENTENZA

Corte Cost. 9 giugno 2022, n. 143

PRESIDENTE AMATO – RELATORE PETITTI

Trascrizione della domanda giudiziale
– cancellazione – art. 2668 c.c. –
questione di legittimità costituzionale –
inammissibilità

Sono inammissibili, in riferimento agli artt. 3, 24 e 42 Cost., le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2652, 2653 e 2668 c.c., nella parte in cui non consentono al giudice di ordinare con provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. la cancellazione della trascrizione di una domanda giudiziale, nemmeno ove questa sia manifestamente infondata, poiché le soluzioni capaci di ridurre le incongruenze segnalate sono plurime, nessuna priva di controindicazioni, e soprattutto nessuna costituzionalmente obbligata, neanche con riguardo a domande delle quali si assuma la manifesta infondatezza o il carattere emulativo, sicché la scelta tra l'una e l'altra non può che competere al legislatore, trattandosi in definitiva di rimodellare l'architettura complessiva del microsystema pubblicitario.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Con l'ordinanza indicata in epigrafe (reg. ord. n. 117 del 2021), il Tribuna-

le ordinario di Roma, in composizione monocratica, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2652, 2653 e 2668 del codice civile, in riferimento agli artt. 3, 24 e 42 della Costituzione, parametri che le disposizioni censurate violerebbero nella parte in cui non consentono al giudice di ordinare con provvedimento cautelare ex art. 700 del codice di procedura civile la cancellazione della trascrizione di una domanda giudiziale, nemmeno ove questa sia manifestamente infondata.

1.1.- Il rimettente espone di essere investito del giudizio instaurato dalla I.C. srl con domanda trascritta nei confronti della R.G.C. spa, diretta a conseguire il trasferimento di un immobile a norma dell'art. 2932 cod. civ.; espone altresì che la società convenuta ha proposto ricorso in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. per ottenere la cancellazione della trascrizione della domanda.

1.2.- In ordine alla rilevanza delle questioni, il Tribunale riferisce che la R.G.C. spa, società veicolo della Banca d'Italia, ha denunciato il carattere emulativo della domanda trascritta, tuttavia in grado di ostacolare l'attività ad essa demandata nella liquidazione dei beni rivenienti da crisi bancarie; ciò in quanto il combinato disposto degli artt.

2652, 2653 e 2668 cod. civ. consentirebbe al giudice di ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda soltanto con la sentenza passata in giudicato, e non con un mero provvedimento cautelare.

Atteso che la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre è contemplata tra quelle trascrivibili dall'art. 2652 cod. civ., neppure sarebbe risolutiva l'interpretazione adottata da una parte della giurisprudenza, secondo la quale l'ordine cautelare di cancellazione è ammissibile quando la trascrizione si riferisca a domanda diversa da quelle elencate negli artt. 2652 e 2653 cod. civ.

1.3.- In ordine alla non manifesta infondatezza delle questioni, il rimettente assume che l'impossibilità di emettere un ordine di cancellazione anteriore al giudicato violi l'art. 3 Cost., perché "irragionevole e fonte di una disparità di trattamento"; infatti, mentre l'attore potrebbe trascrivere la domanda immediatamente, senza alcun previo controllo giurisdizionale di fondatezza, il convenuto non potrebbe ottenerne la cancellazione se non all'esito di tutti i gradi di giudizio.

Sarebbe violato anche l'art. 24 Cost., in quanto il convenuto verrebbe "privato

della possibilità di ottenere la cancellazione in tempi rapidi per effetto di un provvedimento cautelare, dovendo attendere la definizione del giudizio di merito e vedendo quindi fortemente limitate le proprie opzioni difensive in base alla condotta (e talvolta all'arbitrio) dell'altra parte".

Infine, sarebbe lesa il diritto di proprietà garantito dall'art. 42 Cost., atteso che la protratta trascrizione della pur infondata domanda inciderebbe troppo a lungo sulla commerciabilità dell'immobile.

2.- Intervenuto in giudizio tramite l'Avvocatura generale dello Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri ha eccepito l'inammissibilità delle questioni.

Esse sarebbero inammissibili con riferimento all'art. 2653 cod. civ., poiché la domanda oggetto del giudizio principale è stata trascritta in base ad altra e diversa disposizione, cioè l'art. 2652 cod. civ.

In termini più generali, vi sarebbe un difetto di motivazione sulla rilevanza, in quanto l'ordinanza di rimessione non indicherebbe le ragioni di manifesta infondatezza della domanda trascritta, così impedendo di apprezzarne l'abusività.

2.1.- Le eccezioni di inammissibilità non sono fondate.

2.1.1.- Con la sentenza n. 523 del 2002, questa Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione analoga alle odierne, essa pure relativa all'impossibilità per il giudice di emettere un'ordinanza ex art. 700 cod. proc. civ. al fine di disporre la cancellazione della trascrizione di una domanda giudiziale infondata.

Si era dovuto constatare che il rimettente aveva censurato isolatamente l'art. 2668 cod. civ., il quale tuttavia, nel subordinare la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale al passaggio in giudicato della sentenza di rigetto, "è pienamente consequenziale alla scelta legislativa di fondo, per cui talune domande giudiziali devono essere trascritte ad iniziativa della parte attrice, senza alcuna delibazione, anche cautelare, circa la loro fondatezza".

Si era quindi rilevata un'aberratio ictus, giacché "questa scelta di fondo non è fatta dall'impugnato art. 2668 cod. civ. - che concerne solo le modalità della cancellazione della trascrizione - bensì dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ., secondo i quali le domande ivi indicate "si devono trascrivere".

Il Tribunale di Roma sottopone oggi al giudizio di questa Corte non il solo art. 2668 cod. civ., ma il combinato disposto che esso costituisce con gli artt. 2652 e 2653 cod. civ., e quindi l'intero microsistema della trascrizione delle domande giudiziali, al quale riferisce la violazione degli evocati parametri.

L'aberratio sanzionata dalla sentenza n. 523 del 2002 è stata quindi corretta, per il tramite di un'estensione della denuncia di illegittimità costituzionale al corpus normativo del quale fanno parte integrante, con l'art. 2668 cod. civ., anche gli artt. 2652 e 2653 cod. civ.; ciò in pari tempo rende conto della non estraneità al thema decidendum della previsione dell'art. 2653, nonostante il giudizio principale abbia ad oggetto una domanda trascritta a norma dell'art. 2652.

2.1.2.- Quanto al difetto di motivazione sulla rilevanza, che deriverebbe dal non avere il rimettente specificato le ragioni della manifesta infondatezza e del carattere emulativo della domanda trascritta, deve osservarsi che questo aspetto si colloca "a valle" delle questioni incidentali in esame, per il tramite delle quali il giudice a quo ha denunciato "a monte" l'impossibilità di disporre la cancellazione in sede di tutela cautelare atipica; ciò che del resto

appare coerente con le indicazioni della giurisprudenza di legittimità, che qualificano l'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda emesso a norma dell'art. 700 cod. proc. civ. come provvedimento abnorme, o comunque in netto contrasto con i tratti essenziali del rimedio cautelare (Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenze 27 dicembre 1993, n. 12797, e 16 gennaio 1986, n. 251).

Non si prospetta, quindi, un difetto di motivazione sulla rilevanza, la quale ultima, per giurisprudenza costante di questa Corte, si misura in termini di pregiudizialità della questione incidentale rispetto alla decisione del processo principale, e non di effetti concreti della medesima per la parte del giudizio a quo (da ultimo, sentenze n. 30 e n. 19 del 2022, n. 236 e n. 172 del 2021).

3.- Le questioni sono inammissibili per un differente ordine di ragioni.

3.1.- Il microsistema di pubblicità dichiarativa realizzato dagli artt. 2652, 2653 e 2668 cod. civ., mediante la disciplina della trascrizione e della cancellazione delle domande giudiziali, porta a sintesi plurimi diritti individuali e interessi generali, tutti di rilievo costituzionale.

L'”effetto prenotativo” della trascrizione della domanda - cioè l'effetto che consente alla domanda trascritta di prevalere sulle successive trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto, una volta trascritta la sentenza di accoglimento - risponde ad un principio basilare di effettività della tutela giurisdizionale, quello per cui la durata del processo non può mai andare a detrimento dell'attore che ha ragione, impedendogli di conseguire la tutela effettiva del suo diritto.

Peraltro, come da questa Corte osservato nella già citata sentenza n. 523 del 2002, “la trascrizione della domanda giudiziale tende anche - conformemente alla sua funzione tipica di pubblicità-notizia - a tutelare i terzi, per consentire loro di poter valutare la convenienza o meno del compimento di negozi giuridici con una delle parti litiganti”; profilo, quello della preservazione del terzo avente causa, valorizzato anche dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza 12 giugno 2006, n. 13523).

La trascrizione della domanda persegue questi obiettivi di tutela dell'attore e di certezza dei traffici, gravando la proprietà del convenuto di una formalità pregiudizievole che, quale riflesso negativo dell'effetto prenotativo, può limitare di fatto la commerciabilità del

bene attinto, sì da rendere opportuno un meccanismo di pronta cancellazione, non appena la domanda trascritta si sia rivelata priva di fondamento.

3.2.- A differenza di quanto accade in altri ordinamenti, che prevedono la delibazione giudiziale della domanda a trasciversi, nel nostro la trascrizione della domanda giudiziale corrisponde a un'iniziativa libera e unilaterale dell'attore, che non soggiace a controlli preventivi di natura sostanziale, ma unicamente alle verifiche formali del conservatore dei registri (art. 2674 cod. civ.).

In assenza di un vaglio sostanziale ex ante, l'equilibrio tra la posizione dell'attore e quella del convenuto viene affidato dalla legge ad un rimedio ex post, di carattere risarcitorio, compendiato nella responsabilità processuale aggravata dell'attore trascrivente di cui all'art. 96, secondo comma, cod. proc. civ., laddove è stabilito che, quando accerta l'inesistenza del diritto per cui è stata trascritta la domanda, il giudice, su istanza della parte danneggiata, condanna al risarcimento dei danni l'attore "che ha agito senza la normale prudenza".

3.3.- L'efficacia di sistema del rimedio approntato dall'art. 96, secondo comma, cod. proc. civ. si correla al fatto che

la responsabilità processuale aggravata - ulteriore cioè al rimborso delle spese di lite ed estesa al risarcimento del danno - viene imposta all'attore trascrivente anche a titolo di colpa ordinaria dell'uomo di media diligenza (per avere "agito senza la normale prudenza"), non occorrendo cioè la prova della "mala fede o colpa grave", cui viceversa il primo comma del medesimo art. 96 cod. proc. amm. subordina la responsabilità aggravata per lite temeraria (Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 11 aprile 2013, n. 8913, e sezione terza civile, ordinanza 9 novembre 2017, n. 26515).

Tuttavia, la condanna per responsabilità aggravata dell'attore trascrivente può risultare in concreto mezzo inidoneo, o quantomeno insufficiente, e non soltanto per ragioni connesse alla solvibilità dell'attore stesso, ma anche perché, specie nei casi in cui la trascrizione ha insistito molto a lungo su un cespite di notevole importanza, il danno patito dal convenuto può essere nei fatti irreparabile.

3.4.- Il legislatore ha mostrato di avvertire il problema, intervenendo con una disposizione di limitazione temporale dell'efficacia della trascrizione della domanda giudiziale, il cui effetto si conserva ora "per venti anni dalla sua data"

e “cessa se ... non è rinnovata prima che scada detto termine” (art. 2668-bis, primo comma, cod. civ., inserito dall’art. 62, comma 1, della L. 18 giugno 2009, n. 69, recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”).

L’ampiezza del termine di efficacia della trascrizione e la facoltà concessa all’attore di rinnovarla liberamente, cioè ancora senza vaglio sostanziale del giudice, riducono tuttavia la portata reale dell’intervento normativo, nel senso di un riequilibrio tra le posizioni dei litiganti.

3.5.- Non può dunque negarsi che il combinato disposto oggetto delle questioni in scrutinio sia attraversato da una tensione irrisolta fra i valori coinvolti, sicuramente acuita dall’eccessiva durata dei giudizi, la quale, nel procrastinare oltre misura la formazione del giudicato, si traduce nella protrazione della formalità, a servizio di domande che si rivelino infine senza fondamento.

Da qui il tentativo di una parte della giurisprudenza di merito di introdurre eccezioni allo sbarramento del giudicato ex art. 2668 cod. civ., in particolare mediante la distinzione fra trascrizione “illegittima” e trascrizione “ingiusta”,

elaborata ad altro fine dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza 23 marzo 2011, n. 6597).

Tale distinzione - che porta ad ammettere l’ordine cautelare di cancellazione quando la trascrizione è “illegittima” e non solo “ingiusta”, quando cioè concerne una domanda non solo infondata, ma addirittura estranea al novero tassativo delle domande trascrivibili - non è però risolutiva ove, come nella specie, la domanda che si assume manifestamente infondata sia pur sempre enunciata dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ.

3.6.- Non può neppure sottacersi che il mantenimento incondizionato del requisito del giudicato ai fini dell’ordine di cancellazione della trascrizione della domanda, se per un verso assicura nel massimo grado il diritto dell’attore a perseguire la tutela cui aspira, solleva nel contempo un problema di coerenza interna al sistema processuale, che, muovendo dalle profonde innovazioni apportate dalla L. 26 novembre 1990, n. 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile), segue ormai una chiara tendenza - già rimarcata da questa Corte - “a svincolare la decisione concreta della lite dalla necessità dell’accertamento con il “crisma” del giudicato sostanziale” (sentenza n. 212 del 2020).

La tendenza normativa ora illustrata induce a collegare effetti sempre più incisivi alla sentenza in sé, “anche non passata in giudicato”, ed è questa invero la formula impiegata dall’art. 669-novies, terzo comma, cod. proc. civ., nell’ambito del c.d. procedimento cautelare uniforme, introdotto dall’art. 74, comma 2, della L. n. 353 del 1990, laddove è previsto, appunto, che il provvedimento cautelare perde efficacia se il diritto oggetto della cautela è dichiarato inesistente “con sentenza, anche non passata in giudicato”.

Pur dovendosi ribadire quanto già da questa Corte osservato nella sentenza n. 523 del 2002, e cioè che la trascrizione della domanda giudiziale ha una funzione composita, anche a tutela dei terzi, che non ne permette l’assimilazione alla tutela cautelare, resta tuttavia l’evidenza per cui chi ha subito la trascrizione di un provvedimento cautelare, cioè di un atto vagliato dal giudice in ordine al *fumus boni iuris*, può ottenerne la cancellazione anche prima della formazione del giudicato a lui favorevole, mentre, a parità di condizioni, non può egli ottenere la cancellazione della trascrizione della domanda, nonostante di questa il giudice non abbia ex ante deliberato la fondatezza, neppure in punto di *fumus*.

3.7.- Le soluzioni capaci di ridurre le incongruenze segnalate sono plurime, nessuna priva di controindicazioni, e soprattutto nessuna costituzionalmente obbligata, neanche con riguardo a domande delle quali si assuma la manifesta infondatezza o il carattere emulativo. La scelta tra l’una e l’altra non può che competere al legislatore, trattandosi in definitiva di rimodellare l’architettura complessiva del microsistema pubblicitario.

3.7.1.- L’attribuzione al giudice del potere di ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda con un provvedimento d’urgenza darebbe al convenuto la possibilità di un’immediata reazione difensiva avverso una trascrizione che reputa ingiusta. Per altro verso, ciò comporterebbe un rischio elevato per il diritto di tutela giurisdizionale dell’attore, il quale potrebbe perdere l’effetto prenotativo della trascrizione sulla base di una cognizione sommaria e, quand’anche potesse trascrivere nuovamente la medesima domanda in conseguenza dell’esito favorevole del reclamo al collegio o del giudizio di merito, quell’effetto recupererebbe solo ex nunc, soccombendo quindi nei confronti di terzi che avessero trascritto o iscritto sullo stesso bene medio tempore.

Occorrerebbe peraltro regolare specificamente il meccanismo anticipatorio, e forse coniare un incidente cautelare apposito, in quanto la tutela atipica ex art. 700 cod. proc. civ. è rivolta ad anticipare gli effetti dell'accoglimento di una domanda di merito, laddove nel caso di specie gli effetti dei quali si chiede l'anticipazione sono quelli di una pronuncia di rigetto.

3.7.2.- Potrebbe d'altro canto ipotizzarsi una modifica che elida il segmento "passata in giudicato", contenuto in fine del primo comma dell'art. 2668 cod. civ., con un effetto di allineamento tra questo e il terzo comma dell'art. 669-novies cod. proc. civ., di modo che la cancellazione della trascrizione della domanda potrebbe essere anticipata rispetto alla formazione del giudicato, senza tuttavia rinunciare, nella prospettiva della tutela dell'attore, alla garanzia della cognizione piena.

In tal caso, sarebbe tuttavia necessario regolare le conseguenze pubblicitarie di un'eventuale riforma o cassazione della sentenza contenente l'ordine di cancellazione, e stabilire a quali condizioni la domanda possa essere nuovamente trascritta dopo una sentenza di rigetto.

3.7.3.- Infine, mentre l'introduzione di un vaglio giudiziale preliminare alla

trascrizione, seppure non sia da escludere in linea teorica, determinerebbe un mutamento radicale del sistema pubblicitario delle domande, si possono immaginare anche soluzioni ulteriori, in linea con l'intervento legislativo di cui all'art. 2668-bis cod. civ., che ad esempio riducano la durata dell'efficacia della trascrizione e ne subordinino la rinnovazione ad una favorevole delibazione giudiziale cognita causa.

3.8.- Per costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute (ex plurimis, sentenze n. 13 del 2022, n. 213, n. 148 e n. 87 del 2021, n. 58 del 2020); affermazione che tanto più va ribadita con riferimento ad istituti - come la trascrizione della domanda giudiziale - nei quali gli aspetti processuali si trovano inscindibilmente connessi con molteplici e delicati profili sostanziali.

Pur segnalando la reale esistenza di un problema sistemico, le questioni sollevate dal Tribunale di Roma tendono ad una pronuncia additiva che imponga una tra le varie opzioni riservate alla discrezionalità del legislatore, ciascuna delle quali reclama, peraltro, interventi

di dettaglio, correttivi e cautele, eccedenti l'ambito della giurisdizione costituzionale.

4.- Pertanto, le questioni devono essere dichiarate inammissibili.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2652, 2653 e 2668 del codice civile, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24 e 42 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Roma, in composizione monocratica, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

LUIGI DE PROPRI

(Ricercatore nell'Università di Roma La Sapienza)

**LA CANCELLAZIONE DELLA TRASCRIZIONE DELLE DOMANDE GIUDIZIALI
DOPO IL SECONDO VAGLIO DELLA CONSULTA***

Sommario: 1. La parabola della questione di costituzionalità della disciplina della cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale: la pronuncia. 2. La perdurante centralità della questione di costituzionalità dell'art. 2668 c.c. 3. Prospettive *de jure condito*: la condanna dell'attore a consentire la cancellazione della domanda assistita da *astreinte ex art.* 614 c.p.c.

1. LA PARABOLA DELLA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ DELLA DISCIPLINA DELLA CANCELLAZIONE DELLA TRASCRIZIONE DELLA DOMANDA GIUDIZIALE: LA PRONUNCIA

La Corte Costituzionale è tornata recentemente a pronunciarsi sulla presunta incostituzionalità della disciplina della trascrizione della domanda giudiziale⁽¹⁾, in particolare della sua cancellazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2652, 2653 e 2668, co. 1, c.c.

Già più di venti anni fa la Consulta era stata chiamata a pronunciarsi sulla costitu-

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ La bibliografia in materia generale di trascrizione e, più in particolare, di trascrizione delle domande giudiziale è, come noto, sterminata. Al riguardo può segnalarsi il recente E. GABRIELLI-F. GAZZONI (diretto da), *Trattato della trascrizione*, I-III, Torino, 2013, nel cui ambito si segnala in particolare A. ORESTANO, *Principi generali*, E. GABRIELLI- F. GAZZONI (diretto da), in *Trattato della trascrizione*, II, Torino, 2013, 71 ss. Più specificatamente, in materia di trascrizione delle domande giudiziali, si vedano G. FREZZA, *Trascrizione di domande giudiziali illegittime o infondate: profili di responsabilità civile*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2015 ss.; ID., *Annotazioni. Cancellazioni, titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento*, (Artt. 2654-2682), in *Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2017, in part. 313 ss.; nonché, sulla cancellazione, cfr. P. BOERO, *La cancellazione*, in E. GABRIELLI-F. GAZZONI (diretto da), *Trattato della trascrizione*, cit., vol. 3, *Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*, Torino, 2014, 209 ss.

zionalità del solo art. 2668, co. 1, c.c., che – come noto – dispone che la cancellazione della trascrizione delle domande giudiziali possa effettuarsi solo quando sia consentita dalle parti interessate ovvero è ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato.

Nella prima occasione, il rinvio alla Consulta era avvenuto per un duplice ordine di motivi⁽²⁾.

In primo luogo, dal momento che anche la disciplina della trascrizione della domanda giudiziale esibisce una *funzione cautelare*, se ne denunciava l'incostituzionalità per non essere stata assoggettata al procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c., soprattutto in riferimento alla mancanza di un preventivo vaglio giudiziale alla sua attuazione, nonché per la mancata previsione della sua perdita di efficacia con la sentenza di rigetto “anche non passata in giudicato” (come invece dispone l'art. 669-*novies*, co. 3, c.p.c., per tutte le altre misure cautelari) della domanda trascritta.

In secondo luogo, si censurava l'art. 2668 c.c. in relazione alla circostanza che tale norma «non consente di ottenere in pendenza del giudizio di merito, ex art. 700 cod. proc. civ., un provvedimento urgente di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale che appaia infondata»⁽³⁾.

Come si vede, sin dalla prima ordinanza di rimessione (ma, invero, anche nella letteratura che se ne occupa), il tema dell'attuale disciplina della trascrizione delle domande giudiziali (e della loro cancellazione) è stato contrassegnato da un parallelismo funzionale tra l'istituto in parola e, più in generale, la tutela cautelare. Entrambi, infatti, assolverebbero al fondamentale scopo che l'attore non riceva pregiudizio dal tempo occorrente per far valere il proprio diritto nel processo in via ordinaria⁽⁴⁾.

² La prima ordinanza che ha sollevato il problema della costituzionalità dell'art. 2668 c.c. è quella del Trib. Verona, 9 marzo 2001, e può essere consultata in *Corriere giur.*, 2001, 924 ss., con nota di R. CONTE, *Provvedimento d'urgenza, ordine di cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale icu oculi infondata e incostituzionalità dell'art. 2668 c.c.*

³ Sarebbero stati in tal modo lesi diritto di difesa in giudizio garantito dall'art. 24 della Costituzione (in quanto la parte che subisce la trascrizione resterebbe priva di rimedi contro di essa fino al passaggio in giudicato della sentenza sulla domanda trascritta) ed i principi della parità delle armi e del contraddittorio garantiti dall'art. 111 della Costituzione (in quanto al potere della parte attrice di procedere autonomamente alla trascrizione, senza nessun controllo giudiziale, non corrisponderebbe alcun potere della parte convenuta di valersi di un mezzo di immediata reazione).

⁴ Sul punto, tra tutti, si veda P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 128 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019,

Quel parallelismo doveva servire per evidenziare il disequilibrio tra la posizione dell'attore e quella del convenuto alla luce dell'attuale disciplina della trascrizione della domanda giudiziale: mentre infatti ai sensi di quest'ultima, l'esigenza di tutela dell'attore è assicurata conferendo a quest'ultimo il potere di incidere unilateralmente nella sfera del convenuto trascrivendo la propria domanda, per contro nella tutela cautelare tale incisione sarebbe filtrata dal vaglio – ancorché sommario – del magistrato che concede la misura al ricorrere del *fumus boni juris*. Specularmente, dal punto di vista del convenuto, mentre la posizione di quest'ultimo sarebbe del tutto obliterata nell'ambito della disciplina della trascrizione (potendo solo attendere il passaggio in giudicato della sentenza che ordina al conservatore di cancellare la trascrizione e chiedere il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 96, co. 2, c.p.c.), al contrario nel procedimento cautelare uniforme riceve una ben diversa considerazione. Questi infatti non solo è legittimato a chiedere la revoca e la modifica (art. 669-*decies* c.p.c.), ovvero una seconda cognizione sui presupposti per la concessione della misura con il reclamo (art. 669-*terdecies* c.p.c.), ma può anche contare su una regime di stabilità del provvedimento cautelare più favorevole, essendo destinato a venir meno – a tacer di altre ipotesi – «se con la sentenza *anche non passata in giudicato* è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso» (art. 669-*novies*, co. 3, c.p.c.).

Ora, quel parallelismo, che – come si diceva – avrebbe dovuto rendere evidente lo squilibrio tra attore e convenuto nell'attuale disciplina della trascrizione della domanda giudiziale rispetto ad altri settori della tutela giurisdizionale dei diritti, aveva invece indotto la Corte Costituzionale, in occasione della pronuncia della sentenza 523/2002, a rifiutare il proprio intervento⁽⁵⁾.

In quell'occasione, infatti, il discorso – forse anche a causa di una imperfetta formulazione del quesito di costituzionalità⁽⁶⁾ – era stato sviato sull'ambito di

205 ss.; nonché A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, 593 ss., che considera la trascrizione della domanda giudiziale, al pari della tutela cautelare, tra i «rimedi agli ostacoli derivanti dalla durata del processo a cognizione piena».

⁵ La sentenza Corte Cost., 6 dicembre 2002, n. 523 è stata pubblicata – tra l'altro – in *Corriere giur.*, 2003, 244 ss.

⁶ Infatti, la prima ordinanza di rimessione sottoponeva alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 2668 c.c. in primo luogo per violazione dell'art 3 della Costituzione «in quanto la disciplina applicabile è diversa, nei sensi sopra analizzati, in punto di stabilità, tra gli ordinari provvedimenti cautelari e la trascrizione della domanda giudiziale, che, pur essendo atto avente funzione cautelare, è regolata da norma incompatibile (*ex art. 669 quaterdecies* c.p.c) con la disciplina del procedimento cautelare uniforme».

applicazione del procedimento cautelare uniforme (art. 669-*quaterdecies* c.p.c.) e sulle diversità “strutturali” della disciplina della trascrizione della domanda giudiziale che non permetterebbero di ricondurla nell’ambito della tutela cautelare *stricto sensu*.

Ciò avveniva, peraltro, facendo leva sulla considerazione che la trascrizione delle domande giudiziali, diversamente dalla tutela cautelare, «tende anche – conformemente alla sua funzione tipica di pubblicità-notizia – a tutelare i terzi, per consentire loro di poter valutare la convenienza o meno del compimento di negozi giuridici con una delle parti litiganti».

Si tratta, a ben vedere, di argomentazione non del tutto ineccepibile perché confonde l’origine storica dell’istituto⁽⁷⁾ con la configurazione positiva che esso ha trovato nell’ordinamento italiano: infatti, la funzione di tutelare i terzi è svolta non tanto dalla trascrizione della domanda in sé per sé (la quale, anzi, in forza del c.d. “effetto prenotativo”, pregiudica i diritti dei terzi nelle ipotesi previste dagli artt. 2652 e 2653 c.c.⁽⁸⁾), ma in generale dal sistema della trascrizione. Tant’è vero che le medesime conseguenze derivanti dalla trascrizione delle domande giudiziali possono discendere *mutatis mutandis* dalla trascrizione di un sequestro conservativo (*de jure condito*, in virtù della inopponibilità dell’acquisto del terzo ex artt. 2905, 2906 c.c. e art. 679 c.p.c.), ovvero (ma solo *de jure condendo*, arg. ex art. 677 c.p.c.⁽⁹⁾) giudiziario.

Tale argomentazione, tuttavia, era ritenuta sufficiente per rigettare la prima censura di legittimità costituzionale dell’art. 2668 c.c. in relazione all’art. 3 della Costituzione.

In riferimento alla seconda questione di costituzionalità dell’art. 2668 c.c., riteneva invece la Consulta che non fosse dalla norma impugnata che – neppure ipoteticamente – poteva derivare la lesione degli artt. 24 e 111 della Costituzione, dal momento che la lesione discendeva semmai, dagli artt. 2652 e 2653 c.c., secondo i quali le domande ivi indicate “si devono trascrivere”. La Corte riteneva infatti che l’art. 2668 c.c. fosse «pienamente consequenziale alla scelta legislativa di fondo,

⁷ Sul punto, non può che rimandarsi a N. PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968.

⁸ Di ciò si rende perfettamente conto la stessa Corte, la quale infatti constata come «infatti il codice civile prevede che, se la domanda è accolta, la trascrizione della sentenza prevale sulle trascrizioni eseguite contro il convenuto da terzi aventi causa da lui, che abbiano trascritto il loro atto di acquisto dopo la trascrizione della domanda (art. 2652)».

⁹ In riferimento al tema della trascrivibilità del sequestro giudiziario si tornerà nel prosieguo.

per cui talune domande giudiziali devono essere trascritte ad iniziativa della parte attrice, senza alcuna delibazione, anche cautelare, circa la loro fondatezza: proprio perché imposta dalla legge, la trascrizione di tali domande non risente delle vicende del processo e viene meno solo quando l'infondatezza sia stata definitivamente sancita con sentenza passata in giudicato».

A venti anni di distanza dalla prima rimessione, sulla base delle indicazioni contenute nella prima sentenza di rigetto, il Tribunale di Roma, con ordinanza del 1 aprile 2021, ha rimesso nuovamente alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'intero «sistema normativo dato dal combinato disposto degli artt. 2652, 2653 e 2668 c.c., laddove escludono la facoltà per il Giudice, in via cautelare nell'ambito di un procedimento *ex art.* 700 c.p.c., di disporre la cancellazione delle domande trascritte *ex artt.* 2652 e 2653 c.c., quando ne ravvisi la manifesta infondatezza»⁽¹⁰⁾.

La Consulta si è così trovata investita nuovamente della questione di legittimità costituzionale, questa volta dell'intero sistema di norme costituito dall'art. 2652, 2653 e 2668 c.c.

In quest'occasione la Corte Costituzionale ha apertamente avvertito “la reale esistenza di un problema sistemico” nell'ordinamento italiano. Dal punto di vista dell'attore, infatti, la trascrizione della domanda – cioè l'effetto che consente alla domanda trascritta di prevalere sulle successive trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto, una volta annotata la sentenza di accoglimento – risponde al principio basilare di effettività della tutela giurisdizionale, per cui la durata del processo non può mai andare a detrimento della parte che ha ragione, impedendogli di conseguire la tutela effettiva del suo diritto.

Al contrario, invece, dal punto di vista del convenuto, la trascrizione della domanda giudiziale ha luogo «gravando la proprietà del convenuto di una formalità pregiudizievole che, quale riflesso negativo dell'effetto prenotativo, può limitare di fatto la commerciabilità del bene attinto, sì da rendere opportuno un meccanismo di pronta cancellazione, non appena la domanda trascritta si sia rivelata priva di fondamento». Per contro, il rimedio *ex post* del risarcimento del danno per responsabilità processuale aggravata *ex art.* 96, co. 2, c.p.c. può risultare in concreto mezzo inidoneo, o quantomeno insufficiente, e non soltanto per ragioni connesse alla solvibilità dell'attore stesso, ma anche perché, specie nei casi in cui

¹⁰ La questione di costituzionalità dell'art. 2668 c.c. è stata l'ultima volta posta dall'ordinanza Trib. Roma, 1 aprile 2021.

la trascrizione ha insistito molto a lungo su un cespite di notevole importanza, il danno patito dal convenuto può essere nei fatti irreparabile

Tuttavia, anche questa volta la Corte ha ritenuto di dover dichiarare inammissibili i quesiti come formulati dal giudice remittente per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo perché, nel suo complesso, il sistema della trascrizione delle domande giudiziali delineato dagli artt. 2652 e 2653 c.c. «porta a sintesi plurimi diritti individuali e interessi generali, tutti di rilievo costituzionale», che impediscono nel concreto di operare tra di essi una scelta di valore. In particolare, «la trascrizione della domanda giudiziale tende anche – conformemente alla sua funzione tipica di pubblicità-notizia – a tutelare i terzi, per consentire loro di poter valutare la convenienza o meno del compimento di negozi giuridici con una delle parti litiganti»⁽¹¹⁾.

In secondo luogo, pur non potendo negare che la disciplina scrutinata fosse «attraversata da una tensione irrisolta fra i valori coinvolti, sicuramente acuita dall'eccessiva durata dei giudizi, la quale, nel procrastinare oltre misura la formazione del giudicato, si traduce nella protrazione della formalità, a servizio di domande che si rivelino infine senza fondamento», la Consulta ritiene di non poter intervenire in considerazione della pluralità di soluzioni alternative per riequilibrare il sistema, che ritiene necessario lasciare alla discrezionalità del legislatore.

Si tratta, in primo luogo, della possibilità di introdurre «un vaglio giudiziale preliminare alla trascrizione della domanda», ovvero ridurre ulteriormente l'efficacia della trascrizione, subordinando «la rinnovazione ad una favorevole deliberazione

¹¹ Il passaggio – contenuto al punto 3.1 della motivazione – riporta una argomentazione già contenuta nella sentenza Cost., n. 523/2002, al punto 3, laddove si legge che «la trascrizione della domanda giudiziale tende anche - conformemente alla sua funzione tipica di pubblicità-notizia - a tutelare i terzi, per consentire loro di poter valutare la convenienza o meno del compimento di negozi giuridici con una delle parti litiganti. [...] Questa particolare funzione della trascrizione della domanda – che ha natura sostanziale e non mira a tutelare la parte di un giudizio di merito - non è riconducibile alla tutela cautelare di cui agli artt. 669-*bis* e seguenti del codice di procedura civile.». Ciò serviva in quella occasione alla Corte Costituzionale per concludere che «il procedimento cautelare uniforme quindi, per come è strutturato, non si concilia con l'istituto della trascrizione delle domande giudiziali, onde una sua estensione ad esso, anche solo parziale – non essendo costituzionalmente necessaria - potrebbe avvenire unicamente mediante un intervento legislativo, opportunamente modulato in ragione delle specifiche funzioni cui la trascrizione assolve, non certo attraverso una pronuncia additiva di questa Corte». In senso contrario a tale distinzione, si vedrà più oltre, invece, come la stessa funzionalità e modalità attuativa della trascrizione della domanda giudiziale è adottata per il sequestro conservativo, il quale infatti, se relativo a beni immobili, deve essere trascritto *ex art. 679 c.p.c.*

giudiziale cognita causa». In secondo luogo, si è considerata la possibile «attribuzione al giudice del potere di ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda con un provvedimento d'urgenza». In ultimo, si è ipotizzata «una modifica che elida il segmento “passata in giudicato”, contenuto in fine del primo comma dell'art. 2668 cod. civ. permettere la cancellazione della trascrizione al momento di rigetto della sentenza in primo grado».

La Consulta, dunque, si è arrestata di fronte alla constatazione che l'intervento che sarebbe stato necessario avrebbe imposto una pronuncia additiva «che imponga una tra le varie opzioni riservate alla discrezionalità del legislatore, ciascuna delle quali reclama, peraltro, interventi di dettaglio, correttivi e cautele, eccedenti l'ambito della giurisdizione costituzionale».

2. LA PERDURANTE CENTRALITÀ DELLA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 2668 C.C.

L'impressione che emerge dalla parabola che ha condotto, da ultimo, alla sentenza Corte Cost., 9 giugno 2022, n. 143 è che – in parte per la non perspicua formulazione dei quesiti di costituzionalità, in parte per un (forse eccessivo) rispetto per le prerogative e per le scelte discrezionali del legislatore – sia mancata la volontà di affrontare una questione, avvertita come “un problema sistemico”, che in realtà sembra ruotare esclusivamente attorno alla disposizione dell'art. 2668 c.c. nella parte in cui richiede il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto della domanda per la cancellazione della trascrizione di quest'ultima.

Ed infatti la prima ordinanza di rimessione del 2001 si appuntava unicamente sulla costituzionalità dell'art. 2668 c.c. L'estensione del giudizio di costituzionalità all'intero sistema della trascrizione delle domande giudiziali è avvenuto su impulso della sentenza Corte Cost., n. 523/2002, la quale assumeva che l'art. 2668 c.c. fosse del tutto «conseguenziale alla scelta legislativa di fondo, per cui talune domande giudiziali “si devono trascrivere” ad iniziativa della parte attrice, senza alcuna delibazione, anche cautelare, circa la loro fondatezza: proprio perché imposta dalla legge, la trascrizione di tali domande non risente delle vicende del processo e viene meno solo quando l'infondatezza sia stata definitivamente sancita».

ta con sentenza passata in giudicato»⁽¹²⁾.

Tuttavia, quel che è mancato nel contesto della prima sentenza 523/2002 è la dimostrazione che l'art. 2668 c.c. sia una norma necessariamente imposta dal regime della trascrizione della domanda adottata nell'ordinamento italiano e ad essa "conseguenziale"; assunto che è peraltro decisamente smentito anche dal fatto che la (potenziale) incostituzionalità dell'art. 2668 c.c. è stata presa in considerazione dall'ultima sentenza n. 143/2022 come una delle opzioni in campo lasciate alla discrezionalità del legislatore.

In altri termini: se la questione della costituzionalità dell'art. 2668 c.c. non implica necessariamente quella degli artt. 2652 e 2653 c.c., allora neanche la prima norma deve essere interpretata come "conseguenziale" a queste ultime (come invece sostenuto contraddittoriamente da Corte Cost., n. 523/2002).

Peraltro, anche le diverse opzioni che la sentenza Corte Cost., n. 143/2022 ha inteso riservare alla discrezionalità del legislatore, si riducono fundamentalmente a quella che si appunta sull'incostituzionalità dell'art. 2668 c.c. nella parte in cui prevede che alla cancellazione della trascrizione della domanda possa provvedersi solo sulla base di una sentenza passata in cosa giudicata⁽¹³⁾.

¹² Si riporta nel dettaglio il punto 5 della sentenza n. 523/2002 della Consulta: «la questione è manifestamente inammissibile con riferimento ad entrambi i parametri invocati [artt. 3 e 111 Cost., n.d.a.], giacché non è dalla norma impugnata che, sia pure ipoteticamente, può derivare la loro lesione. La norma infatti è pienamente consequenziale alla scelta legislativa di fondo, per cui talune domande giudiziali devono essere trascritte ad iniziativa della parte attrice, senza alcuna delibazione, anche cautelare, circa la loro fondatezza: proprio perché imposta dalla legge, la trascrizione di tali domande non risente delle vicende del processo e viene meno solo quando l'infondatezza sia stata definitivamente sancita con sentenza passata in giudicato. Ma questa scelta di fondo non è fatta dall'impugnato art. 2668 cod. civ. - che concerne solo le modalità della cancellazione della trascrizione - bensì dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ., secondo i quali le domande ivi indicate "si devono trascrivere"». E' sulla base di tale sentenza che il Tribunale di Roma (con ordinanza del 7 aprile 2021, iscritta al n. 117 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 35, prima serie speciale, dell'anno 2021) ha dunque riproposto la questione della legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 2652, 2653 e 2668 c.c. ed è dunque sulla base dell'ampiezza di tale rimessione che la Consulta ha, nell'ultima sentenza, ritenuto di dover far rientrare nell'alveo delle sue considerazioni anche la discrezionalità del legislatore di introdurre un vaglio preliminare alla trascrizione delle domande giudiziali.

¹³ Tale eventualità è stata espressamente presa in considerazione dalla Corte Costituzionale al punto 3.6., dove ha affermato come «il mantenimento incondizionato del requisito del giudicato ai fini dell'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda, se per un verso assicura nel massimo grado il diritto dell'attore a perseguire la tutela cui aspira, solleva nel contempo un problema di coerenza interna al sistema processuale, che, muovendo dalle profonde innovazioni apportate dalla L. 26 novembre 1990, n. 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile), segue ormai una chiara tendenza - già rimarcata

In primo luogo, infatti, l'opzione di sottoporre la trascrizione della domanda giudiziale a un preventivo vaglio da parte del giudice non sembra neanche in astratto perseguibile dal legislatore ordinario in considerazione del fatto che il sistema della trascrizione – in particolare della domanda giudiziale – appare troppo profondamente innervato nell'ordinamento italiano e nel meccanismo di tutela giurisdizionale, da pensare di poter essere semplicemente espunto dall'ordinamento, a meno di non modificare radicalmente l'intero sistema pubblicitario previsto dal codice civile⁽¹⁴⁾. In effetti, oltre alle numerose norme del codice civile che si richiamano all'attuale trascrizione della domanda (artt. 534, 808, 974, co. 2, 1113, co. 3, 1415, 1445, 1452, 1458, co. 2, 2901, co. 4, c.c.), su quest'ultima si innesta la ricostruzione dei rapporti con la disciplina dell'espropriazione immobiliare (art. 2915, co. 2, c.c.) e quella degli effetti del fallimento (art. 145 CCII, che riproduce il previgente art. 45 l. fall.)⁽¹⁵⁾

Al contrario, sussistono indiscutibili indici sistematici che tale opzione sia stata espressamente esclusa dal legislatore, e dunque non abbia senso attendere un suo intervento in tal senso.

da questa Corte – “a svincolare la decisione concreta della lite dalla necessità dell'accertamento con il “crisma” del giudicato sostanziale” (sentenza n. 212 del 2020). La tendenza normativa ora illustrata induce a collegare effetti sempre più incisivi alla sentenza in sé “anche non passata in giudicato”, ed è questa invero la formula impiegata dall'art. 669-novies, terzo comma, cod. proc. civ., nell'ambito del c.d. procedimento cautelare uniforme, introdotto dall'art. 74, comma 2, della L. n. 353 del 1990, laddove è previsto, appunto, che il provvedimento cautelare perde efficacia se il diritto oggetto della cautela è dichiarato inesistente “con sentenza, anche non passata in giudicato»

¹⁴ Di tale circostanza appare, del resto, perfettamente consapevole la Corte Costituzionale al punto 3.7.3., laddove attesta come «l'introduzione di un vaglio giudiziale preliminare alla trascrizione, seppure non sia da escludere in linea teorica, determinerebbe un mutamento radicale del sistema pubblicitario».

¹⁵ Del resto, l'esigenza di disporre di uno strumento come la trascrizione della domanda giudiziale è stata avvertita anche in quegli ordinamenti che contemplano solo la possibilità di praticare nel libro fondiario iscrizioni provvisorie solo su provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria. Così nell'ordinamento tedesco, dove è possibile iscrivere una *Vormerkung* (§ 883 BGB) o una *Widerspruch* (§ 899 BGB) solo sulla base di provvedimento interinale emesso dal giudice (*einstweilige Verfügung*), si è andato sviluppando a partire degli anni '60 dello scorso secolo – del tutto *praeter se non contra legem*, dal momento che un simile possibilità è stata apertamente rifiutata nei lavori preparatori al BGB: cfr. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, III, 2. Aufl., Berlin, 1896, 217 – l'istituto del *Rechtshängigkeitsvermerk*, una trascrizione nel Grundbuch operata unilateralmente ad opera dell'attore dando semplicemente prova all'ufficio del registro della mera pendenza di un'azione reale avente ad oggetto il diritto iscritto. Sull'evoluzione di tale istituto si rimanda a L. DE PROPRIIS, *Vita (e morte?) del Rechtshängigkeitsvermerk in Germania*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, 2016, 781 ss.

A ben vedere, infatti, l'esigenza cautelare avvertita dall'attore in corrispondenza delle domande elencate negli artt. 2652 e 2653 c.c. potrebbe essere astrattamente soddisfatta anche con un sequestro conservativo (sicuramente nell'ipotesi prevista dall'art. 2652, n. 5, c.c. – argomentando anche a partire dall'art. 2905, co.2, c.c. – ma allora anche in quella dell'art. 2652, n. 4, c.c.), ovvero con un sequestro giudiziario (in tutti gli altri casi), dal momento che tali azioni hanno comunque l'effetto di rendere (direttamente o indirettamente) controversa la proprietà di un immobile.

Tuttavia, il legislatore ha inteso consapevolmente escludere tale possibilità, omettendo di prevedere la trascrivibilità del sequestro giudiziario (art. 677 c.p.c.)⁽¹⁶⁾, mentre dal canto suo la giurisprudenza ritaglia in negativo l'ambito elettivo di applicazione del sequestro conservativo previsto dall'art. 2705, co. 2, c.c. proprio dalla considerazione che per i beni immobili e mobili registrati l'esigenza cautelare è già assolta a monte dall'istituto della trascrizione della domanda⁽¹⁷⁾

¹⁶ Invero, la possibilità di procedere alla trascrizione del sequestro giudiziario è stata affermata da autorevole dottrina, sulla base della considerazione che esso può garantire anche contro atti di disposizione giuridica del bene immobile o mobile registrato. Si vedano sul punto S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1968, 205; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 66; E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2002, 154; C. FERRI, voce *Sequestro*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 464 ss. e in particolare 470; A. BRACCI, *Il sequestro giudiziario*, Napoli, 1966, 253; C. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1977, 353; G. GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario*, in G. TARZIA (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2004, 82 s.; E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 292 s.; C. PETRILLO, *Sulla trascrivibilità del sequestro giudiziario*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2005, 6 ss. Nel medesimo senso si è espressa una parte della giurisprudenza: si veda tra tutte Trib. Udine, 10 novembre 1959, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 252 ss., con nota critica di Ciancio, nonché in *Foro pad.*, 1960, I, 1455; Trib. Messina, 23 ottobre 1967, in *Foro it.*, 1968, I, 830 ss., con nota critica di Rovelli, nonché in *Riv. dir. proc.*, 1969, con nota critica di Lucchese; Trib. Pescara, 7-8-1995, in *Giur. merito*, 1996, I, 242 ss e Trib. Modena, 5 maggio 1995, *ivi*. Per l'effetto di garantire l'indisponibilità giuridica v. le ulteriori pronunce citate da R. CAPONI, *op. cit.*, 167-168, nn. 26 e 27.

¹⁷ Non è un caso che il sequestro conservativo previsto dall'art. 2905, co. 2, c.c. trovi nella giurisprudenza ambito di applicazione esclusivo in riferimento al sequestro dei beni mobili (dove è necessario impedire la possibilità di un acquisto a titolo originario di un possibile acquirente di buona fede ex art. 1153 c.c.), ovvero in ambito fallimentare, settore nel quale assume rilievo la circostanza che per i beni organizzati dall'imprenditore commerciale per l'esercizio dell'impresa non esiste un sistema di pubblicità equipollente a quello della trascrizione della domanda giudiziale. Sul punto, si veda la recente Trib. Padova, 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 1383 ss., a mente della quale: «Poiché la trascrizione della domanda giudiziale di revocatoria ordinaria relativa ad un bene immobile impedisce che lo stesso possa essere oggetto di atti dispositivi in pregiudizio del diritto del creditore attore di soddisfarsi su di esso mediante esecuzione forzata, laddove il creditore richieda anche il sequestro conservativo dello stesso

Ciò costituisce indice indiscutibile del fatto che il legislatore ha fatto consapevolmente uso di quella discrezionalità che la Corte Costituzionale si ostina a preservare, imponendo all'attore di ricorrere alla trascrizione delle domande piuttosto che ad altro rimedio cautelare.

Del pari, anche l'idea di sottoporre ad un preventivo vaglio la rinnovazione della trascrizione non è stata recepita in occasione della recente introduzione dell'art. 2668-*bis* c.c. per effetto della l. 18 giugno 2009, n. 69, che permette ancora oggi all'attore di rinnovarla *ad nutum*.

La seconda opzione lasciata aperta alla discrezionalità del legislatore, e che ha impedito alla Corte Costituzionale concretamente di pronunciarsi, viene individuata nella possibile «attribuzione al giudice del potere di ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda con un provvedimento d'urgenza».

In tal caso a venire in questione non sarebbe tanto (o solo⁽¹⁸⁾) un problema di fattibilità di un simile intervento da parte della Consulta (o del legislatore), quanto quello della sua effettiva incidenza ed impatto sul diritto vivente. Infatti, la giurisprudenza ordinaria ritiene anche ammissibile un provvedimento di urgenza al fine di cancellare la trascrizione della domanda, non solo nelle ipotesi di trascrizione cd. "illegittima" della domanda (vale a dire «allorché, per errata interpretazione degli artt. 2652 e 2653 c.c., per deliberata mala fede o comunque per qualunque altra causa venga trascritta una domanda giudiziale non compresa fra quelle per

bene immobile, deve provare la sussistenza di un *periculum in mora* diverso da quello già prevenuto dalla trascrizione», con nota critica di R. CONTE, *Domanda revocatoria, trascrizione e sequestro ex art. 2905, 2° comma, c.c.*

¹⁸ Può essere utile ricordare che già in passato la Corte Costituzionale si è espressa dichiarando l'incostituzionalità di norme che codificano misure cautelari nella parte in cui non consentivano la pronuncia di un provvedimento con un certo contenuto. Si pensi, per esempio, alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 696 c.p.c. nella parte in cui non consentiva di disporre l'accertamento tecnico o l'ispezione giudiziale anche sulla persona dell'istante, ovvero sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta (cfr. le sentenze della Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 471 e 19 luglio 1996, n. 257). In quell'occasione, tuttavia, si è trattato di un intervento mirato a sopperire ad una specifica esigenza cautelare di una misura cautelare che già di per sé risulta tipizzata, che non richiede un complesso bilanciamento degli interessi tra le parti (salva la seconda ipotesi, in cui la Corte Costituzionale si è dovuta arrestare di fronte alla necessità di acquisire il consenso della persona nei cui confronti l'istanza è proposta), nel contesto di una misura cautelare che neanche disciplina espressamente il *periculum in mora* richiesto per la sua concessione. Ci si chiede se lo stesso intervento sarebbe ipotizzabile nel contesto di una misura cautelare che, già di per sé, ha natura residuale e atipica e che richiede l'apprezzamento di uno specifico *periculum in mora* dato dalla imminenza ed irreparabilità del pregiudizio.

le quali la legge prevede detta formalità»⁽¹⁹⁾, ma anche in ipotesi – specifiche e mirate – di domande c.d. “ingiuste” in cui l’infondatezza dell’azione risulti palese e manifesta dalla stessa allegazione di parte attrice⁽²⁰⁾.

Ebbene, su un tale sfondo, una pronuncia di incostituzionalità dell’art. 2668 c.c. – ipotizziamo – nella parte in cui «non consente di disporre la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale in via cautelare attraverso un provvedimento

¹⁹ Così la Corte di cassazione a partire da Cass. civ., Sez. un., 23 marzo 2011 n. 6597, in motivazione.

²⁰ Nello stesso senso, di recente, V. DE CAROLIS, *L’ottenibilità dell’ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale in via cautelare con provvedimento d’urgenza ex art. 700 c.p.c.: secondo la Corte Costituzionale è scelta ad alto tasso di discrezionalità che, in quanto tale, compete al legislatore*, in *judicium.it*, il quale rileva come non sia «mancata una minoritaria giurisprudenza di merito che ha sporadicamente ritenuto ammissibile la tutela d’urgenza ex art. 700 c.p.c. per ottenere la cancellazione, anche a fronte di domande trascritte sì legittimamente ai sensi degli artt. 2652 e 2653 c.c., ma palesemente infondate nel merito, tanto da potersi configurare, anche in questo caso, un esercizio abusivo del diritto di azione da parte dell’attore trascrivente». Così, per esempio, Trib. Catania, 24 ottobre 1972, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 667, in una fattispecie in cui l’azione di rivendica di beni immobili non risultava da alcun atto scritto e il *periculum in mora* veniva ravvisato nell’arresto dell’attività commerciale della società convenuto e nella incapienza del patrimonio del resistente a garantire l’azione di risarcimento dei danni derivanti dalla illegittima trascrizione e nelle difficoltà di determinazione del danno stesso. Trib. Roma, 19 settembre 1995, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1239, con nota di E. PICOZZA, ha disposto la cancellazione della trascrizione della revocatoria ordinaria, nei limiti della parte in cui il valore dei beni gravati superi notevolmente il valore del credito per cui si agisce. Trib. Roma, 29 dicembre 1998, in *Foro it.*, 2000, I, 1325, con nota di B. GAMBINERI, ha ritenuto che fosse ammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. volto a far cancellare la trascrizione della domanda di divisione giudiziale del patrimonio sociale proposta a seguito della cessazione dell’esercizio in comune dell’attività d’impresa sul presupposto secondo cui tale cessazione sarebbe causa di conversione della società in comunione. Trib. Milano, 24 gennaio 2001, in *Giur. it.*, 2001, 1155 ss., poi confermato in sede di reclamo da Trib. Milano, 22 febbraio 2001, ha dichiarato ammissibile ordinare con provvedimento d’urgenza la trascrizione di una domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. per ottenere il trasferimento della proprietà di un immobile, ovvero di revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c., laddove le domande formulate appaiano manifestamente infondate. Trib. Milano, 30 settembre 2002 ha disposto ex art. 700 c.p.c. la cancellazione della domanda di risoluzione di un contratto di compravendita immobiliare, realizzatasi attraverso la cessione delle quote della società proprietaria dell’immobile, proposta dai soci che avevano ceduto le quote. Ancora, si vedano Trib. Roma, 16 novembre 2011, in *Corriere giur.* 2012, 963 s., ha ritenuto ammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. per ottenere la parziale cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale eseguita, nella sua interezza, anche su di un cespite immobiliare estraneo alla domanda. Trib. Padova, 5 gennaio 2012, in *Corriere giur.*, 2012, 965, successivamente confermato in sede di reclamo da Trib. Padova, 14 maggio 2012, in *Corriere giur.*, 2012, 966 s., che hanno dichiarato l’ammissibilità del ricorso alla tutela urgente ex art. 700 c.p.c. per ottenere la cancellazione della trascrizione, il cui contenuto debba ritenersi un’utilizzazione abusiva del diritto, valutabile alla stregua di un mero atto emulativo (nella specie si trattava della trascrizione ex art. 563 c.c. di un’opposizione stragiudiziale a degli atti di compravendita immobiliare, sul presupposto che tali atti costituissero in realtà degli atti di liberalità).

to d'urgenza», rischierebbe di rivelarsi del tutto inutile. In primo luogo, perché la giurisprudenza ordinaria già ammette tale rimedio, seppure – come deve essere – in ipotesi del tutto peculiari di manifesta infondatezza o inammissibilità della domanda. In secondo luogo perché – si teme – l'unico effetto di un simile intervento (da parte della Consulta o del legislatore) sarebbe quello di dirottare le motivazioni di rigetto del provvedimento di urgenza, richiesto per la cancellazione della trascrizione della domanda, dalla pura inammissibilità della concessione (come attualmente avviene), in pronunce di rigetto in merito per insussistenza del pregiudizio immanente e irreparabile presupposto per la sua emissione.

I rilievi appena svolti dovrebbero convincere che il problema della tutela del convenuto rispetto alla trascrizione pretestuosa della domanda giudiziale non possa essere risolta con un tratto di penna della Corte Costituzionale che dichiari l'astratta ammissibilità della tutela d'urgenza contro la trascrizione di una domanda pretestuosa, mentre dovrebbe piuttosto favorirsi la formazione di un orientamento della giurisprudenza ordinaria.

Non può certo pensarsi che la Consulta si ingerisca – con il rischio di inaugurare una nuova stagione di “guerra tra le due Corti”⁽²¹⁾ – nelle scelte discrezionali della giurisprudenza ordinaria nella valutazione dei presupposti di concessione del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* Senza contare che è dubitabile – come sembra sottolineare anche la Consulta⁽²²⁾ – che l'adozione di tale rimedio possa dirsi sufficiente e risolutiva di ogni problematica, in considerazione del vaglio puramente sommario che il giudice può compiere in tale sede. In ultimo, quanto all'astratta configurabilità di tale tutela, può dirsi che il legislatore vi abbia già provveduto, nel momento in cui ha disciplinato “in via generale e astratta” il rimedio previsto dall'art. 700 c.p.c.

²¹ Sul punto, è noto come in passato la pretesa della Corte Costituzionale di interpretare la legge alla luce della Costituzione abbia creato attrito nei confronti della Corte di cassazione, la quale «si è talvolta rifiutata di seguire la lettura della legge indicata dalla Consulta, dando così luogo a quella che è stata definita come la “guerra tra le due Corti”»: sul punto cfr. M. BELLOCCI-T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

²² Sul punto, si veda il punto 3.5. dove la Consulta sembra ammettere che l'impiego del rimedio d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* adottato dalla giurisprudenza ordinaria (nello specifico si fa riferimento alla distinzione «che porta ad ammettere l'ordine cautelare di cancellazione quando la trascrizione è “illegittima” e non solo “ingiusta”, quando cioè concerne una domanda non solo infondata, ma addirittura estranea al novero tassativo delle domande trascrivibili») «non è però risolutivo ove, come nella specie, la domanda che si assume manifestamente infondata sia pur sempre enunciata dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ.».

Ne discende che l'unica soluzione rimanente che sembra capace di riequilibrare il sistema della trascrizione della domanda giudiziale si appunta sull'art. 2668, co. 1, c.c., nel senso di farne risaltare l'incostituzionalità nella parte in cui impone di attendere il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto per la cancellazione della trascrizione della domanda.

A tale conclusione, del resto, si porrebbe a maggior ragione quand'anche – in via ipotetica – il legislatore decidesse di sottoporre la trascrizione della domanda giudiziale ad un preventivo vaglio giudiziale sulla scia di quanto previsto dall'art. 669-*bis* c.p.c. e ss. In tal caso, infatti, ne discenderebbe che la trascrizione della domanda non avrebbe più solo funzione, ma anche struttura intrinsecamente cautelare, per cui sarebbe ingiustificabile da un punto di vista costituzionale un trattamento diverso da quello previsto dall'art. 669-*novies*, co. 3, c.p.c., che dispone la perdita di efficacia del provvedimento cautelare «se con sentenza, anche non passata in giudicato, è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso». Tanto valeva raggiungere immediatamente lo stesso risultato, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2668, co. 1, c.c., nella parte in cui subordina la cancellazione della trascrizione della domanda al passaggio in giudicato della sentenza.

Concretamente, la Consulta avrebbe potuto incidere sulla norma richiamata limitatamente alle parole “passata in giudicato”, nella parte in cui tale disposizione esclude l'applicabilità, in riferimento all'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda, di regole corrispondenti agli artt. 282 e 283 c.p.c.⁽²³⁾ In tal modo,

²³ Si tratta di una tecnica già messa in atto dalla Consulta nella sentenza Corte Cost., 19 luglio 2013, n. 223, con la quale essa ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 819-*ter*, co. 2, c.p.c., «nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 del codice di procedura civile». Peraltro, anche in occasione della dichiarazione di incostituzionalità di tale norma, la Consulta si sarebbe potuta trincerare dietro la discrezionalità del legislatore – che doveva essere comunque salvaguardata – della tecnica da adottare per far salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale proposta erroneamente davanti al giudice ordinario ovvero innanzi ad arbitri. È noto infatti che, sul punto, si sono registrati diverse opinioni anche nei rapporti interni tra diverse giurisdizioni dello Stato, potendosi astrattamente prevedere sia una effettiva *translatio iudicii* con prosecuzione del medesimo rapporto processuale a cavallo tra giurisdizioni diverse, ovvero una mera retrodatazione, al momento della proposizione della prima domanda davanti a giudice dimostratosi carente di giurisdizione, degli effetti della seconda domanda proposta davanti al giudice munito di giurisdizione. Tale alternativa – foriera di diverse conseguenze processuali – si è concretamente posta nelle sentenze Cass. civ., Sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4109 nonché in Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77; e sembra ancora oggi porsi in riferimento all'art. 59 della l. 18 giugno 2009, n. 69. Sul punto C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 392 s.

si sarebbe estesa la disciplina attualmente vigente in relazione ai soli capi condannatori di una sentenza anche al capo relativo all'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale⁽²⁴⁾.

3. PROSPETTIVE *DE JURE CONDITO*: LA CONDANNA DELL'ATTORE A CONSENTIRE LA CANCELLAZIONE DELLA DOMANDA ASSISTITA DA *ASTREINTE EX ART. 614 C.P.C.*

Il mancato intervento della Corte Costituzionale non dovrebbe tuttavia ritenersi preclusivo della possibilità di rinvenire altri strumenti di tutela per il convenuto che si veda ingiustamente pregiudicato dalla trascrizione di una domanda giudiziale (anche palesemente) infondata.

Come si è visto, il giudice (anche di primo grado) che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stata trascritta domanda giudiziale – oltre a ordinare al conservatore dei registri immobiliari la cancellazione della domanda (art. 2668, co. 2, c.c.), il quale vi provvederà solo una volta che la sentenza sarà passata in cosa giudicata (co. 1) – può anche condannare, su istanza della parte danneggiata, al risarcimento dei danni l'attore che ha agito senza la normale prudenza (art. 96, co. 2, c.p.c.).

Da tale disciplina è senz'altro lecito trarre la conclusione che, ancora attualmente, il sistema della trascrizione delle domande giudiziali si fonda prevalentemente sulla funzione *lato sensu* coercitiva di tale disposizione. Infatti, come la previsione generale della risarcibilità del danno per responsabilità processuale *ex art. 96, co. 2, c.c.* dovrebbe avere la funzione di dissuadere *ex ante* l'attore a trascrivere una domanda giudiziale “senza la normale prudenza” (funzione general-preventiva), così la condanna del giudice di primo grado che liquida in sentenza tale risarcimento concretizza la sanzione nel caso specifico, rendendo effettiva la tutela che tale norma appresta in via astratta⁽²⁵⁾

²⁴ Quanto invece alle successive sorti, in ipotesi di riforma in appello o di cassazione della sentenza, sarebbe stato possibile ritenere applicabile alla materia il principio dell'effetto espansivo interno ed esterno ai sensi dell'art. 336 c.p.c., il quale peraltro si manifesta immediatamente, senza necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza di riforma o cassazione, ritenendosi all'uopo applicabili – in via sussidiaria – le disposizioni dettate in materia di iscrizione di ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c.c.

²⁵ Cfr. sul punto C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 649 s., per il quale l'intento manifestato dal legislatore con l'art. 96, co. 2, c.p.c., vista l'incidenza pregiudizievole degli atti da esso sanzionati, è quello di “dissuadere da abusi nel loro compimento”.

Dunque, dal momento che il sistema risulta già imperniato sulla funzione deterrente esercitata *ex ante* dall'art. 96, co. 2, c.p.c., potrebbe pensarsi di rafforzare tale funzione, nelle ipotesi qui considerata, attraverso la possibilità di comminare una *astreinte* e, dunque, attraverso l'applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. A tal fine può pensarsi che il giudice che rigetti la domanda trascritta arricchisca – su istanza del convenuto – la propria pronuncia (oltre al consueto ordine al conservatore *ex art.* 2668, co. 2, c.c. e al risarcimento del danno rivolto all'attore *ex art.* 96, co. 2, c.p.c.) con una condanna indirizzata alla parte trascrivente a consentire⁽²⁶⁾ alla cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale ai sensi dell'art. 2668, co. 1, c.c.⁽²⁷⁾, eventualmente assistita da una misura coercitiva ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c. per ogni ritardo o rifiuto nell'adempimento di tale obbligo⁽²⁸⁾. In effetti, l'art. 2668 c.c. subordina la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale non solo all'ordine al conservatore contenuto in una sentenza passata in giudicato, ma anche e alternativamente al consenso “delle parti interessate”. In tale ottica, la prestazione del consenso alla cancellazione della trascrizione costituisce senz'altro un obbligo diverso dal pagamento di una somma

²⁶ Nel senso della coercibilità attraverso lo strumento della *astreinte* dell'obbligo di prestare il consenso si è espresso positivamente C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 76 s., in relazione all'azione prevista dall'art. 2932 c.c.: immaginando, per il caso di inadempimento del promittente venditore dell'obbligo di concludere il contratto, la formulazione nei confronti di quest'ultimo di due capi di domanda cumulati in via non alternativa: uno costitutivo *ex art.* 2932 c.c., e l'altro di condanna all'obbligo infungibile di concludere il contratto di vendita. L'A. osserva, fra l'altro, come “entrambe le domande perseguono lo stesso fine (far ottenere all'attore la proprietà del bene oggetto del contratto definitivo non concluso), ma consentono alla parte di ottenere quanto dovute in tempi diversi: la domanda *ex art.* 2932 c.c. dà luogo ad una sentenza costitutiva, che produrrà i suoi effetti solo dal passaggio in giudicato. La domanda di condanna a stipulare il contratto definitivo assistita da *astreinte* sfocia invece in una sentenza di condanna, che l'art. 282 c.p.c. dichiara provvisoriamente esecutiva anche se ottenuta in primo grado.

²⁷ Sul punto, in passato, si sono pronunciati in tal senso (dunque, non tanto con un ordine rivolto al conservatore dei registri immobiliari a cancellare la trascrizione, ma con una condanna rivolta all'attore a prestare il proprio consenso per la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale) Trib. Milano, 25 gennaio 2001; nonché Trib. Milano, 22 febbraio 2001, in *Giur. it.*, 2001, 1155

²⁸ Nella fattispecie diversa ma consimile del rifiuto del conservatore di procedere alla cancellazione *ex art.* 2888 c.c., Trib. Torino, 2 luglio 2010, in *Giur. it.*, 2011, 1121, con nota di D. FRASCHINI, *Note in tema di reclamo sul rifiuto del conservatore di eseguire l'ordine giudiziale (contenuto in una sentenza non passata in giudicato) di cancellare la trascrizione di un sequestro conservativo*, 1123 ss., ha affermato che «è ammissibile la domanda diretta all'emanazione di un provvedimento *ex art.* 614 *bis* c.p.c. per l'attuazione della prescrizione contenuta nel decreto emesso ai sensi dell'art. 113 disp. att. c.c., atteso che la norma richiama il concetto di “provvedimento” e risulta pertanto riferibile non soltanto alle sentenze».

di denaro – costituente limite all'applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. – che può portare, su domanda del convenuto, ad una condanna dell'attore soccombente ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c.

In tal modo, non si avrebbe neanche una violazione formale dell'art. 2668 c.c., posto che la cancellazione della trascrizione della domanda avverrebbe comunque sulla base del consenso – per quanto coartato – dell'interessato. Né potrebbe ritenersi che, dal momento che tale norma individua *ex ante* in una sentenza passata in giudicato il provvedimento giudiziale sulla cui base può provvedersi alla cancellazione della trascrizione, dovrebbe con ciò implicitamente escludersi l'ammissibilità di provvedimenti diversi (dalla sentenza di rigetto che costituisce mero accertamento) ma tendenti allo stesso scopo⁽²⁹⁾.

Tale argomento provverebbe troppo.

In primo luogo, infatti, non può negarsi che il convenuto abbia interesse – non solo da un punto di vista empirico, ma anche – giuridico ad ottenere un provvedimento che, anticipatamente rispetto al passaggio in giudicato della sentenza, condanni la parte alla cancellazione della trascrizione. Tale interesse, nel caso di specie, è concretamente ravvisabile in quel *quid pluris* che abitualmente distingue la tutela di condanna rispetto a quella di mero accertamento⁽³⁰⁾.

Inoltre, costituisce principio acquisito in giurisprudenza e dottrina che lo stesso bene della vita (nel caso di specie, la cancellazione della trascrizione della domanda) possa essere perseguito con forme di tutela diverse, che non si pongono tra loro in rapporto di alternatività e incompatibilità, ma di convergenza e complanarità, e che risultano tra loro cumulabili⁽³¹⁾.

²⁹ In altre parole, non sembra possa sostenersi che, in considerazione del fatto che l'ordinamento giuridico precostituisce lo strumento giurisdizionale necessario (individuato nella sentenza di accertamento negativo di rigetto della domanda dell'attore passata in giudicato), debba escludersi a priori l'interesse ad agire o la possibilità giuridica del convenuto di ottenere altra tutela (nella fattispecie, condanna dell'attore alla prestazione del consenso alla cancellazione) volta a tale scopo.

³⁰ Tradizionalmente si insegna che la sentenza di condanna contiene un *quid pluris* rispetto alla sentenza di accertamento (per esempio del credito), da ravvisarsi in quegli elementi che, individuando il *proprium* della sentenza di condanna rispetto a quella di mero accertamento, sarebbero idonei a differenziarle. Tali elementi coincidono con l'efficacia esecutiva (art. 474 c.p.c.), la possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale (art. 2818 c.c.), nonché la soggezione al termine di prescrizione previsto dall'art. 2953 c.c.

³¹ Può ricordarsi al riguardo la giurisprudenza che si è formata in materia di modificazione consentita della domanda in primo grado, laddove si è affermato che un soggetto può aspirare al medesimo bene della vita (la disponibilità materiale di una cosa) sia per via di domanda costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., sia per via di accertamento del trasferimento della proprietà già avvenuto, in ogni caso con conse-

In ultimo, sostenere – diversamente da quanto sin qui sostenuto – che solo il rigetto passato in giudicato della domanda permetta la cancellazione della trascrizione di quest’ultimo, riproporrebbe un sistema chiuso di azioni “tipiche o tipizzate” che il nostro ordinamento non conosce.

Peraltro, l’applicabilità dell’art. 614-bis c.p.c. nell’ipotesi di cui si discorre permette di mantenere in capo al giudice una certa discrezionalità in ordine alla pronuncia dell’*astreinte*: quest’ultima infatti può essere legittimamente rifiutata laddove la controversia si dimostri effettivamente complessa, ovvero il convenuto non adduca alcun pregiudizio derivante dal mantenimento della trascrizione della domanda.

Per contro, attraverso la comminatoria di una *astreinte* e l’esecutività provvisoria della sentenza di condanna di primo grado ai sensi dell’art. 282 c.p.c., si rafforzerebbe la funzione *lato sensu* coercitiva già prefigurata dall’art. 96, co. 2, c.p.c., concretizzando ciò che l’attuale sistema in definitiva non consente: vale a dire, rendere effettivamente diseconomico per l’attore (almeno a partire dall’emanazione della sentenza di prime cure) mantenere la trascrizione della domanda giudiziale.

In tal modo, a fronte della comminatoria di una *astreinte*, si aprirebbero per l’attore condannato diversi scenari: in primo luogo, nelle ipotesi in cui la domanda giudiziale sia stata trascritta (non solo senza la normale prudenza, ma anche) con eccessiva leggerezza ovvero pretestuosamente, l’attore sarà naturalmente indotto a desistere – se non dall’agire in giudizio, almeno – dal persistere nel mantenere la trascrizione della domanda, con ciò soddisfacendo immediatamente l’interesse del convenuto, senza dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza.

In alternativa, l’attore avrebbe comunque la possibilità di proporre appello avverso la sentenza di primo grado, richiedendo contestualmente l’inibitoria della sentenza di primo grado e – in particolare – del capo relativo all’*astreinte* (artt. 283 e 351 c.p.c.⁽³²⁾): in tale sede, il giudice di appello avrebbe la possibilità di

quenziale condanna alla consegna o al rilascio del bene. Sul punto, basti qui il richiamo all’arresto Cass. civ., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Corriere giur.*, 2015, 961 ss., con nota di C. CONSOLO, *Le S. U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno.*

³² Si segnala, peraltro, come anche tali articoli sono stati riformati dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, prevedendo ora l’art. 283, co. 1, c.p.c. che il giudice d’appello possa sospendere in tutto o in parte l’efficacia esecutiva o l’esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione, se l’impugnazione appare manifestamente fondata o se dall’esecuzione della sentenza può derivare un pregiudizio grave

apprezzare sommariamente, da una parte, la capacità della sentenza di resistere ai motivi di appello dell'attore soccombente (*fumus bonis juris*) e, dall'altra parte, il grado di pregiudizio che potrebbe correre l'attore in caso di cancellazione della trascrizione (*periculum in mora*).

In ultimo, non è da escludere che l'attore potrebbe essere tanto sicuro delle proprie ragioni, confidando in un ribaltamento della sentenza di primo grado in sede di impugnazione, da decidere consapevolmente di non ottemperare alla condanna ad acconsentire alla cancellazione della trascrizione, nonostante la comminatoria della misura coercitiva. In tal caso, infatti, la riforma o cassazione della sentenza di prime cure implicherà anche (direttamente, ovvero ai sensi dell'art. 336 c.p.c.) il venir meno del capo relativo all'*astreinte*, potendo recuperare le somme *medio tempore* prestate ovvero facendo venir meno il fondamento dell'espropriazione che sia stata nel frattempo iniziata per la loro riscossione⁽³³⁾.

ABSTRACT:

L'articolo commenta la sentenza della Corte Costituzionale 143/2022 che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2652, 2653 e 2668 c.c., tentando di individuare nuove prospettive *de jure condendo*, nonché uno strumento di tutela *de jure condito* per il convenuto che subisca la trascrizione di una domanda giudiziale palesemente infondata.

The article comments on the Constitutional Court's sentence 143/2022 that declared inadmissible the question of the constitutional legitimacy of Articles 2652, 2653 and 2668 of the Italian Civil Code, attempting to identify new perspectives de jure condendo, as well as a de jure condito remedy for the defendant who suffers the transcription of a manifestly unfounded court application.

e irreparabile, pur quando la condanna ha ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti”

³³ In tal senso si esprime la dottrina più autorevole: si veda, tra tutti, F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2015, 249.

**Cons. St., Ad. Plen., sent. 13 febbraio
2023, n. 5**

PRES. MARUOTTI – EST. ROTONDANO

Vincolo di interesse storico-artistico
– vincolo di destinazione d’uso – beni
culturali immateriali – attività culturali
– discrezionalità tecnica

È legittimamente tutelabile la destinazione d’uso di un bene culturale qualora questa risulti allo stesso indissolubilmente legata, e la misura imposta volta a salvaguardarne l’integrità materiale, senza che ciò si risolva nell’obbligo di gestire determinata attività. L’ammissibilità di tale vincolo-storico artistico va pertanto giudicata avendo riguardo all’adeguatezza della motivazione posta a fondamento e della decisione amministrativa, e non in base a fattispecie derogatorie predeterminate in via astratta.

DALLA MOTIVAZIONE

[omissis]

3.1. Il potere di imporre limiti all’uso del bene culturale discende dal combinato disposto degli articoli 18, comma 1, 20, comma 1, e 21, comma 4, del Codice approvato con il decreto legislativo n. 42/04, il quale:
- da un lato, attribuisce al Ministero il

potere di vigilanza sui beni culturali, al fine di garantire (altresì) il rispetto dei divieti posti dalla disciplina di riferimento, ivi compreso il divieto di usi non compatibili con il carattere storico o artistico del bene culturale oppure tali da recare pregiudizio alla sua conservazione;

- dall’altro, impone di comunicare al soprintendente il mutamento di destinazione d’uso del bene culturale, al fine di permettere all’Amministrazione di verificare la compatibilità del nuovo uso con le caratteristiche storiche o artistiche del bene o con la sua materiale conservazione.

L’art. 20 del d.lgs. 42 del 2004 ha inoltre previsto che «i beni culturali non possono essere distrutti, deteriorati, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione». Ne deriva che la disciplina positiva valorizza l’uso del bene culturale quale strumento per consentirne la conservazione materiale.

3.2. Inoltre, una tale interpretazione del quadro normativo - che riconosce la maggior latitudine possibile alla tutela del bene culturale, valorizzando l’importanza della motivazione alla base della decisione amministrativa - consente il raggiungimento degli

obiettivi di interesse generale sottesi alla disciplina in commento, correlati alla conservazione del patrimonio culturale quale elemento di formazione, promozione e trasmissione della memoria della comunità nazionale (art. 1, comma 2, D. Lgs. n. 42/04).

Per converso, il negare la possibilità di imporre vincoli culturali di destinazione d'uso - come il limitare un tale potere a fattispecie eccezionali, predeterminate in via astratta o correlate all'avvenuta trasformazione della *res* in relazione ad eventi culturali di particolare importanza - vanificherebbe le esigenze di tutela alla base del D. Lgs. n. 42/04, in tutte le ipotesi in cui un mutamento di destinazione d'uso possa comunque, tenuto conto delle particolarità concrete, essere pregiudizievole per la conservazione del bene e del relativo valore culturale che esso esprime.

3.3. Tale interpretazione non produce poi neanche un'irragionevole o sproporzionata limitazione del diritto di proprietà o della libertà di iniziativa economica. Premesso che i vincoli culturali hanno natura non espropriativa, bensì conformativa (facendosi questione di limiti imposti alla proprietà privata in relazione a modi di godimento di intere categorie di beni – indirizzo accolto da tempo dalla giurisprudenza, anche

costituzionale, cfr. Corte costituzionale, 20 dicembre 1976, n. 245), e rilevato che l'interesse culturale ex art. 9 Cost. prevale su qualsiasi altro interesse - ivi compresi quelli economici - nelle valutazioni concernenti i reciproci rapporti (Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151), la Corte costituzionale con la sentenza 9 marzo 1990, n. 118, nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge 1° giugno 1939, n. 1089 recante *ratione temporis* la disciplina dei beni culturali "per riferimento" (oggi prevista dall'art. 10, comma 3, lett. d), D. Lgs. n. 42/04), ha affermato principi che depongono nel senso della legittimità dei provvedimenti impositivi dei 'vincoli di destinazione d'uso'.

Con tale sentenza, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla conformità delle disposizioni sopra indicate all'art. 9 Cost., nella parte in cui non avrebbero previsto la possibilità di tutelare le attività tradizionali caratterizzanti una parte del territorio cittadino e, in particolare, i centri storici, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, evidenziando come «*il valore culturale dei beni di cui all'art. 2..., al cui genere appartengono quelli di cui trattasi, è dato dal collegamento del loro uso e della loro utilizzazione pregressi con accadimenti della storia, della civiltà*

o del costume anche locale. In altri termini, essi possono essere stati o sono luoghi di incontri e di convegni di artisti, letterati, poeti, musicisti ecc.; sedi di dibattiti e discussioni sui più vari temi di cultura, comunque di interesse storico-culturale, rilevante ed importante, da accertarsi dalla pubblica amministrazione competente. La detta utilizzazione non assume rilievo autonomo, separato e distinto dal bene ma si compenetra nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale e, quindi, non può essere protetta separatamente dal bene».

La Corte ha quindi concluso che “[l]’esigenza di protezione culturale dei beni, determinata dalla loro utilizzazione e dal loro uso pregressi, si estrinseca in un vincolo di destinazione che agisce sulla proprietà del bene e può trovare giustificazione, per i profili costituzionali, nella funzione sociale che la proprietà privata deve svolgere (art. 42 della Costituzione)”.

Resta fermo che il vincolo non può riguardare l’attività in sé e per sé, considerata separatamente dal bene, la quale attività deve, invece, essere libera secondo i principi costituzionali (artt. 2, 9, 21 e 33); così come è libera l’iniziativa economica, “salvo il suo indirizzo e coordinamento a fini sociali a mezzo leggi (art. 41 della Costituzione)” (Corte costituzionale, 9 marzo 1990, n.

118).

Dai sopra riportati principi, si ricava, dunque, che la tutela del bene culturale non può che estendersi anche al suo uso, ogni qualvolta anche quest’ultimo contribuisca alla sua rilevanza culturale.

3.4. Infine, tale interpretazione è coerente con il complessivo sistema normativo di tutela dell’interesse culturale, basato non soltanto sull’azione delle Autorità statali ai sensi del d.lgs. n. 42/04, ma anche sull’esercizio di distinti poteri pubblici, ascrivibili pure ad Amministrazioni non statali.

La Sezione remittente ha correttamente richiamato il potere di pianificazione territoriale, il cui esercizio ben può tenere conto delle esigenze legate alla tutela di interessi costituzionalmente primari, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del territorio su cui detto potere è esercitato (Consiglio di Stato, sez. II, 29 ottobre 2020, n. 6628).

In tale contesto, si inquadra quell’orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato che ha ammesso l’esercizio del potere di pianificazione territoriale anche in funzione dell’imposizione di ‘vincoli di destinazione d’uso, motivati dal riferimento al carattere storico-identitario che talune attività possano rivestire in determinati luoghi per la collettività locale: in tali ipotesi, è

ben possibile che un bene, pur privo in sé di valenza culturale, rivesta una oggettiva centralità identitaria per una città e sia considerato dagli abitanti (e dagli organi elettivi comunali) come elemento idoneo a rappresentarne il passato ed a rammentarlo (Consiglio di Stato, sez. IV, 22 agosto 2018, n. 5029, per un vincolo di destinazione a “caffè-bar”).

Sarebbe dunque irragionevole negare un’analoga possibilità all’Amministrazione istituzionalmente competente a tutelare i beni culturali, non consentendole di apprestare adeguata tutela a quelle attività – di qualsiasi natura - che nella storia sono divenute coesistenti con quella stratificazione del costruito, rappresentandone in una certa misura la stessa ragione d’essere.

[omissis]

3.6. Deve così ritenersi non estranea al sistema dei vincoli per la tutela delle cose di interesse storico o artistico la previsione del potere amministrativo di porre limiti alla loro destinazione, quando la misura imposta miri a salvaguardare l’integrità e la conservazione del bene (Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 741), senza che ciò si risolva nell’obbligo di gestire una determinata attività.

Si tratta di uno strumento di tutela del bene culturale che deve ritenersi generalmente

ammesso dalla legislazione di settore e che è riconducibile ai poteri di cui è titolare il Ministero della Cultura, occorrendo però - a differenza delle ipotesi tipicamente normate, in cui la valutazione circa la necessità del vincolo di destinazione d’uso è operata a monte, in via generale e astratta dal legislatore - l’intermediazione del potere amministrativo e una valutazione motivata in relazione alle peculiarità concrete, all’esito di un’adeguata istruttoria. In particolare, il provvedimento di imposizione di un ‘vincolo di destinazione come modalità di uso’ si deve basare su adeguata motivazione sulla sussistenza di valori culturali, estetici e storici tutelabili, avendo riguardo al riferimento della *res* alla storia della cultura e alla rilevanza artistica degli arredi ivi conservati (Consiglio di Stato, sez. VI, 10 ottobre 1983, n. 723, relativa al vincolo su una “fiaschetta”, per la quale l’Amministrazione ben può salvaguardare la prosecuzione di una certa attività economica in atto nell’immobile, ai sensi dell’articolo 11 della legge n. 1089 del 1939, all’epoca vigente *ratione temporis*, con la precisazione che l’Amministrazione non può, invece, imporre né che l’attività economica prosegua, né che continui ad essere svolta dallo stesso soggetto; cfr. anche sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 741;

16 novembre 2004, n. 7471).

[omissis]

3.8. In definitiva, quel che può essere imposto è un divieto di usi diversi da quello attuale, a tutela tanto del bene culturale quanto dei valori in esso incorporati. Tale tipologia di vincolo, a carattere e contenuto “misto” (di tipo “*intrinseco*” e di tipo “*relazionale esterno*” o “*testimoniale*”) ai sensi dell’art. 10, comma 3, lett. d) del Codice, è funzionale sia alla conservazione della *res* che alla prosecuzione dell’attività ivi svolta, se inscindibile e compenetrata negli elementi materiali considerati di interesse storico-culturale. A tal fine la motivazione del provvedimento di vincolo del bene, che vi imprima altresì una destinazione d’uso, potrà valorizzare, anche nell’ambito delle relazioni specialistiche allegate che ne costituiscano parte integrante, il collegamento tra gli elementi culturali materiali e quelli immateriali, invero nello svolgimento di un’attività, strumentale alla conservazione della *res* e del valore culturale che essa esprime, in ragione della sussistenza sia dell’immedesimazione dei valori storico culturali con le strutture materiali (l’immobile e gli arredi in esso contenuti) che del collegamento dei beni e della loro utilizzazione con determinati eventi della storia e della

cultura (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009; sez. VI, 17 febbraio 1999, n. 170).

Pertanto, l’Amministrazione, nel dichiarare l’interesse culturale del bene, può sia (in negativo) precludere ogni uso incompatibile con la conservazione materiale della *res*, sia (in positivo) disporre la continuità dell’uso attuale cui la cosa è stata, storicamente e fin dalla sua realizzazione, destinata: e ciò anche in assenza di un processo di trasformazione della *res* e a prescindere dal suo riferimento a una specifica iniziativa storico culturale di rilevante importanza.

Sotto tale ultimo profilo, si osserva, infatti, che, ai fini della dichiarazione dell’interesse culturale dei beni c.d. “*per riferimento*” ex art. 10, comma 3, lett. d), può essere sufficiente anche il richiamo a fatti ed eventi - comunque specifici - della ‘storia locale’ ovvero della ‘storia minore’, pur sempre idonei a giustificare la conservazione e la trasmissione del valore culturale (Consiglio di Stato, sez. VI, 14 giugno 2017, n. 2920; sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7471; Cons. Stato, VI, 18 ottobre 1993, n. 741, la quale, in relazione alla disciplina previgente dei beni culturali “*per riferimento*”, ha chiarito che il riferimento di un immobile con la storia politica, militare, della letteratura, dell’arte e della cultura, di cui è cenno

nell'art. 2 della legge 1° giugno 1939 n. 1089, all'epoca vigente, non implicava necessariamente che in esso si fosse verificato un evento di rilevanza storica o culturale, ma richiedeva quantomeno che la cosa immobile esprimesse una relazione con la storia della politica o della cultura, tale da consentire la conservazione o la trasmissione del valore culturale).

Anche sulla base del vigente quadro normativo, l'Amministrazione può porre alla base del provvedimento di vincolo ai fini del riconoscimento dell'interesse culturale ex art. 10, comma 3, lett. d) cit. il collegamento del bene con specifici fatti e accadimenti relativi alla storia sociale, politica, artistica e culturale, se essi, apprezzati unitariamente dalla stessa Amministrazione, consentano di riconoscere, all'esito di un'approfondita istruttoria, l'interesse culturale di cui il bene costituisce e reca testimonianza.

3.9. La motivazione del provvedimento dovrà essere adeguata e sorretta dalla rappresentazione delle ragioni per le quali il valore culturale espresso dalla *res* non possa essere salvaguardato e trasmesso se non attraverso la conservazione del suo pregresso uso che, compenetratosi nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale, è divenuto ad esso 'consustanziale'.

Tali valutazioni potranno poi essere oggetto di sindacato giurisdizionale

nei consueti limiti previsti per gli atti implicanti esercizio di discrezionalità tecnica riservata all'Amministrazione in merito alla *qualitas* di bene culturale (cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2021, n. 4318 e Consiglio di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4747): in sede di giurisdizione di legittimità, l'apprezzamento compiuto dall'Amministrazione preposta alla tutela potrà essere sindacato sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche; non sarà, invece, ammissibile alcun sindacato di tipo sostitutivo che vada a sovrapporre a una valutazione connotata da discrezionalità tecnica, implicante l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'architettura e caratterizzata da ampi margini di opinabilità, una valutazione alternativa, parimenti opinabile (come è stato già chiarito da Cons. giust. amm. Sicilia, 7 maggio 2021, n. 406; Consiglio di Stato, sez. VI, 4 settembre 2020 n. 5357).

Tale potere è poi esercitabile sia all'atto della comunicazione del mutamento della destinazione d'uso (ai sensi dell'art. 21, comma 4, cit.),

che in via anticipata, al momento della dichiarazione dell'interesse culturale della *res*, in applicazione del principio di prevenzione (art. 29, comma 2, D. Lgs. n. 42/04), che impone di limitare *ex ante* le situazioni di rischio connesse al diverso possibile uso del bene culturale. Parimenti, il vincolo di destinazione può essere imposto anche su un immobile già sottoposto a tutela per il proprio intrinseco pregio artistico, stante l'autonomia dei due vincoli, i quali vanno tra loro coordinati (così Cons. Stato, VI, 28 febbraio 1990, n. 321). Infine, deve rilevarsi come l'astratta possibilità di fatti successivi ed eventuali (quale, ad esempio, la cessazione dell'attività) non influisce sulla legittimità del provvedimento di vincolo, che va valutata in relazione alla situazione di fatto esistente al momento della sua adozione. Ad ogni modo anche tali aspetti potranno essere regolati, dopo l'apposizione del vincolo c.d. culturale, dal potere di controllo dell'amministrazione ai sensi degli artt. 18, 19, 20, 21 del Codice, tenuto conto che anche “*i privati proprietari, possessori o detentori di beni culturali sono tenuti a garantirne la conservazione*” (art. 30, comma 3).

4.1. La soluzione condivisa con riguardo ai beni culturali ex art. 10 D. Lgs. n. 42/04 va seguita anche con

riguardo alle ‘*espressioni di identità culturale collettiva*’ ex art. 7 bis D. Lgs. n. 42/04, in relazione alle quali, come rilevato dal giudice remittente, si ravvisa l'esigenza di salvaguardare non soltanto la conservazione della *res*, ma pure la continuità della condivisione, della riproduzione e della trasmissione delle manifestazioni immateriali a cui la cosa sia collegata.

[omissis]

4.5. Va rilevato che il procedimento di candidatura dei siti UNESCO non coincide necessariamente con l'azione di salvaguardia che il Ministero della Cultura è tenuto a svolgere sul territorio italiano, ove ritenga sussistenti i presupposti previsti dal Codice dei beni culturali, e che i provvedimenti di tutela di cui all'art. 7 bis cit. non impongono l'attivazione delle candidature, rilevanti per l'UNESCO.

Infatti, la disposizione statale richiama le Convenzioni Unesco al solo fine di identificare quelle fattispecie, costituenti “*espressioni di identità culturale collettiva*”, che possono essere assoggettate alle tutele di cui al Codice dei beni culturali, sussistendone le necessarie condizioni (e cioè “*qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10*”).

4.6. Ciò posto, mentre in ambito convenzionale la rilevanza degli elementi materiali (strumenti, oggetti, manufatti e spazi culturali) associati alle espressioni di identità culturale è soltanto eventuale, ben potendo tutelarsi in via immediata e diretta l'immaterialità della manifestazione culturale in sé, la disciplina nazionale richiede un collegamento qualificato con un elemento materiale.

La *res*, in particolare:
- da un lato, deve testimoniare l'esistenza e il modo di essere dell'espressione di identità culturale collettiva, potendo assumere indifferentemente la valenza di oggetto, mezzo o luogo su cui, attraverso cui o in cui vengono ricreate, condivise e trasmesse le espressioni che la comunità riconosce come componenti del proprio patrimonio culturale, distintive della propria storia, costituenti un lascito del passato, da preservare nel presente per la trasmissione alle future generazioni;
- dall'altro, deve essere già, di per sé, tutelabile ai sensi dell'art. 10 D. Lgs. n. 42/04, occorrendo l'integrazione dei presupposti e delle condizioni per la sua dichiarazione di interesse culturale. In questa ottica può concludersi che, ai fini dell'applicazione della disciplina in commento, la *res* deve avere un proprio interesse culturale ai sensi dell'art. 10 D. Lgs. n. 42/04, e rivestire

anche una particolare rilevanza per il suo collegamento qualificato con una manifestazione culturale immateriale, della cui esistenza la stessa *res* costituisce prova, consentendo di ricostruirne contenuto e caratteristiche identitarie.

4.7. Ciò posto, nell'attuale quadro ordinamentale e alla luce del collegamento tra la *res* e l'espressione culturale identitaria stabilito dalla disciplina vigente, deve ritenersi che gli strumenti di tutela del patrimonio culturale nazionale non possono essere evidentemente circoscritti, stante la portata innovativa e la *ratio* della norma, entro i tradizionali limiti della conservazione della *res*, propri delle manifestazioni culturali meramente materiali.

Infatti, le manifestazioni culturali immateriali, destinate per loro natura ad essere costantemente ricreate e condivise a beneficio della comunità di riferimento, necessitano ancor più di strumenti di tutela che ne permettano una continua riproduzione, indispensabile per evitarne la dispersione.

In particolare, ferme rimanendo le misure promozionali delle attività culturali, suscettibili di essere previste anche in ambito regionale (cfr. Corte cost., 28 marzo 2003, n. 94), il potere di tutela è funzionale, in siffatte ipotesi, a garantire non soltanto l'integrità

fisica della *res*, ma anche la continuità dell'espressione culturale di cui la cosa costituisce "testimonianza vivente".

4.8. Ai fini di un tale rafforzamento degli ordinari strumenti di tutela, è valorizzabile il vincolo di destinazione d'uso, che, come per i beni meramente materiali, ponga la *res* a servizio dell'espressione culturale di cui essa costituisce la testimonianza, in relazione al messaggio che il bene culturale, come un vero e proprio documento, è in grado di perpetuare per le generazioni future (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 settembre 2020, n. 5357).

Si fa questione, in definitiva, di un ulteriore strumento di tutela disponibile in capo all'Amministrazione ai sensi dell'art. 7 *bis* cit. in combinato disposto con gli artt. 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, D. Lgs. n. 42/04, che prescinde dall'avvio del procedimento di candidatura in ambito UNESCO, essendo riconducibile a potestà amministrative esercitabili, in ambito interno, dal Ministero della Cultura, attraverso i moduli procedurali ordinari, propri della tutela dei beni culturali ex artt. 13 e ss. D. Lgs. n. 42/04.

In senso contrario non depone l'art. 52, comma 1 *bis*, D. Lgs. n. 42/04, sulle misure promozionali e di salvaguardia dei locali in cui si svolgono attività di artigianato tradizionale e altre attività

commerciali tradizionali, "riconosciute quali espressione dell'identità culturale collettiva ai sensi delle convenzioni UNESCO di cui al medesimo articolo 7-bis, al fine di assicurarne apposite forme di promozione e salvaguardia, nel rispetto della libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione".

Infatti, tale comma 1 *bis* prevede una tutela procedimentale differente e non sovrapponibile a quella prevista dall'art. 7 *bis* (come disvela l'inciso iniziale: "fermo restando quanto previsto dall'articolo 7-bis"), affidandola ai Comuni, i quali devono "sentire il soprintendente".

Tale previsione, regolando, per lo più, le misure promozionali a sostegno delle attività culturali ivi richiamate, da un lato, fa salva proprio la disciplina di cui all'art. 7 *bis* cit., non influenzando, dunque, sugli strumenti di tutela riconducibili a quest'ultima disposizione; dall'altro, conferma come talune attività tradizionali, pure ove artigianali o commerciali, possano integrare gli estremi dell'espressione di identità culturale collettiva ex art. 7 *bis* cit. e, dunque, in tale qualità, essere assoggettati ai relativi strumenti di tutela previsti dalle disposizioni del Codice dei beni culturali, ricorrendone i presupposti di legge.

L'art. 7 *bis* non introduce una forma

di tutela distinta o alternativa, sul piano ontologico (salvo il *quid pluris* concernente la categoria di beni culturali assoggettabili a tutela) e procedimentale, rispetto alle misure di protezione ordinarie e tradizionali previste dal Testo Unico, ma integra e rafforza il sistema delle tutele ivi contemplate.

Pertanto, a una formalistica visione che contrappone, nell'ambito delle misure di protezione dei beni culturali, la "tutela delle cose" ex art. 10 d.lgs. 42/2004 (basata su un procedimento autoritativo di tipo verticale) alla "tutela delle attività" di cui all'art. 7 bis cit. (che richiederebbe, invece, l'intervento delle comunità interessate e un procedimento di tipo partecipativo), deve preferirsi un approccio integrato e dinamico della tutela del bene culturale, considerato nella sua interezza. Tale approccio, coerente con la più efficace tutela del bene culturale, è conforme ai principi affermati della Corte Costituzionale, la quale, con la menzionata sentenza n. 118 del 1990, ha statuito che il collegamento di un bene con il suo uso pregresso può imprimere e dare al medesimo il valore culturale che gli si riconosce, nella misura in cui detta utilizzazione, che non assume rilievo autonomo, separato e distinto dal bene, si compenetri nelle cose che ne costituiscono il supporto

materiale, dovendo essere insieme a questa protetta.

Non rileva sotto tale profilo la 'candidatura UNESCO' del bene, poiché il richiamo legislativo al diritto pattizio mira unicamente a definire l'oggetto della tutela, per cui troverà applicazione sempre la disciplina interna. In altri termini, la disposizione sopra richiamata non configura un sistema di protezione "binario" all'interno del Codice dei beni culturali e non contrappone le tradizionali misure vincolistiche, che hanno ad oggetto l'immobile in cui si svolgono le attività (quali quelle elencate all'art. 52, comma 1 bis), alle « classiche misure promozionali utilizzate per il sostegno delle attività (artigianali e commerciali) ivi svolte, riconosciute di valore culturale, in quanto espressione dell'identità collettiva ai sensi dell'articolo 7-bis » del medesimo d.lgs. 42/04.

Non sussiste, dunque, una diversità degli strumenti di tutela, ben potendo le misure previste dal legislatore per conservare le "cose" essere adeguatamente utilizzate per salvaguardare le "attività culturali" che per esse e in esse si svolgono, al ricorrere delle condizioni indicate dalla norma.

Anche in tale ipotesi, non può essere disposta una riserva di attività a favore di un determinato gestore, né

può essere imposto un obbligo di prosecuzione dell'attività a suo carico. Infatti, oggetti di tutela sono sempre il bene e l'attività culturale svolta in esso o per mezzo di esso, senza rilevare il 'chi' la svolga: se venisse meno o l'uno o l'altro -il locale, le opere e gli arredi o l'uso e l'attività - verrebbe meno la stessa ragion d'essere della tutela, che risiede in un'intima connessione tra gli elementi materiali tangibili e quelli immateriali.

È questo tutt'uno inscindibile che dà forma, infatti, a quella peculiare espressione artistica e storica riconosciuta di particolare interesse culturale, meritevole di perpetuarsi nel tempo.

Si tratta di una tutela che, al di là degli interessi contingenti dei singoli e dei gruppi, riguarda il bene culturale considerato in sé e nella sua interezza, come luogo di ritrovo e di memoria collettiva, da preservare e tramandare alle future generazioni: il bene culturale viene così ad assumere una particolare valenza identitaria per una determinata comunità, nazionale o locale, veicolandola nella contemporaneità, in una linea ininterrotta tra passato e presente, per effetto della continua ricreazione, condivisione e trasmissione della manifestazione culturale di cui la cosa costituisce testimonianza.

Ne consegue che possono essere tutelati,

mediante un vincolo di destinazione d'uso, anche i beni che sono espressione di una identità collettiva (perché in quel bene o per suo tramite sono accaduti eventi di rilevanza storica e culturale ovvero perché personaggi storici e illustri vi hanno trovato, in un dato momento, la loro collocazione), per i quali si riconosca l'impossibilità di scindere le dimensioni materiali da quelle immateriali, stante la loro immedesimazione.

Il potere conformativo dell'Amministrazione che a tal fine sacrifichi, ragionevolmente e in modo proporzionato, altri interessi e diritti soggettivi realizza, pertanto, un interesse pubblico primario e sovraordinato. Alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, tale interpretazione deve, infatti, ritenersi conforme all'art. 9 Costituzione (ai sensi del quale "*la Repubblica ... tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*") e, in virtù della primarietà del valore artistico culturale rispetto al valore economico (cfr. Corte Costituzionale, n. 151/1986 cit), non viola i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Inoltre, tale impostazione è coerente con l'impianto normativo di settore, da cui non si evince un limite astratto all'operatività del vincolo di destinazione d'uso, né che questo debba

essere circoscritto a ipotesi specifiche (come nei casi previsti dagli artt. 11 e 51 per la tutela degli “*studi d’artista*” e, soprattutto, dal combinato disposto degli artt. 11 e 52 comma 1 *bis*).

Per contro in siffatte ipotesi (può essere, come nella specie, il caso di un ristorante, ma anche di un teatro, di una sala cinematografica, di una farmacia o di una libreria di interesse storico, beni la cui presenza sul territorio rappresenta una componente particolarmente rilevante dell’offerta culturale del Paese), il vincolo sull’immobile e su quanto esso contiene non può prescindere, pena la sua vanificazione, dall’imprimervi un determinato uso.

In definitiva, anche la tutela dei beni culturali (in uno alle attività) che costituiscono “*espressione di identità culturale collettiva*” può essere disposta sulla base del Codice dei beni culturali. In tal caso, il provvedimento dichiarativo dell’interesse culturale del bene- che si esplica come atto unitario rispetto all’immobile, alle opere d’arte e agli arredi in esso contenuti (art. 10, comma 3, lett. d), nonché agli aspetti immateriali (art. 7 *bis*)- dovrà dare evidenza dell’esistenza di un’indissolubile connessione fra beni materiali e beni immateriali che attribuisca ad un tempo rilevanza storico- artistica ai beni e valore storico e sociale all’attività svolta.

[*omissis*]

7. In conclusione vanno enunciati i seguenti principi di diritto:
- ai sensi degli articoli 7 *bis*, 10, comma 3, lettera d), 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, del Codice n. 42 del 2004, il ‘vincolo di destinazione d’uso del bene culturale’ può essere imposto quando il provvedimento risulti funzionale alla conservazione della integrità materiale della cosa o dei suoi caratteri storici o artistici, sulla base di una adeguata motivazione da cui risulti l’esigenza di prevenire situazioni di rischio per la conservazione dell’integrità materiale del bene culturale o del valore immateriale nello stesso incorporato;
- ai sensi degli articoli 7 *bis*, 10, comma 3, lettera d), 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, del Codice n. 42 del 2004, il ‘vincolo di destinazione d’uso del bene culturale’ può essere imposto a tutela di beni che sono espressione di identità culturale collettiva, non solo per disporre la conservazione sotto il profilo materiale, ma anche per consentire che perduri nel tempo la condivisione e la trasmissione della manifestazione culturale immateriale, di cui la cosa contribuisce a costituirne la testimonianza. Il giudizio va restituito alla Sezione remittente, ai sensi dell’art. 99, comma

4, cod. proc. amm., la quale dovrà decidere gli appelli sulla base dei principi di diritto enunciati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

- enuncia i principi di diritto di cui in motivazione;
- restituisce il giudizio ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm., alla Sezione remittente che dovrà provvedere anche sulle spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

AGNESE MUSSATTI

(Dottoranda di ricerca in *Analysis and Management of Cultural Heritage* presso la Scuola IMT Alti Studi Lucca)

IL VINCOLO CULTURALE È SULL'IMMOBILE, MA PUÒ TUTELARNE ANCHE L'USO. TUTTO CAMBIA AFFINCHÉ NULLA CAMBI?*

Sommario: 1. Premessa 2. I fatti e i quesiti sottoposti alla Plenaria 3. Le direttrici esegetiche della sentenza. I beni culturali c.d. per riferimento 3.1 (*Segue*) Le espressioni di identità culturale collettiva 4. Rilievi conclusivi, affinché (qualcosa) cambi

1. PREMESSA

Il Consiglio di Stato, riunito in Adunanza Plenaria, sancisce l'ammissibilità del vincolo culturale di destinazione d'uso. Nello specifico, ne legittima l'imposizione per entrambe le situazioni prospettate dalla Sezione remittente⁽¹⁾: (i) nel caso di beni culturali c.d. per riferimento (art. 10, co. 3, lett. d)⁽²⁾, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42⁽³⁾ qualora dalla motivazione del provvedimento amministrativo emerga la necessità di tutelare un particolare uso atto a garantirne l'integrità materiale ovvero i caratteri storici o artistici; (ii) in presenza di espressioni di identità culturale collettiva *ex art. 7-bis* del Codice, incorporate in beni culturali che di queste costituiscono testimonianza tangibile.

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Cons. St, Sez. VI, ord. 28 giugno 2022, n. 5357.

² «Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13 le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose. Se le cose rivestono altresì un valore testimoniale o esprimono un collegamento identitario o civico di significato distintivo eccezionale, il provvedimento di cui all'articolo 13 può comprendere, anche su istanza di uno o più comuni o della regione, la dichiarazione di monumento nazionale».

³ Codice dei beni culturali e del paesaggio. A volte, per brevità, il Codice.

La pronuncia conclude un dibattito di ormai lunga data sul rapporto tra bene, attività e valore immateriale, collocandosi a valle di una serie di decisioni discordi sull'estensibilità degli effetti del vincolo ad attività culturali commerciali⁽⁴⁾ o ad altre espressioni immateriali⁽⁵⁾ incluse nel bene. In virtù della funzione nomoflattica di cui è affidataria, la Plenaria detta una linea interpretativa che avalla il più ampio grado di elasticità ai meccanismi di protezione del Codice, osservando che «non sussiste una diversità degli strumenti di tutela, ben potendo le misure previste dal legislatore per conservare le “cose” essere adeguatamente utilizzate per salvaguardare le “attività culturali” che per esse e in esse si svolgono».

Soffermandosi su tale valorizzazione della disciplina codicistica, giudicata in grado di estendersi alla protezione di manifestazioni sostanzialmente incorporee, questo commento rifletterà anzitutto sul percorso argomentativo tracciato dal Collegio, ragionando su questioni che ne determinano, in definitiva, una natura ambivalente. Si evidenzierà infatti come lo stesso riveli, da un lato, tratti di indiscussa innovatività, poiché arricchisce la portata del vincolo allargandone il raggio d'azione, che è ora esteso a situazioni complesse di coesistenza tra cosa e attività, ricomprendendo nella funzione di tutela anche la salvaguardia della dimensione immateriale del bene. D'altro canto, si sottolineerà come la stessa originalità affievolisca dinanzi alla cristallizzazione di un “nuovo” vincolo sull'uso all'interno della canonica impostazione del Codice: imperniato sul requisito della materialità, quest'ultimo continua a imporre la necessaria compenetrazione tra attività e *res* che la contiene.

Sarà allora importante individuare, in seconda battuta, possibili sviluppi che tendano di ragionare su alternative esterne, *de iure condendo*, ai limiti positivamente

⁴ Il tema delle attività culturali è particolarmente esteso, anche alla luce della connotazione commerciale che possono in taluni casi possedere. Relativamente a quest'ultimo tema si rimanda a G. TROPEA e A. GIANNELLI, *Riflessioni in tema di salvaguardia dei “locali storici”*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 2, 211 ss. A livello generale, invece, si vedano S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976, 177 ss.; D. AMIRANTE, *Le attività culturali: una nozione da costruire*, in *Trattato di diritto amministrativo-I beni e le attività culturali*, a cura di A. Catelani e S. Cattaneo, diretto da G. Santaniello, XXXIII, Padova, 741 ss.

⁵ Come si vedrà nel corso della trattazione, nella vicenda in esame tali espressioni sono identificate nell'oggetto dell'art. 7-bis del Codice, dedicato alle c.d. espressioni di identità culturale collettiva. Il tema dell'immaterialità è tuttavia molto più ampio: consolidata dottrina – a partire dalla nota teoria di M.S. Giannini nel saggio del 1976 *I beni culturali* – ragiona da tempo sulla questione argomentando l'eventuale autonoma rilevanza di beni culturali immateriali. Si rimanda, a tal proposito, alle note bibliografiche che nel testo daranno conto dell'ampiezza del dibattito.

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

imposti dal Codice. A tal proposito, verranno riprese alcune delle osservazioni del giudice di prime cure, che, seppur rigoroso nel rigettare l'ammissibilità del vincolo di destinazione d'uso, raccomandava un intervento legislativo in grado di rappresentare più fedelmente un contesto culturale in espansione, nel quale espressioni e produzioni artistiche sono spesso totalmente dematerializzate⁽⁶⁾. Riecheggiano allora le riflessioni di M.S. Giannini sulla mutevolezza della concezione di bene culturale nella storia⁽⁷⁾: un ordinamento pronto intercettare gli sviluppi in ambito culturale – ma anche sociale, tecnologico, politico ed economico – dovrà ad un certo punto interrogarsi sull'elasticità di regole modellate su una particolare, e storica, nozione di patrimonio⁽⁸⁾.

2. I FATTI E I QUESITI SOTTOPOSTI ALLA PLENARIA

Precede la pronuncia dell'Adunanza Plenaria una articolata vicenda processuale che vede contrapposte la società⁽⁹⁾ conduttrice del locale in cui svolge l'attività di uno storico ristorante di Roma⁽¹⁰⁾ e la società proprietaria dell'intero complesso immobiliare⁽¹¹⁾.

Il contenzioso, risolto in sede civile con la condanna della prima al rilascio del

⁶ Si rimanda sul punto alle considerazioni svolte da P. FORTE nell'articolo *Full Jurisdiction, arte, cultura. Un discusso confine in movimento*, in *P.A. (Persona e Amministrazione)*, 2018, 2, 166 ss.

⁷ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 8.

⁸ Si inserisce nel medesimo solco tematico della pluralità delle concezioni di bene, e dunque di patrimonio culturale, anche L. CASINI, *Per una nuova legge di tutela. Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, in *I beni culturali tra tutela, mercato e territorio*, a cura di L. Covatta, Firenze, 2012, 161 ss., che sostiene esistano plurime definizioni funzionali alla finalità pubblica perseguita. Si v. inoltre A. BARTOLINI, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2013, 113 ss. e, più di recente, ID., *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. Amm.*, 2019, 2, 223 ss.

⁹ L'Originale Alfredo all'Augusteo s.r.l.

¹⁰ Il c.d. Ristorante *Il Vero Alfredo*.

¹¹ Atlantica Properties s.p.a., proprietaria dal 2016 del suddetto complesso immobiliare, in origine di proprietà pubblica e trasferito al c.d. Fondo Comune di Investimento Immobiliare di Tipo Chiuso (FIP) ai sensi del d.l. n. 351/2001, conv. l. n. 410/2001. Già dichiarato di interesse culturale (artt. 10, co. 1 e 5, e 12, co. 1 del Codice), sullo stesso intervenne autorizzazione ministeriale ai fini della vendita (nota n. 2594 del 25 marzo 2005). Si legge nella sentenza in epigrafe che l'amministrazione richiese in quella circostanza la *conservazione delle attuali destinazioni d'uso degli immobili*, vietando la destinazione ad utilizzi, anche a carattere temporaneo, non compatibili con l'interesse culturale accertato o tali da creare pregiudizio alla conservazione e al pubblico godimento.

locale (Tribunale di Roma, sent. 31 agosto 2018, n. 2373), si trasferiva in sede amministrativa, nelle more dell'esecuzione di tale sentenza, a seguito dell'avvio da parte del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo⁽¹²⁾ di un procedimento di dichiarazione di interesse culturale dell'immobile sede del ristorante, concluso con relativo d.m. 13 luglio 2018, n. 50. Nel decreto si dichiarava il locale di interesse particolarmente importante ai sensi dell'art. 10, co. 3, lett d), e in considerazione dei principi enunciati dall'art. 7-bis del Codice, prescrivevone dunque non solo la protezione materiale, ma anche la *continuità d'uso*, ossia la conservazione dell'attività di ristorazione. L'interesse culturale di tale «spazio fisico e simbolico di incontro di mondi e individui»⁽¹³⁾ era infatti determinato dall'unione inscindibile tra la dimensione materiale – rappresentata dal locale, dagli arredi e dalle opere di Gino Mazzini – e quella immateriale del bene – costituita dalla tradizione enogastronomica e dagli «aspetti legati alla tradizione culturale di convivialità del locale».

Avverso tale provvedimento e relativi atti connessi la società proprietaria dell'edificio presentava ricorso al T.A.R. Lazio di Roma, paventando la configurazione di un vincolo anche sulla destinazione d'uso che avrebbe generato un vantaggio esclusivo nei confronti dell'attuale gestore (peraltro *sine titulo*, in considerazione della sentenza civile citata) e dunque ledendo i principi costituzionali di libertà dell'iniziativa economica e di tutela della proprietà privata (artt. 41, co. 1, e 42, co. 2, Cost.)⁽¹⁴⁾.

In primo grado, la sent. del 19 maggio 2021, n. 5864 aderiva, accogliendo il ri-

¹² Oggi Ministero della cultura. Nel testo, per brevità, anche il Ministero.

¹³ In questi termini la *Relazione storico-critica* allegata al provvedimento, che intravede nel locale la capacità di offrire uno sguardo inedito sul costume e sulla vita presente e passata della città di Roma, nonché su aspetti peculiari della costruzione dell'immaginario dell'italianità all'estero, in particolare negli Stati Uniti e in America Latina. Appartiene a tale Relazione anche la citazione successiva.

¹⁴ Sul tema, ma senza pretese di completezza, si considerino tra le opere monografiche, S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959; P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente". Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, Padova, 1978; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981. Tra le voci enciclopediche si segnala inoltre G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990. Per quanto concerne, nello specifico, il settore culturale, si vedano infine M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991, spec. 25 ss.; F.S. MARINI, *Il privato e la Costituzione. Rapporto tra proprietà e impresa*, Milano, 2000, spec. 54 ss. E inoltre, più di recente, M. FIORILLO, *Fra Stato e mercato: spunti in tema di costituzione economica, costituzione culturale e cittadinanza*, in *Rivista AIC*, 2018, 2.

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

corso, ad una interpretazione particolarmente restrittiva del dettato legislativo: il vincolo di destinazione d'uso risultava ammissibile solo nell'ipotesi positivamente prevista degli studi d'artista (art. 51 Cod.⁽¹⁵⁾). Diversamente, mancavano modalità di tutela idonee a intervenire sulla conservazione di un bene giuridico che il giudice definiva «ontologicamente diverso» e dunque appartenente ad un distinto sistema di protezione. L'impianto complessivamente considerato era dunque da intendersi come «binario»: da un lato, gli strumenti autoritativi preordinati alla tutela dei beni culturali, dall'altro – e separatamente – le misure promozionali adottate a sostegno delle attività (artigianali e commerciali) di riconosciuto valore culturale. Le espressioni di identità culturale collettiva, per giunta, nemmeno coincidevano con la totalità di tali attività culturali o commerciali tradizionali, in virtù di un peculiare processo di identificazione *bottom-up*, proprio delle comunità detentrici, diverso da quello verticale, proprio invece dell'autorità di tutela. Si configurava pertanto, secondo il giudice di prime cure, un difetto di base giuridica nel provvedimento, oltre al carattere irragionevole e sproporzionato dello stesso⁽¹⁶⁾ in virtù delle suggerite limitazioni *extra legem* alla libertà d'impresa e alla proprietà privata.

Articolati motivi di impugnazione muovevano controparte e amministrazione resistente ad appellare la sentenza in questione. Si riassumono qui i principali, che introducono agevolmente la struttura argomentativa del giudizio. (i) L'art. 20, co. 1, Cod. quale base legale del provvedimento, poiché prescrittiva del divieto di «usi non compatibili o tali da recare pregiudizio alla conservazione della cosa»; (ii) la compresenza delle due dimensioni – materiale e immateriale – che consentirebbero, da un lato, di indirizzare l'attività amministrativa verso una tutela *integrata* invece che separata, e, dall'altro, di intravedere la possibilità di una «tutela dell'immateriale [...] superando il regime vincolistico tradizionale»; (iii) la valorizzazione della motivazione del provvedimento, frutto di valutazione tecnico-discrezionale del Ministero, non sostituibile con altra di pari grado; (iv) l'i-

¹⁵ Sul punto E. BOSCOLO, *Commento all'art. 51*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2018, 536.

¹⁶ Relativamente al tema della proporzionalità amministrativa, *ex multis*: D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. Sul principio di ragionevolezza – ancora una volta senza pretese di esaustività – P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011.

nammissibilità di una sovrapposizione tra procedimento di candidatura UNESCO e azione di tutela ministeriale.

Pressoché sugli stessi cardini argomentativi si instaurava il ragionamento della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, che ha riconosciuto l'esistenza di un vincolo di destinazione d'uso all'interno del provvedimento ministeriale, validandone inoltre l'ammissibilità – in senso opposto alla pronuncia di prime cure. Pur ravvisando la solidità dell'impianto argomentativo, la rimessione di entrambi i ricorsi (principale e incidentale) all'Adunanza Plenaria si rendeva necessaria, secondo il Collegio, alla luce di alcune considerazioni strutturali. Anzitutto, la disomogeneità, in giurisprudenza, della posizione da assumere relativamente all'ammissibilità di tale vincolo di destinazione d'uso⁽¹⁷⁾. In secondo luogo, la peculiare disciplina introdotta dall'art. 7-bis del Codice, problematica sotto diversi punti di vista, e nello specifico: (i) nell'introdurre «questioni giuridiche nuove correlate alla tutela del patrimonio culturale immateriale», da valutare in sede nomofilattica; (ii) nel proporre una formulazione vaga, foriera di eventuali conflitti giurisprudenziali, dal momento che il requisito della materialità resterebbe ambiguo rispetto a *cosa* debba tradursi in testimonianza materiale e *come* la disciplina del Codice possa coordinarsi con manifestazioni immateriali. Infine, la portata generale di questioni in grado di ripercuotersi sull'oggetto e i contenuti del potere ministeriale di tutela, che avrebbe potuto dilatarsi fino a ricomprendere l'agevolazione della trasmissione di espressioni di identità culturale collettiva.

Pertanto, l'ordinanza di rimessione poggiava sui due quesiti seguenti:

1. Se il vincolo di destinazione d'uso a favore della conservazione dei beni culturali c.d. per riferimento (art. 10, co. 3, lett. d) fosse ammissibile e incluso nel potere ministeriale di tutela (artt. 18, co. 1, 20, co. 1, 21, co. 4, e 29, co. 2) e,

¹⁷ Come approfondito *infra*, nel paragrafo successivo, le direttrici esegetiche cui la giurisprudenza ha nel tempo aderito sono tre: (i) l'inammissibilità del vincolo di destinazione d'uso per incompatibilità con il dettato legislativo, che individua positivamente l'unica fattispecie derogatoria degli studi d'artista (interpretazione adottata, da ultimo, dal T.A.R. Lazio di Roma nella vicenda processuale in esame, sez II-quater, 19 maggio 2021; cfr. la nota n. 18 per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali); (ii) l'inammissibilità di tale vincolo, ferma restando, oltre al dato normativo, l'ulteriore deroga prevista in tutti i casi in cui il bene abbia subito una particolare trasformazione con una sua specifica destinazione ovvero abbia mantenuto uno stretto legame con un'iniziativa storico-culturale di rilevante importanza (cfr. la nota n. 19 per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali); (iii) l'ammissibilità del vincolo suddetto in presenza di adeguata motivazione del relativo provvedimento amministrativo (cfr. la nota n. 21 per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali e, trattandosi dell'indirizzo adottato dalla Plenaria nella sentenza in esame, anche le riflessioni svolte da quest'ultima).

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

in caso affermativo, quali condizioni sottendessero tale potere: la trasformazione o stretto collegamento della *res* rispetto a una specifica destinazione o iniziativa storico-culturale, ovvero la presenza di adeguata motivazione del provvedimento.

2. Se, nella medesima situazione, fosse comunque ammissibile un vincolo di destinazione d'uso a garanzia non solo della conservazione della *res*, ma pure – ai sensi dell'art. 7-bis Cod. – della continua ricreazione, condivisione e trasmissione della manifestazione culturale immateriale di cui la cosa costituisce testimonianza.

3. LE DIRETTRICI ESEGETICHE DELLA SENTENZA. I BENI CULTURALI C.D. PER RIFERIMENTO

Condividendo l'osservazione sulla divergenza interpretativa della giurisprudenza rispetto all'ammissibilità (e agli eventuali presupposti) di un vincolo di destinazione d'uso, l'Adunanza Plenaria ripercorre i tre orientamenti elencati nell'ordinanza di rimessione, argomentando la scelta di aderire, conformemente all'ordinanza suddetta, all'indirizzo esegetico basato sulla c.d. tesi della motivazione. Rileva il Collegio che tre graduali interpretazioni intervengono sulla questione.

La prima, più restrittiva, contesta l'ammissibilità di tale vincolo in virtù della sua incompatibilità con il dato legislativo – che consentirebbe di derogare alla regola generale di divieto solo nel caso positivamente previsto degli studi d'artista – e con le previsioni costituzionali e convenzionali relative al diritto di proprietà e alla libertà di iniziativa economica⁽¹⁸⁾.

La seconda, che pure concorda sulla genericità del divieto, ammette un'ulteriore fattispecie derogatoria: individua in via generale e astratta tutti i casi in cui il bene abbia subito una particolare trasformazione con una sua specifica destinazione o abbia mantenuto uno stretto legame con un'iniziativa storico-culturale di rilevante importanza, ritenendo il vincolo funzionale, in tali circostanze, alla conservazione immediata e diretta del bene⁽¹⁹⁾.

¹⁸ Così Cons. St., Sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1266; Sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4198; Sez. VI, 2 marzo 2015, n. 1003; Sez. IV, 29 dicembre 2017, n. 6166; Sez. V, 25 marzo 2019, n. 1933. Come osservato, aderisce a tale interpretazione anche il giudice di prime cure nella vicenda in esame (T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II-quater, 19 maggio 2021, n. 5864).

¹⁹ Aderenti a questo orientamento le sentenze seguenti del Consiglio di Stato: Cons. St., Sez. VI, 28 agosto 2006, n. 5004; Sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009; Sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3255.

La terza, cui aderisce, ribalta la prospettiva derogatoria delle due precedenti, individuando nella sola adeguatezza della motivazione del provvedimento amministrativo⁽²⁰⁾ – e dunque nell’esistenza di condizioni concrete opportunamente argomentate – il presupposto di ammissibilità del vincolo di destinazione d’uso⁽²¹⁾. La tesi sarebbe comprovata, sostiene il Collegio, dal forte risalto conferito all’uso all’interno del Codice, nel quale si invita l’amministrazione a valorizzarne l’esistenza, specie nella dimensione negativa di “usi incompatibili”, al fine di garantire la più completa conservazione materiale del bene⁽²²⁾.

Alla medesima conclusione condurrebbe anche una analisi di ordine sistematico relativa agli obiettivi di interesse generale che sottendono la tutela dei beni culturali. Quest’ultima apparirebbe infatti frustrata dal diniego o dall’individuazione di specifiche fattispecie di ammissibilità, come nel caso citato del secondo orientamento (avvenuta trasformazione della *res* a seguito di eventi culturali di particolare importanza). Al contrario, l’allargamento del potere di tutela alla condizione di idoneità della motivazione del provvedimento amministrativo – dunque di discrezionalità tecnica⁽²³⁾ – rispetto a individuati valori culturali agevolerebbe la più

²⁰ Si richiamano sul tema, *ex plurimis*, G. MIELE, *L’obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro Amm.*, 1942, I, 126 ss.; C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943, III, 2 ss.; B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 374 ss. Tra le voci enciclopediche: M.S. GIANNINI, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 261 ss.; G. CORSO, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Agg., 2001, 774 ss.; B.G. MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.), in *Diz. dir. pubbl.*, IV, Milano, 2006, 3748 ss.; A. ROMANO TASSONE, *ivi*, 3741 ss. Tra le monografie: A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987, 7 ss.; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, Padova, 2013; M.S. BONOMI, *La motivazione dell’atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, 2020.

²¹ Segue tale indirizzo esegetico la prima pronuncia in tema di vincolo di destinazione d’uso sul bene culturale, Cons. St., Sez. VI, 10 ottobre 1983, n. 723, relativa alla c.d. *Fiaschetteria Beltrame*: «non è estranea al sistema dei vincoli per la tutela delle cose d’interesse storico o artistico» sostenne il Collegio «la previsione di limiti alla loro destinazione [...]», in virtù di disposizioni che ripercorrevano l’attuale portata dell’art. 20 Cod., relativo ai c.d. usi incompatibili e come esposto da una motivazione «assai ampia e dettagliata del locale e delle sue caratteristiche». Successivamente anche Cons. St., Sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 741; Sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7471.

²² Si vedano gli artt. 18, co. 1, 20, co. 1, e 21, co. 4 del Codice, dedicati, rispettivamente, alla vigilanza, agli interventi vietati (tra i quali gli usi incompatibili del bene) e quelli soggetti ad autorizzazione (mutamento di destinazione d’uso).

²³ Sul tema della discrezionalità tecnica in capo al Ministero della Cultura si vedano, in dottrina, A.L.

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

ampia e possibile protezione del patrimonio culturale come definito dall'art. 1 del Codice. La destinazione d'uso sarebbe legittimamente inclusa nel vincolo ogni qualvolta questa risultasse inscindibile e determinante rispetto alla culturalità del bene, e il suo mutamento pregiudizievole per la conservazione dello stesso, anche nei casi in cui più stringenti orientamenti non lo avrebbero previsto.

Sorreggerebbero infine tale terzo orientamento anche considerazioni sul dato costituzionale. La facoltà dell'amministrazione di imporre un vincolo sull'uso, lungi dal configurarsi come potere espropriativo⁽²⁴⁾, rientrerebbe infatti nella c.d. funzione sociale costituzionalmente svolta dalla proprietà privata, di cui all'art. 42 Cost. e come già sancito dalla storica sentenza della Corte costituzionale del 9 marzo 1990, n. 118⁽²⁵⁾, relativa all'*Antico Caffè Genovese* di Cagliari. Ferma restando la libertà di iniziativa economica – e dunque l'impossibilità di vincolare la sola attività e di imporre obbligo di prosecuzione a individuato gestore – la c.d. compenetrazione tra supporto materiale e uso consente di estendere la protezione amministrativa alla destinazione, e dunque di agire in maniera proporzionata e ragionevole sulle facoltà dominicali, esercitando un potere conformativo⁽²⁶⁾ che soddisfa un interesse pubblico prevalente: quello culturale⁽²⁷⁾. Il provvedimento amministrativo sarebbe dunque volto alla tutela della «preminenza del bene

TARASCO, *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2004, 9, 2443 ss.; G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 718 ss.; G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016, 3. In giurisprudenza, di recente ed *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167; Sez. VI, 3 marzo 2022, n. 1510; Sez. VI, 10 settembre 2021, n. 6253; Sez. VI, 4 settembre 2020, n. 5357. I riferimenti elencati vanno connessi a quanto si osserverà in seguito, alla fine del par. 3.

²⁴ Come invece disposto dalla Sezione VI del Consiglio di Stato nella sentenza del 6 settembre 1998, n. 1266.

²⁵ Cfr. *Giur. cost.*, 1990, 600.

²⁶ Sul punto si rimanda ad A. BARTOLINI, cit., 114 ss. e *passim* e, in giurisprudenza, a Cons. St., sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1553.

²⁷ Come sancito da Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, e ribadito in sede amministrativa nell'ordinanza remittente relativa alla vicenda in esame (Cons. St., ord. n. 5357/2022). In senso contrario Cons. St., Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167. A livello legislativo si vedano inoltre l'art. 1, co. 4, d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, recante la *Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124* (c.d. legge Madia, volta alla liberalizzazione dell'iniziativa economica privata tramite la rideterminazione e semplificazione del paradigma dichiarativo proposto dall'art. 19, l. n. 241/1990); l'art. 3-quater, co. 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente).

cultura», e non al favoreggiamento di determinato gestore o di specifica attività imprenditoriale.

La Plenaria conferma, pertanto, l'ammissibilità del vincolo prospettato nel primo quesito: nei confronti di beni culturali *ex art. 10, co. 3, lett. d)*, e in tutti i casi in cui la necessità di salvaguardarne la destinazione – al fine della corretta conservazione materiale – emerga da adeguata motivazione del provvedimento. Sul punto, il Collegio ha cura di svolgere le seguenti tre precisazioni.

Anzitutto, che tale facoltà riguarda non solo i c.d. usi incompatibili, ma anche valutazioni “in positivo” sulla continuità dell'utilizzo attuale, fermi restando i divieti di imposizione di specifico obbligo di esercizio e di riserva a individuati gestori⁽²⁸⁾. In questo senso si allinea alle sentenze che hanno segnato il percorso esegetico qui concluso: basti pensare al noto caso del *Caffè Greco* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 7 febbraio 2011, n. 1164) o alla pronuncia del Consiglio di Stato relativa all'*antico negozio Pietro Romanengo fu Stefano* (Sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009), nelle quali espressamente si sancisce la possibilità per l'amministrazione, in presenza della c.d. compenetrazione tra immobile, eventuali arredi e attività, di individuazione “attiva” dell'uso effettivamente compatibile con il bene protetto.

In secondo luogo, chiarisce la Plenaria che il c.d. riferimento – espressione con cui si è soliti indicare i beni del citato comma terzo, lett. d), art. 10 del Cod. – non si configura nella sola trasformazione o nel legame con iniziativa storico culturale di *rilevante* importanza, ma in tutti i casi in cui l'amministrazione apprezzi, all'interno della motivazione, la presenza di eventi anche minori che pur si compenetrino nei locali e ne determinino il valore culturale di cui la *res* è testimonianza⁽²⁹⁾.

²⁸ Così anche Cons. St., Sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5434.

²⁹ Allineandosi così a Cons. St., Sez. VI, 14 giugno 2017, n. 2920: «il riferimento con la storia non necessariamente coinvolge fatti di particolare importanza, potendo essere sufficiente anche il ricordo di eventi della storia locale, come appunto la valorizzazione di un quartiere in precedenza disagiato, ovvero della storia minore». La pronuncia citata, relativa alla nota e articolata vicenda del c.d. *Cinema America*, si è lungamente soffermata sulla connotazione di tale “riferimento alla storia” e sul c.d. “interesse particolarmente importante”. Già la sentenza del giudice di prime cure, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-quater, 5 ottobre 2015, n. 11477 si era espressa in maniera affine, respingendo «quelle letture tese in qualche modo a ritenere che questo tipo di vincolo possa essere apposto solo in casi rari e con riferimento a opere di assoluto pregio o ad eventi o a fenomeni culturali di assoluta preminenza», poiché «la “particolarità” dell'importanza – che pure impedisce di considerare “in blocco” intere correnti stilistiche – indica un livello di significatività che sia quantomeno identificabile e apprezzabile singolarmente (anche se su uno sfondo culturalmente più ampio)». Si vedano anche, più risalenti, le sentt. Cons. St., Sez. VI, 22 maggio

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

Si ricollega in proposito anche l'argomentazione che il Collegio elabora relativamente al potere di pianificazione territoriale: poiché rientra nel legittimo esercizio di tale potere, attribuito ad amministrazioni non statali, l'imposizione di vincolo di destinazione d'uso su beni che ospitano attività "minori" riconosciute dalla comunità locale come fondative della propria identità⁽³⁰⁾, *a fortiori* questo dovrebbe risultare ammissibile nello svolgimento della funzione di tutela che l'amministrazione statale è costituzionalmente chiamata a compiere.

Su tale seconda precisazione appare importante soffermarsi per ragionare su due distinte considerazioni; entrambe, seppur da diverse angolazioni, alimentano il dibattito ormai centrale sulla definizione di patrimonio culturale e sulle sue diverse e multiformi manifestazioni.

La prima riguarda l'articolata casistica che la giurisprudenza amministrativa sembrerebbe modellare sulla nozione codicistica di bene culturale c.d. per riferimento. Invero, l'eventualità che tale tipologia di bene risulti «priva di valenza culturale in sé»⁽³¹⁾ è pacificamente accolta in tutte le pronunce in cui il nodo interpretativo si stringe attorno all'attività: in presenza di una forma culturale sprovvista di corpo fisico, ma di riconosciuto carattere storico, artistico, scientifico etc., il supporto materiale – carente invece dei requisiti di culturalità – rimane il destinatario del provvedimento di vincolo, in virtù della ormai nota tesi della compenetrazione. Eppure, a ben vedere, la fattispecie prospettata dall'art. 10, co. 3, lett. d), Cod. delinea una diversa situazione: una cosa mobile o immobile che riveste interesse particolarmente importante a causa del *suo* riferimento con la storia (anche minore) politica, militare, della letteratura, dell'arte, ecc. Proprio in tale "riferimento con la storia" risiede il valore culturale, di cui pertanto il bene non è privo: si tratterebbe soltanto di una diversa individuazione del *quid* che ne giustifica l'interesse. In effetti, il riferimento altro non sarebbe che il valore immateriale intrin-

2008, n. 2430; 16 novembre 2004, n. 7471; 24 marzo 2003, n. 1496; 18 ottobre 1993, n. 741.

³⁰ Così Cons. St., Sez. IV, 22 agosto 2018, n. 5029.

³¹ Oltre alla sentenza in epigrafe – che cita e avalla alcune delle seguenti pronunce – si considerino, a titolo esemplificativo, le pronunce seguenti: Cons. St., Sez. IV, 22 agosto 2018, n. 5029 («è ben possibile che un bene, pur privo in sé di valenza culturale, rivesta una oggettiva centralità identitaria per una città»); Cons. St., Sez. VI, 14 giugno 2017, n. 2920 («Si afferma infatti, in sintesi estrema, che la cosa di interesse per riferimento con la storia di per sé non rivestirebbe alcun interesse culturale, ma lo assume nel caso concreto, perché collegata ad un qualche evento passato di rilievo»); Cons. St., Sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2430; Cons. St., Sez. VI 24 marzo 2003, n. 1496.

seco in tutti i beni culturali, secondo l'autorevole insegnamento gianniniano⁽³²⁾. Diversa sembra invece la situazione in cui la cosa è realmente priva di valore culturale perché quest'ultimo risiede, a ben vedere, nell'attività. Non si tratterebbe allora del riferimento ad un evento storico, ma della visibile co-esistenza di un'altra entità: l'attività che nella cosa si compenetra e che, tramite la sua prosecuzione, le conferisce il valore di cui necessita per accedere alla protezione. In termini di riferimento, sarebbero allora l'uso e l'utilizzazione pregressi ad essere collegati ad accadimenti della storia e della civiltà⁽³³⁾. La giurisprudenza, coronata nella decisione nomofilattica in commento, valorizza tuttavia il dato legislativo esistente, e dunque gli strumenti ordinariamente esperibili per le *cose* estendendone la funzionalità anche per le *attività* , pur essendo queste ultime, in concreto, a possedere valore culturale. In tal senso, sottende alla propria decisione una valutazione piuttosto favorevole rispetto all'elasticità delle regole codicistiche, che giudica in grado di adattarsi ad una nozione di bene culturale che «in una visione dinamica e moderna, deve essere intesa in senso ampio», poiché, «pur presupponendo *res quae tangi possunt* , può anche ricomprendervi un *quid pluris* di carattere immateriale»⁽³⁴⁾. La prospettiva adottata ribalta peraltro la posizione del giudice di prime cure, che coerentemente rispetto alla decisione di accogliere il ricorso della società proprietaria dell'immobile, e dunque di non ammettere una tale dilatazione delle misure di tutela, segnalava al legislatore la necessità di ripensare al mai nato (e distinto) Codice delle attività culturali, in attuazione della l. 6 luglio 2002, n. 137⁽³⁵⁾.

La «tendenza alla continua espansione della nozione dei beni culturali» per il tramite della parallela estensione dell'applicabilità della lett. d) dell'art. 10, co. 3,

³² M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit. Sul tema dell'immaterialità dei beni culturali importanti riflessioni emergono dall'intero *Aedon* n. 1/2014.

³³ Così anche Cons. St., Sez. V, 25 marzo 2019, n. 1933.

³⁴ La caratterizzazione di bene culturale in senso ampio, con cenni alle influenze internazionali e, nello specifico, dell'immaterialità, si ritrova anche in Cons. giust. amm., Sez. giurisd., 15 febbraio 2021, n. 107.

³⁵ *Delega per la riforma dell'organizzazione del Governo e della Presidenza del Consiglio dei ministri, nonché di enti pubblici*, che incaricava il Governo, all'art. 10, di adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali; cinematografia; teatro, musica, danza e altre forme di spettacolo dal vivo; sport; proprietà letteraria e diritto d'autore. Andrebbe tuttavia osservato che la legge delega precisava esplicitamente che solo «limitatamente alla lettera a» – e dunque per i beni culturali e ambientali – si delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la codificazione delle disposizioni legislative in materia.

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

Cod. era peraltro già stata ravvisata dal T.A.R. Lazio di Roma, sez. II-quater nella sentenza del 5 giugno 2020, n. 5972⁽³⁶⁾, relativa al complesso caso c.d. *Cinema America*. In quel frangente, il Collegio si riferiva all'art. 8, l. 14 novembre 2016, n. 220⁽³⁷⁾, che ammette la tutelabilità di sale cinematografiche e d'essai in virtù del noto "riferimento" di cui all'art. 10, co. 3, lett. d), Cod. A ben vedere, peraltro, la legge del 2016 si iscrive nel solco di una più ampia tendenza alla "iper-specificazione" di quali fattispecie validamente rientrino nel raggio di tale lettera d). Si pensi, ad esempio, alle direttive ministeriali del 2014 su cinema e librerie storiche⁽³⁸⁾, che ne hanno disposto il censimento e ordinato il successivo vaglio ai fini dell'avvio di un'istruttoria per la dichiarazione del vincolo di cui alla lettera d) citata sugli immobili ospitanti.

A valle di simili osservazioni, è importante anticipare un ulteriore elemento. Approfondita anche nel paragrafo successivo, la questione completa l'impianto logico fin qui costruito, mettendo in luce gli aspetti problematici che inevitabilmente conseguono alla scelta di aver assorbito, da una parte, qualsiasi forma di immaterialità nell'imprescindibile compresenza della cosa, e, dall'altra, di averne riconosciuto minime ma sostanziali differenze di estrinsecazione. L'Adunanza Plenaria osserva infatti che nel caso di c.d. espressioni di identità culturale collettiva ex art. 7-bis il vincolo di destinazione d'uso risulta legittimamente imposto allorché la *res* – e non tali espressioni⁽³⁹⁾ – rivesta un *proprio* interesse culturale ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 42/2004. Senza tale requisito, la «rilevanza per il suo collegamento qualificato con una manifestazione culturale immateriale, della cui esistenza costituisce prova consentendo di ricostruirne contenuto e caratteristiche identitarie» non potrebbe costituire elemento di interesse. Sembra allora che, a differenza delle attività, in presenza di espressioni di identità culturale collettiva la compenetrazione debba avvenire con un bene di autonoma rilevanza culturale. Senza meglio precisare che cosa distingua attività culturali-identitarie dalle espressioni di identità culturale collettiva, la giurisprudenza interpreta il dettato

³⁶ Recentemente confermata da Cons. St., Sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2641.

³⁷ Recante la *Disciplina del cinema e dell'audiovisivo*. L'articolo in questione precisamente recita: «La dichiarazione di interesse culturale particolarmente importante di cui all'articolo 10, comma 3, lettera d), del Codice dei beni culturali e del paesaggio [...] può avere ad oggetto anche sale cinematografiche e sale d'essai».

³⁸ Rispettivamente, 26 agosto e 29 settembre 2014.

³⁹ Le quali accedono a quel diverso processo di identificazione *bottom-up* citato dalla sentenza di primo grado, distinto dall'attività "verticale" che è propria dell'autorità amministrativa (*supra* par. 1).

legislativo attraverso la lente inflessibile della materialità, e considera tre casi distinti: le cose “per riferimento” che si collegano ad un evento della storia, e dunque assumono rilevanza culturale; le cose prive del valore culturale in sé, nelle quali tuttavia si svolgono attività in grado di determinarne la rilevanza; e le cose di *necessaria* rilevanza culturale ai sensi dell’art. 10 del Cod. che inoltre testimoniano l’esistenza di espressioni di identità culturale collettiva. A queste ultime andrebbe poi aggiunto un ulteriore sottogruppo, prospettato dall’art. 52, co. 1-bis, Codice: quello in cui “attività di artigianato tradizionale e altre attività commerciali tradizionali” siano riconosciute “quali espressione dell’identità culturale collettiva ai sensi delle convenzioni UNESCO di cui al medesimo articolo 7-bis”⁽⁴⁰⁾. Benché si faccia questione, in tal caso, di una facoltà riservata ad amministrazione non statale – «i Comuni, sentito il soprintendente» – la sovrapposizione, all’intero di un quadro così meticoloso, è foriera quantomeno di qualche confusione. La Plenaria risolve la questione in senso perentorio: le misure promozionali e di salvaguardia di cui l’art. 52, co. 1-bis, vanno distinte dalla tutela del 7-bis, che dunque potrebbe sempre essere legittimamente imposta, posta la soddisfazione dei requisiti citati⁽⁴¹⁾. Il dubbio rimane, tuttavia, in ordine alla concreta capacità di tenuta di un così articolato regime di protezione, che certamente valorizza l’elasticità e il dinamismo delle regole esistenti, ma al tempo stesso frammenta a stringente tipicità, pur di non cedere al vincolo della corporeità, le situazioni in cui manifestazioni immateriali di cultura costituiscano elemento di interesse per l’amministrazione⁽⁴²⁾.

Preme inoltre svolgere una seconda breve riflessione sul rilievo c.d. minore di alcune attività, per le quali è pure ammissibile un vincolo di destinazione d’uso quando queste rivestano particolare carattere identitario per la comunità locale.

⁴⁰ Sull’articolo in questione, A. BARONE e G. GALLONE, *Art. 52, Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2019, 541 ss.

⁴¹ Invero, pur in considerazione degli strumenti promozionali riservati alle attività culturali di competenza concorrente statale e regionale (di cui all’art. 117 Cost., ma anche in considerazione della sent. Corte cost. 28 marzo 2003, n. 94), lo stesso potere di tutela è in grado di estendersi alla protezione di tali manifestazioni, in virtù di una visione integrata, rafforzata e dinamica delle disposizioni codicistiche in materia di protezione dei beni culturali che ne amplifica la portata.

⁴² Sul punto si veda anche la sent. Cons. St., Sez. VI, 19 aprile 2017, n. 1817, che si sofferma sul concetto di decoro urbano confrontando la portata dell’art. 7-bis con l’art. 52 e approfondendo la questione della salvaguardia delle caratteristiche attive dei luoghi, la quale, «per non restare claudicante perché incentrata sulla preservazione del solo elemento materiale, deve riguardare anche la dimensione immateriale e qualitativa».

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

Difficile non riconoscere, sul punto, l'eco di temi portanti della Convenzione di Faro, ratificata in Italia nel 2020⁽⁴³⁾. Il documento propone una nozione di patrimonio culturale soggettivamente determinata, piuttosto vicina al caso della comunità che riconosce specifica valenza identitaria ad attività di importanza anche “minore”. In questo senso, il patrimonio valicherebbe la materialità delle sue espressioni, ricomprendendo nella sua definizione qualsiasi manifestazione di riconosciuto valore culturale, a prescindere dalla corporeità. Lungi dal voler soffermarsi in questa sede sul processo di identificazione e dichiarazione di bene culturale⁽⁴⁴⁾ – e non essendo questo neanche l'obiettivo della Convenzione⁽⁴⁵⁾ – la questione qui rileva nel suo tendere e suggerire, ancora una volta, un ripensamento meno rigidamente impostato sul requisito della materialità.

Infine, a completamento del quadro di precisazioni allegate alla risposta al primo quesito, la Plenaria attribuisce valore autonomo al vincolo di destinazione d'uso, giudicato dunque legittimo anche se apposto su immobile già sottoposto a tutela per caratteristiche di pregio materiali. La circostanza stessa che tale fattispecie costituisca una precisazione, e dunque un'eventualità, rafforza le considerazioni

⁴³ La legge in questione è del 1° ottobre 2020, n. 133. Si rimanda, per i rilievi critici, a P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi.it*, 2017, 4, e G. SEVERINI e P. CARPENTIERI, *La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?*, *ivi*, 2021, 8. Sulla Convenzione di Faro, più in generale: C. CARMOSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 2013, 1; D. MANACORDA, *La “Convenzione di Faro” e la tradizione culturale italiana*, in *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia. Atti del convegno, Il Capitale culturale*, 2016, 5; C.A. D'ALESSANDRO, *La ratifica della Convenzione di Faro e il difficile inserimento del cultural heritage nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Società dir.*, 2020, 10; A. GUALDANI, *L'Italia ratifica la Convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon*, 2020, 3.

⁴⁴ Ma richiamando, per dovere di completezza, la dottrina anche internazionale che si sofferma sul ruolo della comunità nella partecipazione alla definizione di patrimonio culturale: C. CARMOSINO, *La Convenzione quadro*, *cit.*; M. CORNU, *Safeguarding Heritage: from Legal Rights over Objects to Legal Rights for Individuals and Communities?*, in *Cultural Heritage Ethics. Between Theory and Practice*, Cambridge, 2014, 197 ss.; M. FERRI, *L'evoluzione del diritto di partecipare alla vita culturale e del concetto di diritti culturali nel diritto internazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2014, 2; L. ZAGATO, *The Notion of “Heritage Community” in the Council of Europe's Faro Convention. Its Impact on the European Legal Framework*, in *Between Imagined Communities of Practice: Participation, Territory and the Making of Heritage*, Göttingen, 2015; A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, in *Aedon*, 2014, 1. Si rimanda al paragrafo successivo per un breve rilievo su tale processo di dichiarazione e sui connotati di discrezionalità tecnica.

⁴⁵ Art. 6, lett. c) e *Explanatory Report, Preliminary Note*.

appena svolte in merito all'assenza di un rilievo culturale indipendente del bene: la cosa rileva, generalmente, in quanto indissolubilmente legata all'attività, la cui esistenza è dunque imprescindibile ma non sufficiente per avviare il relativo procedimento di tutela.

3.1 (SEGUE) LE ESPRESSIONI DI IDENTITÀ CULTURALE COLLETTIVA

La medesima soluzione si prospetta per le c.d. espressioni di identità culturale collettiva, oggetto del secondo quesito. Anche in questo caso, il vincolo di destinazione d'uso è legittimamente imposto se diretto alla protezione non solo dell'estrinsecazione fisica del bene, già tutelato *ex art.* 10 Cod., ma pure della manifestazione immateriale che ospita e di cui è testimonianza – l'espressione di identità culturale collettiva – in funzione della sua durevole condivisione e trasmissione. Introdotte nell'art. 7-bis Cod. dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62⁽⁴⁶⁾, tali espressioni si identificherebbero, attenendosi al dato letterale, con quelle «contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali» (Parigi, 2003 e 2005), e dunque, da definizione convenzionale, nelle «prassi, rappresentazioni, espressioni, conoscenze, know-how che le comunità, i gruppi e gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale, [...] trasmesso di generazione in generazione e costantemente ricreato»⁽⁴⁷⁾.

Eppure, l'oggetto della regola convenzionale e quello della norma interna non sono integralmente coincidenti: osserva la Plenaria che rispetto allo scenario internazionale, che pure ammetterebbe la tutela diretta e immediata di una autonoma entità immateriale⁽⁴⁸⁾, il Codice pretende il collegamento qualificato dell'espressione con un bene culturale *materiale*. Così prosegue, infatti, l'art. 7-bis: «[le espressioni di identità culturale collettiva, contemplate dalle Convenzioni UNESCO] sono assoggettabili alle disposizioni del presente Codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10 Cod.». L'attenzione rimane dunque incentrata sulla

⁴⁶ Recante *Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali*.

⁴⁷ Così l'art. 2 della Convenzione UNESCO del 2003.

⁴⁸ Come osservato anche dal Giudice remittente, Cons. St., Sez. VI, ord. 28 giugno 2022, n. 5357.

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

res, che rileva giuridicamente in due situazioni distinte. Anzitutto in quanto tale, poiché necessita di essere già di per sé tutelabile ai sensi dell'art. 10, all'interno delle individuate categorie di bene culturale – e in maniera difforme rispetto a quanto rilevato nella sezione precedente rispetto alle attività (cfr. par. 3). Successivamente, deve costituire testimonianza materiale dell'esistenza e del modo d'essere dell'espressione di identità culturale collettiva, in quanto suo oggetto, mezzo, o luogo di estrinsecazione. Dati tali requisiti aggiuntivi, il richiamo all'ambito convenzionale non va inteso nel senso della sovrapposizione degli oggetti di tutela, ma solo come funzionale al coordinamento con la definizione ivi emergente (le prassi, rappresentazioni, ecc.), senza che sia prospettabile l'attivazione automatica del procedimento di candidatura alle liste UNESCO⁽⁴⁹⁾. Parimenti, l'avvio di un procedimento di tutela interno, proprio dell'amministrazione statale, rimane autonomo e non vincolato all'esistenza di un elemento del patrimonio immateriale UNESCO, oltre che subordinato alle condizioni di materialità citate. In ciò si realizza la nota della Relazione Illustrativa al d.lgs. 62/2008, introduttiva di tali fattispecie: si aderirebbe, cioè, alla visione che individua due «settori disciplinari contigui ma non perfettamente coincidenti», così da «evitare interpretazioni fuorvianti sia degli obblighi assunti in via pattizia con altri Stati, sia dei confini fra la tradizionale tutela relativa alle cose di interesse storico ed artistico e la salvaguardia afferente a manifestazioni e valori della cultura immateriale».

Il percorso argomentativo fin qui seguito non è solo coerente, ma anche – e soprattutto – adeguato a mantenere saldi i principi su cui si fonda l'intero impianto del Codice e a garantire al tempo stesso l'apertura necessaria a non rinnegare la tutelabilità di (alcune) manifestazioni immateriali. Andrebbe però verificato se la fluidità di tale ragionamento non derivi anche da scelte (lessicali, giuridiche, sostanziali) che in parte forzano la chiarezza dei meccanismi esposti.

Si consideri ad esempio l'equivoca menzione dei “siti” in luogo degli “elementi” UNESCO⁽⁵⁰⁾, che pure dal 2017⁽⁵¹⁾ risultano espressamente inclusi nella l. 20

⁴⁹ La Lista Rappresentativa del Patrimonio Culturale immateriale (*Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity*) e la Lista del Patrimonio Immateriale che necessita di urgente tutela (*List of Intangible Cultural Heritage in Need of Urgent Safeguarding*), cui si aggiunge il Registro delle buone pratiche di salvaguardia (*Register of Good Safeguarding Practices*).

⁵⁰ «Va rilevato che il procedimento di candidatura dei *siti* UNESCO [corsivo aggiunto] non coincide necessariamente con l'azione di salvaguardia che il Ministero della Cultura è tenuto a svolgere sul territorio italiano».

⁵¹ L. 8 marzo 2017, n. 44, *Modifiche alla legge 20 febbraio 2006, n. 77, concernenti la tutela e la valo-*

febbraio 2006, n. 77, recante le misure speciali di tutela e fruizione dei siti e degli elementi italiani posti sotto la tutela UNESCO. Benché la stessa l. n. 77/2006 sia sotto questo punto di vista particolarmente lacunosa⁽⁵²⁾, è difficile non ricondurre l'errore alla forte impostazione in senso materialistico cui la Plenaria aderisce – che peraltro è causa delle stesse mancanze nella legge del 2006. I procedimenti di dichiarazione di elementi del patrimonio culturale immateriale sono sicuramente di numero inferiore, più recenti e meno facilmente incasellabili secondo le categorie di tutela del diritto interno: la dimenticanza del loro nome racchiude tutti questi fattori.

Il punto è, allora, non che un'interpretazione meno favorevole di quella prospettata dal Consiglio di Stato sarebbe stata più coerente, ma che è necessario vagliare anche l'opportunità di una diversa e più ampia considerazione delle manifestazioni immateriali, non ridotta ai parametri dell'art. 7-bis. Andrebbe poi osservato che l'interpretazione dell'articolo dovrebbe coordinarsi non solo con l'intento del legislatore, come emergente dalla Relazione Illustrativa citata, ma anche con il «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse»⁽⁵³⁾. Invero, la norma si riferisce alle “espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO”; e se il richiamo è funzionale, come il Collegio rileva, all'inquadramento entro i confini semantici della definizione convenzionale, non è allora immediatamente evidente perché questa vada poi in parte travisata pur di incanalare la portata nella fattispecie di diritto interno, limitata non solo al supporto materiale, ma pure all'interesse culturale della medesima cosa ospitante⁽⁵⁴⁾. Tanto più che nemmeno per la Convenzione UNESCO del 2003 il patrimonio culturale immateriale si esaurisce negli elementi iscritti e dunque nel relativo processo di candidatura, includendone invece una dimensione nazionale la cui cura è

rizzazione del patrimonio culturale immateriale.

⁵² All'aggiunta degli “elementi” accanto ai siti UNESCO non ha fatto seguito nessun coordinamento nel testo della norma: l'unica lista citata rimane quella del patrimonio mondiale, a discapito delle tre liste del patrimonio immateriale UNESCO. Inoltre, l'art. 2 della legge, che stabilisce le priorità di intervento in materia, prende ancora in considerazione i soli «progetti di tutela e restauro dei beni culturali», ignorando misure di salvaguardia più funzionali alla natura di tali elementi – che in questo caso, peraltro, stando al ragionamento della Plenaria, neanche necessiterebbero di supporto materiale.

⁵³ Art. 12 c.c.

⁵⁴ L'esistenza di “forme materiali di immaterialità”, ossia di cose che ne rappresentino l'estrinsecazione, è peraltro ravvisata dalla stessa Convenzione all'art. 2, ma in forma eventuale e accessoria rispetto alla totalità delle pratiche incorporee che contempla «[...] as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith [...]».

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

affidata agli Stati contraenti, che si impegnano a garantire, tra l'altro, la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale sul proprio territorio, l'adozione di politiche che ne valorizzino la funzione e la promozione di studi scientifici e tecnici in grado di agevolarne la protezione, la gestione e l'accesso⁵⁵.

E pertanto, non si sostiene qui che meglio avrebbe fatto il Collegio a aderire ad un'interpretazione più restrittiva del Codice: la pronuncia, al contrario, è connessa con una "visione moderna" all'interno della quale l'art. 7-bis è strumento di realizzazione, poiché, in combinato disposto con gli artt. 18, co. 1, 20, co. 1, 21, co. 4, e 29, co. 2, sorregge normativamente la legittima apposizione di un vincolo di destinazione d'uso, in grado di intervenire *anche* a favore della salvaguardia di riproduzione e trasmissione dell'espressione immateriale. Parimenti, nemmeno sarebbe ipotizzabile una interpretazione in senso integralmente immateriale della norma, che striderebbe rispetto all'impronta originaria e ormai consolidata del Codice. Ciò su cui si intende far leva sono invece gli aspetti più critici della materia, sollevando una questione che più di interpretazione amministrativa, prima, e giurisdizionale, poi, guarda ad un possibile allargamento della legislazione sul tema. Se le espressioni di identità culturale collettiva sono funzionali ad introdurre nell'ordinamento la sola ipotesi di manifestazioni incorporee rappresentate da testimonianza materiale di autonomo valore culturale, andrebbe allora ipotizzata una sede più confacente alla natura di tale patrimonio culturale immateriale «contemplato dalle [ratificate] Convenzioni UNESCO». In questo senso la Plenaria stessa ragiona nei termini binari di procedimenti autoritativi, che rimangono quelli dell'art. 13 Cod., e di «altre forme di tutela, di tipo orizzontale e partecipativo, che potranno coesistere con tali forme procedurali tipiche»: rimane però il sostrato della materialità con cui eventualmente altre forme di tutela, subordinate a quelle tipiche, potranno al massimo *coesistere*. Sarebbe invece interessante ragionare secondo un percorso logico che non procede dallo strumento all'oggetto, ma che

⁵⁵ Cfr. spec. art. 13 della Convenzione UNESCO del 2003 e, più in generale, l'intera sezione III: salvaguardia del patrimonio culturale immateriale a livello *nazionale*. Sul punto si confrontino anche le argomentazioni di M. TIMO, *L'intangibilità dei beni culturali*, Torino, 2022, 219, che sostiene, proprio alla luce dei criteri imposti dalle Disposizioni sulla legge in generale, che l'art. 7-bis «richiami esclusivamente le ricorrenze delle due Convenzioni UNESCO del 2003 e del 2005» e dunque non possa estendersi al *cultural heritage* di cui alla Convenzione di Faro nemmeno alla possibilità, per tali espressioni, di prevedere misure di salvaguardia ulteriori, come quelle previste dalla Convenzione UNESCO 2003, dato che nella norma si fa menzione dell'assoggettabilità di tali espressioni alle disposizioni del Codice, e non del contrario.

riconosce l'oggetto per individuarne (anche nuovo) strumento di tutela.

A questo proposito, sembra importante accennare ad una questione che prende le mosse dalle considerazioni fin qui esposte sulla natura di crescente complessità del patrimonio culturale. Invero, l'opportunità di conferire anche ad altre espressioni autonoma rilevanza giuridica (e relativa tutela) richiama un'osservazione già sollevata dal giudice di prime cure, allorché si mostrava «consapevole che, in realtà, a seguito della ratifica della Convenzione di Faro, si aprono nuovi scenari evolutivi della tradizionale impostazione giurisprudenziale, per un possibile effetto di *spill over* della tutela dei beni protetti “anche” ai sensi dell'art. 7 bis alle restanti categorie di beni culturali “solo” ai sensi degli artt. 10 e 13 Cod. BBCC, rafforzando ulteriormente la tendenza verso un sindacato più pieno, secondo le prospettive promosse dalla CEDU⁽⁵⁶⁾, valorizzando il criterio dell'uomo medio, come in altri ordinamenti giuridici (Germania, Spagna, Francia), al fine di temperare la tendenziale insindacabilità delle valutazioni delle Soprintendenze». In effetti, proprio in quest'ultimo senso più restrittivo si posiziona l'Adunanza Plenaria nella decisione in commento, in maniera peraltro conforme ad un solidissimo orientamento giurisprudenziale⁽⁵⁷⁾: l'aderenza all'indirizzo esegetico c.d. della motivazione postula una valutazione amministrativa di discrezionalità tecnica, che è sindacabile esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto. Non è ammesso, invece

⁵⁶ Nello specifico all'art. 6, sul diritto ad un equo processo. La Corte EDU propone il canone della c.d. *full jurisdiction*, che in materia amministrativa si tradurrebbe nell'assenza di limiti al sindacato del giudice: «the Court found violations of Article 6 par. 1 of the Convention in other cases where the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently» (sent. 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, par. 111). Si rimanda sul punto ai numerosi contributi di M. ALLENA: *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, e, tra i contributi in rivista, ID., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012; ID., *Art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. (Persona e Amministrazione)*, 2018, 2. Si veda anche, nello stesso numero di tale ultima rivista, F. GOISIS, *Il canone della Full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs 19 gennaio 2017, n. 3*. Più specificamente, in materia di beni culturali, si veda anche P. FORTE, cit.

⁵⁷ *Ex multis*, le sentt. Cons. St., Sez. VI, 6. Maggio 2014, n. 2302; 3 luglio 2014, n. 3360; 14 luglio 2011, n. 4283; 14 ottobre 2015, n. 4747; 4 settembre 2020 n. 5357; 7 giugno 2021, n. 4318; Cons. giust. amm. Sicilia, 7 maggio 2021, n. 406.

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

– sostiene il Collegio – un controllo di tipo sostitutivo che interferisca con l'opinabilità di tali valutazioni. Eppure, data la natura progressivamente complessa delle situazioni sottoposte al vaglio dell'amministrazione, scelte di discrezionalità tecnica potrebbero gradualmente presentare caratteri aggiuntivi a quelli dell'opinabilità⁽⁵⁸⁾ che necessiterebbero un intervento più marcato da parte del giudice. Tale complessità, peraltro, non riguarda solo l'oggetto della valutazione – il patrimonio culturale e le sue sempre maggiori articolazioni, anche a seguito del valore conferito da alcune Convenzioni al riconoscimento delle comunità – ma anche i soggetti stessi direttamente coinvolti nell'apposizione del vincolo. Connotare il provvedimento amministrativo come giudizio puramente tecnico (e dunque riconoscere la natura dichiarativa⁽⁵⁹⁾) respingendo valutazioni sulla comparazione di interessi anche secondari comporta una esclusione a priori della partecipazione di privati o l'automatico sacrificio del loro interesse⁽⁶⁰⁾.

4. RILIEVI CONCLUSIVI, AFFINCHÉ (QUALCOSA) CAMBI

Questo contributo ha commentato la pronuncia dell'Adunanza Plenaria in epigrafe soffermandosi su due distinte questioni: *de iure condito*, il percorso logico-argomentativo della decisione in sé, che ha indirizzato la giurisprudenza amministrativa verso una comune interpretazione del regime di vincolo di destinazione d'uso; *de iure condendo*, il confronto della effettiva “modernità” della visione, intravista dal Collegio stesso, rispetto al più generale tema dell'immaterialità e del suo spazio nell'ordinamento vigente.

Ripercorrendo i tre indirizzi esegetici che hanno orientato la giurisprudenza amministrativa sul tema del vincolo di destinazione d'uso, si può affermare che la vicenda processuale in esame, nei diversi gradi di giudizio, ha visto contrapporsi

⁵⁸ In questi termini, precisamente, P. FORTE, cit., 189 ss.

⁵⁹ Così espressamente Cons. St., Sez. VI, 8 febbraio 2000, n. 677.

⁶⁰ Si vedano sul punto M. RAMAJOLI e R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 128, nota n. 182 e *passim*, i quali sollevano la questione dell'impossibilità di valutazione del sacrificio inferto al privato proprietario, e G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico*, cit. A livello giurisprudenziale, è importante citare anche la sent. T.A.R. Lazio di Roma, Sez. II-quater, 1 marzo 2011, n. 1901. Giova infine dar conto dell'esistenza di posizioni che, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, sostengono come «nel giudizio sul valore culturale è già insita la ponderazione dell'interesse pubblico alla prevalenza di un determinato bene rispetto ad un altro.» (Cons. St., Sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2292).

una corrente più aderente al portato letterale del regime di tutela dei beni culturali – quella del T.A.R. Lazio di Roma nel 2021 – e un'altra invece più “evolutiva”, che ha caratterizzato la Sezione VI del Consiglio di Stato, prima, e l'Adunanza Plenaria in funzione nomofilattica, poi. E dunque, in definitiva, il Supremo Consesso amministrativo è giunto ad ammettere il vincolo di destinazione d'uso ogniqualvolta l'amministrazione apprezzi, legittimamente esercitando discrezionalità tecnica, le qualità necessarie a conferire al bene una protezione estesa alla continuità di una sua utilizzazione, essenziale alla conservazione del suo valore culturale complessivo. Si tratterebbe inoltre di espressione di un potere conformativo, proporzionato e ragionevole rispetto alla compressione di altre facoltà dominicali, poiché diretto ad assicurare un interesse pubblico sovraordinato. Ciò sia in presenza di cose nelle quali si compenetri indissolubilmente un'attività collegata a fatti di rilievo storico-artistico in grado di determinarne l'interesse culturale, sia nel caso di beni culturali di per sé, *ex art. 10 Cod.*, che costituiscano, *inoltre*, testimonianza materiale di espressione di identità culturale collettiva, la cui trasmissione e ricreazione il vincolo sarebbe dunque atto a garantire.

La differenza sostanziale tra gli orientamenti contrapposti non risiede allora nel diniego – o, al contrario, nel riconoscimento – della rilevanza giuridica di forme culturali immateriali, ma consiste, piuttosto, nella diversa valorizzazione della legislazione vigente e dei relativi strumenti a disposizione dell'autorità amministrativa. Nel primo caso, si valutano questi ultimi inadeguati a sopperire alle esigenze di entità intangibili, individuando dunque un sistema di tutela “a doppio binario” nel quale le cose sarebbero separate dalle attività, e prospettando per le seconde un intervento legislativo volto a predisporre idonea sede di trattazione. Nel secondo, si rivaluta la portata delle misure di tutela esistenti – e della stessa nozione di bene culturale – giudicandole sufficientemente elastiche da poter adeguatamente agire sulla salvaguardia di manifestazioni incorporee, poiché di queste si ammette l'esistenza solo se estrinsecate in un corpo fisico, privo o meno di rilevanza culturale a seconda dei casi citati. Sul punto, si potrebbe allora affermare che la pronuncia produca un significativo impatto sulla tutela *materiale* delle cose, delle quali è possibile considerare anche aspetti legati alle «narrazioni, alla memoria collettiva e alle pratiche culturali» che hanno concorso alla determinazione della sua rilevanza culturale, e dunque di prospettare una «più completa e olistica» valutazione ai fini della sua protezione. D'altronde, il vincolo di destinazione *d'uso* è, per sua natura, necessariamente legato alla cosa su cui tale uso si instaura;

*Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso.
Tutto cambia affinché nulla cambi?*

parimenti, la sua ammissibilità in presenza delle fattispecie invidiate all'art. 7-bis Cod. non permette di andare oltre un sostrato giuridico che piuttosto limitatamente legittima l'esistenza di espressioni di immaterialità. Si è invero segnalato come la decisione si soffermi su due casi specifici, che considera distinti: da una parte, le attività culturali, il cui limite risiede nella compenetrazione nella cosa, anche se priva di rilevanza culturale in sé; dall'altra, le espressioni di identità culturale collettiva, ristrette invece ai casi in cui si estrinsechino in ad una *res* che, al contrario, deve possedere anche autonomo interesse culturale.

Per tali ragioni, la posizione assunta in questo commento ha inteso compiere una valutazione critica non tanto della decisione in sé, quanto piuttosto della sua reale portata innovativa. A seconda del filtro applicato alla pronuncia, quest'ultima può infatti alternativamente qualificarsi come svolta significativa nell'ampliamento del regime di tutela dei beni culturali materiali, dei quali e a favore dei quali vengono in rilievo anche connesse manifestazioni immateriali; ovvero come riproposizione della canonica impostazione codicistica che vigorosamente rinnega una apertura effettiva alla rilevanza giuridica autonoma di espressioni culturali incorporee, dal momento che la salvaguardia e continuità delle stesse rimane subordinata alla loro estrinsecazione fisica. Emblematica è in, questo senso, la dichiarazione della Plenaria, secondo la quale l'art. 7-bis consentirebbe di riconoscere, «alle ivi indicate condizioni, rilievo e significato nel nostro ordinamento anche ai c.d. “beni culturali intangibili” (o “patrimonio culturale immateriale”), per il quale la ratio di tutela risiede nella ravvisata impossibilità di scindere la dimensione materiale da quella immateriale del bene culturale». E pertanto i beni culturali immateriali esisterebbero nel nostro ordinamento nella misura in cui una cosa: (i) esista; (ii) manifesti in maniera preponderante la presenza di entità intangibili di interesse culturale.

Nel lungo termine, il rischio è che tale intrinseca connotazione materiale limiti lo sviluppo di misure ulteriori ed eventualmente esterne al Codice dei beni culturali e del paesaggio. La ricorrente proposizione di una valenza unitaria del bene, cui la dimensione immateriale accede in maniera subordinata, impedisce riflessioni che in senso organico o distaccato⁽⁶¹⁾ siano in grado di conferire a quest'ultima rilievo

⁶¹ Cfr. in questo senso M. TIMO, cit., 222: «Sarebbe, quindi, corretto che [...] il legislatore chiarisca quale categoria giuridica riassuntiva intenda porre a base del modello: se quella di “patrimonio culturale”, ma arricchito di precisazioni e richiami inerenti all'immaterialità; se quella di prevedere una definizione di “patrimonio culturale” unitamente ad una di “patrimonio culturale intangibile”; se, ancora, optare per

giuridico autonomo, sull'esempio di altre esperienze internazionali⁽⁶²⁾.

ABSTRACT

La sentenza in epigrafe risolve un contrasto giurisprudenziale che da tempo si interroga sul grado di estensibilità del vincolo culturale alla dimensione immateriale del bene, identificata perlopiù in attività culturali commerciali ivi svolte o in c.d. espressioni di identità culturale collettiva. L'Adunanza Plenaria aderisce alla corrente esegetica tra queste più aperta, sancendo la legittimità della tutela dilatata alla c.d. destinazione d'uso in tutti i casi di idonea motivazione del provvedimento amministrativo di vincolo. Questo commento si soffermerà su due distinte questioni: da una parte, l'arricchimento dello strumento di tutela, ora più piena poiché estesa alle inscindibili componenti immateriali del bene; dall'altra, la plausibilità di una futura autonoma considerazione, a livello legislativo, di tali manifestazioni incorporee, che in maniera sostanziale determinano il giudizio di culturalità sulla cosa.

The judgement at issue settles a long-running judicial debate on the applicability of cultural constraints to the intangible dimension of cultural goods, most notably identified in embedded commercial cultural activities or so-called expressions of collective cultural identity. The Plenary Assembly adheres to the openest position, upholding the legitimacy of preservation measures extended to the use in all cases of adequate motivation of the administrative decision of constraint. This contribution will address two different issues: the enrichment of the protection instrument, which is now more complete as it includes intangible components intrinsic to the

una nozione nuova quale quella, appunto, di "patrimonio (culturale) nazionale", comprensiva di tutte le entità riconducibili al comma 2 dell'art. 9 Cost.».

⁶² La Spagna costituisce in tal senso un caso di studio: dal 2015 l'ordinamento è dotata delle *Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*. Sul punto, in chiave comparata: V. MANZETTI, *Il patrimonio culturale immateriale tra ordinamento internazionale, europeo e nazionale. spunti dall'esperienza spagnola*, in *Nomos*, 2018, 3; S. BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, in *DPCE online*, 2018, 3; C.A. D'ALESSANDRO, *La tutela giuridica del patrimonio culturale immateriale: uno studio di diritto comparato*, Milano, 2021.

cultural good, and the possibility of future autonomous consideration, at a legislative level, of intangible manifestations that substantially determine the cultural value of the thing.

RECENSIONI

MARIA GIUSTI

(Assegnista di ricerca di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi della Tuscia)

Recensione a GIANPIETRO QUIRICONI, *Il contratto di management artistico, in Storia e Diritti della Comunicazione Culturale, Discendo Agitur, Roma 2022*

Sebbene il settore dello spettacolo coinvolga un'ampia gamma di attori e molteplici interessi, il suo esame nel panorama giuridico italiano ha ricevuto un'attenzione limitata. Questa circostanza ha talvolta ostacolato la piena comprensione delle peculiarità del mondo dello spettacolo, compromettendo l'elaborazione di un quadro normativo adeguato.

Un esempio eloquente in questo senso attiene alla normativa in materia di previdenza e assistenza sociale. Nonostante le forme di occupazione peculiari (“intermittenti”) nel settore dello spettacolo, per molto tempo non sono state previste tutele particolari per i lavoratori del comparto. Di conseguenza, è stata compromessa la capacità di attori, registi e sceneggiatori di maturare i requisiti necessari per accedere a benefici essenziali come le indennità di disoccupazione, malattia e maternità. Solo a seguito della pandemia di Covid-19, che ha accentuato questi problemi, il legislatore ha acquisito una piena consapevolezza della necessità di intervenire. Ha disegnato, allora, strumenti di sostegno specifici per gli artisti dello spettacolo, diversi da quelli applicati alla generalità dei lavoratori.

Il lavoro di Gianpietro Quiriconi (*Discendo Agitur*, 2022) si inserisce in questo panorama, offrendo un'analisi approfondita di un negozio particolarmente rilevante per il mondo dello spettacolo e non tipizzato dal legislatore: il “contratto di management artistico”.

Il libro si apre con un'introduzione storica che ricostruisce come gli artisti del settore dello spettacolo abbiano raramente curato in via diretta i propri interessi economici e professionali e negoziato in autonomia i propri contratti. Si sono infatti affidati principalmente a soggetti esterni, dotati di maggiori competenze manageriali. Queste figure hanno iniziato ad emergere nella seconda metà del Settecento, in corrispondenza dell'affrancamento degli artisti da nobiltà e clero.

Col passare del tempo, le figure impegnate a rappresentare e gestire gli interessi degli artisti, inizialmente occasionali e di natura eterogenea, hanno assunto un carattere più stabile e professionale. Identificati in modi diversi a seconda del contesto e del periodo (“impresari”, “agenti”, “rappresentanti”, “procacciatori” e “intermediari”), in tempi recenti questi soggetti hanno assunto in via di prassi la denominazione di “manager artistici”.

L’Autore descrive nel dettaglio il ruolo che il manager artistico esercita all’interno del settore dello spettacolo. Gestisce le attività e i diritti dell’artista, negoziando e talvolta stipulando contratti con le parti interessate alle sue prestazioni. Mette inoltre a disposizione del suo assistito la propria rete di contatti e gli offre supporto in ambito economico, legale e fiscale. In aggiunta, tende a consigliare l’artista nelle decisioni di carriera e collabora alla definizione della strategia di sviluppo e promozione della sua attività, assicurandogli anche visibilità e attenzione mediatica. Per il suo servizio, il manager generalmente riceve una percentuale dei guadagni dell’assistito, di solito attorno al 20%.

Delineate le funzioni del manager artistico, l’Autore si focalizza sul contratto che lo lega all’artista. Ne emerge che il negozio in esame ha avuto una vita giuridica piuttosto “tormentata”. Sia la dottrina che la giurisprudenza hanno spesso guardato con sospetto alla figura del manager artistico, mettendo in discussione la legittimità della sua attività. A lungo hanno ritenuto che il contratto di management artistico potesse compromettere la capacità dell’artista di scegliere i propri committenti in mancanza di interposizioni obbligate, in violazione della libertà lavorativa di cui all’art. 4 Cost.

L’Autore esamina in modo critico questo orientamento, solo di recente superato dalla giurisprudenza. Evidenzia che ha omesso di cogliere che il contratto in esame è funzionale alla regolazione di interessi meritevoli di tutela, e anche che non ha tenuto pienamente conto di come il relativo rapporto sia evoluto nel corso del tempo, garantendo all’artista condizioni più favorevoli e maggiori diritti. Peraltro, l’orientamento della giurisprudenza in esame ha trascurato di considerare che il contratto ha progressivamente acquisito un contenuto sempre più complesso: il manager non si limita alla mera ricerca di opportunità lavorative per l’artista, impegnandosi piuttosto a sostenerlo nel complesso della sua attività professionale. L’Autore procede inoltre all’inquadramento giuridico del negozio di management artistico e all’individuazione della disciplina giuridica applicabile. A questo scopo, analizza i diversi contratti tipizzati dalla legge che presentano elementi comu-

ni con il negozio in esame, così da verificare la possibilità di assimilazione del secondo nell'alveo dei primi. Conclude che quello di management artistico è un contratto atipico la cui causa è costituita dalla fusione delle cause di più contratti tipici. Tra queste, risulta prevalente quella del contratto di mandato; pertanto, la disciplina legislativa cui fare riferimento è quella relativa a quest'ultimo.

In conclusione, il lavoro di Gianpietro Quiriconi contribuisce a diffondere una più ampia comprensione delle dinamiche del settore dello spettacolo, spesso complesse e non pienamente valorizzate dal punto di vista giuridico. L'analisi può risultare di interesse non solo per gli studiosi interessati al diritto dello spettacolo, ma anche per i professionisti del comparto, che potranno ritrovare nel testo una riflessione critica su temi e problemi con cui si confrontano quotidianamente.

Annotazioni

